4

IACOBI CVIACII

IC. PRÆSTANTISSIMI

OPERVM POSTVMORVM

QVÆ DE IVRE RELIQVIT,

TOMI QVARTI

PARS PRIOR.

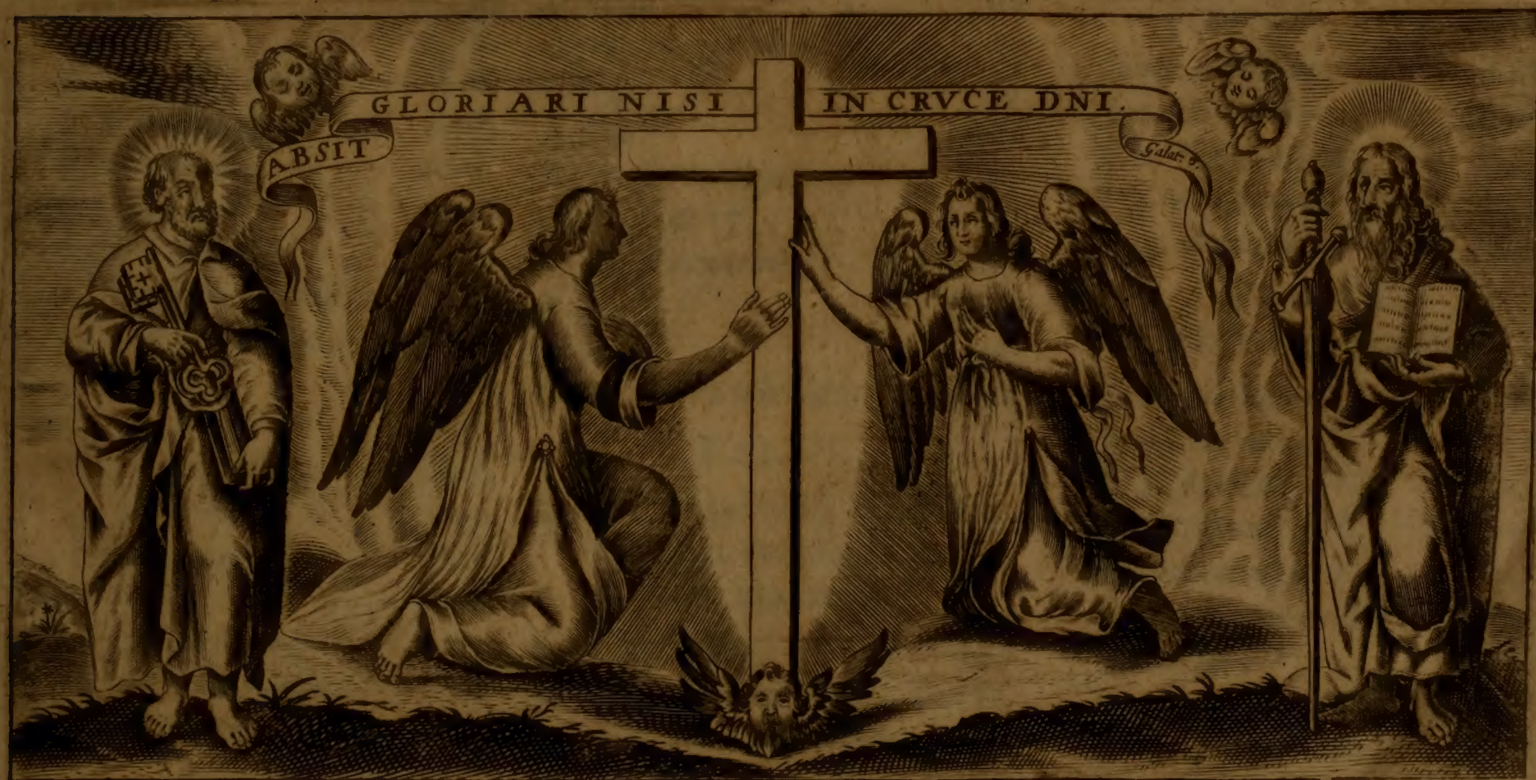
SIVE

AD DIVERSOS TITVLOS PANDECTARVM

RECITATIONES ABSOLVTISSIMÆ,

Non ſolum quæ antea fuerunt editæ, ſed & aliæ pleræque de nouo adiectæ, vt docebit Index: omnes, quoad eius fieri potuit, emendatiſſimæ.

Opera & ſtudio CAROLI ANNIBALIS FABROTI IC.

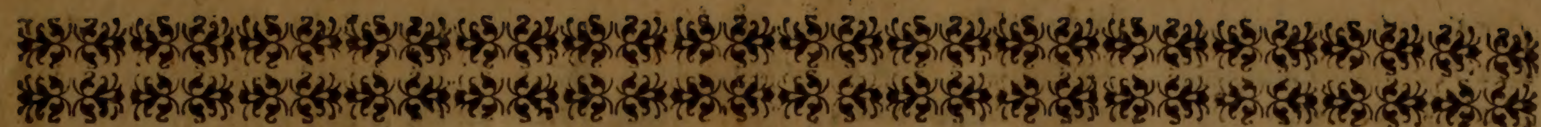


LVTETIÆ PARISIORVM,

Impenſis Societatis Typographicæ Librorum Officij Eccleſiaſtici, iuſſu Regis conſtitutæ.

M. DC. LVIII.

CVM PRIVILEGIO REGIS.



INDEX TITVLORVM ET LEGVM PRIORIS PARTIS HVIVS DIGESTORVM TOMI;

vbi qui de nouo adiecti sunt Tituli, prænotantur hoc asterisco †.

EX LIBRO I.

EX LIBRO II.

EX LIBRO V.

TIT. II.

De inofficioso testamento.

TIT. III.

De petitione hereditatis.

EX LIBRO VI.

TITVLVS I.

† De rei vindicat. 236

TIT. II.

† De Publiciana in rem actione. 363

TIT. III.

† Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur. 393

EX LIBRO VIII.

TITVL. I.

De seruitutibus.

TIT. II.

De seruitutibus vrbanorum prædiorum.

TIT. III.
De seruitutibus rusticorum prædiorum.

TIT. IV.
Communia prædiorum.

TIT. V.
Si seruitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

TIT. VI.
Quemadmodum seruitutes amittantur.



EX LIBRO X.

EX LIBRO XII.

TITVLVS I.

† De rebus creditis, si certum petetur, & de condictione.

EX LIBRO XVIII.

TITVLVS I.

De contrahenda emptione & de pactis inter emptorem & venditorem compositis, & quæ res vænire non possunt. 720

§. 2.

EX LIBRO XIX.

TITVLVS I.

De actionibus empti & venditi.

EX LIBRO XXII.

EX LIBRO XXIII.

EX LIBRO XXVIII.

EX LIBRO XXX.

EX LIBRO XXXI.

TITVLVS I.

† De legat. 2.

EX LIBRO XXXIII.

EX LIBRO XXXV.

EX LIBRO XXXVI.

TITVLVS I.

Ad Senatusc. Trebellian.



INDEX ALTER ALPHABETICVS

TITVLORVM IN HVIVS DIGESTORVM TOMI priori parte explicatorum.

IACOBI





IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, RECITATIONES SOLEMNES.

Ad Titulum Digestorum de Iustitia & Iure.

Ad leg. 1.

Iuri operam daturum prius nosse oportet, vnde nomen iuris descendat. Est autem à Iustitia appellatum. Nam, vt eleganter Celsus definit: Ius est ars boni & æqui, cuius merito quis nos sacerdotes appellet: Iustitiam namque colimus, & boni & æqui notitiam profitemur: æquum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu pœnarum, verum etiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor, Philosophiam, non simulatam affectantes.



VTRVMQVE nomen *Iustitia & Ius* plurimis modis dicitur in hoc titulo. Iustitia est virtus, quam, vt Vlpianus in l. 1. ait, nos præcipuè colimus & amplectimur, quæ versatur in communi vtilitate tuenda, & in suo cuique distribuendo, & in rerum contractarum fide. Vel: Iustitia est habitus animi ita affecti, vt velit ius suum cuique distribuere, quæ est mens definitionis positæ in *l. 10. hoc tit.* Aliter: Iustitia est virtus alia quælibet: iuxta vetus verbum, *Iustitia in sese virtutem amplectitur omnem*, quod Theognidi quidam tribuunt. Nam & temperantia est iustitia, & prudentia similiter, atque fortitudo, quoniam virtutes hæ, Temperantia, Prudentia, Fortitudo, non sunt virtutes, si iustitia vacent, scilicet, si propriam, non alienam, non communem rem spectent, vt rectè Aristoteles ait, omnes virtutes esse ἀλλοτρίας, id est, alienas: quæ alienum, non proprium commodum spectent, aut vitia esse, non virtutes: denique iustitia vacare, nec virtutes igitur esse.

Dicitur & Iustitia quælibet pars Iustitiæ, & præcipuè æquitas, idest, benigna iuris interpretatio, inflexio iuris stricti, lenitas, moderatio animaduertendi, aut venia, & indulgentia, vt in *l. placuit, C. de iudic. Placuit in omnibus rebus præcipuam esse iustitiæ æquitatisque quam stricti iuris rationem.* Nihil est præterea in illa lege, quæ dicit, *Iustitiæ æquitatisque*, notans eandem rem duobus nominibus, κατὰ τὸ αὐτό. Et dicit, *in omnibus rebus*, vt pertineat lex ad titulum, quo scilicet tractatur de iudiciis. Et ita est in *l. eos, §. si quid, C. de appellat. Iustitiam præcipuè in iudiciis locum habere debere.* Quis negat hoc? Sed iustitiam, lenitatem, æquitatem, huma-

A nitatem, beneuolentiam intelligit. Et ita apertè in rescripto quodam Hadriani ad Taurinum, cuius pars est in *l. 4. ad leg. Cornel. de sic. ar. infra*: sed non ea, quæ recitabo: *etiam*, inquit, *in maioribus delictis refert, consulto quid admittas, an casu. Et in omnibus criminibus hæc distinctio aut pœnam, aut iustitiam prouocare debet, aut temperamentum admittere.* Iustitiam, id est, pœnam. Temperamentum, id est, moderationem animaduertendi, quę & ipsa iustitię seu æquitatis nomine comprehenditur: Nam moderatio animaduertendi, indulgentia, quędam est iustitia. Ius autem in hoc titulo, quid

B sit dicam primo, ex *l. 1.* Deinde exponam quid aliis modis dicatur *l. pen. & vlt. h. t.*

Ad l. 1. pen. & vlt.

VLpianus auctor l. 1. imitatur Stoicos (Nam & ipse & cęteri omnes iureconsulti sunt imbuti à Stoicis) dum sc. exquirit, vnde dictum sit nomen iuris. Nulli Philosophi exquisiuerunt studiosius origines nominum, quàm Stoici. Imo vero Vlpianus ait, Eum qui iuri operam daturus est, scire prius debere vnde nomen iuris descendat. Sic & Theophilus in princip. tit. *de testam. ord.*

C eodem modo, necesse ante omnia scire etymon testamenti. Et hoc est, quod dicebant Dialectici, qui sunt Stoici (& apud Ciceronem & alios cum Dialectici nominantur, intelligimus Stoicos, & *in l. qui quadringenta, infra, ad l. Falcid. apud Dialecticos*, id est, Stoicos) hoc, inquam, est quod dicunt Stoici, definitionem nominis debere præcedere definitionem rei. Definitio rei est οὐσιώδης, quæ substantiam rei explicat. Definitio nominis est ὀνοματώδης. Denique est definitio nominis, veriloquium, quod tanti faciunt auctores nostri, vt sæpe ex eo argumenta ducant, *l. 1. §. cum seruis, De his, qui effud. vel deiec. neque enim recte serui dicitur noxa, cum*

D *seruus nihil nocuerit.* Et in *l. si legatarius, de leg. 3.* Si legatarij culpa, à quo fideicommissum datum est, lis non periit: Ergo iniquum est, ad eum pertinere litis periculum: quod cui nihil periit, non possit esse eius periculo quidquam: nam à pereundo periculum potissimum dicitur. Similiter in *leg. 11. in princ. de furt.* Si quis non habet quod perdat, ergo eius periculo nihil est. Et l. *in lege, de contrah. empt.* Si lapis non cæditur eo loci, nullæ igitur sunt lapidicinæ. Ait autem Vlpianus: *Esse à iustitia appellatum.* Hæc est definitio nominis tradita ab Vlpiano, quæ ponitur ante definitionem rei: *Ius à Iustitia*

est appellatum. Hoc probat rectissime à definitione rei, A hoc modo : (nam ita est ponenda ratio Vlpani) Ius est ars æqui & boni : Ars posterior est eo, quod arte continetur : Arte autem boni & æqui iustitia continetur. (Certe partes omnes iustitiæ continentur : religio, pietas, veritas, fides, æquitas) Ergo iustitia prior est iure. Consequitur igitur iustitiam iure priorem, & ex iustitia merito factum videri nomen Iuris, quasi per apocopen. Lenior quidem erit ἀποκοπὴ, si ius à iussu deduxeris : quoniam abscinditur vna tantum syllaba : sed ius prius fuit, quam existeret vllum iussum scitumue populi, quod constat ex naturalibus aut gentium præceptis. Et non est nouum per apocopen abscindi duas aut tres syllabas, vt ῥᾷ pro ῥᾴδιον : μανθά pro μανθάνειν. Ergo ius à iustitia dicitur, quasi posterius à priore : δίκαιον παρὰ τῆς δίκης. Et simili for- B ma à iure dicitur Iudex, quasi omnino vltimum : & Iudicium, Cicer. in Topicis : *iudicij finis est ius*. A iustitia igitur est Ius : & à iure Iudex. Nam hæc tria hoc ordine sequuntur. Et in hac notatione nominis etiam Stoicos secutus est Vlpianus, qui sapientem deducunt à sapientia, quod prius sapientia, deinde sapiens fuit : hominem ab humanitate, quod hominis idea prior fuit, quam homines. Denique denominatiuum à denominante, vt à forma res omnis nomen accipiat, non contra forma à subiecto. Et nos eodem modo in §. 1. *Instit. de iur. pers.* ducimus liberum à libertate. *Libertas*, inquit, *ex qua liberi homines appellantur*. Et Vlpianus noster in *l.* 1. *de pact.* pactum à pactione. Pactio est nuda forma, quæ per se intelligitur sine subiecto : Pactum non est sine subiecto, id est, sine re, de qua conuenerit. Pactio est vox C denominans. Pactum denominatiuum. Vel aliter : Pactio est abstractum, pactum concretum. Quam tamen differentiam Iureconsulti non seruant : promiscue enim vtuntur Pactionis, & Pacti nominibus. Et eodem modo Seruius Sulpitius, testamentum deducit à testatione, & adiecit, mentis, non quod duplex nomen esse existimaret, sed ne quis quamcunque testationem existimaret esse testamentum. Et intelligere etiam nos oportet, mentis vltimę defuncti. Quod ergo adiicitur, *Mentis*, id fit, vt testatio hæc, quæ dicitur testamentum, seiungatur à cæteris, quæ non sunt testationes vltimæ mentis defuncti : Nam, vt pactum deducitur à pactione : sic satis est testamentum deduci à testatione, id est, forma. Nec dubito quin etiam donum à donatione deduxerit Paulus D in *l. senatus* §. 1. *de dona. caus. mort.* Nam locus ille quodammodo secum pugnat, dum ait : *donatio dicta est à dono*, (sequitur) *quasi dono datum*. Etymon potius videtur esse doni, quam donationis. Quod confirmat etiam quod sequitur, tractam vocem à Græco. Nam vocant, δῶρον, inquit, ex qua voce non possis donationem deducere, donum deducas recte. Quoniam igitur lex Cincia, quæ donationibus modum imposuit, vt lex Falcidia legatis, Papia dotibus, appellata fuit lex de donis & muneribus, ille ad eam legem respiciens, ad quam omnis pars illius iuris est referenda, donum dictum ait à donatione, vt recte subiiciatur, vt est in Flor. Pandectis, quasi dono datum, vt Plinius & Vitruuius interpretantur *munus*, quasi manu datum. Sed de definitione no- E minis hæc sufficiant : de definitione rei dicam, non omnia, sed pauca quædam. *Ius*, inquit, *est ars boni & æqui*, apud Harmenopulum τέχνη τοῦ καλοῦ : sed addendum ex Basilicis καὶ ἴσου. Nam καλὸν bonum significat, non æquum. *Ius est ars boni & æqui* : Dico esse artem. Ars est collectio præceptorum. *Ius priuatum*, inquit Vlpianus in §. 1. *collectum est ex naturalibus, aut gentium, aut ciuilibus præceptis* : addere possis : *vel prætoriis*, ex *l. bonæ fidei, inf. depos.* Ergo ius est ars, quia nihil aliud est, quam collectio præceptorum naturalium, aut ciuilium, aut gentium. Et rursus, vt Cic. ait 2. *de Oratore*. Ars est eorum, quæ sciuntur. Ius & iuris studiosi omnis opera scientia continetur. Ergo ius est ars. Idem Cic. *in Bruto*, duas esse ait artes ciuiles atque forenses. Iuris scientiam atque eloquentiam. Nam ars nihil aliud hoc loco est, quam scientia, notitia, studium : vt ait post : *Iustitiam namque colimus, & boni & æqui notitiam profitemur*. In §. *huius studij*, inquit, *duæ sunt positiones*. *Studij*, id est, artis. Dices, quod plerique non indocti homines sibi temere persuadent : Idem ergo videri ius & iurisprudentiam. Nam iurisprudentia quid aliud, quam ars, scientia, notitia, studium? Iuris prudentia est habitus animi. Distat scientia ab habitu. Contrariorum est eadem scientia: Contrariorum tamen non idem est habitus : vt cui nota est bona valetudo, nota est & mala : sed qui habitus est bonæ valetudinis, non idem est malæ. Scientia igitur iusti & iniusti, liciti & illiciti, æqui & boni definitur, dum ius dicitur esse ars boni & æqui. In definitione autem Iurisprudentiæ, definitur animi habitus. Et obseruandum ad *l.* 10. *h. t.* quæ ponit definitionem Iustitiæ, atque etiam Iurisprudentiæ, habitus animi alios consistere in voluntate, alios in intellectu. Habitus animi, qui consistunt in voluntate, sunt virtutes : qui consistunt in intellectu, sunt scientiæ, quas animo apprehendimus. Iustitia definitur esse habitus voluntatis in d. l. 10. dum ait. *Iustitiam esse voluntatem perpetuam & constantem*. Nam verba illa *perpetua, constans*, habitum demonstrant, propterea quod omnis habitus est perpetuus, constans, & par sibi semper, δυσκίνητος, immobilis, aut motu difficilis. Qui ergo iustitiam definit, esse voluntatem perpetuam & constantem, definit esse habitum animi, qua parte voluntas consistit : vel habitum animi ita affecti, vt velit ius suum cuique tribuere. Cum ergo in *d. l.* 10. definiuisset Iustitiam esse constantem & perpetuam voluntatem, ostendit, *Iustitiam* esse habitum voluntatis : Contrà, dum *Iurisprudentiam* definit esse rerum humanarum diuinarumque notitiam, scientiam iusti, atque iniusti, ostendit Iurisprudentiam esse habitum intellectus. Ergo aliud est scientia, quæ abstrahitur à subiecto, quale est ius, quod definitur scientia boni & æqui. Aliud est scientia, quæ inhæret subiecto, id est, quæ consider in mente hominis, quæ Iurisprudentia dicitur. Videndum autem nunc esset, quid sit bonum & æqum, quod expediam cras. Ius pluribus modis dicitur, vt est scriptum in *l. pen.* Ac primum, vt heri docui, Ius dicitur pro arte boni & æqui : Aliud autem est ars boni & æqui, aliud scientia : sicut aliud est ars Dialecticæ, aliud scientia Dialectices. Nam scientia est in homine : Ars per se existit, etiamsi nemo eam percipiat. Quanquam scientiæ nomine etiam ars significari potest. Et hæc distinctio separat artem boni & æqui, quod est ius, à Iurisprudentia. Alio modo aliaque significatione *Ius* dicitur quod bonum & æquum est, quod arti scilicet subiectum est. Artis enim huius subiectum est bonum & æquum. Hæc distinguere licet. Quidni? Bonum est priuatio mali, priuatio malitatis : Æquum est priuatio inæqualitatis : Et tamen ita nexum est alteri, vt nec æquum possit quidquam esse, quin sit bonum, nec bonum quidquam, quod non sit æquum. At caue distinxeris bonum & æquum à bonitate & æquitate. Nam optima est figura à muliebri genere transire ad neutrum, ab æquitate ad æquum. Nam & ipsum ius summum, bonum & æquum est : alioqui ius non esset, & ars, quæ dicitur boni & æqui, nullas comprehenderet regulas iuris scripti, quod est falsissimum. Ius summum est rigor iuris. Ergo rectum ius. Nam rigor à rectitudine nomen obtinet, vt Aggenus Vrbicus ait. Si rectum : Ergo bonum & æquum. Denique bonum & æquum omnes gradus rectitudinis complectitur, & non æquum simpliciter & bonum. Sed & æquius & æquissimum, Melius & optimum : non extremam clementiam tantum vel relaxationem plenissimam iuris, & remissionem, sed etiam ius summum, & ius medium. Ius summum : Nam & Cicero Ius ciuile quod scriptum & constitutum est, quo fundata ciuitas est, definit esse æquitatem constitutam iis, qui sunt eiusdem ciuitatis, ad res suas obeundas. Ius item medium, hæc est proprie æquitas, quæ in mediocritate consistit, vt vult Aristot. & inde Sta-

tius, 1. Thebaid. *Medij venerentur & aequi.* Et *l. si ser- uos, 25. de pignerat. act.* vt recte Flor. *Medie esse rem à Iudice dispiciendam.* Et in *l. filio, vt legat. nomin. caueat- per mediocritatem esse causam dirimendam*, id est, aequitate media. Bonum & aequum dicimus, & bonitatem & aequitatem, nihil refert. Sallustius: *Verum bonumque*; vt in nostris auctoribus atque etiam in alienis saepe. *Verum*, id est, aequum. *Verius*, id est, aequius. Idem Sallustius: *Ius bonumque.* Horatius; *Iustum & aequum.* Ennius; Ius & aequum, his verbis elegantissimis, quorum vos perpetuo meminisse velim (appellat virtutem ἀρετὴν, seu robur corporis) *Melius est virtute ius: Nam saepe virtutem mali nanciscuntur: Ius atque aequum à malis se spernit procul.* Sic legendum apud Nonium, dum ostendit, illo loco *spernere*, esse segregare: Ius atque aequum se à malis segregat procul. Alij autem dixerunt: *Iuspiumque*, non male: Nam & religio erga Deum, & pietas erga parentes, vulgo Bonitas dicitur, vt in Partitionibus Cic. scribit. Ouidius in Epistola Hermion. *Inclusum contra iusque piumque tenet.* Et in arte scribit: *Stabit pro signis fasque piumque tuis.* Et ad Liuiam: *Et quoscunque coli est iusque piumque Deos.* Silius Italicus 8. *Magno te iure pioque Dictator capere arma docet.* Tot vero modis bonum & aequum, quod dicimus, adsignificatur. Verum vt ostendit l. pen. quae explicanda breuiter, simul & vltima, vt ex eis nobis enarrentur variae significationes iuris. *Ius* quod interpretamur esse aequum & bonum, duplex est: Aliud est semper omnibus hominibus bonum aequumque, vt est ius naturale, id est, ius commune omnium gentium, quod & ratio & aequitas naturalis saepe dicitur in iure: quoniam ius istud nullam non gentem tenet: Ius istud nullo modo mutari aut flecti potest, est aeternum & immutabile, §. *sed naturalia Inst. de iure nat. gent. & ciu. l. 2. §. vlt. de vsufr. ear. rer.* Ius illud, inquit Imperator, est diuina prouidentia constititutum. Tullius de Repub. Iuris istius disceptatorem & inuentorem esse Deum. Denique est ius diuinum, seu diuinitus insitum in mentes omnium hominum: quod magnarum legum appellatione significatur, vt illo loco, *Magnis agitant sub legibus annum*, id est, aeternis, immutabilibus, naturalibus. Aliud est ius, quod non semper, sed aliquo tempore est bonū & aequum, quodq; non omnibus hominibus, sed iis tantum qui eiusdem ciuitatis sunt ciues, est bonum & aequum: vt est ius ciuile, Ius vniuscuiusque ciuitatis, Ius locale, vt Theophilus loquitur, Ius κοινόν. Ius ciuitatis vnius. Ius naturale est commune: ciuile est proprium cuiusque ciuitatis, quod cum prauum & iniquum videtur, ad aequitatem & rectitudinem à iudice redigitur. Non igitur eo semper stat iudex: Praetor id saepe corrigit atque emendat, *l. 7. h. t.* Et tempore senescit, aut penitus euanescit tandem aliquando, abrogatur lege alia lata, vel desuetudine obliteratur. Ius hoc est humanum non diuinum. Idcirco mutabile, non immutabile. Et de hoc iure ciuili eleganter Paulus in *l. pen. Altero modo, Ius dici, quod omnibus aut pluribus in quaque ciuitate vtile est. Omnibus*, id est, omni populo eiusdem ciuitatis: *Pluribus*, id est, optimatibus. Vellem addidisset, *vel ei, qui in ciuitate imperat, quique in ea rerum est dominus*: Nam ita constituisset tria, quae sunt summa genera administrandae Reipubl. Democratiam, Aristocratiam, & Monarchiam: Nam idem scribit Aristoteles 5. *Ethicorum*, Leges ciuitatum, vel spectare vtilitatem omnium, vel vtilitatem eorum, penes quos summa rerum est, id est, Regum vel Imperatorum, τῆς ἡγεμονικῆς πολιτικῆς. Vel certe Paulus dixit, *omnibus aut pluribus*, iuxta illud quod Liuius scribit 4. de bello Macedonico; *Nullam legem satis commodam esse omnibus, id tantum quaeri an pluribus, & in summa an prosit.* Ius igitur hic ciuile est, quod omnibus aut saltem pluribus in quaque ciuitate vtile est. Vtilitas peperit ius ciuile, qua de causa à Theophilo dicitur Ius χρηστόν, id est, quod ad vnius ciuitatis vtilitatem spectat proprie. Haec autem vtilitas aequitas est, & quidquid Reip. vtile & conducibile est, bonum & aequum est. Nam quid aliud aequitas, quam Remp. tueri & conseruare legibus latis pro conditione & moribus eorum hominum qui in ea Repub. sunt? Ergo ius ciuile, quod vtile dicitur & bonum atque aequum est, quia tuetur Rempubl. quod tamen in quacunque ciuitate non vno modo afferi potest: suos quaeque ciuitas modos habet, sua momenta, suas vtilitates: & quod vtile est huic ciuitati, possit esse inutile alteri, vel contra. Et hae ipse vtilitates cuiusque ciuitatis variantur pro temporum moribus: qua ex re sequitur legum ciuilium mutatio: nec vlla vnquam fuit lex ciuilis aeterna, nulla diffusa in omnes gentes. Ius naturale est aeternum & immutabile, & diffusum in omnes gentes: non est aliud in Gallia, aliud in Hispania, aliud in Africa: non aliud nunc, aliud post; sed apud omnes gentes & omni tempore hoc ius sempiternum & immutabile obtinet. Vtrumque tamen quin sit bonum & aequum non est dubium. Quodcunque vtile est ciuitati, & bonum est: si bonum; & aequum. Nam à bono aequum nunquam seiungitur. Recte autem Paulus in *d. l. pen.* Iuri ciuili annectit Ius honorarium: *Nec* inquit, *ius recte appellatur in ciuitate nostra Ius honorarium.* Ius honorarium est, inquit, *l. 8. viua vox iuris ciuilis*, id est, ius honorarium ciuile subsequitur, vt ait *l. Seio, de test.* Varro *libr. 5. de lingua latina*: Ius praetorium ad legem, id est, ad ius ciuile aestimatur. Verum non tantum praetorium ius honorarium dicitur, sed & Ius Aedilium, ius Consulum, ius Tribunitium. Plerunque fateor Ius honorarium Praetorium dici, & Iurisdictionem plerunque de praetore tantum, vt in Gordianis Iulij Capitol. duobus locis iurisdictio separatur à Consulatu. Accipitur ergo pro praetoria per eminentiam. Sed pergam. Alio modo Paul. in *d. l. pen.* ostendit, Ius dici illud, quod praetor reddit, etiam cum inique decernit, causa cognita: reddit, non facit. Praetor facit proprie Ius edicto proposito: reddit decreto. Sed & reddere, facere est. Et rursus, licet iniquum reddat, tamen ius reddidisse dicitur, facta relatione, vt ait Paulus ad id, quod reddere debuit. Res iudicata pro iure habetur, res iudicata pro veritate habetur: & vt habeatur, publice interest, *l. seruo, 65. §. si praetor, ad SC. Trebel.* Si pretor per fauorem aut ambitionem hereditatem restitui iussit, procul dubio restituit iure, ob rerum iudicatarum auctoritatem. Hoc enim publice interest, quia incerta aliàs essent omnia: nullus esset finis litium, nullus finis sollicitudinis. Est ergo ius quoddam cuius nonnunquam videatur ἀδικίας initium: vt si quis ius iniquum statuat in alium, idipsum ille patiatur, licet sit ius iniquum: Aristoteles dicit in *Elenchis*, quia non est omnino aequum, sed tamen hac ratione est ęquum, quod aequum esse magistratus existimauit. Denique est ius non quod magistratus aequum pronunciat, sed quod vt aequum pronunciauit. Et ita Philosophus quidam apud Suidam, cum à casibus nominum, seu coniugatis ducit argumenta, recte ostendit, aut ius dici pluribus modis, aut iudicem ius reddidisse, dici pluribus modis, si vt oportet iudicauerit, si secundum leges vel mores iudicauerit, nec tamen secundum veritatem rei gestae, deceptus forte falsis probationibus, etiamsi pro libidine sua iudicauerit, si in iudicando, animo suo potius, quam legibus obtemperauit. Alio modo in *ead. l. pen.* ostenditur, Ius dici locum, quo ius redditur, quod est elegans, vt in tit. *de in ius vocando*, & in tit. *de interrog. in iure faciend. l. 4. § vlt. eod. tit.* Et cum dicimus cessionem fieri in iure, id est, in loco, vbi praetor cognoscit. *Appellatione*, inquit *collata ab eo, quod fit ad id, vbi fit.* Prior figura est Metaphora: Hic Metaphora, *Vbicunque Praetor salua Maiestate, &c. Vbicunque*, id est, quocunque in loco, vel in foro, vel domi suae, vel de plano, vel in itinere, quoties quid de plano expediri potest, re non exigente tribunal siue decretum. *Et salua Maiestate Imperij*: neque enim popina recte dicetur esse ius. Postremo ex l. vlt. addendum, Ius etiam accipi pro necessitudine. Necessitudinem vocat cognationem, agnationem, affinitatem. Quo verbo

etiam Græci vsi sunt eadem significatione, vt cum Dionysius dixit lib. 2. συγγενικαὶ ἀναγκαιότητες, id est, *cognatas necessitudines*. Et lib. 3. ἀναγκαιότης διὰ τὸ συγγενές. Eodem nomine comprehendit etiam amicitiam Dionys. 2. φιλότητα ἀναγκαίαν. Ius igitur accipitur pro necessitudine, cognatione, affinitate, vel amicitia. Vtitur exemplo l. vlt. Est mihi ius agnationibus, Ouid. 4. de Ponto: *Ius aliquod facerent affinia vincula nobis*. Sed satis de varia significatione Iuris. Celsus Iurisconsultus cum definiisset, Ius esse artem boni & æqui, subiecit: *cuius merito quis nos sacerdotes appellet. Cuius*, scilic. iuris. *Merito*, εὐλόγως, cum ratione. Et rationem reddit statim: *Iustitiam namque colimus, &c.* Ergo Iurisconsulti merentur laudem & appellationem sacerdotum siue Antistitum iuris, vt plerique notarunt, S. Sulpitium vocari à Fabio antistitem iuris, quæ appellatio etiam tribuitur principibus in oratione ante Institutiones, vbi Iustin. se iuris religiosissimum dicit, & *l. vlt. C. de ll.* tribuitur & Iudicibus, quia Iureconsulti sunt, & ius reddunt bonis, terrent reos. Symmachus ad Theodos. & Valen. Impp. *Oro* inquit, *vos Iustitiæ sacerdotes*. Gellius 14. quô capite agit de imagine Iustitiæ; *Iudicem*, inquit, *qui Iustitiæ antistes est, oportet esse grauem, seuerum*. Hi igitur omnes sunt sacerdotes, seu antistites iuris ac iustitiæ, quia iustitiam hi omnes colunt, quæ est sanctissima. Et qui templum sanctissimum dicat suos iuris libros, Iustinianus est, *l. 1. C. de veter. iur. enucl.* Et hac ratione vtitur. *Iustitiam namque colimus*, quasi Deam sanctissimam. Et adiicit: *Boni & æqui notitiam profitemur*, quæ cognitio etiam res est sanctissima, *l. §. proinde, inf. de var. & extraord. cognit.* Leges quoque ipsæ sanctæ sunt non quidem omnes, sed quæ pœna aliqua sancitæ sunt, & non tam à sanctitate, quam à sanctione., id est, ποινοδοσίᾳ, vt Græci dicunt, id est illatione, vinculo pœnæ, *l. sacra, §. pen. rer. diuis. l. sanctio infr. de pœn.* Vt sanctæ leges sunt, quibus adiicitur sanctio in nouissima parte earum: *Qui quid aduersus eas fecerit, is capitalem vel pecuniariam pœnam subeat*, vel vt legitur *d. l. sacra §. pen. vt qui in id aliquid commisit, capite puniatur. In id*, non *Ibi*, vt vulgo legitur. *In id*, inquam. vt in βασιλ. exprimitur apertius, κατὰ τῶν νομοθετημένων: & in antiqua inscript. *Quod si quis aduersus id fecerit, bona ac debebuntur*, id est, pertinebunt ad Rempubl. Leges quædam sunt non sanctæ, vt quę permittunt. Etenim in permissione libera potestas, non pœna. Item, quę iubent aut vetant, nec puniunt eum qui contra fecerit, sanctę non sunt: vt lex Valeria, quę ciuem Romanum, qui prouocasset à magistratu ad populum, virgis cędi securique necare vetuit, & si quis aduersus ea fecisset, nihil vltra, quam improbe factum adiecit, id est, nullam pœnam iniunxit: Liuius lib. 10. qui eleganter adiicit: *Id (qui tum pudor hominum erat) visum satis arctam mulctam, nunc vix serio ita minetur quisquam*. Ita legendum, non *seruo*, quod nondum quisquam emendauit. Hę vero leges, quę non sanctę sunt, infirmę & imperfectę sunt; quę puniunt, perfectę, & vt Tullius ait, diligentissimę sunt. Et vbi eadem de re duę inter se leges discrepant, vna quę permittit, altera quę puniat. recte Cornificius *ad Herennium*, plus valere sanctionem permissione: vt si vna lex cogat iubeatque facere, altera permittat facere, aliquid: si non feceris, hęc te non excusabit pœna, quia plus valet sanctio permissione. Est peritissime scriptum. in l. *legis virtus, inf. de legibus. Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire*, id est, sancire. Potentior est lex, quæ vetat: quam quę imperat. Nam sępe ea quę vetat, quasi exceptione quadam corrigere videtur ea, quę iubet & imperat. *In magistratus potestate*, vt scribit Quintilianus declam. 137. *plus potest vnus qui vetat, quam centum qui iubent*. Veto est solemne verbum intercessionum. Nos dicimus, *Ie m'oppose*: Latine, veto. Liuius lib. 6. *Faxo, ne iuuet vox ista, veto*. Tullius 3. de legib. *per Tib. Gracchum non solum vetitus, sed etiam sublatus, &c.* Plus autem valet inter magistratus, qui pari sunt potestate, vnus qui vetat, quam cęteri

A omnes qui iubent. Hoc est, quod dicitur, in re pari potiorem esse causam prohibentis, *l. Sabinus, inf. comm. diuid.* Vt autem potentior est lex, quę vetat, quam quę imperat: ita potentior est lex, quę imperat vel punit, quam quę permittit. Et recte in *d. l. legis virtus*, non additur, *suadere*. Nam suadentis legis nulla est virtus. Suadet lex Theodosij, vt & matres secundis nuptiis abstineant, extantibus liberis, *l. 2. §. vlt. Theod. de secundis nuptiis*. Suadet lex prima Iustiniani, non minus relinqui libertis priori s matrimonij, quam posterioris matrimonij, *Nouel. 22. §. vlt.* Suadet lex vetus, ne heredes in testamentis, quibus scripti sunt, testimonium perhibeant, *§. licet, Institut. de testam. ordin.* Et omnes hæ leges, quæ suadent facere, etiam permittunt facere: Vel sic, primum permittunt facere, sed deinde suadent non facere. B Est permissionis virtus quædam, quoniam quod quis fecit, lege permittente, nec rescinditur, nec vindicatur. Suasionis nulla est virtus. Adnotandum, vno casu etiam eas leges siue sanctiones (quod idem est) quæ puniant imperfectas esse, aut certe minus perfectas: vt si quid fieri vetent, & factum non rescindant, sed pœnam iniungant ei, qui contra eas fecerit, qualis fuit Furia testamentaria, vt Vlpianus in fragment. scribit. tit. 1. quæ vetat plus quam mille assium legatum capere: nec tamen legatum infirmauit, sed pœnam quadrupli iniunxit ei, qui plus cepisset. Minus perfecta aut imperfecta fuit lex. Lex dicitur imperfecta duobus modis, quæ pœnam non irrogat ei, qui contra fecit, vt Macrobius *in somnium Scipionis* ait, & quæ pœnam irrogat, sed factum non rescindit. Hæ vero quæ pœnam irrogant, proprie sanctæ sunt, & sanctiones, id C est, quæ impune violari non possunt. Sed & sanctiones dicuntur quibus impune obtemperari potest, etiamsi aliæ leges violari videantur. Igitur sanctio dicitur duobus modis, quæ pœnam irrogat non obtemperanti, & quæ pœnam aliarum legum soluit obtemperanti: qualis est sanctio legis Regiæ de Imperio Vespasiani. Hæ igitur proprie sanctæ sunt & sanctiones. Et si sanctæ sunt, & sacræ igitur quodammodo: denique sacrosanctæ. Et hoc quidem genere (quod notandum) ob id ipsum, quæ sanctæ & sacræ sunt. Specie *sacræ* leges aliud significant: Nam specialiter leges sacræ & sacratissimæ dicuntur hodie constitutiones Principum, *l. leges sacratissimæ, C. de legib.* quod intelligendum de constitutionibus Principum, vt quæ de rebus sacris constituuntur. Et diuorum oracula: Nam & ipsi principes sacratissimi sunt & inuiolabiles. Olim specialiter D sacræ, sacratissimæ, sacratæ leges dicebantur duobus modis tantum. Vno modo ab obtestatione, quæ erat firmata iureiurando interposito, deuotione, execratione populi vel plebis, si quis eas violasset. Festus: *sacrosanctum est*, inquit, *quod iureiurando interposito est institutum, si quis violasset, morte pœnas penderet*. Et veteres glossæ *sancit*, interpretantur, κυροῖ νόμον ὅρκῳ, id est, *firmat legem iureiurando*. Atque ita ex his possis statuere tres significationes sanctionis, duas ante attulimus. sanctio est, quæ punit non obtemperantes: sanctio est, quæ nominatim soluit pœnam aliarum legum huic obtemperanti. Sanctio est, quæ sacra tuetur iureiurando. Liuius 3. Tribunos veteri iureiurando, cum primum eam potestatem plebs creasset, sacros esse: quorum leges vocant sacratas, alij sacras. Item speE cialiter sanctiones dicuntur sacratæ à consecratione pœnę, non pœna qualibet. Quanquam & generaliter omnes sanctiones sacræ dici possint: sed sanctiones sacræ dicuntur specialiter, quibus sanctum est, quod qui aduersus eas fecerit, vt sit sacer alicui Deorum, cum pecunia familiaque sua, vt Festus scribit. Atque ita in summa, sanctæ leges specialiter dicuntur sacratæ, vel sacræ, vel ab obtestatione legis, vel pœnæ obtestatione. Hæc omnia eleganter Tullius complexus est in oratione pro Cornelio Balbo, sanctiones sacratas esse (sic legendum, non, sacrandas) aut genere ipso: quomodo in vniuersum omnes sacras aut sanctas quis appellet: aut ab obtestatione legis, quando populus eam iureiurando firmauit, deo inuocato, & sacrificio nonnunquam facto, tactaque ara. Est enim iusiurandum ius ita sa-

cratum: vt illo loco Virgilij: *Sacrata reſoluere iura.* Vel, vt idem ait, ſacratæ dicuntur à cōſecratione pœnæ, cum caput eius, qui commiſit, ſacrum eſſe iubet. De his ſatis. Vlpianus, vt magis magiſque nos eſſe ſacerdotes iuris oſtendat, ait, *nos æquum ab iniquo ſeparare: licitum ab illicito diſcernere.* Facit igitur differentiam inter licitum & ęquum. Licitum eſt, quod legibus ſcriptis conceditur. Æquum eſt, quod etſi legibus præſcriptum non ſit, tamen iuſtum & bonum eſt. Vel ſic: Licitum eſt æquitas ſcripta: Æquum æquitas non ſcripta: Nam non audio eos qui, quod licitum eſt, non continuo æquum eſſe aiunt. Nam quod æquum non eſt, certe iniquum eſt. Nulla autem lex iniqua, aut certe lex non eſt. Æqui igitur duæ ſunt ſpecies, licitum & æquum. Et ita, quamuis licitum ſeparetur ab honeſto, illicitum ab inhoneſto, *l.* 1. *C. de liber. cauſa*: *l. ſemper, inf. de ritu nupt.* tamen licitum & quodammodo honeſtum, non eſt honeſtum ſemper, ſed aliquatenus. Et hoc eſt, quod Tull. ait, *Probandum non quidquid licet etiam oportere,* id eſt, quidquid licet, non etiam honeſtum eſſe. Licet iure ciuili ducere conſobrinam, ſed non eſt honeſtum. Contra: Quidquid non licet, certe nec oportere. Omne illicitum & turpe eſſe. Eandem igitur differentiam inter licitum & honeſtum conſtituo, quæ inter licitum & ęquum. Eandem etiam inter legitimum & iuſtum: Nam legitimum eſt, quod legibus ſtatutum eſt. Iuſtum eſt, quod non cauetur legibus, bonum & æquum ſc. Eandem differentiam conſtituit Ariſtoteles 5. *Ethicorum* inter τὸ νόμιμον, & inter τὸ ἴσον. Eandem alij inter τὸ νόμιμον, & τὸ δίκαιον. Marcellinus in Aphton. Legitimum eſt æquitas conſtituta: Æquum autem eſt æquitas non conſtituta, non definita, quia nec poteſt definiri æquitas omnimodo, ſed vt negotia hominum ſunt infinita, ita & æquitas, quæ eſt norma negotiorum, infinita eſt, *l. non poſſunt, de legib.* Eadem ratione licet diſcernere iniquum ab illicitó, quia diſcernimus licitum ab æquo. Quinimo eiuſdem eſt diſcernere æquum ab iniquo, & licitum ab illicito, nempe, Iureconſulti, vt Muſici eſt diſcernere conſonum à diſſono: Arithmetici par ab impari: Nam eſt vnius eiuſdemque ſcientiæ, & operæ dignoſcere contraria. Itaque plerunque contingit, vt ex vno contrario dignoſcatur aliud, & quot modis dicitur æquum, tot etiam dicatur iniquum. Sed dixi, *plerunque,* vt Ariſtoteles dicit in *Topicis,* φιλεῖν duobus modis dici, pro oſculari & amare: Μισεῖν vno tantum modo dici, quod aduerſatur dilectioni, non oſculo. Vlpianus quo magis oſtendat, ſe eſſe ſacerdotem iuris, & veteres omnes qui ſunt Profeſſores & Doctores huius artis, adiicit: *Bonos non ſolum metu pœnarum, ſed, &c.* Bonos ſcil. viros & ciues, ſed ciues potiſſimum: hoc enim inter ſe diſtant Ethice & Politice: quod Ethice facit bonos viros: Politice bonos ciues. Sed in Republ. bene conſtituta qui bonus vir eſt, & bonus ciuis eſt: quia, ſi eſt bonus vir, ſane communi vtilitati ſeruit. Et contra, in Repub. bene conſtituta, qui non eſt vir bonus, nec ciuis bonus eſſe poteſt, & conſequenter, qui in ea eſt bonus ciuis, non poteſt non eſſe bonus vir. At in Repub. praua, male conſtituta, bonus quidem ciuis eſt, qui eam tueri & conſeruare ſtudet, non tamen eſt bonus vir: quia ſi eſſet bonus vir, minime Rempubl. eam tueretur aut defenderet, aut certe in ea non verſaretur. Et contra, qui in ea eſt bonus vir, non eſt bonus ciuis: quia longe abhorret à moribus eius Reipub. eoſque improbat & impugnat, quantum poteſt. Et hoc eſt, quod ait Ariſtot. 5. Ethicor. *Non idem forſitan eſt bonum virum eſſe, & bonum ciuem eſſe.* Et quamuis dicat, ἴσως, *forte*: tamen affirmat eam eſſe ſuam ſententiam. Sed ſolet Ariſtot. ſemper adminiculo hoc, *forſitan,* vt & Iureconſulti, fulcire ſuam ſententiam, & recte, vt *l. ſi duo, de recep.* vbi Accurſius adfert hunc verſum:

Sub dubio forſan reſpondent ſæpe periti.

Et eam ſententiam idem auctor latius perſequitur 3. Polit. Bonus ciuis eſt, qui ſollicitus eſt de ſtatu Reipub. in qua verſatur, quique eam totis viribus conatur augere, retinere. Bonus vir eſt, qui iuſtus, qui nocet nemini, prodeſt

Digeſt.

A multis. Ex iuſtitia enim, inquit, boni viri appellantur: Quam appellant etiam Iureconſ. honeſtatem, legum auctores, legum interpretes, qui bonos cupiunt efficere, & præmiorum exhortatione, & pœnarum metu, vt Vlp. ait. Et ſimiliter de principe Plin. in Panegyr. *Nec pœnis malorum, ſed bonorum præmiis bonos facis.* Tull. 1. *de Orat.* Bonos viros fieri iure ciuili, bonos ciues ſcil. Præmium eſt honos & ſplendor virtutis. Pœna, vt eſt notum ex *l. aliud, inf. de verb. ſignif.* eſt delicti coercitio. Sed aliter definitur, pœna eſt doli æſtimatio ex *l. ſanctio, de pœn.* Vel, pœna eſt ſupplicium peccati, vt retro Ciceroni in Piſoniana, ſupplicium pena peccati. Partim ergo præmiis, partim pœnis leges legumque conſulti bonos cupiunt efficere. Obiiciet aliquis, etiam non eſſe bonum, quem præmia &

B pœnæ bonum efficiunt: callidum potius, quam bonum eſſe, vt ait Tullius primo *de legibus.* Sed eum eſſe bonum qui ſua ſponte eſt bonus, & nullo propoſito præmio, nulla pœna, id eſt, qui ipſa honeſtate mouetur, non præmio, non pœna, qui nec affectat præmium, nec pertimeſcit pœnam. Et fatebor eum tantum eſſe bonum, qui ſua ſponte eſt bonus, nec ducitur ſpe præmij, aut terrore pœnæ: Nam hoc in nobis ſolum eſſe, vt ſimus boni vel mali. Principium boni aut mali à nobis & in nobis eſſe. Leges vel legum interpretes nullos facere bonos, ſed flectere ad bonitatem & compellere, id eſt, partim præmiis & honoribus, partim ſuppliciis & animaduerſionibus efficere vt velint, vt obdurent eſſe boni: exhortari tantum leges ad bonitatem, non creare aut ingenerare bonitatem in nobis. Exhortari, inquam, leges, quo verbo vtitur Vlpian. hoc loco

C & Ariſtot. 3. Ethicor. προτρέπειν, id eſt, *hortari.* Quo argumento idem auctor rectiſſime probat, in nobis poſitum eſſe, vt ſimus boni vel mali. Nam fruſtra leges inuitarent eos ad virtutem & à vitio deducerent, niſi id eſſet in noſtra poteſtate. Quid iuſtitia? Voluntas (vt in l. 1.) noſtra, (quis dubitat?) non aliena. A nobis igitur originem capit. Et, vt fruſtra eſt, ſi quem horteris, ne æſtuet in æſtate, ne dormiat in æſtate, ne hac hyeme frigeat, quia hæc non ſunt eius poteſtatis: ita fruſtra eſſes, ſi quem inuitares ad bonitatem, & dehortareris à malitia, niſi hæc eſſent in eius arbitrio. Et veriſſima eſt opinio, libere à nobis ſuſcipi bona vel mala: quam ſequuntur Iuriſconſulti & Peripatetici. Alij nullum in nobis volunt eſſe arbitrium, & omnia quaſi fato fieri. Alij volunt vitia eſſe in ſua poteſtate, non virtu-

D tes. Alij volunt, ante lapſum generis humani fuiſſe plenum arbitrium hominis: poſt lapſum ante redemptionem & liberationem humani generis, nullum fuiſſe arbitrium hominis: poſt liberationem iterum plenum eſſe arbitrium hominis. Sed niſi me fallo, verior illa, vt ſit liberum hominis plenum arbitrium, quod ad bonitatem & ad vitioſitatem amplectendam. Quod & idem auctor probat, argumento ducto ex iure noſtro: ſi in nobis non eſt errare, delinquere, vel non delinquere; erroris igitur nullæ ſunt pœnæ. Atqui errores, ignorantiæ ſunt pœnæ, *l.* 1. *de legib. l.* 2. *de termino moto.* Vt ſi ignoramus leges publicas, & peccemus ignorantia legum publicarum. Nam in noſtra poteſtate fuit, ſcire leges publicas, cum ſint publice propoſitæ. Item, ſi quis per vinum, & conſequenter per igno-

E rantiam deliquerit, punitur ac culpatur: quia in eius poteſtate fuit, vt ebrius fieret, & ebrietas fuit erroris cauſa & delicti. Ergo ipſe ſibi auctor fuit delicti. Sane in id, quod per vinum fit, iure ciuili pœna eſt in *l. omne* §. *pen. inf. de re milit.* ſi miles per vinum aliquid admiſiſſet, militiæ mutatio ei irrogatur, & redigitur in infimum ordinem gregariorum militum, manipularium. Sed ſi deliquerit ignorantia eius rei, cuius ſcientia vel ignorantia non erat in eius poteſtate, vt ſi peregre adminiſtrans tua negotia, ea adminiſtrauit finito mandato, neſciens te eſſe mortuum; ignoratio huius facti excuſatur, quia non fuit in eius poteſtate, ſcire te eſſe mortuum. Iiſdem fere verbis, quibus vtitur Vlpianus, id eſt, ſenſu eodem, de legum conditoribus ſeu Iureconſultis, Ariſtoteles exprimit eodem loco 3. Ethicor. *Legum,* inquiens, *conditores punire ſontes, inſontes præ-*

mis afficere, & eos quasi exhortari, illos dehortari. Addit in extremo Vlpianus noster hæc verba: VERAM NISI FALLOR PHILOSOPHIAM, &c. significans iustitiæ cultorem, professorem iuris, id est, artis boni & æqui, qui scilicet docet (professoris est docere) domitas habere libidines, docet Rempubl. tueri, docet sua tueri, ab alienis mentes, oculos, manus abstinere. Nam ab alieno debemus oculos abstinere. Neque enim licet fenestram aperire contra ædes vicini sine vicinæ domus seruitute. Denique arbitrum boni & æqui, liciti & non liciti, cupientem studiosumque boni latius diffundendi in omnes, hunc esse verum Philosophum. Nam veri Philosophi munus est communi vtilitati seruire, & præstare omnia quæ commemorata sunt ante. Et vera Philosophia est veluti sanctissimum sacerdotium. Iureconsulti ergo sanctissimi sacerdotes.

Veram non simulatam Philosophiam, &c. Qua in re Vlpianus etiam imitatur Stoicos, qui suum *sapientem solum dicunt esse verum sacerdotem, solum regem, atque etiam regem regum, solum omnia, solum vnum minorem Deo.* quod & Tullius & Plutarchus, & alij indicant. Simulata Philosophia est veluti sophistice, quæ est Aristoteli φαινομένη Philosophia. Et alibi χρηματιστική, quæ lucrũ captat ex fucata sapientia & adumbrata, plena concertatione, plena inanium verborum. Vera Philosophia in rebus ipsis, vt ante demonstraui, qui nerui sunt huius artis, non in verbis occupata est. Vera Philosophia in actione, non oratione consistit. Philosophia est studium sapientiæ.

Ad §. 2. Huius studij.

Huius studij duæ sunt positiones, publicum & priuatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Priuatum quod ad singulorum vtilitatem. Sunt enim quædam publice vtilia, quædam priuatim. Priuatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus.

HVius studij, id est, ταύτης τῆς ἐπιστήμης, duas esse positiones, publicum & priuatum: Vna positio est iuris publici, altera iuris priuati: vtramque tenebant peritiores Iureconsulti, vt Plinius in Epistolis Aristonem scribit peritissimum fuisse tam publici quam priuati iuris, & ei semper fuisse curæ sic publica, vt priuata iura tractare, vt olim sacerdotes & Pontifices vtrique iuri præerant, & vt est in *l. 2. §. deinde ex his, tit. seq.* ex corpore Pontificum constitutos quoquo anno, qui præessent priuatis, id est, qui ius priuatum priuatis interpretarentur, qui de iure priuato responderent, qui agendi formulas componerent. Præest magistratus iurisdictioni, præest & Pontifex, vel Senatus, quasi alter Pontifex, iurisque sacerdos, iuri respondendo, interpretando, cauendo. Possit etiam Iureconsultus, licet non sit magistratus, dici præesse iurisdictioni. Nam oraculum dicitur totius ciuitatis, vt 1. *de Orat.* Et dicitur esse oraculum, vt Græcis λόγιον. Cornific. ad Herennium: Aperte fatur dictio. Aperte, id est, clare. Dicebatur aperte, teste Festo, quod patente cortina responsa seu oracula dabat. Quod non intellexit temerarius ille, quasi esset aduerbium, nesciens *dictionem* esse dictam pro oraculo. Apud Nonium Pacuuius, *Flexa non falsa autumare dictio Delphis solet.* Et alio loco: *Sed in certamine dictio*, id est, oraculum. Liu. 8. *At Tarentinis data dictio est*, id est, oraculum. Præesse dicitur iureconsultus recte iurisdictioni, vt fundat oracula iuris: Præesse priuatis, à quibus consulitur de statu & iure rerum priuatarum. Item præesse cognitioni iuris: Præesse muneri respondendi iuris. Tullius 1. de legibus. *Cui muneri præfuerunt respondendi iuris.* Et infra: *Debuerat cognitio iuris*, inquit, *per se quantum adferat iis, qui præsunt, honoris non ignorare.* Et alio loco: *Clarissimi ciues studio iuris hodie etiam præsunt.* Et alio loco: *Multis præessem, vt tecum agerem, id est*, multis præscriberem actiones, & multis præciperem. Et male tentauit quidam in *l. 2. §. augescente, de orig. Iuris*, ita legere: *Augescente ciuitate qui præerant, quædam genera.* cum Florent. sit perspicue scriptum, *quia deerant*, non *præerant.* Verum ad rem. Ex veteribus Iureconsult. multi fuere periti priuati iuris, & imperiti publici iuris. Quod mirum: Nam ius publicum est præstantius iure priuato. Tullius 1. de legibus. *Quid est tantum, quantum ius ciuitatis?* Aliud est ius ciuitatis. Aliud ius ciuile. Ius ciuile est priuatum ius. Ius ciuitatis est publicum. Est enim proprium ciuitatis atque imperij, vt idem de Orat. Sed neglectum est ius publicum, quod parum videretur eius cognitio singulis esse necessaria, quodque raro de iure publico interrogarentur. Quo fit etiam hodie magno malo, vt quidam eam tantum iuris partem exerceant, quæ populo necessaria. Id incognitum est, quod minus in vsu necessarium. Sed nunquam bene percipiemus vsu necessarium, nisi & nouerimus ius istud vsu non necessarium. Nexum est & colligatum alterum alteri. Nulli sunt serui nobis, cur quæstiones de seruis vexamus? Digna imperito vox. Contra Plin. libr. 8. Epistol. *Solebat*, vt ait, *sic antiqua iura tractare vt recentia: sic rara, vt assidua.* Vpianus autem has duas dicit esse positiones huius artis, Publicum & Priuatum. Et positiones dicit exemplo Stoicorum, ex quibus Apollodorus, vt Diogenes refert, quas alij vocant species, vel formas, vel partes, vel genera, ipse Apollodorus appellabat τόπους, *locos* seu *situs.* Quomodo etiam ex sententia Labeonis in *l. 1. inf. de adqu. poss.* dicebant possessionem appellari à sedibus, quasi positionem, id est, situm. Id enim quisque possidere dicitur, cui insidet. Alij tres faciunt positiones iuris, sacrum vel diuinum, publicum & priuatum, *l. vt inter, C. de sacrosanct. eccles.* Ausonius.

Ius triplex, tabulæ quod ter sanxere quaternæ:
Sacrum, priuatum, & populi commune quod vsquam est.

Sed, quod notandum, facile diuisio trimembris fit bimembris, & quæ bimembris, trimembris; vt *l. 5. de pact.* cœpit facere trimembrem diuisionem pactorum, & mox facit etiam bimembrem. Nam ita statuit, conuentionum esse tres species: Eas publicas, aut priuatas: sed priuatas dicit esse rursus aut legitimas aut iurisgentium. Et ita sub iure publico continetur ius omne sacrum: Nam in sacris & sacerdotibus, & magistratibus id consistere ait: continetur ergo sub iure publico ius Augurale, ius Pontificium, ius sacrum. Et Plin. *lib. 8. Epist.* Ius Senatorium ait, esse partem iuris publici. Nam & in magistratibus ius publicum consistit. Et hæ omnes partes pertinent ad statum Reip. Ius priuatum pertinet ad singulorum vtilitatem: vt ius testamentorum, ius donationum, ius contractuum. In qua positione iuris consumitur fere totum corpus iuris ciuilis. Iuris publici pars perexigua est. Sed & hoc ius priuatum (quod notandum) dicitur publicum nonnunquam ad differentiam priuatarum conuentionum, quæ & iura dicuntur, ius est ex pacto priuato: Et ad differentiam testamentorum, quibus, quod cauetur, vt ita ius sit, itaque seruetur 12. tab. cautum est. Sic dicitur voluntas defuncti, lex, in *Nouel.* 22. Et ad differentiam quoque priuilegiorum, quæ vna persona continentur; vel indulgentiarum, quæ vni ciuitati vel personæ conceduntur. Ad differentiam veniæ quam criminoso dat Princeps. Et hoc modo sæpe in iure ius publicum, id est, leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta prætorum, quæ sunt de rebus priuatorum, non de sacris, non de sacerdotibus, non de magistratibus. Et hoc ius priuatum vt ait, est triplex, Ius naturale, gentium, & ciuile. Possis secundum quod docui ante, facere tantum bimembrem diuisionem, & dicere: Ius aut esse naturale, aut ciuile: Nam ius naturale ita diuiditur, vt aliud sit naturale, aliud ius gentium. Nam & ius gentium est ius naturale. Ex Vlpiano intelleximus iuris duos esse locos, vel situs, vel positiones: publicum & priuatum: Et rursus, priuatum tripartitum esse. Vel enim esse ius naturale, vel gentium, vel ciuile. Obiicies huic diuisioni, quod etiam Agricola quidam obiicit: Ius priuatum perperam diuidi in naturale,

gentium & ciuile: ac si non ferat eandem diuisionem ius publicum, quod æque est naturale, vel gentium, vel ciuile. Hoc postremum omnino negandum. Ius publicum neque naturale, neque gentium, neque ciuile est: nec est quidquam, quod facilius demonstrari possit. Primum, ius publicum naturale non est. Nam ius naturale pertinet etiam ad bruta: ius autem publicum non pertinet ad bruta: cum bruta non habeant sacra, sacerdotes, magistratus, quibus in rebus consistit ius publicum tantummodo. Item publicum ius non est iuris gentium, vllave pars iuris publici: Nam ius gentium est commune omnium hominum, omnium gentium. Et quamuis religio erga Deum sit ex iure gentium, l. 2. hoc tit. quod omnium hominum mentes, etiam barbarorum imbuerit Dei opinio: ritus tamen, ceremoniæ, sacra, propria sunt cuiusque ciuitatis seu nationis. Et similiter sacerdotum & magistratuum ordo ratioque non est eadem vbique gentiũ. Denique nihil est in iure publico, quod sit commune omnium gentium, nisi in vniuersum religio quædam, vniuersa quædam cognitio Dei. Non est etiam ius publicum ius ciuile, sed ius ciuitatis, vt ostendi nudiusquartus. Iure ciuitatis ciuitates reguntur. Iure ciuili quisque ciuis. Et aliud est ius ciuitatis: quod est ius publicum: aliud ius ciuile, quod est priuatum. Relinquitur ergo ius naturale gentium & ciuile species esse iuris priuati, non publici. Nunc tractemus de iure naturali, de quo hîc Vlpianus his verbis: *Ius naturale, &c.* Hæc nobis perspicue explicanda sunt, non fœdissime, vt interpretes fecerunt, quia nihil fœdius scriptis Doctorum ad hunc titulum. *Ius*, inquit, *naturale est, quod natura, &c.* Vtemur Accursio in hoc vno solum. *Natura*, id est, Deus, non displicet hæc oratio, imo admodum placet: quia Stoicis, quos semper fere sequuntur Iureconsulti, idem est Deus & natura, nempe rerum omnium parens, auctor, rector, ita vt Marcus Tullius in *Paradox.* eos secutus quasi ambigens vel definiens dixerit, *siue Deus, siue mater rerum omnium natura.* Et ita Plutarchus tractans de doctrina Stoicorum in *libro de placitis Philosoph.* 1. quod appellat *Deum*, id interpretans Tullius in 2. *de natura Deorum*, appellat *naturam.* Licet ergo mihi secundum Stoicos appellare naturam, quod alij Deum. Nam est eorum mens, vt idem sit Deus & natura. Tullius ait, naturam esse artificiosum ignem ad gignendum via progredientem. Et ita in l. *in pecudum, inf. de vsur. Omnes fructus, rerum naturam hominum gratia comparasse.* Naturam, id est, Deum, quę sententia ex Stoicis etiam est. Lactantius libro septimo: *Hominum causa omnia facta Stoici loquuntur.* Idem nos diuinę literę docent, quod ipsum Tullius demonstrat pluribus in 2. *de natura Deorum.* Ius ergo naturale est, quod natura, id est, Deus parens rerum omnium, & vniuersi gubernator omnia animalia docuit, id est, cuius gnara ea fecit atque perita. Nam subiicit Vlpianus hoc loco: *Videmus omnia animalia istius iuris peritia censeri*, vt in l. *de alimentis, C. de transact. de alimentis præteritis, quæ iam debentur, licet transigere: de futuris transactio nulla iuris auctoritate censetur*, id est, nullam habet auctoritatem iuris. In l. *vlt. de suis & legit. heredib. priuatorum cautiones legum auctoritate non censentur*, id est, non habent legum auctoritatem, aut certe non maiorem, aut superiorem legibus. Plin. in Panegyr. *Quisquis est*, inquit, *paulo vetustior miles, hic te commilitone censetur*, id est, habetur pro tuo cõmilitone. Gellius lib. 19. *Arma, mœnia, comitia figura multitudinis perpetuo censentur*, id est. semper dicuntur plurali numero. Ergo istius iuris peritia omnia animalia censentur, id est, iuris peritiam habent: nec enim minus ea ius istud natura docuit, quam homines. Et qui docet, peritum facit eum quem docet. Ergo, hoc iure naturali, natura seu Deus imbuit non tantum homines, sed etiam belluas, tam feras quam cicures, & aues & pisces. Denique omnia, quę celo marique nascuntur, quibus verbis summa rerum & ipsa vniuersitas significatur, *vt l. 1. de adq. rer. domin.*

Proinde ius est aliquod nobis commune cum brutis, A quod impugnari potest tribus modis. Primum, vt iustitia, ita ius sine ratione non consistit, soli ratione vtentes iure & lege viuunt (verba sunt Tullij, 2. *de natura Deor.*) Virtus ratione constat, bruta ratione non vtuntur, cuius sunt expertia. Ergo iure non viuunt, & vt rationis, sic iuris sunt expertia. Item in bruta iniuria non cadit. Ergo nec ius: Nam si quid bruta iure facere possent, si secus fecerint, iniuriam fecerint: non possunt autem iniuriam facere. Ergo nec iure quidquam possunt facere, *l. 1. §. 1. si quadr. pauper fec. dicat.* Dici non potest, inquit, animal iniuriam fecisse, quod sensu caret, id est, quod ratione caret, quia certe ratione caret. Ratio est sensus animi, non corporis. Et ita in l. *quamuis* 32. §. *infans, de acquir. possess.* Infantis nullum esse sensum, id est, nullum iudicium animi, nullum in- B tellectum, nullamve rationem. Quod est etiam ex Stoicis: Nam & Seneca refert in Epist. Infantem atque etiam pupillum Stoici dicebant rationalem nondum esse. Obiici etiam potest vltimo, quod iidem Stoici dicebant: Nullum nobis esse ius commune cum brutis. Hoc erat illorum dogma ita conceptum: μηδὲν πρὸς τὰ ἄλογα ζῶα, &c. Dissentit igitur à suis Stoicis Vlpianus, qui ius quoddam facit commune cum brutis animalibus. Et exponitur hoc dogma Stoicorum apud Sextum Empiricum, *in libr. contra Mathematicos* & apud Plutarchum περὶ σαρκοφαγίας.

Respondendum hisce obiectionibus. Primum sic statuo: Ius esse non tantum rationem insitam à natura, ductumque rationis, sed etiam quod rationi consequens & proximum est, licet ratione non fiat, vel ducatur, vel administretur, sed innata vi. Rationi proximus est, qui natu- C ralis est, & communis omnium animalium coniunctionis appetitus procreandi causa. Ratione igitur cum suscipiatur procreandi causa, item educandi ea, quæ procreata sunt, ex eo fit vt dicatur prima societas esse in ipsa coniunctione, proxima in liberis. Rationi etiam consequens est quod natura tribuit omnibus animalibus, vt se, vitam corpusque tueantur: vt vim atque contumeliam propulsent. Quod autem proximum est iuri & rationi, & quodammodo ius est in l. *de quib. inf. de legib. Si qua in re leges & mores defecerint, id custodiri oportet, quod proximum est iuri.* Ius est igitur. Quintil. in declam. 331. *Si quid damnatione, si quid vltione dignum non habet lex manifesta, debet iudex sequi iuri proximum.* Aggenus de limit. agror. *Si loci natura permittit, seruari rationem opor- D tet: sin autem, rationi proximum.* Et in eadem declamatione Fabij: *Proximo iure esse vtendum*, id est, similitudine iuris. Et ita in *l. cum de lanionis* §. *item, de instr. & instr. leg. Primis quibusque proxima copulata cedunt*, id est, prima sequi ea, quæ sunt proxima proximis. Exempli causa: Ahenum instrumento domus continetur. Ergo vrceoli quoque proximi aheno instrumento continentur. Et hæc, quæ iuri naturali tribuuntur, vt coniunctio maris & fœminæ instituta procreandi causa, & liberorum procreatio & educatio, iniuriæ propulsatio; hæc, inquam, adeo proxima esse mero iuri ex eo patet quod ex iis pleraque adscribantur vel iuri gentium, vel iuri ciuili, quatenus scilicet ratione regantur, non instinctu naturali solo, vt in *l. 3. h. t.* Dicitur ex iure gentium esse vt vim atque iniuriam propulsemus, non simpliciter, sed cum modo æquo & E pari, vel, vt in *l. 1. C. vnde vi*, cum moderamine inculpatæ tutelæ, id est, cum defensione æquali & remota culpa: alioqui si detrahas modum ex iure naturali, est commune omnium animantium. Et similiter coniunctio maris & fœminæ, vel libido procreandi, & cura eorum, quæ procreata sunt ex iure naturali, est commune omnium animalium. Matrimonium est coniunctio maris & fœminæ: non tamen est commune omnium animantium, ac ne omnium gentium quidem. Ac iuri ciuili tribuitur in *princip. de nuptiis, Institut.* vbi dicitur, Iustas nuptias, iustum matrimonium inter se contrahere ciues Romanos, &c. Et ita Vlpianus hoc loco prudenter adiecit, coniunctionem maris & fœminæ, quam nos, scilicet Romani, matrimonium appellamus. Coniunctio est nomen na-

turale, & matrimonium, ciuile: quod est coniunctio cum ratione & fide suscepta, & eo voto vt firma & stabilis sit, *l. 1. de iur. dot.* Qualem coniunctionem bruta nullam habent: neque enim vlla in eis ratio vel fides inest, nulla est coniunctio firma & indiuidua. Et recte huic loco accommodatur, quod Polybius scribit *libro 6.* de Monarchia & Regno. Constituit differentiam inter Μοναρχίαν & βασιλείαν: Μοναρχίαν dicit communem esse cum brutis. Habent & multa bruta suum rectorem & ducem quem sequuntur. Et ait, eam initio fuisse constitutam sine ordine & modo vllo, & ita fuisse communem hominibus cum brutis. Sed κατασκευάζειν ex Monarchia natam regiam dominationem, quæ non est communis cum brutis. Nam & ita coniunctio maris & fœminæ nullas habuit leges: post inter homines leges accepit, & ciuile ac legitimum nomen, & appellatum est Matrimonium seu Nuptiæ. Ita mihi videor satis euidenter respondisse duobus argumentis superioribus. Videndum nunc an dissentiat Vlpianus à Stoicis, quos hic tota hac lege secutus est. Stoici dicunt, nullum esse nobis ius commune cum brutis. Vlpianus ius vnum statuit commune cum brutis. Resp. Dogma Stoicorum est tale: nullum ius nobis commune cum brutis, quod non est proprie, nullum esse ius naturale commune omnium animantium: sed vt Tullius interpretatur 3. *de finibus*, nihil nobis iuris esse cum brutis, id est nullo iuris vinculo societatisve nos astringi brutis. Hominum inter homines iuris est vinculum, hominum & brutorum nullum inter se esse iuris vinculum. Non impune necari hominem ab homine: Impune necari belluam ab homine, quæ non necaretur impune, si quid iuris intercederet homini cum vniuerso genere belluarum. Contra Pythagoræi censebant, iuris vinculum aliquod nobis esse cum brutis hac ratione: quod vnus sit spiritus, id est, vna continuata motio, vna continua σύμπνοια, quæ nos & omnia animalia, & totum mundum gubernat instar animæ, & deuinciat omnia. Sed refelluntur: Neque enim etiamsi vnus spiritus contineat hominem & bruta, ideo ius nobis est aliquod commune cum brutis. Eadem enim ratione ius nobis esset cum plantis & brutis: Nam per hæc idem spiritus peruadit. Nec iuris vinculum, quod constituitur esse inter homines, ideo constituitur, quod idem spiritus permeat, sicut & cætera omnia, quæ in mundo sunt: sed quod rationis sint perita, cuius cum bruta sint expertia, nihil possunt iuris habere nobiscum, nihilque commercij. At ne ius quidem naturale, de quo agimus, est commune omnium animalium, quatenus rationale est, sed quatenus sensibile est, sensui congruit. Tullius, *participare hominem cum brutis eo quod sentit, sed ratione ab eo differre.* Et alio loco: *Ius naturale esse commune omnium Quiritium, veluti, vt se velint tueri: sed hoc distare hominem à bellua, quod bellua sensu moueatur, homo etiam ratione.* Ex his colligimus, non immerito vnum ius poni omnium animalium. Alia iura quæ sequuntur, gentium & ciuile, pertinent tantum ad hominem, non ad animalia omnia. Et qui spectant tantum homines, ij prætermittunt ius naturale, & duas tantum partes faciunt iuris, ius gentium quod & naturale dicitur, & ius ciuile, vt Paulus in l. *pen. hoc tit.* faciens diuisionem iuris in significationem iuris, id est, huius studij, in eam duas tantum partes includit, ius naturale, id est, gentium, & ius ciuile. Diuisio, vt Dialectici docent, alia fit in significationes, alia in species vel partes. Diuisio iuris in significationes ponitur in *d. l. pen.* & est multiplex. Diuisio iuris in species ponitur in *hac l. 1.* Si omnia animantia spectes, eam facit hic trimembrem, aut bimembrem: sed si bimembrem, subdiuidis ius naturale in ius gentium commune omnium hominum, & in ius naturale commune omnium animalium: hoc DD. appellant ius naturæ primæuum non absurdo vocabulo: alterum commune hominibus, vocant ius secundarium, de quo iam tractandum est. Diximus satis de iure naturæ, dicendum de iure gentium. Quid est ius gentium? Ius quod inter omnes homines naturalis ratio constituit, quodque apud omnes homines peræque custoditur, *l. omnes, hoc*

A *tit. l. 1. de adquir. rer. dom. §. sed naturalia, Institut. de iure nat. gen. & ciu.* Quod igitur ius naturalis ratio constituit, ius naturale est, & naturale dicitur frequentissime, maxime, facta comparatione iuris ciuilis, quod non natura, sed positione ius est, θέσει, οὐ φύσει. Qua de causa vulgo dicitur ius posititium ab Vlpiano in fragment. Ius naturale, vt eleganter ait Halicarnasseus libr. VII. est ἄγραφον καὶ ἀνομοθέτητον, id est, *non scriptum, non positiuum*: vere naturale igitur. Et rursus ius naturale à natura venit, perfectaque sapientia est. Et istius iuris ratio nobis omnibus est euidens & perspicua. Ius autem ciuile, naturæ & vtilitatis ratione, eo quod cuique ciuitati conducit proprie peculiariterque: Ex vtilitatis, inquam, ratione, vel perspicua vel obscura nobis: Quæ verba mihi admodum placent, sicut in 2. *de
B Inuent.* Nam iuris ciuilis rationes quædam sunt obscuræ & incognitæ, *l. non omnium, de legib.* Non apponam ad eam legem multa exempla: duo solent apponere conuenientissima ex *l. liberum, de relig. & sumpt. fun.* Alterum ex *l. sciendum, de ædil. ed.* Si quis me prohibeat mortuum inferre in locum meum, mihi competit actio in factum: in quam actionem deducitur ratio pecuniariæ quantitatis, id est, eius quod mea interest, non prohibitum me fuisse mortuum inferre, ac non fuisse me propterea coactum ad alium locum comparandum. Quid est id quod interest? Ratio pecuniariæ quantitatis, quæ ad nos pertinet. Hæc igitur actio persequitur quod interest, & tamen constat eam non dari in heredem, vel heredi. Si persequeretur pœnam aut vindictam, sane non esset danda heredi: sed
C cum persequatur quod interest, cur non datur heredi? id est, successori pecuniæ nostræ & rei familiaris? Mirum est non dari heredi, vt ait *l. liberum*, nec potest reddi ratio. Et tamen ita ius est. Quod tamen, quia auctores nostri scribunt esse mirum, eius vix potest reddi ratio, non quod desit ratio, alioqui ius non esset: sed quod sit obscura nobis. Ita *d. l. sciendum*, 20. ait, ædilitium edictum non pertinere ad locationes & conductiones, pertinere tantum ad emtiones & venditiones. Finge: Ignorans emi ædes pestilentes, redhibebo ædes venditori ex ædilitio edicto. Finge rursus: Conduxi ædes pestilentes. Quæritur, an possim redhibere ædes, & infringere locationem primo anno cognita natura ædium? Minime: quia edictum ædilium non pertinet ad locationes. Mirum est, inquit, non perti-
D nere. Ergo vix eius ratio reddi potest. Reddi solet hæc, inquit, lex, quod ædilitium edictum non fuerit de locationibus. Quid ni vero? cum sit de emptionibus, quibus affines sunt locationes atque proximę: idemque nomen est vtriusque contractus. Nam & locatio, venditio dicitur: & conductio, emptio seu redemptio, & contra: Ideoque non sunt etiam contenti hac ratione, sed quasi in re maxime dubia adiiciunt aliam, quod non eodem modo contrahitur locatio atque venditio, id est, quod vtroque contractu non soleant interponi eædem cautiones, quæ etiam ratio colorata est. Et has tantum reddi solere Vlpianus ait, nec earum vllam se probare indicat: quia in eo præstat, mirum esse, vt non pertineat ædilitium ad locationes. Et hæc duo exempla apponenda sunt ad *l. non omnium, D. de legib.* Ex his, quæ ante dixi, intelligitur & efficitur, ius natu-
E rale dici duobus modis: Vno, quod est commune omnibus animantibus. Altero, quod est commune omnium hominum, non etiam brutorum animalium, quod & ius gentium dicitur, ius humanum. Ius illud naturale natura docuit omnia animalia: hoc vero ius naturale, quod gentium dicitur, natura docuit homines solos. *Natura*, vt ante docui, id est, Deus, seu vis diuina particeps rationis atque ordinis tanquam via progediens, vel etiam prouidentia diuina, vt eleganter in *§. sed naturalia, in fine, de iur. natu. gent. & ciu.* dicitur ius naturale esse diuina prouidentia constitutum. Idem potest dici etiam secundum Stoicos, qui statuebant idem esse hæc omnia, Deum, naturam, prouidentiam, fatum, fortunam, vt Plutarchus scribit *libr. de Stoicorum contrarietatibus*, & Seneca 4. *de Beneficiis*; Deum nihil aliud esse quam naturam, diui-

nam rationem toti mundo & eius partibus insitam: quam etiam si appellaris fatum, non mentieris, inquit. Nam cum fatum sit series implexa causarum, Deus est prima omnium causarum, ex qua cæteræ pendent & connectuntur inuicem. Et subiicit, non est natura sine Deo, nec Deus sine natura, & idem vtrumque est, nec officio distat. Et ita Tullius ex iisdem Stoicis, *libr. Academ.* Deum esse animam mundi, & mentem sapientiamque perfectam omnium rerum, quæ sunt ei subiectæ, quasi prouidentiam quandam, procurantem cœlestia primum, deinde in terris, quæ ad homines pertinent. Quam & necessitatem appellant, quod nihil fieri possit, nisi quod ab ea sit præstitutum; nonnunquam etiam appellari fortunam, quod efficiat multa improuisa, non opinata nobis, ob obscuritatem & ignorationem causarum naturalium. Vtrunque igitur ius naturale natura docuit. Et hoc postremum ius, quod proprio nomine dicitur ius gentium, etiam dicitur sæpe naturalis ratio, & naturalis æquitas. Illud ius naturale commune omnibus animantibus, nunquam dicitur naturalis ratio, quia nec mera est naturalis ratio, alioqui non essent bruta eius iuris participia. Et vehementer errat Goueanus, qui in *l.* 4. *ad l. Aquil.* naturalem rationem accipit pro iure naturali omnium animantium. Rectius Accursius, de iure omnium gentium; cum lex ait, *naturalem rationem efficere*, id est, ius gentium. Et similiter, quod est notandum maxime: neque enim res est sine controuersia, obligatio naturalis, cuius mentio fit in iure, nulla dicitur ex iure naturali communio omnium animantium: nec enim ratio cadit in bruta, sed omnes obligationes naturales veniunt ex iure gentium. Et recte in *l. cum amplius* 84. *de regul. iur.* is natura debet, quem iure gentium dare oportet. Ea autem obligatio naturalis & ciuilis esse potest vel efficax vel inefficax: Efficax, si ex ea detur actio, quam nulla exceptio perimat, *l. naturalis, de oblig. & action.* Obligatio inefficax, si ex ea detur actio, quæ tamen perimatur exce tione, *l. si is qui nummos*, §. *vlt. de solut.* Potest etiam ea obligatio naturalis, quæ ex iure gentium venit, esse plane ciuilis, vt quæ nascitur ex pacto nudo, vel qua pater filiof. tenetur, aut dominus seruo, vel contra: ex qua non datur actio vlla, est tamē ad aliquid, cum sit ciuili obligationi consors: Nam ex ea causa facta solutio condictionem non præstat. Obligatio igitur, quod notandum, qua seruus domino, vel dominus seruo tenetur, manat ex iure gentium, non ex iure naturali communi omnium animantium: alioqui obligatione etiam bruta teneri possent. Si non est obligatio vlla communis cum brutis: nulla igitur obligatio venit ex iure communi cum brutis. At dices, in quo errant plerique, erraui etiam ipse aliquando: Seruus qui obligatur naturaliter domino, vt extraneo cuilibet, non videtur obligari ex iure gentium, *l.* 4. *hoc tit.* Ergo obligatur iure naturali communi omnium animantium. Respondeo: Seruitutem esse introductam iure gentium, contra ius naturale, quandoquidem omnia animalia iure gentium nascuntur libera: sed non etiam id introductum est iure gentium, vt seruus non obligetur iure gentium, cum sit homo: seruitute non desinit esse homo: Personam tamen non sustinet vllam in ciuitate. Fateor, aliud est persona, aliud homo. Homo est nomen naturale, vt animal, *l.* 4. *hoc tit.* At persona ciuile. Ergo seruus non alio iure obligatur naturaliter, quam eo, quod ius gentium dicitur. Ex alio iure naturali nulla proficiscitur obligatio: Nam & obligatio beneficij accepti remunerandi gratia, adscribenda est iuri gentium, non etiam illi iuri naturali. Porro ostendi, naturalem obligationem cum ciuili quodammodo esse consortem atque connexam. Nam & interdum ciuilis est, aut si non est plane ciuilis, aliquid tamen habet ex iure ciuili & mutuatur. Eodem modo velim vos annotare, hæc tria, Ius naturale, gentium, & ciuile, esse colligata & implicata inuicem: Nam quod ius naturale est, & ius gentium est: Nam si ius naturale est commune omnium animantium, & omnium gentium igitur: Nam & similiter ius, quod est gentium, idem ciuile est: quia si commune

A est omnium hominum, & ciuium igitur cuiusque ciuitatis commune est, aut esse debet, vt ait prudenter Tullius *de offic.* 1. Exempli causa, vt in §. *retinendæ, Instit. de interdict.* & ciuilis & naturalis ratio facit, id est, ius gentium, vt alter possideat rem, alter à possidente petat, atque adeo, vt prius quàm agas constituatur quis sit possessor. Et simili modo *l. scientiam* 45. §. *qui cum aliter, ad l. Aquil.* vim vi repellere omnia iura permittunt. Ergo & ciuile ius. Et *l. vlt. de superfic.* inquit, Ciuili iure & naturali comparatum est, vt is, cuius est solum, sit & dominus superficiei. Et in §. *venditæ, Instit. de rer. diuis.* Res venditas & traditas, non aliter fieri emptoris, quam si pretium soluerit, vel eo nomine satisfecerit: vt pignore dato vel expromissore, quod ait cautum lege 12. tab. Iure ciuili igitur, & tamen
B idem effici iure gentium. Quod igitur ius gentium, similiter & ius ciuile est. Et similiter Tullius 3. *officior.* Ne quis sui commodi causa noceat alteri, non tantum natura, id est, iure gentium; sed etiam legibus populorum, quibus in ciuitatibus Respub. continentur, eodem modo constitutum esse. Ex contractibus quoque obligamur tam iure gentium, quam ciuili: Ex pactis tantum obligamur iure gentium, non iure ciuili. Sed tamen obligatio quæ solo gentium iure continetur, quia solo æquitatis sc. naturali vinculo continetur, vt ait, *l. Stichum* §. *naturalis, de solut.* Ea, inquam obligatio, quæ solo iure gentium sustinetur, iure ciuili quodammodo recipit seu habet effectum, vt ex ea causa facta solutio repetitionem non præstet. Denique quod est ius naturale, idem & ius gentium est: &
C quod ius gentium est, idem & ciuile est aut esse debet. At retrorsum se aliter res habet: Nam quod est ciuile, non continuo ius gentium est. Lutetiæ est ius, ne sit libera testamenti factio, id est, heredis institutio: Neque enim eo iure licet heredem ex asse habere, sed non seruatur iure gentium. Quod Tholosæ ius est, vt dos profectitia mortua in matrimonio filia, cedat iure mariti, idem non seruatur vbique gentium, quinimo redit ad patrem iure ciuili, *l. iure, de iur. dot.* Et eodem modo quod est ius naturale, non est ius gentium: quoniam eo iure bruta non vtuntur. Et est ius naturale alio respectu, quia naturalis & innata quædam ratio illud attulit. Imo plerunque ius gentium pugnat cum iure naturæ: vt seruitus est ex iure gentium. Libertas est ex iure naturali: Nam omnia animantia nascuntur libera. Ius igitur gentium est, quod introduxit ser-
D uitutem. Et hoc maxime ius naturæ recedit à iure gentium. Vtitur recedendi verbo Vlpianus in §. *vlt. hac l.* Vtitur eodem verbo recedendi idem Vlpianus eodem libro 4. in *l.* 6. in qua exponit idem Vlpianus, quid sit ius ciuile, id est, tertiam partem iuris priuati, & ita statuit, quæ differentia est valde notanda, nescio an bene illa lex quoque sit explicata à quoquam. Ius gentium, inquit, fere à naturali recedere, Ius autem ciuile à iure naturali vel à iure gentium non in totum recedere: quia scilicet his iuribus, naturali & gentium, pleraque conuentionalia continentur legibus populorum, &c, vt dixi supra, quod gentium est, idem & ciuile est. Sed addit, ius ciuile etiam non in totum seruire iuri naturali vel gentium: alioqui male ab iis iuribus distingueretur: *non tamen in totum seruire*, id est, pleraque
E contineri iure ciuili, quæ non continentur etiam iure naturali, vel gentium. Primum enim ius ciuile addit pleraque superioribus legibus, quarum est infinitus numerus: Ius ciuile addit noua præcepta, præceptis naturalibus & gentium. Itemque ius ciuile detrahit quædam à iure naturali vel gentium. Atqui vtrumque est immutabile. Fateor: Sed quod detrahit, non mutat. Detrahere est excipere de iure aliquid. Si à regula iuris excipio aliquid, an muto regulam iuris? Ergo ius ciuile nonnunquam detrahit aliquid iuri naturali vel gentium, vt ius singulare vsucapionum. Nam ex illo principio, ne quis spoliis alienis augeat suas facultates, ex illo principio, ne qui alieno malo locupletetur, excipit ius ciuile vsucapionis causam ob vtilitatem publicam: vt puta, si quis certo tempore rem alienam iusta ex causa, & bona fide possideat, quod quis dicitur lucrari cum

alieno detrimento, *l. 18. 19. ex quibus. cauſ. maior.* Ex principio ergo ſeu regula naturali, ius ciuile excipit quædam ob aliquam vtilitatem, quod præſtet priuato commodo præferri publicum. Sed non ideo mutat ius, quod etiam per ſe non eſt mutabile. Diximus ſuperiore proxima lectione, Ius ciuile recedere nonnunquam à Iure naturali vel gentium: aut certe ei non per omnia ſeruire, *ex l. 6. h. t.* & recedere quidem, vel dum vltra præcepta iuris naturalis, aut gentium egreditur, & alia comminiſcitur, & introducit noua (cuius rei ſunt innumera exempla) vel dum demit detrahitque, aut excipit aliquid ex iure naturali, vel gentium, quam in rem vſi ſumus exemplo vſucapionis, quæ poſſeſſione rei alienæ locupletat cum alterius detrimento, contra quam ius naturale præcipiat: ne ſcilicet diu & ſemper dominia eſſent incerta, quæ vtique ſemper eſſent incerta, ſi vſucapio non procederet, nullaque futura eſſet poſſeſſio, *l. 1. de vſurpat. & vſucap.* Et eſt iſtud exemplum vulgare, quod proponit Accurſius in *d. l. 6.* Mutanda eſſe cenſeo, quæ proponit. Sed nos addamus exemplum non vulgare ex *l. naturæ 24. de ſtatu homin.* Lex naturalis eſt, inquit, vt, qui naſcuntur ſine legitimo matrimonio, matris conditioni accedant: vt quæſitus ex contubernio, puta ex libero & ancilla, ſeruus naſcitur. Qui naſcitur ex peregrino & Latina inter quos etiam non erat legitimum matrimonium, Latinus naſcatur. Et ſimiliter, qui naſcitur ex concubina, matris conditionem ſequatur. Et multo magis qui naſcitur ex ſcortatione. Et is tantum patrem ſequatur, qui naſcitur ex iuſtis nuptiis. Alias hæc l. eſt, vt partus ſequatur matrem, non interueniente matrimonio, *l. partum, C. de rei vind. l. huiuſmodi 84. §. legatum, de legat. 1.* Sed additur exceptio ad hanc naturalem legem in *d. l. lex naturæ*, niſi lex ſpecialis aliud inducat. Ergo lex ſpecialis, puta ciuilis, poteſt ab hac naturali lege excipere caſum aliquem: vt lex Menſia, vt Vlp. ſcribit in *Fragmen. tit. 5.* quæ eum, qui naſcitur ex peregrino & ciue Romana iubet eſſe peregrinum: atque ita patrem ſequi, non matrem: ne quis ſc. ciuitatem Romanam facile ducat ex matre, qua nulla fuit maiore in pretio vnquam. Ac dum ita ius ciuile recedit à naturali, non in totum recedit. Nam & in eo, in quo recedit, rationem habet aliquam cum natura coniunctam, ac plerunque rationem publicæ vtilitatis, quam & natura ſuadet, anteponit priuatæ. Sed non ei ſeruit omnino & in pleriſque ſeruit omnino. Eademque ratio eſt iuris gentium, ac iuris prætorij, ſi conferatur cum iure ciuili. Nam quod eſt ius prætorium, non eſt continuò ius ciuile, aut ius gentium: at retro ius gentium quod eſt, idem eſt ius ciuile aut eſſe debet, ſicut oſtendi fuſius poſtrema lectione. Dixi igitur, quod ius gentium eſt, idem & ciuile eſſe: cui dicto obiici poteſt hoc, perinde eſſe ac ſi quod commune eſſet, proprium eſſe dicerem, proinde etiam abſurdum. Ius gentium eſt ius commune. Ius ciuile eſt ius proprium cuiuſque ciuitatis. Sed reſpondeo, nihil referre idem dici commune & proprium, idem eſſe commune & proprium, *l. illud 83. pro ſoc. l. 5. & 6. de leg. 1. l. ſi quis ſuos numos, de legat. 3.* Communis res eſt, ſi omnes res ſpectas, quibus cum communis eſt. Eadem propria eſt, ſi vnum tantum ſocium ſpectes qui in ea re partem habet propriam: quia non ideo minus res mea eſt propria, quod ſit alterius, *d. l. illud.* Ius gentium commune eſt, ſi hominum genus ſpectes, qui eiuſdem ciuitatis ſunt. Qua de cauſa (quod notand.) Ariſtot. ius naturale ſeu gentium facit partem iuris ciuilis, & alteram partem iuris ciuilis vocat ius legitimum. Quo ſignificat ſatis, ius ciuile partim recedere a iure naturali, partim accedere iuri naturali. Et ita ager idem qui proprius eſt meus, vel tuus, & publicus eſt, dicitur ve, quod publice penſitet tributa, aut vectigalia, facta comparatione eius agri, qui nihil penſitat, qui vulgo dicitur *Alode.* Et Agg. Vrbicus lib. de limit. agrorum. *Priuatum*, inquit, *cum publico eſſe conſortem. Nam dum priuatus in proprio laborat & tributum publico & ſibi alimoniam arua excolendo procurat.* Et eodem modo ius priuatum, de quo agimus, triplex eſt, vel

A naturale, vel gentium, vel ciuile, quod diſtinguitur à iure publico, id eſt, ab eo, quod conſiſtit, in ſacris, & ſacerdotibus, & magiſtratibus, quod neque eſt naturale, neque gentium, neque ciuile, non eſt ius ciuile, ſed ius ciuitatis, vt ſupra docui ex Tullio, & confirmatur *l. amiſſione, §. adhibita. l. ſeq. de cap. minut.* Ius, inquam, priuatum, quod ab eo iure publico diſtinximus. Alia tamen ratione etiam publicum dicitur, puta facta comparatione eius iuris, quod venit ex conuentione (nam & ex conuentione ius eſt) facta comparatione eius iuris, quod venit ex teſtamento, ex quo etiam ius eſt, facta comparatione eius iuris, quod venit ex priuilegio (nam & priuilegium ius eſt) Itemque facta comparatione eius iuris, quod eſt inter patrem & filium, ſeu inter dominum & ſeruum. Nam eſt inter eas per-
B ſonas ius, ſed non ciuile, vt docet Ariſtoteles V. *Ethicorum.* inter virum & vxorem eſt ius, ſed non ciuile. Cur vero inter eas perſonas non eſt ius ciuile? Hoc ita demonſtro. Ius ciuile eſt, inter quos eſt æqualitas & communio iuris, ita vt ſi tu mihi imperas hoc anno quaſi magiſtratus in ciuitate, poſſim tibi imperare ſequenti, ſi capeſſam eum magiſtratum. Denique ius ciuile eſt, inter quos eſt æqualitas, communio iuris, & viciſſitudo quædam perinde vt imperandi. Inter patrem & filium, dominum & ſeruum non eſt ea æqualitas. Ergo inter eos non eſt ius ciuile. Ius, ciuile eſt, in quos, vel inter quos ius eſt, & iniuria eſſe poteſt. Ius enim iniuriæ eſt emendatio. Sed ſi inter aliquos iniuria eſſe non poteſt, non eſt ergo inter eos communio iuris. Et ſi non communio iuris, nec communio legis. At inter patrem & filium, dominum & ſeruum, non eſt iniuriæ lo-
C cus. Nemo enim ſeipſum aut patrem ſuum afficere iniuria debet, ſed alterum. Filius autem eſt portio patris, quamdiu eſt in poteſtate, ſeruus portio domini. Vinculum poteſtatis vnam perſonam efficit, adeo vt qui ſtipulatur filio ſuo, videatur ſibi ſtipulari. Et vox patris dicitur vox filij, & retrorſum, vox filij, vox patris, §. *ei vero, & §. poſt mortem, Inſtitut. de inutil. ſtipulat. l. 42. de dam. infecto.* Quod euidentius apparet, cum exiit filius aut ſeruus poteſtate. Nam manumiſſio vel emancipatio duas perſonas conſtituit, *l. 10. de opt. leg.* Solebat filius emancipari ætate legitima, id eſt, cum peruenerat ad annum 25. *l. 2. C. Theod. de bon. matern.* Ideo rectiſſime Ariſtoteles 5. *Ethicorum*, filium eſſe portionem patris, quamdiu eſt minor ætate, nec emancipatus. Nam ita interpretanda ſunt illa
D verba, ἕως ἂν ᾖ πηλίκος &c. Nam χωρίζεσθαι, eſt emancipari vel manumitti, propterea quod emancipatio, aut manumiſſio hunc effectum habet, vt vnam perſonam ſcindat in duas, vt ſeparet filium à patre, ſeruum à domino, vt Theophil. ſcribit, vtens eodem verbo, §. *an ſeruo, in Inſtitut. de legat.* Igitur quamdiu filius eſt in patris poteſtate, inter patrem & filium non intercedit ius ciuile: quamdiu ſeruus eſt in poteſtate domini, inter ſeruum & dominum non intercedit ius ciuile. Cæterum poſt emancipationem vel manumiſſionem proculdubio inter eos intercedit ius ciuile. Et multo magis inter virum & vxorem, ſoluto matrimonio, intercedit ius ciuile: Nam & conſtante matrimonio ius ciuile intercedere inter maritum & vxorem magis quam inter dominum & ſeruum, aut patrem & filium, quia inter ma-
E ritum & vxorem eſt æqualitas quædam. Neque enim alter in alterius poteſtate eſt. Vir eſt quidem princeps familiæ, *l. familiæ, de verb. ſignific.* Sed eſt poteſtas etiam quædam mulieris in ancillas & res familiares. Sed quia inter eos non eſt ea æqualitas ciuilis, vt poſſint pariter inuicem imperare vel parere: ideo non eſt plane inter eos ius ciuile, niſi diuortio facto. Sed de his hactenus. Hoc ius, quo ſoli homines vtuntur, cum Vlp. diuiſimus in naturale, quod & gentium dicitur, & ciuile. Obiiciunt huic diuiſioni quidam: Omne ius videri ciuile & legitimum: naturale nullum, quæ fuit ſententia Ariſtippi Socratici, quam proponam hoc loco. Quod à natura eſt, immutabile eſt, & vbique locorum eandem vim habet. A natura eſt, vt ignis vrat: Ignis nunquam non vrit, & vbique gentium vrit. Omne autem ius eſt varium & mutabile, pro varietate lo-

eorum. Ergo nullum ius est naturale. Respondeo, quod statuunt, omne ius esse mutabile, id non est simpliciter verum, sed quodammodo. Nam ius naturale per se est immutabile & immobile: vitio hominum mouetur, infringiturque, quia natura dissuescit malis moribus, aut operibus deprauatis: vt quod sui natura dulce est, sano dulce est: ægrotis autem, qui suauitatem ciborum non habent, acerbum sæpe videtur. Et, quod natura comparatum est, vt dextra valentior sit sinistra, in læuis locum non habet. Et quod æque naturale est, vt quis duos pedes, aut duos oculos habeat, locum non habet in monstrosis quibusdam, qui habent plures pedes, aut oculos.

Non oportet autem ita ius naturale æstimare ex hominum quorundam peruersitate, sed ex vi sua, & natura eorum, qui natura conuenienter vtuntur. Ita ius naturale semper est immutabile, id est, semper est bonum & æquum, vt ait l. *pen. hoc t.* & idem vbique gentium. Ius ciuile non est idem vbique gentium, & vel ex vetustate consenescit, vel nouis legibus conditis. Et vt Claudianus ait: *Priscamque resumunt caniciem leges.* Ac præterea, iuris naturalis ignoratio neminem excusat. Iuris ciuilis ignoratio excusat mulieres, rusticos, milites, *l. si adulterium,* §. 1. *& seq. ad l. Iul. de adult.* Ius enim naturale nemo non nouit: sumus enim ad id non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti, & id omnes *μαντευόμεθα*, vt ait Aristoteles, *Rhet.* 1. id omnes effamur, ratiocinamur, præfamur. Iuris istius omnes scientes sumus & sacerdotes eius. Illud est primum, vt eleganter idem auctor *dixit Ethic.* 1. scribens, aliud esse ius ciuile à iure primo. Ius primum vocat ius naturæ. Ergo ius ciuile est secundum. Et rectius dixeris ius ciuile, ius secundarium, quam ius naturæ primæuum. Nam ius naturale non est iure gentium prius, ne quidem ius gentium est prius naturali iure, sed vtrumque simul exiit, vtrumque primum ius, vtrumque antiquum ius, vt ait, *l. 1. de adquir. rer. domin.* vtrumque cum genere humano proditum est, licet non simul vtrumque vim suam exercuerit statim, quod notandum. Nam ius naturale vim suam exercuit statim: Ius gentium non item. Exempli gratia: Prius homines omnes fuerunt in libertate diutissime, qua de causa liberti, qui natalibus restituuntur, ingenui fiunt, *l. 2. de natal. restituend.* dicuntur non restitui natalibus, in quibus ipsi nati sunt, sed natalibus, in quibus initio omnes homines fuerunt, id est, nondum iure ciuili, vel gentium descripto, nondum adulta, vel ad summum perducta ratione hominis, postea iure gentium & naturali quadam ratione introducta est seruitus, *l. 4. h. t.*

Ad l. 2.

Veluti erga Deum religio: vt parentibus, & patriæ pareamus.

IN hac lege & seqq. proponuntur quædam ex iure gentium. Primum est, *religio erga Deum*: secundum, pietas erga parentes. Ordo non placet. Nam prima officia, debemus Deo: secunda patriæ: tertia parentibus: qua de causa melius dixisset, vt patriæ & parentibus pareamus. Et post Deum sunt principes, parentes, & patria, quorum beneficiis maxime obligamur. Religio autem dicitur esse ex iure gentium, quia innatam omnes Dei cognitionem habent, nec vlla gens est tam fera, quæ non etiam simulacra habeat aliqua de Deo, anticipationem & metum Dei. Est autem religio cultus Dei, vel à relinquendo, quod nemo audeat attingere, quod est religiosum, vt Sabinus ait apud *Gell. lib. 4. capit. 9.* Aggen. Vrbic. *de limitibus agror.* vel vt Cicero voluit, à relegendo, quod qui religione ducuntur, retractant diligenter, & eligunt omnia, quæ ad cultum Dei pertinent: vel, vt Lactantius voluit, à vinculo pietatis, quod homines sibi Deus religione & pietate deuinxit. Vnde Lucretius ille Epicuræus: *Religionum animos nodis exsoluere.* Religio igitur est veluti nodus & vinculum quoddam. Et iurisiurandi etiam religio, & iudicis, qui in

A leges iurauit religio inde nomen accepit. Religio est quasi sacrata obligatio, sacratumve ius, pars prima iuris gentium, cui additur pietas erga patriam & parentes. Pietas erga liberos, educatio, cura, custodia liberorum est ex iure naturali. Pietas erga parentes est ex iure gentium. Et ait, vt parentibus, & patriæ obediamus, hæc introducta iure gentium. Quod ait, *pareamus*, non oportet referre ad patriam potestatem, quæ est iuris ciuilis, *l. item in potestate, de his qui sunt sui.* Sed id oportet referre ad obsequium, honorem, reuerentiam, quæ vna & æqua secundum naturam debetur omnibus parentibus, *l. 6. de in ius voc.* Etsi liberi non sint in potestate eorum: debetur ergo matri, debetur patri à filio emancipato, debetur patri vel matri,
B etsi colliberto vel collibertæ, *l. 1. de obseq. par. præst.* id est, etsi ambo, pater & filius fuerint in eadem seruitute, & postea simul manumissi sint, inter quos minus videbatur esse obseruanda reuerentia. Et addiicit *d. l. 1. de obseq. par. præst.* etiam militibus constare debere rationem pietatis erga parentes. Imo indignum esse militare eum, qui contumelia parentes affecit vel conuicio. Et *l. 5. §. à milite, de lib. agnosc.* etiam parentes alendos à milite, secundum pietatis rationem, si sit in facultatibus, qua tamen de re dubitatur: quia etiamsi militia non liberet patria potestate, §. *filiusfamil. Instit. quibus modis ius potest. solu.* non tamen tantum patri licet in filium suum militem, quantum in paganum, ex edicto Augusti, quod tamen hodie non obseruatur. Filiusfamilias miles non poterat exheredari, *l. filiusfamil. 26. de lib. & post.* Non potest pater filiofami-
C lias militi adimere peculium castrense, pagano potest adimere, §. *itaque, Instit. quibus non est permiss. fac. testam.* Sed tamen nunquam licet filio, siue iuris sui, siue miles, siue paganus sit, impium esse in patrem. Et eleganter in *l. liberto, de obseq. parent. præst.* Filio personam patris semper honestam & sanctam videri debere. Idemque adiicit eadem l. de liberto erga patronum, vt liberto semper videatur persona patroni honesta & sancta. Nam & patronus quasi alter parens est iis, qui seruitute liberantur. Nascimur varie: nam & nasci, & tanquam renasci dicitur, qui manumittitur. Et noui homines dicuntur, nasci dicuntur libertini quod natalibus restituantur. Ideo παλιγγενεσίαν appellat Iustiniani Nouella Nasci dicitur, qui in Christi nomine tingitur aqua, quod & Theologi vocant παλιγγενεσίαν.
D Nasci dicitur, qui adoptatur in alienam familiam. Nasci dicuntur, qui pro Christo patiuntur, & ex hac vita migrant. Nasci, qui consulatum vel imperium adipiscuntur. Nasci item, qui ab exilio reuertuntur. Et ideo natalis dies adoptionis, natalis dies imperij, apud Spartian. *in Hadriano*, natalis consulatus, & bis genitus, aut bis natus, apud Ciceronem & Sallustium, qui natus est semel à patre, & iterum à populo delato consulatu. Et inde etiam natalis reditus sui, ab exilio scilicet, dixit Marc. Tullius *ad Atticum in Epistolis.* Natales quoque dies sanctorum, quibus pro Christi nomine mortem obierunt. Sed notandum quod ait *d. l. liberto*: Semper liberto patroni, filio patris personam sanctam videri debere. Idque explicatur ex duabus legibus ex *l. apud* §. *aduersus, de dol. except. & l. 10.* §. *vlt. de in ius voc.* Si agatur cum patre vel patrono, non
E potest ei opponi exceptio vel replicatio doli mali, quia mentio doli suggillat personam patris, vel patroni, à quo debet abstinere filius vel libertus, quod sit sacrosancta persona parentis & patroni. Et hoc verum est, siue ex suo, siue ex alieno contractu pater vel patronus conueniatur, vt si interueniat quasi tutor, vel curator, vel actor. Semper enim est reuerenda persona. Semper, id est siue tuo iure, siue alieno agas. Et in *d. l. apud,* §. *aduersus,* male abundant hæc verba: *Tam viuo, quam defuncto,* quæ fuere male adiecta ex seq. §. in quo ostenditur, libertum, si agat cum herede patroni sui, non posse etiam obiicere exceptionem de dolo. Par ratio, quod sit exhibenda reuerentia, tam viuo, quam mortuo. Non possum arguere doli patronum, ne post mortem quidem. Sic in *d. l. liberto,* coniungitur pater patrono. Nam aliquando plus libertus

debet patrono, quam patri filius. Filius pietatem debet & obsequium, operas non debet. Libertus patrono non tantum pietatem, sed & operas debet, *l. si non sortem, §. libertus, de condict. indeb. l. pen. de obseq. paren. & patr. praest.*

Ad l. 3.

Vt vim, atque iniuriam propulsemus. Nam iure hoc euenit, vt quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur. Et, cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse.

OStendit haec l. hoc quoque ex iure gentium esse, vt vim atque iniuriam propulsemus. Nec mirum, cum hoc permittere dicantur omnes leges, omniaque iura, *l. scientiam §. qui cum aliter, ad l. Aquil.* Ius naturale hoc tribuit omnibus passim: Ius gentium omnibus hominibus, adhibita scilicet ratione: Neque enim aliud est ius gentium, quam naturalis ratio diffusa in omnes aequaliter. Et in *l. 4. ad leg. Aquil.* Gaius ait naturalem rationem, id est, ius gentium permittere, vt se quisque aduersus vitae periculum defendat, quod quis intentat non iure: Nam aduersus vitae periculum, quod intentat princeps vel magistratus, nemini licet se defendere: alioqui & aduersus legum sanctiones liceret se defendere, quarum administri sunt principes, & magistratus. Et similiter in *l. 1. §. vim, de vi & vi arm.* hoc ius natura comparatum esse, id est, iure gentium, vbi vtitur etiam hoc argumento: Si vim vi repellere licet, & arma armis repellere licere. Vis alia armata, alia inermis: vel alia publica, alia priuata. Vtraque pariter repellitur & eodem modo, vt est apud Tit. Liuium, lib. 42. Iure gentium ita comparatum est, vt arma armis propulsentur. Iure quoque ciuili idem licet: Nam lex Cornelia, quae vetat esse cum telo hominis occidendi causa, *l. 1. ad l. Cornel.* tacite permittit (qua coniectura Tullius vtitur pro Milone) esse cum telo sui defendendi causa. Quinimo non solum repellere, sed etiam occidere licet eum qui mortem intentat; vt furem nocturnum, si quis ei non parcere possit sine suo periculo, *l. furem, ad l. Cornel. de sicar.* quod notandum. Nam nominatim ea lex ait, furem nocturnum non posse occidi, nisi in extremo vitae periculo, id est, cum quis eum seruare non potest, quin perdat se. Atque ideo ea *l. furem*, videtur pugnare cum l. 12. tabul. quae furem nocturnum omnino permittit occidere: furem autem diurnum ita demum si se telo defendat, *l. si pignore, § si furem, de furt. l. 4. ad leg. Aquil.* Illa autem *l. furem*, idem statuit in fure nocturno, quod lex 12. tab. in fure interdiario seu diurno: Neque enim vult occidi nocturnum quouis modo, sed ita demum si se cum telo defendat, ne apprehendatur, si non possim eum apprehendere sine vitae meae periculo. Et sane non videntur in vsu fuisse tela temporibus l. 12. tabul. quod liquido constat ex his verbis Vlpiani *lib. 8. ad edict.* quae retulit Licinius Rufinus in collatione legum Moysis cum legibus Romanis. Verba Vlpiani perelegantia haec sunt ex 8. ad edict. tit. *si quad. paup. feciss. dicat. Si quis* inquit, *furem nocturnum occidit, quem 12. tabulis omnino occidere permittitur, videamus, an l. Aquil. teneatur: Pomponius dubitat, num haec lex* (12. scilicet,) *non sit in vsu. Sed si quis furem metu occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere, maluit occidere; magis est, vt iniuriam fecisse videatur. Ergo etiam l. Cornelia tenebitur.* Ex eo intelligitur ratio, cur nimirum l. 12. tabul. furem nocturnum omnimodo permittit occidere: Nam Vlpianus ait, non puniri eum, qui furem nocturnum metu mortis occidit, quam scilicet, id est, is fur ei intentabat: sed puniri eum, qui cum posset furem nocturnum apprehendere, maluit occidere, quia vsus est rigore 12. tabul. Nihil ergo distat hodie fur nocturnus à diurno: Nam & diurnus ita demum iure occiditur, si ei non potuerim parcere sine meo periculo, vt, si se telo defendebat, ne apprehenderetur. Et sublata est differentia illa 12. tab. inter nocturnum & diurnum, quia idem est ius in nocturno, quod l. 12. tab. volebat esse in diurno. Sed ex constitutionibus ad aliquid in fure nocturno videtur restituta lex 12. tab. Nam ex constitutionibus in fure nocturno haec distinctio introducta est, vt in agris fur nocturnus quoquo modo possit occidi, *l. 1. C. quando lic. cuique sine ind. se vind.* quae de nocturnis furibus loquitur, qui depopulantur agros. In agris ea lex permittit cuilibet furem quoquo modo occidere, etiam si sine periculo eum potuit apprehendere. Non igitur in ciuitate, nec sine ratione, qua etiam Graeci vtuntur, quia quo maior est in agris noctu grassandi facultas, eo qui in agris noctu furantur odio sunt digni maiore. Denique valet l. 12. tabul. ex nouissimis constitutionibus hodie in agris tantum non in ciuitatibus.

At ait lex nostra, iure gentium probatum esse, vt vim atque iniuriam propulsemus. *Iniuriam*, id est, contumeliam. *Vis* infertur vitae. Iniuria pudori: vt, si quis alii stuprum inferre velit. Ergo non tantum latronem caedem inferentem aut minitantem occidere licet, sed & alium quemlibet stuprum inferentem, *l. 1. §. pen. ad leg. Corne. de sicar.* Et eleganter Paul. 5. *Sentent. eod. tit.* Alius, inquit, puta, qui latronem caedem inferentem occidit, vitam defendit, publico facinore: alius pudorem. August. lib. 1. de liber. arbitr. *Lex dat potestatem, vel viatori, vt latronem, ne ab eo ipse occidatur, occidat: vel cuipiam viro aut mulieri, vt violenter in se irruentem stupratorem, aut illatum stuprum si possit, interimat.* Hanc vim, quae infertur vitae, hanc iniuriam, quae infertur pudori, licet propulsare occisione aut nece hominis, inferentis eam vim, eamve iniuriam. Licet quidem etiam repellere eum qui venit feriendi, non occidendi causa, quod ex genere teli cognoscitur, *l. 1. §. Diuus, ad l. Cornel. de sicar.* Sed non licet occidere. Augumentum huius rei praebet, *l. si vt allegas, C. eod.* in qua vetus formula sententiae, vt solebat concipi ab antiquis: *Dubium non est, eum, qui inferendae caedis voluntatem prae se ferat, iure caesum videri.* Ergo si non praecessit inferendae caedis voluntas, sed vapulandi tantum, aut diloricandae vestis gratia: iure caesum non videri. Et eodem modo licet repellere eum, qui venit eripiendae possessionis gratia, sed non licet occidere. Non quaeuis propulsatio nex est.

Et addit l. nostra: *Nam iure hoc euenit,* &c. Ita quodammodo ratiocinatur Iureconsultus: inter quos est cognatio, eorum alterum alteri insidiari nefas est. Natura inter homines constituit cognationem quandam. Ergo hominem homini insidiari nefas est. Et, si insidiari nefas est, ergo insidiis obsistere, aut aduersus insidias se defendere fas est, *Fas est*, quod ius diuinum permittit. *Nefas*, quod ius diuinum prohibet. Ius autem gentium est diuinum ius. Ergo hominem homini insidiari ius gentium vetat. Et rursus: hominem se aduersus insidias defendere ius gentium permittit. Naturam autem cognationem inter homines constituisse, etiam Stoici asserunt. Seneca 2. Epist. *Natura,* inquit, *nos cognatos edidit, cum nos ex iisdem & in eadem gigneret.* Et Tullius 3. offic. *Si hoc natura praescripsit, vt homo homini ob eam causam, quod homo sit, consultum velit, certe violare alterum lege naturae prohibemur.* Et 3. de finibus: *Ex his nascitur,* inquit, *vt communis hominis inter homines sit natura cognatio* (sic malim, quam commendatio) *vt oporteat hominem homini ob hoc, quod homo sit, non alienum videri, quoniam est homo, & nos diligit, & ipse à nobis quoque diligitur.*

Rursus, ius gentium permittit, vt vim atque iniuriam propulsemus, adhibita scilicet ratione, non temere, sed quatenus aequitas patitur, quod moderamen inculpatae tutelae vocat, *l. 1. C. vnde vi.* Et praecipue haec ratio adhibenda est, vt contra vim vi experiamur ex continenti, non ex interuallo, *l. 3. §. cum igitur, de vi & vi arm.* Quod & articulus *mox*, demonstrat, *l. 6. §. 1. de eo, quod met. caus.* Est enim mox, illico, vt est in simili lege Atheniensium, apud Demosthenem contra Ariston. *Si quis praedonem confestim*

confestim vlciscatur & occiderit, sine fraude esto. Idem A etiam in hac lege demóstrat *propulsandi* verbum. Propulsatio enim non fit, nisi in ipso articulo, in ipsa concertatione, in ipso aggressu. Quod fit ex interuallo, non est propulsatio. Pleraque licent ex continenti, quæ non licent ex interuallo: vt pater deprehensum adulterum cum filia, non aliter iure occidit, quam si & filiam quoque occidat ex continenti, vno prope ictu & impetu: si filiam non occidat, vel, si occidat ex interuallo, tenebitur leg. Cornelia de sicariis, *l. quod ait* §. *vlt. ad leg. Iul. de adult.* Ita qui ex continenti se vlciscitur, nullam pœnam meretur: qui ex interuallo, reus est l. Corneliæ, vel legis Aquiliæ. Tueri se licet, non vlcisci. Tuitio fit ex continenti: vltio ex interuallo. Ius est nobis tuendi nos, non vlciscendi. Et ita est in *l. scientiam* §. *pen. ad l. Aquil.* Ius tuendi se est naturale, ius vlciscendi, non est naturale. Et vltio est non quæ initio, sed B quæ fit ex interuallo. Qua de causa merito adiectum est, confestim, vt illico repellat quis vim & iniuriam; quoniam quod ex interuallo fit, meditate fit. Et quodcunque meditate fit, vix potest excusari. Quod fit ex improuiso, quodque inuito extorquet præsens dolor, facile excusationem admittit. Ac præterea, si liceret se meditate vlcisci, quis non esset vindex sui? Recte igitur ille Orator Demosthenes ait, in lege adiectum fuisse εὐθὺς, statim, seu in continenti, ne quis interea quid mali meditaretur. *Ille*, inquit, *articulus, confestim tollit omne spatium meditandi quicquam mali.* Igitur cautio hæc facienda, vt vim vi repellamus ex continenti. Nec moueor eo, quod Tullius scribit in Topicis: C *naturam duas habere partes: cautionem sui, & vlciscendi ius.* Nam & vltio est quædam quæ fit in continenti, lege naturæ permissa: vt si eum, qui vulnus mihi intulit, & vulnerem ipse confestim. Tuitio autem, si ferro me petentem, dum aliter me tueri non possum, antequam vulnus vllum acceperim, vel vulnerem, vel occidam: quod impune fieri etiam scriptum est cap. 6. legis Rhodiæ, addita hac ratione: ὁ γὰρ ἰσθέλιον. Et eodem modo etiam vltionem accipere oportet in *l. 1. C. quando licet sine iudic, se vindic.* non pro ea, quæ fit ex interuallo, quæ illata est; sed pro ea, quæ fit ex continenti: vt si eum, qui me vulnerat, eodem modo & vulnero ipse. Et Tull. vindictam eam esse definit, per quam vim & contumeliam defendendo aut vlciscendo D propulsamus à nobis, vel à nostris, & qui nobis cari esse debent. Ex quo notandum, quod est certissimum, licere etiam nobis vim atque iniuriam propulsare à nostris. Ad hæc exigunt Doctores nostri, vt arma sint paria, quibus arma propulsantur, quod neque rationem, neque auctoritatem vllam habet, & est opinio ridicula: Nam vim quidem inermem fateor non recte repelli armis: sed vim armatam, vt, si quis ferro me petat, puto quolibet ferro repelli posse, ensem, ancili seu rhombo, pugionem, ense etiam. Plaut. *Si tibi machæra est, mihi est verbina domi.* Et male opponitur à Dd. Friderici Imp. constit. Neapol. *lib. 1. tit. 7.* Exigit, vt ense qui lacessitur acuto aut subacto, vel, vt ipse loquitur, armis mollitis, etiam armis mollitis se defendat ipse; qui aliis armis incessitur, vt æquo armorum E genere defendat se vlciscaturve. Male: Nam hæc non possunt ita parari accurate in continenti: & quicquid tale non fit in continenti, iure non fit.

Ad L. IV.

Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est, datio libertatis. Nam quandiu quis in seruitute est, manui & potestati suppositus est. manumissus liberatur potestate. Quæ res à iure gentium originem sumpsit: vt pote cum iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum seruitus esset incognita. Sed posteaquam iure gentium seruitus inuasit, secutum est beneficium manumissionis: & cum vno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse cœperunt, liberi, & his contrarium serui, & tertium genus, liberti, id est, qui desierant esse serui.

Digest.

IN l. 3. ait Florentinus, vim vi depellere esse natum ex iure gentium. Adiicit l. 4. eiusdem iuris esse manumissiones, his verbis: *Manumissiones*, &c. Quod si manumissio est ex iure gentium, & libertas igitur. Nam manumissio est, per quam quis ex seruo libertus fit. Et inde libertum perducere, id est, manumittere, *l. patronus, infr. de operis libert.* Et qui fit libertus, fit etiam ciuis, eius scilicet ciuitatis, cuius est manumissor, *l. municeps, l. eius, qui manumisit, ad municip.* Manumissio igitur est datio, vel impositio libertatis, & libertinitatis. Et plus potest sententia iudicis quam manumissio. Sententia iudicis ingenuum facit, *l. ingenuum, de statu. homin* Manumissio ingenuum non facit. Nam & qui pronuntiat ingenuum esse aliquem, & hoc pronuntiat, eum non fuisse seruum. Et res iudicata pro veritate habetur. At qui manumittit, satis demonstrat in potestate eum fuisse, quem liberat. Manumissio est liberatio, *l. cum sub hac, de cond. & demonstr.* vel est solutio seruitutis, vt seruitus est solutio, priuatio libertatis. Hæc tria sunt ex iure gentium: dominatio, quæ ita nominatur iure gentium, *l. si quod, de condi. indeb. l. 1. de his, qui sunt sui vel alien. iur.* Dominatio, inquam, est ex iure gentium: Et quæ ei respondet seruitus igitur: & similiter, quæ seruitutem tollit, manumissio. Et seruitus quidem in *l. 4. de statu. hom.* ita rectissime definitur, Constitutio iuris gentium, qua quis dominio alterius contra naturam subiicitur. *Constitutio*, id est, διάταξις: vt postliminium dicitur esse constitutio iuris gentium. Et ait, *qua quis dominio alterius contra naturam*, &c. id est, contra ius naturale. Nam iure naturali libertas continetur, *d. l. si quod.* Natura omnes homines æquales sunt, *l. quod attinet de reg. iur* Natura est cómunis, *l. hos accusare*, §. *pen. de excusat.* Et ideo, vt eo loci ostenditur, lex Pompeia de parricidiis continet & seruos, qui parentes interficiunt. Ná & serui etiam omnes patrem & matrem naturalem habent. Patrem aut matrem ciuilem serui aut liberti non habent, vt aperte Paulus. 4. *Sentent. titul.* 10. Alias est pater naturalis vel mater, alias vero ciuilis. Et secundum hæc *l. 4. de statu homi.* recte libertatem definit, esse naturalem facultatem eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Quæ definitio non longe aberrat à definitione Stoicorum. Nam Zeno inuentor & princeps Stoicæ disciplinæ, libertatem ita definit vt docet Laertius, ἐξουσίαν αὐτοπραγίας, id est, vt Cicero interpretatur, *potestatẽ viuendi vt velis*, cuique scilicet insitam à natura, inditamque. Sed excipitur in definitione, *nisi si quid iure aut vi prohibetur.* Nam in nobis esse non possunt, quæ vi facimus, aut vi facere prohibemur: nec tamen ideo serui sumus. Et rectissime Aristoteles 5. *Politicor.* neminem existimare debere seruitutem, sed salutem potius & conseruationem sui esse, si quis legibus sit obsequens. Natura igitur quodlibet licet, nisi ius aut vis vetent. Hanc vero facultatem cum natura tribuerit nobis, & cunctis animalibus, vt quæcunque vellemus, ea faceremus, consequens est iure naturali omnia animantia esse libera: vel sic, omnes homines fuisse liberos. Dices, si à natura hoc est, vt simus liberi: Mutari igitur non potuit. Dicam ius naturale mutari posse, non iure ciuili, sed alio iure naturali, veluti iure gentium tanquam potentiore, ob ordinem & rationem qua regitur, constituturque. Ius naturale instinctu solo regitur. Merito igitur ius gentium est potentius iure naturali, atque etiam iure ciuili. Vt ius ciuile aliud alio est potentius. Et potentior est lex quæ vetat, quam quæ iubet. Potentior quæ posterior est, quam quæ prior. Potentior lex consuetudine, vt inferius demonstrabo. Potentior lex testamento, ex quo tamen etiam ius est. Potentior conuentione priuatorum. Potentior lex, quæ pertinet ad Remp. quam quæ ad priuatos. Potentior est, quæ pertinet ad Deum quam quæ ad homines. Et similiter ius naturale quod proprie pertinet ad homines, est potentius iure naturali, quod pertinet ad bruta, quodue brutis cum hominibus commune est, quod notandum maxime. Et orta quidem primum est seruitus ex bellis, quæ & ipsa sunt iuris gentium, vt ostendit l. sequens. Nam bello captos, quos tibi licebat occidere, si seruasses,

B

æquum … .c ſeruire, quandiu voluiſſes: Nullo enim pretio redimi vita poteſt. Sed iure gentium prius ſerui fieri cœperunt, quam naſci. Nati erant liberi: poſt captiui facti ſunt ſerui, vt definit etiam ſeruos Ariſtoteles, qui dicebantur φύσει οὐ δοῦλοι, id eſt, qui ſunt quidem nati non ſerui, ſed bello capti ſunt. Captiuitas eſt ſeruitus: imo ſeruitutis initium. Cæterum nati ex iis, qui facti erant ſerui, ſine captiuitate nati ſunt ſerui, non facti, ex ſeruo & ſerua. Nam ex ſeruo & libera ingenuus naſcitur. Et vtrumque ſecundum legem naturæ, quæ vult, vt partus ſequatur ventrem, non interueniente iuſto matrimonio. Iure ergo gentium facti primo ſerui, deinde nati. Ius autem ciuile partim detraxit iuri gentium, partim addidit. Et hoc erit tertium exemplum ad l. 6. huius tit. Ius ciuile detraxit iuri gentium. Nam cum iure gentium eueniret, vt dominis in ſeruos eſſet ius vitæ neciſque, hoc iure ciuili moderatum eſt, ne ſupra modum, ne cauſa incognita ſæuiretur in ſeruos, *l. 1. & 2. de his qui ſunt ſui.* Et ne etiam criminoſi ſerui venderentur, vt cum beſtiis pugnarent, *l. domini, de contrah. empt.* Et adiecerat Vlpianus iis, quæ ſunt dicta *l. 1. de his qui ſunt ſui*, reſcriptum Diui Pij, cuius etiam verba notanda cenſeo, quæ nondum ſunt edita in lucem: *Seruorum obſequium non tantum imperio, ſed & moderatione, & ſufficientibus præbitis & iuſtis operis contineri.* Præbita vocat cibaria aut veſtiaria, vt Suet. in Tiberio. Et Columella lib. 1. *Ne ſeruos in veſtiariis & cæteris præbitis iniurioſe domini tractent.* Et M. Tullius 1. Officior. *Seruis eſſe vtendum ad operas exigendas, & iuſta præbenda*, id eſt, iuſtis præbitis. Et Ieſus Sirach, ἄρτος καὶ ἔργα οἰκέταις. Addidit quoque hac in re ius ciuile iuri gentium. Nam alio, quàm ius gentium, genere facit vt fiant ſerui: vt ſi quis pateretur ſe venundari ad pretium participandum: vel, ſi quis damnaretur in metallum, aut miniſterium metallorum, qui fit ſeruus, non fiſci, non Cæſaris, *vt ait l. quidam, de pœnis.* Sed ſeruus pœnæ, id eſt, qui non alium poteſt demonſtrare dominum, quam pœnam. Alius eſt ſeruus priuati hominis: alius ſeruus fiſci, ſeruus Cæſaris, Reipubl. alius ſeruus terræ, vt adſcriptitius ſeu agricola cenſitus: alius ſeruus pœnæ. Item ſeruus fit iure ciuili libertus, qui ingrati animi damnatur erga patronum. Item qui nomen ſuum non refert in cenſum, ac ita cenſu liberorum ac ciuium ſubducit ſe, quo de genere ſeruorum Vlpianus *in fragmentis*, & Dionyſius Halicarnaſſ. 4. *& Tullius pro Cæcinna.* Item ex Senatuſconſulto Claudiano, quod ſuſtulit hodie Iuſtinianus, libera mulier ancilla fit, quæ miſcet ſe ſeruo alieno, poſt denunciationem domini. His & pleriſque aliis modis ſerui fiunt ciuili iure. Nulli autem ſerui naſcuntur ciuili iure, niſi qui & iure gentium: vt, qui ex ancillis noſtris procreantur. Et iure gentium naſci ſeruos poſterius eſt; fieri, prius: puta, quia ab hoſtibus capiuntur, *l. 5. §. in pace, de capt. & poſtlim.* Et recte in §. *ius autem gentium, de iur. natur. gent. & ciuili* bella orta ex iure gentium, & captiuitates ſecutas, & ſeruitutes, quæ ſunt naturali iuri contrariæ. Et ſimiliter Auguſtinus in quæſtion. ſuper Geneſin: *Primos ſeruos bella fecerunt. Quia enim homo ab homine ſuperatus, iure belli necari potuit, à ſeruando eſt ſeruus appellatus. Et inde etiam mancipia, quaſi manu capta ſint.* Idem eſt in l. pupillus §. 1. de verborum ſignif. l. 4. de ſtatu hom. *ſeruos appellatos, quod Impp. captiuos vendere, & per hoc ſeruare, nec occidere ſolebant.* Inde ſcilicet Virgilius inducit captiuum rogantem hoc nomine:

Per patrios manes, per ſpem ſurgentis Iuli,
Te precor, hanc animam ſerues natoque, patrique.

Et Horatius:

Vendere cum poßis, captiuum occidere noli,
Seruiet vtiliter.

Hæc originatio magis placuit Iureconſultis. Sed verior erit originatio, ſi ſerui nomen dixeris tractum à Græco ἔργος, Æolice ἔρος. Ac auctore Feſto, ſeruitudo dicta eritudo. Et eodem modo manumiſſionis hæc redditur originatio in h. l. vt ſit de manu miſſio, id eſt, de poteſtate. Verior tamen eſſe videtur hæc origo, quod qui manumittebantur, ſolebant in os feriri palma & circumagi, vt docui *Obſer. 5. cap. 13.* Et mancipia ſimiliter, quod manu caperentur. Et ſerui dicuntur potius eſſe in mancipio, quam in manu. Hæc tria ſunt diuerſa ſæpe, vt apud Vlp. *in fragm.* eſſe in mancipio, eſſe in poteſtate, eſſe in manu. Nam in manu eſt vxor, quæ conuenit in manum viri, & eſt ſub iure mariti, perinde ac filiusfam. adeo vt is, quem pepererit ea vxor, ſit ei conſanguineus. Vt igitur filius ſit matri frater etiam (conſanguineus eſt ſemper frater) adeo vt huic mater ſuccedat ad inteſtato ex 12. t ab. quaſi conſanguinea. Ex Senatuſconſ. Tertylliano etiam ei ſuccedit, licet non conuenerit in manum mariti, id eſt, ſolemniter. In poteſtate eſt filius. In mancipio ſeruus. Sed iis nominibus nos abutimur ſæpe: Nam & in manu mancipium eſſe dicimus, vel in poteſtate.

B Ex his Vlpianus concludit, iure gentium tria hominum genera eſſe cœpiſſe, *Liberi*, inquit, *& contrarium his ſerui, & tertium genus liberti, id eſt, qui deſierant eſſe ſerui.* Trimembris eſt diuiſio, ſed poteſt fieri bimembris, hoc modo: Homines ſunt aut liberi, aut ſerui. Et rurſus liberi, aut ingenui aut liberti. Et bimembris diuiſio vtique ſemper eſt melior: Nam qui plura membra facit duobus, vt ille ait, rem potius frangit, quam recte diuidit. Libertos autem hoc loco accipio pro libertinis, nec facio differentiam inter libertum & libertinum, quam & Vlpianum noſtrum commouentem Athenæus facit libro 3. δειπνοσοφιστῶν. *cap.* 17. Conſtat autem libertum referri ad patronum, & nullum eſſe libertum ſine patrono: Libertini autem nomine ſignificari conditionem ſeu ſtatum illum liberti, etiamſi nullus exiſtat patronus. Poſſum eſſe libertinus ſine C patrono, & poſſum eſſe paterfamilias ſine filio. Non poſſum eſſe libertus ſine patrono, vt non poſſum eſſe pater ſine filio. Similiter quid diſtet δοῦλος & οἰκέτης, vel ſeruus, à familiari Chryſippus alter princeps Stoicę Philoſophiæ id explicat: vt refert Athenæus *lib.* 6. Nam δοῦλοι generaliter ſunt, aut, dici poſſunt, quicunque ſunt in ſeruitute, aut miniſterio. Et proprie quidem aliud eſt ſeruire, aliud ſeruum eſſe: vt aliud liberum eſſe, aliud in libertate eſſe: aliud in iure poſſidere, aliud in poſſeſſione eſſe: Ex primo decreto ſum in poſſeſſione, ex ſecundo ſum poſſeſſor. Hæc proprie. Sed dicuntur & ſerui quicunque ſeruiunt, aut ſeruitutis ſpeciem aliquam exhibent ſeruorum: vt miniſter menſæ, vel aſſecla, & comes, vel cliens, vel ambactus, vt veteres Galli loquebantur, & latro, & corporis cuſtos, & adſcriptitius, ſeu agricola cenſitus, ſeruus item mercenaD rius: quod hi omnes ſunt ſeruorum loco, *l. 4. de vſu & habit.* adiuncta interpretatione Theophili in §. 1. *de vſu & habit.* Et ita Græci accipiunt *l. 1. §. familiæ, de vi & vi arm.* quod confirmat §. *ſi filius famil. ead. lege.* Et obid etiam mercenarij nobis non tenentur furti, ſi furtum nobis fecerint, ſicut nec ſerui: quoniam licet nobis de eis ſumere vindictam. Non eſt neceſſe mihi agere cum eo, de quo poſſum ſumere vindictam, *l. libertus, de furt. l. reſpiciendum §. furta, de pœn.* Οἰκέτης autem dicitur, qui eſt in iure & mancipio domini, Latine, familiaris dicitur ab his, qui volunt rem conterere, vt Seneca ſcribit 6. *Epiſtolarum* veteres ſeruos appellaſſe familiares, detrahentes omnem inuidiam dominis, & omnem contumeliam ſeruis, id eſt, rem conterentes. Et hæc differentia euidenter ex eo apparet, quod οἰκέτης dicatur tantum domini, δοῦλος dicitur etiam E peccati. Non recte dices οἰκέτης peccati, ſed δοῦλος τῆς ἁμαρτίας. Subditus regis etiam non recte appellabitur οἰκέτης, recte δοῦλος, atque etiam ſeruus. Alij ſunt ſerui, vt Stoici dicebant, ἐν κτήσει qui ſunt οἰκέται. Alij ἐν ὑποταγῇ, qui ſunt ſubiecti, & omnes tamen ſerui recte dicuntur. Sed vt differentia inter libertum & libertinum non ſeruatur: ita & hæc inter ſeruum & familiarem: Nam & familiaris ſeruus dicitur, quod probat ſane Athenæus libro 4. δειπνοσοφιστῶν.

Ad Leg. V.

Ex hoc iure gentium introducta bella, diſcretæ gentes, regna condita, dominia diſtincta, agris termini poſiti, ædi-

ficia collocata, commercium, emptiones, venditiones, locationes conductiones, obligationes instituta, exceptis quibusdam, quæ à iure ciuili introducta sunt.

IN hac lege enumerantur multa alia introducta ex iure gentium, & primo loco *Bella*. Bella ergo iusta & pia. Nihil enim bello iniusto est à ratione naturali alienius, & ius gentium nihil aliud est quam ratio naturalis. Ergo iusta tantum bella sunt iuris gentium. Et rectè Iugurtha apud Sallustium, se ab iure gentium prohiberi, cum populus Rom. prohiberet bellum gerere cum Hasdrubale, à quo Iugurtha fuit lacessitus iniuria. qua de causa Principes potissimum suscipiunt bella. Iusta bella sunt, quibus repetimus res nobis ablatas, vel debitas, vel earum rerum nomine pignora, quæ alio nomine repetere, aut repetita obtinere non possumus: quod non sit nobis cum iis, quibus bellum inferimus, communio legum. Et iusta item sunt bella, quibus iniurias & peccata admissa in Remp. imperium, aut rem nostram, vindicamus & persequimur. Quod alia ratione persequi non possumus, atque ita cogimur manu & viribus agere, quod non possumus iure iudicioque ciuili. Nam vbi licet experiri iure ciuili, sane non licet bello aut duello. Sed vbi non licet iure ciuili & iudicio, & æquitas interuenit aliqua, sane licet vi & armis. Duo sunt decertandi genera: vnum, per disceptationem forensem: alterum, per vim & ferrum. Decernimus ferro, quod in iudicio disceptando decernere non possumus. Et in eos vis iniusta non est, qui ad ius æquabile cogi non possunt: nam & Iudex in priuatis iudiciis, si quid ciuiliter exequi non potest, vtitur manu militari, *l. 2. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est, l. qui restituere, de rei vindic.* Sed & iusta vt sint bella, necesse est publico consensu decernere, *l. hostes, de capt. & postlim.* vel imperio Principis, in quem omne ius populus contulit *l. 3. ad l. Iu. maiest.* Item necesse est, decreta bella denuntiari per fæciales, & rebus seu pignoribus repetitis nec redditis indici, quod *Clarigationem* vocant veteres. Nam & priusquam agatur ciuili iure, optimum factum est, si antequam in ius vocetur, præcedat denuntiatio vel editio actionis, *l. 1. de eden.* Hi vero fæciales, qui & caduceatores dicuntur, & κήρυκες & σπονδοφόροι & εἰρηνοδίκαι, id est, fœderum & pacis sequestres, & arbitri: Hi, inquam, fæciales belli pacisque interpretes sunt sacri & sancti, quos ius gentium violari vetat, *l. vlt. de legation. & l. sanctum, de rer. diu.* Contra ius gentium igitur est, violare fæcialem, violare legatum. Et huius sanctitatis indicium erant *Sagmina*, quæ legati secum ferebant sumpta ex arce, ex loco sacro. Eæ erant verbenæ, quæ dicuntur herbæ sacris puræ, non vt gl. forte Satureiæ. Græcorum legati ferebant caduceum pro sanctitatis indicio. Huius vero sanctitatis ratione (quo iure etiam vtimur hodie) qui eo tempore, quo nos indicimus bella exteris, sunt apud nos ex ea gente, serui fiunt nostri, perinde, ac si essent capti bello, *l. in bello §. 1. de captiu. & postlim.* Legati tamen, qui hoc tempore sunt apud nos, quo indicimus bellum iis, à quibus missi sunt, non fiunt serui nostri, sed liberi permanent, & ad suos tutissima via remeant, *d. l. vlt. de legat.* Quia sacrosancti & inuiolabiles sunt iure gentium. Et notandum maxime, quod ait hanc in rem Liuius 21. *Eum tollere ius gentium, qui legatos absociis, & prosociis venientes non admittit in castra*, vt possis dicere, Regem aliquem tollere ius gentium, qui legatum ab alio rege ad se venientem non admittit, non audit. Et idem libro primo: *Eum agere iure gentium, qui queritur de legato pulsato.* Non est hæc actio ciuilis, sed naturalis, actio iuris gentium. Et de Græcorum legatis Q. Curtius libro quarto: *Caduceatores*, inquit, *interfectos iure gentium vi illata querebatur.* Quod ergo vulgo iactatur prouerbio, vt refert Dydimus interpres Homeri, πρέσβυς οὐ τύπτεται, οὐδὲ ὑβρίζεται, id est, *Legatus neque cæditur, neque contumelia afficitur*, vox est iuris gentium. Et similiter omnia prouerbia, quæ spectant ad mores, sunt voces iuris gentium, communia omnium linguarum. Ad hæc etiam notandum, contra ius gentium esse vicissim, si legatus violet aut lædat

A eos, ad quos missus est: vt si pugnet, acie decertet cum iis, ad quod missus est, si eum Ducem, vel Imperatorem, ad quem missus est, interficiat: Nam quam sanctitatem in eo obseruari vult ius gentium, & ab eo vicissim obseruari vult erga eos, ad quos mittitur. Idque æquabile est. Plinius in Furio Camillo: *Missi sunt Roma tres Legati, qui Gallos monerent, vt ab oppugnatione desisterent. Ex his vnus contra ius gentium in aciem processit, & Ducem Senonum interfecit.* Et Liuius lib. 5. de iisdem legatis ad Gallos missis: *Legati*, inquit, *contra ius gentium arma capiunt postulatúmque Fabij, vt pro iure gentium violato dederentur.* Et paulo post, eos vocat violatores iuris humani. Ius humanum vocat, quod antea vocarat ius gentium. Nam etsi ius gentium sit diuina prouidentia statutum: tamen hominum causa constitutum est, quia est commune
B omnibus hominibus, vt non possit male diuinum, & non male humanum ius appellari, quia omne ius constitutum est hominum causa, *l. 2. de statu homin.* Idem vero Liuius *lib. 6.* de eadem re: *Fabio*, inquit, *dicta dies est, quod legatus in Gallos, ad quos missus erat orator, contra ius gentium pugnasset.* A fæcialibus non longè absunt legati: Nam fæciales, qui ad hostes mittuntur, paciscendi, aut belli indicendi gratia, legati sunt. Legatorum enim munus potissimum consistit in fœderibus faciendis, in legibus pacis belli que dicendis, id est, deditionibus faciendis eorum, qui ius gentium violarunt aduersus hostes, vt Asconius Pedianus ostendit in 3. *Verrina*, qui adiicit: Legatorum sancta corpora iure gentium & inuiolata seruari. Idem vero munus est fæcialium. Ergo fæciales legati sunt, & qui legatos dicit esse sanctos, dicit & fæciales esse sanctos. Et ita Liuius
C lib. 9. Sp. Posthumium deditum Samnitibus, fæciali, qui eũ dediderat, femur, quanta vi maxima poterat, perculisse, dixisseque post deditionem, *se Samnitem ciuem esse, illum legatum, fæcialem à se contra ius gentium violatum.* Idem ergo ius fæcialium & legatorum. Varro ap. Nonium: *Feciales legatos eos repetitum mittebant, quos oratores vocabant.* Fuit autem ius quoddam fæciale pars iuris sacri, atque ideo iuris publici. Nam & fæciales sacerdotes erant. Sed vt religio erga Deum est ex iure gentium: Ius autem sacrum est ius ciuitatis siue publicum: Ita bella quidem orta ex iure gentium, sed ius fæciale, quo belli æquitas præscripta est, pertinet ad ius publicum, quod notandum.

Verum non tantum iusta bella esse oportet, quæ nos dicimus ius gentium introduxisse, sed etiam iuste geri, non acerbe, non ad internecionem, non læsa fide, si qua datur in-
D terim, vel post finitum bellum, non ruptis fœderibus, induciis, pactionibus, non violatis legatis, non alio quam milite. Nam is, qui non miles & sacramento non obligatus est, non iure pugnat cum hoste. Hac ratione nisi bella gerantur, sane non sunt iuris gentium, tanquam quæ nullo ordine nullave ratione administrantur.

Vt autem bella iusta & pia, quæ æque iuste geruntur, sunt iuris gentium: & consequenter iuris gentium sunt captiuitates, quæ ex iis sequuntur, & seruitutes, vt diximus *l. 4.* Captiuitas est seruitus: quoniam eodem momento existit vtrumque captiuitas & seruitus. Captiuus est seruus hostium: & deditionis alia est conditio: Nam dediti hostibus serui non fiunt hostium, non possunt vendi vt captiui, qui scilicet vltro se dederunt ne vi caperentur, vt indicat Li-
E uius lib. 7. Vel qui dediti hostibus inuiti pro noxa, veluti pro violato iure gentium. Imo Posthumius, vt supra retuli, cum deditus esset Samnitibus pro noxa statim dixit, Samnitem se ciuem esse. Et consequenter ita dedito non est ius postliminij. Capti ab hostibus fiunt serui hostium, & eis est postliminium. Quod ius postliminij manat etiam ex iure gentium, *l. postliminium, ff. de captiu. & postlim. reuer.* Hoc iure recipiunt pristinam libertatem & ciuitatem & sua omnia suosque omnes, si euaserint hostium potestatem, si ad suos reuersi fuerint, vel etiam si redempti fuerint: Nam & redemptis patet ius postliminii, *l. si capti §. vlt. de capt. & postlim. reuers.* Sed si redemptus fuerit aliena pecunia, ei, qui redemit eum, vinculo pignoris obligatur, quoad ei persoluerit pretium redem-

ptionis, *l. si pure, de captiu. & postlim l. qui testamento* §. A *1. qui testamen. facere poss.* Quod pignus dicitur pignus naturale, *l. 2. de captiu. & postlim. reuers.* Neque enim est pignus ciuile, quia liber homo pignorari non potest. Igitur redemptus ab hostibus aliena pecunia, quodammodo est seruus redemptoris; donec luerit pretium redemptionis suæ. Et est vetus lex. Redemptus reus non iam dico, vt sit pignori debitori, sed vt sit redemptoris, apud Demost. aduersus Lyconem: Leges iubent, vt is, qui redemptus sit ab hostibus, sit eius, à quo redemptus est, quoad persoluerit λύτρον, id est, redemptionem sui. nec male, etiamsi sit mitior quædam seruitus. Dixeris & hodie inter Christianos, eum, qui capitur ab hostibus, seruum fieri hostium. Neque enim potuit hac in re ius gentium penitus extingui. Fateor equidem, mitiorem esse seruitutem, sed B tamen esse seruum his probo: Redimitur. Quid est redimi? Est emi. Si emitur, seruus igitur est, non liber. Non redimitur nisi qui seruus est, aut tanquam seruus.

Verum vt ad hanc differentiam deditorum & seruorum siue captiuorum redeam, ex eo ea etiam apparet, quod deditæ res nobis non eripiuntur, illæso iure gentium. Captæ, iure diripiuntur. Et iure gentium non tantum captivi, sed etiam omnia, quæ capimus ex hostibus, nostra fiunt, *l. 5. §. vlt. & seqq. de adquir. rer. domi.* Sicut quæ venatione, aut aucupio, vel piscatione capimus, iure gentium nostra fiunt, *l. 1. §. vlt. de adquir. rer. dom.* Neque est aliena comparatio. Nam venatio est pars bellicæ virtutis, vt Aristoteles ait libro primo Politic. Θηρευτικὴ μέρος ἐστὶ τῆς πολεμικῆς. Et idem eodem libro, ὁ γὰρ νόμος, ὁμολογία τίς ἐστιν ἐν ᾧ τὰ κατὰ πόλεμον κρατούμενα τῶν κρατούντων εἶναί φασι. id est, *hanc esse consensionem, hanc legem omnium, vt bello capta capientium fiant, hoc dicere omnes atque testari.* Legem hanc igitur esse naturæ siue iuris gentium, est ὁμολογία seu consensus omnium gentium, qui ad æquum & bonum spectat. Et ita Xenophon in informatione Cyri dicit, *Hæc lex est apud omnes gentes constans & perpetua*, νόμος ἐν πᾶσιν ἀνθρώποις ἀΐδιός ἐστιν, ὅταν πολεμούντων πόλις ἁλῷ, &c. *vt hostium vrbe expugnata captaque non tantum homines, qui sunt eius vrbis, sed etiam bona omnia capientium fiant*: hanc esse legem perpetuam, constantem & immutabilem, legem igitur naturalem. Ex quo effectu cognoscitur, quæ lex sit. Lex est perpetua & immutabilis. Ergo naturæ, non ciuilis. Sed ad hæc bella ciuilia, quæ cum subditis suscipimus, vel cum ciuibus impiis sceleratisque, ea nos nec iuri gentium adscribimus, nec vlli iuri. Qua de causa in bellis ciuilibus non valent iura captiuitatis, nec postliminii, *l. si quis ingenuam, de captiu. & postlim. reuers.* Et apud Fest. *Quæ nationes in ditione nostra sunt, cum ipsis postliminium non est.* Ergo videtur hæc ratio præscribi d. *l. si quis ingenuam §. pen.* in ciuilibus dissensionibus, etiamsi per eas sæpe Respublic. lædatur, non tamen in exitium Reipubl. contendi. Et omnino ita Tullius in Ligariana: *Non hostile bellum fuit, sed ciuile dissidium, vtrisque cupientibus Rempubl. saluam esse.* Et in Catil. 3. *Ciuiles dissensiones erant eiusce modi, quæ non ad delendam, sed ad commutandam Rempub. pertinerent.* Et ibid. *Illæ omnes dissensiones ciuiles, quarum nulla exitium Reipub. quæsiuit, eiusmodi fuerunt, vt non reconciliatione concordia, sed internecione ciuium finirent.*

Sequitur in hac l. 5. Iure gentium esse *discretas gentes*, ac *regna condita*. hæc duo possumus hodie explicare. Ergo ex iure gentium sunt discretæ gentes. Nam ratio & natura non ferebat colluuionem omnium gentium coactam in vnum, sed pro varietate linguarum, regionum & morum discerni gentes alias ab aliis oportebat, & constitui diuersas nationes, diuersas prouincias, & rursus prouincias diuidi in vrbes, vel ciuitates, colonias, municipia, oppida, pagos, vicos, præfecturas, conciliabula. Et in nationibus quoque omnibus distingui oportebat patricios siue nobiles à plebeiis: Nam qui nobiles permiscet cum plebeiis, sane violant ius gentium ac perturbant. Oportet enim nobiles, quos vulgo vocant, quasi notos magis ac perspicuos, quos Græci γνωρίμους vocant, secerni à cæteris & supereminere. Liuius libro 4. *De controuersia patrum & plebis rogatione promulgata, quam rati secum sanguinem patrum que confundi iura gentium rebantur.* Et lib. 7. *Communicato consulatu plebi, ea re turbatum fuisse ius gentium.* Igitur ius quidem gentium est commune omnium gentium, sed tamen non est inter omnes gentes communio legum ciuilium, aut morum, aut linguarum, nec est communitas bonorum, mulierum, liberorum. Quinimò his rebus discerni gentes inter se & ipsum ius gentium maxime postulat. Enumerantur autem in hac *l. 5.* varia exempla eorum, quæ iure gentium introducta sunt, quorum aliud nectitur ex alio. Et primum discretis gentibus, quas sane natura ipsa discreuit locorumque conditio, necesse fuit singulis gentibus præfici reges, qui darent leges & rerum essent domini ac rectores, ac potestatem haberent talem, qualem habet populus liber & iustus. Imo vero gentes aliter discerni, aut natura discretæ dignosci non potuerunt, quam regnis conditis. Nam ex regnis gentes dignoscuntur, & separantur aliæ ab aliis. Quot sunt regna, tot sunt gentes. Nam gentes singulę coactæ sunt atque confectæ ex iis, qui vnius imperio obtemperant, quod ait Aristot. 1. *Politic.* hoc sensu: Primum ciuitates paruisse regibus, deinde etiam gentes. Quia gentes singulæ, inquit, ex iis coactæ sunt, qui tum regi parebant, & ita distinctæ ab aliis, quæ sub alio rege. Et similiter M. Tullius 3. de legibus: *Omnes antiquæ gentes quondam paruerunt Regibus: quod imperij genus, primum ad homines iustissimos & sapientissimos deferebatur, &c. Deinde etiam deinceps posteris prodebatur, &c.* Nam vt regnum posteris prodatur, iustissimum est iure C gentium, quoniam posteri præsumuntur fere similes ei, cui is honor delatus est, vt Polyb. explicat lib. 6. Primum autem is honos delatus est iustissimo & sapientissimo. Reges autem dicimus omnes, qui regalem illam potestatem habent dandi leges & dominandi, etiamsi alio nomine appellentur, vt Duces, vel Comites, vel Principes, vel Imperatores, de quorum imperio etiam lata lex Regia dicitur, qua populus ei & in eum suam omnem potestatem contulit, *l. 1. de constit. princip.* Lex vetus cum ipsa vrbe nata, vt ait Liuius 34. quia Romæ primum præfuit regalis potestas, & in omnibus aliis gentibus antiquis. Origo regni antiquior est, quam vel dominationis vniuersi populi, vel dominationis optimatum. Ius autem gentium, ius antiquum, *l. 1. de acquir. rer. dom.* Ergo merito regnum, id est, hæc D sola ratio administrandæ Reipub. putatur iuris gentium. Et ea lex Regia dicitur imperij, *l. 3. C. qui testam. fac. poss.* & Augustum priuilegium, *l. vn. §. vlt. C. de caduc. tollend.* Et ait *d. l. 1. de constit. princ.* quod est relatum in Institutiones, *Populus ei & in eum, &c.* Multi laborant quid sit, *ei & in eum.* Non possunt aliud ea verba significare, quam eum populum in vicem suam regem creasse, vt subiret vicem populi, vt pateretur & ageret, quæ populus: Nam vt populi, ita regni sunt onera quædam. Ita in *l. 1. ad Senatusc. Trebell.* dicit, ex Senatusc. Trebel. ei & in eum actiones transire, id est, actiones actiuas & passiuas. Et in *l. receptum, de iurisd. ei. & in eum* ius dici posse, qui se subiicit iurisdictioni alterius, id est, absolui eum posse, vel etiam damnari, vinci vel vincere iudicio.

E Ex hac interpretatione, quæ necessaria est, sequi videtur, Principem suis teneri legibus perinde atque suis etiam legibus populus tenebatur. Itemque populum teneri legibus principis perinde ac suis. Et quod Seneca ait 2. *Epistol.* datam esse principi potestatem populi, & in populū, quia scilicet potestas populi, & in populum fuit, vt ius heredis & in heredem est, similiter potestas principis & in principem est. Non est igitur solutus legibus, quia non agit tantum, sed & patitur, vt & populus quodcunque bonum & æquum est. Et certe dici potest, principem teneri suis legibus, nisi nominatim se exceperit in eis legibus, vel aliis postea promulgatis. Et solutum esse principem legibus antiquis populi. Nam populus dum creauit Regem & solum illum legibus, quę tum extabāt, eximebat. Dion Cocceius 52. λέλυνται τῶν νόμων, quæ verba dicit se sumpsisse à Latinis, id est, soluti sunt legibus, hoc est, ab omni necessitate legum, aut vinculo liberi atque immunes sunt. Regem definit

Plato, Rex est princeps legibus minime obnoxius. Quin etiam Princeps cupit esse supra leges, ὑπὲρ τῶν νόμων, vt ait Dio Chrysost. Leges dicuntur subiectæ regi, Nou. 105. Adoptio non iure facta, à principe confirmari potest. hæc sunt verba *l.* 38. *de adopt.* Status liberorum non iure quæsitorum à principe confirmari potest, *l. qui in prouincia §. vlt. de ritu nuptiar.* Ergo princeps est supra ius, quod possum etiam multis aliis probare exemplis. Multum tribuimus Regiæ potestati, sed non tantum, quantum propter id quod eis tribuimus. Ipsi sibi quandoque audent attribuere præter ius piumque. Nam non placet quod ille ait de Achille:

Iura negat sibi nata, nihil non arrogat armis. Nec placet, quod ille affirmat, se illi regnum deferre, cui gladius esset acutior. Quod Plutarchus inquit accedere ad illud quod dicitur: Fratres inter se diuidere hereditatem acuto gladio. Quod maxime pugnat cum iure gentium, quo iure regnum non diuiditur inter fratres, sed cedit maximo natu. Et Liuius lib. 40. Fratrer maior natu ad minorem regnum appetentem ita loquitur: *Iure spei tuæ obstat ætas mea, obstat ius gentium.* Et Iustinus libr. 2. *Filius maximus natu priuilegio ætatis sibi regnum vindicabat, quodque ius, quod ordo nascendi, quod natura ipsa flagitabat.* Et idem libr. 16. *Pater contra ius gentium minimo natu ex filiis regnum tradiderat.* Et libro trigesimosecundo, *Maiori fratri iure gentium regnum cessit.* Non displicerent illæ voces, quibus Principes omnes ius ponunt in armis, si modo legibus viueretur, id est, si non se iactarent tantum, quod interim tamen legibus obsecundarent. Nam licet non sint obligati legibus, æquum tamẽ est, vt eas sua sponte colant.

Hodie principes non sunt soluti legibus, quod est certissimum, quoniam iurant in leges patrias, in quas olim non iurabant. Sed & eleganter Plinius ait in Panegyrico: *Istius iurisiurandi verba erant ignota solis Principibus, nisi cum alios, Magistratus puta, iurare cogebant.* Verum etsi non iurarent in leges, legibus tamen viuebant optimi Principes, §. *ult. Instit. quib. mod. testam. infirment.* Id paucis exemplis ostendã. Et Princeps ex imperfecto testamento sibi non vindicat hereditatem aut legatum, *d. §. vlt.* quia nec priuati possunt sibi quidquam vindicare ex imperfecto testamento. Item ex nuda pollicitatione princeps non vindicat sibi hereditatem; vt si quis dicat, Imperatorem se heredem facturum, nec sit postea heres scriptus vel nuncupatus. Ergo nec principi quidem ex nuda pollicitatione defertur hereditas, *l. vlt. qui testam. fac. poss.* Item Princeps heres institutus patitur querelam inofficiosi testamenti, vt priuatus, *l. Papinianus, §. Imperator, de inoffic. test.* Et si legatum accepit, aut fideicommissum, aut mortis causa donationem, patitur legem Falcidiam, *l. 4. C. ad leg. Falcid.* Parebat etiam legi Voconiæ de testamentis, vt Dio in Augusto demonstrat, dum ostendit Augustum petiuisse à senatu veniam legis Voconiæ. Patitur etiam princeps prius testamentum, quo ipse heres scriptus est, rumpi posteriore, secundum ius commune, *l. 7. C. qui testam. fac. poss.* Imo nonnunquam vult princeps minus sibi licere quam priuato. Non vult sibi ius esse capiendi ex codicillis ab intestato factis, aut ex epistolis, *l. 2. C. Theodos. de testam.* quod tamen abrogat *d. l. 7.* Non vult etiam princeps prius testamentum scripto perfecto rumpi posteriore nuncupatiuo, in quo ipse princeps heres nuncupatus est, quod non est abrogatum, *l. nolumus, C. de testament.* quia scilicet plerumque testamentum illud nuncupatiuum, in quo princeps dicitur esse heres ex non scripto, est falsum & ementitum in gratiam principis. Plus licet priuatis. Nam priuati capiunt ex codicillis & epistolis. Capiunt ex posteriori testamento nuncupatiuo, licet prius fuerit scriptum. Et vt Tacitus scribit, Tiberius non capiebat ignoti hereditatem, puta, si fuisset ab ignoto heres scriptus. Sed ideo non minus priuati capiunt quod sint ignoti testatori, *l. extraneum, C. de heredib. instit.* Sed erant etiam quædam leges exceptæ, quas certa quadam ratione principes non sequebantur: vt fauore libertatum non seruabant solemnia

A manumissionis, *l. apud eum, de manumiss.* Et non seruabant etiam leges caducarias, Iulias & Papias, quod per se essent odiosæ vulgo, *l. quod principi, de leg. 2.* Finge, quidam legauerat principi. Mortuus est princeps, antequam dies legati cederet, An fit caducum legatum? Minime, sed transit in successorem. Et de iis legatis caducis est intelligenda lex *Princeps, de legib.* quæ nondum fuit explicata bene. Ait, *Princeps legibus solutus est. Augusta autem licet legibus soluta non est,* &c. Et inscriptio est ad legem Iuliam & Papiam. Apparet legem non accipiendam de quibuscumque legibus, sed de caducariis. Augusta autem non est soluta legibus caducariis, quod & probat lex *si Augustæ, de leg. 2.* quæ sequitur legem *quod Principi.* Sed eadem priuilegia Princeps tribuit Augustæ, quæ ipse ha-

B bet. An tribuit ei Augustum illud priuilegium, quod appellamus, Vt ei & in eum? Minime. An tribuit ei, vt sit soluta legib. caducariis? Minime. Sed loquitur de aliis priuilegiis, vt Augusta habet tacitam hypothecam, sicut Augustus ex omnibus contractibus, & priuilegium inter creditores, *l. 6. de iure fisci.* Et habet priuilegium donationum. Vir non donat vxori, Augustus donat Augustæ iure licito. Et vt Augustus, ita Augusta donationes non insinuat, *l. pen. C. de donat. int. vir. & vxor.* Etiam Augusta habet hoc priuilegium commune cum Augusto, vt ea, quæ vendiderit aut donauerit, non possit ab emptore aut donatario vllo modo reuocare, qui se dicat dominum; sed qui agere vult, debet agere intra quadriennium contra ipsum Augustum, vel Augustam, non possessorem, *l. vlt. §. vlt. C. de quadr. præscrip. l. vlt. C. de sacros. Eccles.*

C Quæ diximus de regnis conditis, addendum est, ea demum regna esse ex iure gentium, quæ iusta & legitima sunt, non etiam iniusta: sicut ea tantum bella iuris gentium sunt quæ iusta & pia sunt. Præter regalem potestatem sunt, alia genera administrandæ Reip. Est *Aristocratia,* hoc est, vniuersi populi potestas. Sunt igitur tria genera Reip. Regnum, Aristocratia, & Democratia. Alij duo tantum fecere, Regiam potestatem & popularem: quia optimatium potestati fere semper admista est popularis. Et ita *l. postliminium, de capt. & postlim. reuers.* his verbis: *Postliminium est ius amissæ rei recuperandæ ab extraneo, & in statum,* &c. His verbis, *inter liberos populos & reges,* notatur tantum regnum, & popularis potestas. Et similiter in definitione recuperationis, quæ idem videtur esse quod postliminium. Nam & postliminium recupera-

D tio est iuris sui rerumque suarum. Sed distat tamen recuperatio à postliminio plurimum. Et in eius definitione Ælius Gallus iureconsultus ita scribit apud Festum, *Recuperationem* esse eam quæ inter populos (sic legendum, non inter populum) reges, nationesque peregrinas conuenit. Ibidemque legendum, res quæ priuati, non priuatas. Sunt autem his tribus generibus Reip. tria alia, quæ nascuntur vitiosa & perniciosa. Nam, vt pereleganter disserit M. Tullius 3. *de Rep.* vbi iniustus est rex, quem tyrannum vocat; vel vbi iniusti sunt optimates, quorum consensum factionem vocant, Græci *Oligarchiam*; vel vbi populus ipse iniustus est, cui idem ait nomen vsitatum nullum reperiri, nisi vt eum tyrannum voces, Græci Ochlocratiam, Aristo-

E teles vero tyrannum. Vbi, inquam, est tyrannus, vel factio, vel dominatus eiusdem turbæ, vitiosa est Respubl. aut certe non iam vitiosa est Resp. sed nullæ omnino Respub. Nam Respub. est res populi: & non est res populi, si Tyrannus eam factionem compescat: ipse populus est iniustus; qui non est multitudinis consensu & vtilitatis ratione sociata, quæ est definitio populi seu ciuitatis. Nullum igitur regnum, si sit iniustum, sed tyrannis vel monarchia, quæ duo vocabula plerumque accipiuntur in malo, nec sunt iuris gentium. *Regnum* quid est? potestas quæ publico consensu defertur, decerniturque. Sic quoque Polyb. *lib. 6.* Et Aristotel. 5. *Polit.* definit potentiam susceptam secundum leges, & ex populi voluntate. *Monarchia* est tyrannis quæ inuitis dominatur & subegit inuitos. Regnum, ratione regis. Monarchia libidine

eius, qui regno potitur. Regni finis est communis vtilitas: Monarchiæ, propria. Rex plerunque vtitur suis, qui sint profecturi: Monarcha peregrinis. Et cætera quæ persequitur Aristot. 3. *& 4. Politic.* Et hæc de regnis conditis. Dixi ex hoc iure gentium introducta bella, discretas gentes, regna condita, adiicitur, ex hoc iure gentium etiam *distincta dominia, & terminos agris positos, & ædificia collocata*, ex hoc iure gentium esse *commercia, & emptiones*. Discretis gentibus, regnis constitutis, consequens est distincta fuisse dominia rerum. Inde tot modi adquirendi dominij iure gentium, quo ostenditur nec regis esse omnia, neque communia esse inter se. Nam quod dicitur, *l. 3. de quadrien. præscript.* Omnia esse Principis, id ex eadem ipsa lege ita intelligendum, vt intelligantur esse Principis non tantum patrimonium, id est, priuata principis, sed etiã fiscalia & bona caduca, & proscriptorum & damnatorum, vt in *l. 2. inf. ne quid in loc. publ.* Res fiscales esse quasi propria & priuatas principis. Ergo omnia sunt Principis, tam fiscalia quam patrimonialia. Nam quæ tua sunt, certe Principis non sunt. Nam neque sunt communia inter te & principem, neque eorum dominium tuum & principis solidum esse potest, *l. si vt certo*, §. *duo, commod. l. pen.* §. *pater, de castren. pecul.* Et recte Seneca 2. *de beneficiis*. Iure ciuili omnia esse Regis. Erat enim hæc vox iurisperitorum, esse regis omnia, id est, etiam ea, quæ quisque sibi priuata habet, atque possidet. Id sic interpretatur, *Omnia regem imperio possidere, singulos dominio.* Et hæc distinctio & descriptio rerum in singulos cum dicatur esse iuris gentium, & regna quoque dicantur condita iure gentium, pugnabit secum ius gentium, si omnia fecerit Regis, & dominia distinxerit in singulos. Distinctionem hanc esse iuris gentium arguit, quod furtum dicatur natura prohibitum, id est iure gentium, *l. probrum, de verb. signif.* Furtum lege naturæ admittere prohiberi, vt est in *l. 1. de furt.* Quamquam & rei communis furtum fiat, cum & rei suæ furtum nonnunquam fiat, vt si debitor pignus quod tradidit, subripiat creditori. Sed præterea tamen intelligitur furtum improbatum iure gentium. Retro isto iure probari distinctionem rerum singularum quod enim eadem lege dicitur, *probrum de adulterio, & hac lege* corrumpere matrimonium communi & gentium iure damnatur. Ex quo satis intelligitur, quam abhorreat à natura communio liberorum & mulierum Platonica. Nam vbi nulla sunt communia, Plato communes esse vult mulieres. Et sane hæc Platonis mens sustulit connubia vnius ad vnum, quod & ipsum tamen improbabile est.

Ex illa distinctione dominiorum factum est, vt agris *termini* ponerentur. Termini enim sunt, *qui*, vt Ouid. ait, *clamant, Meus est hic ager, ille tuus.* Ex gentium igitur & regnorum discretione factum est, vt agri alii ab aliis discernerentur positis terminis & similibus. Et idem alibi de termino: *Tu populos & regna ingentia ponis.* Ex eadem re sequitur *ædificiorum collocatio.* Nam ædificauit quisque in suo, non ædificaturus nisi suum esset. Et coniunxit ædificium suum ædificio vicini, quas coniunctiones tectorum appellant, vrbes, vicos, præfecturas, conciliabula, oppida. Ait hoc loco, *ædificia collocata.* Tullius ait, domicilia coniuncta. Iuuenal. Satyr. 15. *Aedificare domos, laribus coniungere nostris Tectum aliud.*

Et rursus sequitur ex hac ædificiorum collocatione *commercium*, quo verbo non tantum significatur emendi vendendique ius inuicem, sed mutuus congressus, mutuus vsus, sermo, beneuolentia. Quintil. *Natura*, inquit, *præter cetera animalia indidit pectoribus nostris societatem quandam, quæ mutuo gaudere congressu, contrahere populos, contrahere vrbes edocuit.* Commercium igitur, quod & promercium sæpe dicitur in libris nostris, & mutuus congressus, mutuus & promiscuus vsus. *Lex si quis mancipij* §. *si impubes, de instit. act.* ait, propter vtilitatem promiscui vsus, id est, commerciorum. Liuius 34. *Commercio Græcorum Hispani gaudebant, huius mutui vsus desiderium, vt Hispana vrbs Græcis pateret, facie-*

A *bat.* Et idem 38. *Idem oppidum multarum gentium fines contingit quarum commercium in eum maxime locum mutui vsus contraxere.* Huius commercij seu mutui vsus tot sunt species, quot sunt contractus. Commercij igitur sunt species, emptiones & venditiones, locationes, conductiones, quæ affinitatem habent cum emptionibus, & venditionibus, *l. veteres, de act. emp. iuncta l. seq.* quæ ita legenda, *id est, in locatione & conductione.* Nam lex hoc vult, nos promiscuè vti emptionis & venditionis verbis etiam in locatione & conductione. Nam & locatorem venditorem dicimus, & conductorem emptorem. Non autem vsquam vel venditorem accipimus pro emptore, vel contra. Non ita permiscemus hæc vocabula, sed tantum ea adaptantes ad locationem, conductionem. Et hi

B contractus etiam iuri gentium nominatim adscribuntur, *l. 1. loc. l. 1. de contrah. empt.* Commercii etiam species sunt, commodatum, societas, depositum, quæ etiam negotia iuri gentium tribuuntur nominatim *l. iuris gentium, de pact.* Et idem de precario dicitur, ex iure gentium descendere, & mutuum, §. *ius autem gentium, Inst. de iur nat. gent.* Et non tantum hi contractus, qui nomen habent proprium, sed & alii, qui vacant nomine proprio, sed sunt nomina habentibus adsimiles, de quibus in tit. *de præscriptis verbis.* Et innumerabiles contractus *ait d.* §. *ius autem.* Omnes pene contractus, omnes contractus, quos deportatus inire potest. Nam deportatus tantum amittit ea, quæ sunt iuris ciuilis, simul cum ciuitate, qua plectitur: ea quæ sunt iuris gentium non amittit, vendere, locare, &c. potest,

C & ex ea causa obligare & obligari, *l. quædam, de pœnis, l. 15. de interdict.* in d. §. *ius autem gentium*, ait, *fere.* in hoc loco ait, *obligationes esse institutas iure gentium, exceptis quæ iure ciuili introductæ sunt.*

Primo loco contractus nomine comprehenduntur, quasi contractus, vt negotiorum gestio, tutelæ gestio. Continentur & maleficia, & quasi maleficia. Nam & hæc contractus sunt, & contractus dicuntur *l. Si rem, de re iudic. l. 1. C. si aduers. delict.* Et ab Arist. συναλλάγματα, sed ἀκούσια, id est, inuoluntaria, quibus quis obligatur inuitus. Latius autem est obligationis quam contractuum nomen. Nam & ex non contractu, veluti ex pacto legitimo, obligationes sunt. Pactum non est contractus, nec vicissim contractus pactum. Sed tamen non ex contractu tantum obligamur;

D sed etiam ex pacto, modo legitimum fuerit, *l. legitima, de pact.* Sed eæ obligationes, quæ sunt ex pactis legitimis, non sunt iuris gentium: quia origo earum est ex iure ciuili. Nam etsi ex pactis quibuslibet oriatur obligatio naturalis, *l. in ijs* §. *Imperator, de solut.* non tamen oritur obligatio proprie, id est, efficax & vtilis. Et obligationes hoc loco dicuntur, quæ pariunt actiones. Obligatio naturalis, id est, quæ solo gentium iure sustinetur, non est proprie obligatio, *l. fideiuss.* §. *fideiuss. de fideiuss.* Et eleganter in *l. in vendentis, C. de contrah. empt.* nulla est obligatio, quæ necessitate non astringit, quod etiam definitio obligationis demonstrat. Obligatio naturalis, siue iuris gentium, necessitate non astringit. Ergo non est obligatio. Illæ igitur obligationes dicuntur hoc loco institutæ tantum iure gen-

E tium, quarum origo cum causa & effectu statim producit actionem, consensu omnium populorum. Quæ autem obligationes sunt institutæ iure gentium, nec effectum habuerunt statim, sed longe post certa lege aut scripto, vel ex pacto nudo certis casibus, hæ potius ascribuntur iuri ciuili, quasi tum primum introductæ sint cum lege confirmatæ sunt, & separantur ab aliis obligationibus, quæ iure gentium & ciuili statim sumpserunt effectum. Et hæ sunt quæ exstant in hoc loco, quod satis demonstrat illa diuisio conuentionum in iuris gentium & ciuilis, l. 5. 6. 7. de pact.

Non excipitur hic *emphyteusis*, quod est genus contractus. Habet ille contractus etiam proprium nomen Latinum, & vocatur *insitio*, quod verbum etiam Græcum significat, vt in Nouel. Valent. de prædiis pistorum, *prædia*, inquit, *illa sub nomine insitionis, quæ nunc habentur*, id est, possidentur iure emphyteutico. Et licet proprium hunc

contractum voluerit esse Zeno, id est, separatum à locatione & conductione, cui erat admodum affinis: tamen certe etiam hodie affinis est & proximus locationi & conductioni, vel emptioni & venditioni. Tria hæc negotia maximam affinitatem habent. Quod est proximum iuri gentium, & ipsum ius gentium est. Ergo iuris gentium est emphyteusis. Est quod idem possis dicere de *donatione propter nuptias*, quam etsi Iustinianus in Nouella voluit esse proprium contractum, & seiunctum à similibus: tamen donatio est veluti dos quædam propter nuptias, dos mariti, scilicet, quæ etiam propterea in legibus nostris dicitur *ἀντίφερνα*, *mutua dos*. Et dos vtique iurisgentium, quia est velut pensatio onerum matrimonii.

Item, cum ego scripsi manu mea me mutua accepisse centum, quæ non accepi, obligabor ex chirographo, nisi B intra biennium opposuero exceptionem non numeratæ pecuniæ, vel querelam. Nam hæc *obligatio*, quæ dicitur *literarum*, etiam est iuris gentium, quia est quasi ex mutuo, hoc est, si non est mutuum, est promutuum, *Indebiti solutio* dicitur etiam esse ex iure gentium, *l.* 15. *l. si id quod, de condict. indeb.* quia est promutuum. Quod tibi solui indebitum videris habere pro mutuo. Denique quidquid proximum est iuri gentium, & ipsum ius gentium est. Sed excipimus rectius, vt diximus, eas obligationes, quæ origine quidem sunt iuris gentium, sed inefficaci, & quæ origine efficaci sunt tantum iuris ciuilis, vt obligationes, quæ nascuntur ex conuentionibus iuris gentium, nunquam fuere non efficaces. Excipere etiam potes *constitutum*, nam ea obligatio ex iure prætorio fluxit. Excipere item po- C tes *hypothecam*. Nam & hæc obligatio efficax est iure prætorio, *l. si tibi* § *de pignore, de pact.* Excipere etiam potes *tutelam*. Nam & tutelæ obligatio est ex iure ciuili, non iure gentium. Et qui damnatur tutelæ male gestæ, qua ex re fit infamis, non est infamis natura, sed ciuiliter tantum, *l. probrum, de verb. signif.* Stipulatio quoque est ex iure ciuili. Qui hoc negat, incidit in salebras. Est cautio inuenta iure ciuili. Sed, quod summe notandum, hodie stipulatio videtur esse iuris gentium, vt dicitur de acceptilatione in *l. an inutilis*, §. *vlt. de acceptilat. l.* 4. *de transact.* Hoc iure nos vti vt acceptilatio hodie sit iuris gentium. Ex quo intelligitur, & id est, quod censeo notandum, pleraque transiisse in ius gentium, quæ initio tantum ciuilia fuerunt. Non tantum ius ciuile incrementum recipit, sed etiam ius gen- D tium. Cur stipulatio iuris gentium? Quia aptatur omnibus contractibus iuris gentium qui sunt inumerabiles, quia & concludit omnes contractus, *l. si dominus, de præscript. verb.* Et ideo hodie stipulatio fit quacunque lingua, quasi sit contractus omnium linguarum & gentium, *l.* 1. §. *vlt. de verb. oblig.* Nam quæ iuris ciuilis sunt populi Romani, Latine tantum fieri possunt, vt indicat Vlpian. *in fragment.* Cur autem acceptilatio est iuris gentium hodie, cum esset initio iuris ciuilis? quia per eam tollebatur tantum verborum obligatio, puta stipulatio, quæ & ipsa erat iuris ciuilis. Stipulatio fit verbis, & acceptilatio etiam verbis. Verba verbis tolluntur. Et ita quo genere erat quis obligatus, eo soluitur. Sed hodie acceptilatione tollitur omnis obligatio, inuento modo per stipulationem Aquilianam, quia omnis E obligatio quoquomodo contracta, nouatur & transfunditur in stipulationem Aquilianam, quæ stipulatio perimitur acceptilatione.

Ad Leg. VI.

L. 6. *Ius ciuile est, quod neque in totum à naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei seruit. itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est, ciuile efficimus.*

§. 1. *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto: vt apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι.*

INitium huius l. exposui superioribus recitationibus, de definitione iuris ciuilis, quod initio huius l. 6. Vlp. ait, neque in totum recedere à iure naturali vel gentiū, neque per omnia ei seruire detrahendo vel addendo aliquid iuri communi, id est, iuri naturali, vel gentium, ita ius quoddam efficit, quod dicitur ius ciuile. Ad quam rem vsi sumus tribus exemplis apertissimis.

Post hanc definitionem sequitur diuisio iuris ciuilis in ius scriptum aut non scriptum. Ergo ius ciuile diuiditur in ius scriptum & non scriptum (Ius scilicet ciuile populi Romani, ius Quiritium) Exemplo scil. Græcorum, apud quos Athenienses quidem vtebantur iure scripto, Lacedæmonii iure non scripto, §. *& non ineleganter, Instit. de iur. natur. gent. & ciu.* Longe erant diuersi mores harum duarum ciuitatum, quæ fuerunt olim, quæque omnis iuris fontes posteris aperuerunt. Nam Lacedæmonii, quæ pro legibus obseruabant, memoriæ mandabant. Athenienses mandabant literis, & id tantum custodiebant quod scriptis legibus esset comprehensum, qui locus est singularis in d. §. *& non ineleganter*, neque in libris nostris alius inuenitur scriptus: & iam olim ostendi plerosque in Institutionibus locos singulares, eoque nomine maxime librum illum commendari. Romani autem partim vtuntur iure scripto, partim non scripto. Nam vt Tullius ait de legibus, *Ferendi etiam sunt mores, nec scripto omnia sunt sancienda.* Ius non scriptum est mos, consuetudo, quæ memoriæ mandata est, non literis. Et ita *in l.* 1. *C. ne fideiuss. dot. dent.* Legem ait proficisci vel ex iure, vel ex consuetudine *Siue*, inquit, *ex iure, siue ex consuetudine lex proficiscitur*, (ne fideiussores scilicet dentur) quæ verba iuuenis quidam traiecit male, hoc modo: *siue ex lege, siue ex consuetudine.* Mauult legere, *siue ex lege, siue ex consuetudine &c.* Perperam: neque enim intelligit & Latinos leges, & Græcos νόμον interdum accipere generaliter pro iure ciuili, & ius siue δίκαιον specialiter pro iure scripto. Aristoteles legem diuidit in scriptam & non scriptam 1. *Rhetor. &* 3. *Ethic.* τὸ κατὰ γράμματα, τὸ δὲ κατὰ ἔθη, Leges alias contineri literis, alias moribus. Sed retro fateor quamdoque ius accipi generaliter, legem specialiter pro ea quæ constat ex scripto. Vt cum idem *in* 8. *Ethicor.* Ius esse siue δίκαιον duplex: aliud esse non scriptum, aliud legitimum, τὸ ἄγραφον, καὶ νόμιμον. Et eodem modo ius accepit generaliter, legem specialiter Marc. Tullius, dum ait, *inter quos est communio legis, inter eos esse & communionem iuris*: ac si diceret, eos, qui non differunt specie, nec differre genere, vel ea, quę communi specie continentur, & commune habere genus. Quod eod. modo Aristoteles, Ius esse inter eos inter quos est & lex, *in* 5. *Ethicor.* Et ibid. duo hæc commutantur, lex & consuetudo. Quid lex? Consuetudo scripta, vt definit Demetrius in Sophocle: συνήθεια ἔγγραφος. Quid consuetudo? Lex non scripta. Igitur iuris ciuilis duæ sunt species, scriptum & non scriptum. Et ius non scriptum dicitur mos, id est, vt Vlpian. definit, tacitus consensus populi, longa consuetudine inueteratus: vel, vt Tullius, quod voluntate communi sine lege vetustas approbauit. Alias ius non scriptum dicitur ius gentium, seu quod idem, æquitas naturalis. Et ita ius gentium vocat Halicar. 7. ἄγραφον καὶ ἀνομοθέτητον, hoc est, *neque scriptum, nec positiuum.* Et Sophocles *in Antigone*: Ea quæ sunt iuris gentium esse ἄγραφα, esse non scripta & immutabilia Deorum iura, aut non scripta & firmissima Deorum iura insita mentibus omnium hominum. Eo fit vt morum appellatione (quod est notandum) contineatur etiam ius gentium, *l.* 8. *l. sororis, de rit. nupt.* Quæritur, an libertinus libertinam matrem vxorem ducere possit? Dubitandi causa est, quia libertinus matrem habere non intelligitur. Nec habet sane matrem ciuilem, nec cognatam vllam ciuilem. Matrem naturalem & sororem habet. Ergo ius nuptiale non legibus, sed moribus introductum est, id est iure naturali siue gentium, *vt l. adoptiuos* §. 1. *eod. tit.* ait, in nuptiis permittendis vel prohibendis inspici ius naturale & pudorem, & honestum est atque pudicum, non quod licet, *l. semper, eod. tit.* Et hac ratione cum matre vel cum filia, vel cum ea, quæ matris aut filiæ loco est, vt cum nouerca vel nuru, quamuis

desierit esse nouerca vel nurus, propterea quod personam matris olim sustinuit, locumque, vel cum sorore incestum committi iure gentium, *l. vlt. de cond. sine causa: l. vlt. de rit. nup. l. si adulterium*, §. 1. *ad l. Iul. de adult.* Cum ceteris cognatis incestus committitur iure ciuili. Igitur ius, quod sine scripto constat, seu mores possunt diuidi in consuetudinem ciuitatis, & in ius gentium siue naturale, vt illo Ciceronis loco apertissime: *Propria legis esse ea, quae scripta sunt, & ea, quae sine literis aut gentium iure aut more maiorum retinentur.* Potest & addi tertium genus iuris non scripti, nempe aequitas, id est, emendatio iuris scripti. Ipsa enim quoque non scripta est, & eam M. Tullius *in Top.* etiam partem facit iuris ciuilis, non minus quam consuetudinem. Et hanc quam dico aequitatem, diuersa est à iure gentium, vt inferius explicabimus. Potest etiam addi B quartum genus iuris non scripti, id scilicet omne, quod Princeps vult, id est, quod decernit, quodque pronuntiat de re aliena. Nazianz. 1. in Iul. Imp. τὸ βασιλεῖ δοκοῦν βασιλέως ἄγραφος ἐστὶ νόμος, *voluntatem Principis legem scriptam esse.* Omnis enim sententia Principis legis habet vigorem, siue sit scripta, siue non. Igitur iuris non scripti quatuor genera sunt, Consuetudo, ius gentium, aequitas, sententia Principis, quae hoc inter se distant, quod ius gentium nitatur natura rei, Consuetudo tacito consensu, & quasi consponsione populi: aequitas peritia bene iudicandi: sententia vel decretum Principis imperio. Nam sententia ea demum iudicis valet, quae scripta est, quae rem iudicauit ex scripto, *l. 1. C. de sent. ex peric. recit.* Nec enim est rata sententia iudicis, nisi recitetur ex periculo, id est, ex libello, ex tabula, ex C scripto, vt alias ostendi. Ideoque rectè dicam, rem iudicatam esse partem iuris scripti, sicut *l. nam Imperator, de legib.* ait, rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem & vim legis obtinere. Vt non male ducatur argumentum à rebus iudicatis perpetuo, sic & similiter, *l. numquam, ad Senatusc. Trebell.*

Voluntatem autem Principis dico modo fontem esse iuris scripti, modo non scripti. Bipartitam enim esse eam, vel ex scripto constare, vel sine scripto: & vtramque idem pollere & posse, vtramque vim legis obtinere.

Ad L. VII.

Ius autē ciuile est, quod ex legibus, plebiscitis, S C. decretis Principium, auctoritate prudentium venit. D

Definitur initio *h. l.* ius ciuile à partium enumeratione, hoc modo: *Ius ciuile est, &c.* Partes ergo iuris ciuilis sunt leges, plebiscita, Senatusconsulta, decreta Principum, auctoritas prudentium. Ex ea enumeratione oriuntur multae quaestiones.

Primum quaeritur, Cur non addiderit *iudicatum*, quod nos antea dicebamus esse partem iuris ciuilis scripti. videtur igitur esse imperfecta definitio. Hanc autem non praetermisit sine ratione. Et ratio videtur esse, quia res iudicatae non censentur esse, nisi iure iudicatae sint, vt est in l. 12. tab. *Rebusque iure iudicatis.* Et non aliter iure iudicatum censetur, quam si legibus aut moribus iudicatum sit, vt est *in pr. tit. de offic. iud. Inst.* & in *l. 1. de vsur.* Ergo res iudicatae non tam partes sunt iuris ciuilis, quam argumenta & iudicia iuris scripti vel non scripti, id est, legum & consuetudinis: & non quodlibet indicium & argumentum iuris, sed quod numero & tempore valet. Nam hae res tantum iudicatae dicuntur habere vim legum, quae perpetuò similiter iudicatae sunt. Consuetudo non valet nisi ex tempore longo, vsuque frequenti. Ita rerum iudicatarum argumentum non valet, nisi ex tempore longo siue diuturno frequentique, iudicioque simili. Et rursus, vt compararetur etiam, consuetudo, inquit, est optima legum interpres, *l. si de interpretatione, de legib.* Eodem modo Halicarnas. *Iuris*, inquit, *ambigui optimus censor & interpres est tempus*, id est, consuetudo, quae tempore conualuit. Et similiter, *Optima legum & consuetudinis interpres est res per-* A *petuo similiter iudicata*, id est, non quodlibet iudicium, sed quod numero & tempore valet. Cur vero in hac *l. 7.* Papinianus non adiecit *consuetudinem*, quam tamen etiam adiecit Cicero similiter ius definiens à partium enumeratione? Resp. Quia Papinianus in hac *l. 7.* non ius ciuile in vniuersum definit, sed ius ciuile tantum, quod ex scripto constat. Comprehendit igitur ea tantum decreta Principum quae scripto constant. Ceteras partes certum est scripto constare. Ea ratione Papinianus non adiecit *aequitatem.* Nam & haec non scripta est, sed est iuris scripti supplementum, quod Iudex vel Princeps supplet, iuris scripti, vt Aristot. ait, saepissime correctio appellatur. Haec tria idem possunt, supplementum, correctio, emendatio. Nam quicunque supplet, corrigit aut emendat, non etiam abrogat ius scriptum, sed quod deest iuri scripto, supplet. Non potest autem iuri scripto nihil deesse, quia est impossibile scripto comprehendere omnes casus, omnia momenta, omnes circumstantias. Et ita ius scriptum ab equitate seiungitur, *l. 1. C. de legib.* cum ait, inter ius scriptum & aequitatem, quoties scilicet ius scriptum est ambiguum vel obscurum, solum Principem interponere suam interpretationem. Nam ea lex est omnino intelligenda de iure obscuro. Nam si sit apertum ius scriptum & clarum, etiam si aequitas euidens refragetur, sequimur potius duritiem iuris scripti, quam benignitatem aequi & boni, *l. prospexit, qui & à quib. man.* Nec iudex quidquam potest aduersus scriptum ius obtentu aequitatis. Nec ipse princeps etiam obtentu aequitatis quidquam tentat contra perspicuitatem iuris scripti, sed in dubio opponit suam opinionem & interpretationem. Et similiter *l. in iis, de condit. & demonstr.* ius scriptum separatur ab aequo & bono, & est elegans sententia eius legis. Duo sunt genera cõtrouersiarum, quae propter testamenta oriuntur, aliae consistunt in iis, quae sunt extra testamentum, id est, praeter scripturam testamenti. Et hae dirimuntur secundum iuris scripti rationem. Nec ibi si ex scripto est perspicua voluntas testatoris (quod notandum) est disputandum de voluntate vel aequitate, an quid melius, quid aequius testatori visum fuerit, *l. non aliter, de legat.* 3. Eadem quoque ratione Papinianus definiens ius ciuile per partitionem, non adiecit ius gentium. Nam *ius gentium* non scriptum ius est, vt ante dixi, & Papinianus voluit definire ius scriptum tantummodo. Qui voluit definire ius ciuile vniuersum, non praetermisit ius gentium, vt Aristoteles qui ius ciuile diuisit summatim in ius naturale, quod est ius gentium, & legitimum: & non praetermisit consuetudinem, non aequitatem, vt Cic. in Top. Nam ius gentium est ratio, qua imbuti sunt omnes homines, quae iubet facienda, prohibetque contraria, quam nemo ignorat, vel si quis eius ignorantiam obtendat, non excusatur: Aequitas autem est emendatio iuris scripti, vel apertius, peritia bene iudicandi, vt ait Lactant. 5. *Institut.* & peritia bene censendi, lex scripta sequenda sit nec ne, aut quando sequenda sit vel non, quam peritiam omnes non habent, habent iudices, habent arbitri, habent Iurisconsulti, habent Principes, non quod sint Principes, E sed quod sint Iurisconsulti, *l. vlt. C. de legib.* vel quod à latere, & consiliis Iurisconsultorum nunquam discedant. Nam reciprocum est, Iureconsultum agere circa latus Principis, *l. iurisperitos, de excusat. tutor.* & vicissim, Principem agere circa latus Iureconsulti. Nam non potest latus lateri conferi sine reciprocatione.

Et similiter iudices sunt periti aequitatis, non quod sint iudices, sed quod sint Iureconsulti, vel vt ait Iustin. *Nou.* 82. quod sint periti legum & consuetudinis. Nam consultus quis est? Peritus legum scilicet, & consuetudinis, qua omnes in ciuitate vtuntur, vt Cicero definit, quo ostendit, plane etiam ius accipi generaliter. Ius quidem quod est aequitas naturalis. Et ius ciuile, quod est aequitas ciuilis. Sed est aequitas quaedam per se, quae temperat, & interpretatur vtrumque ius. Huius aequitatis periti sunt iudices & Principes, & qui primo loco locari debebant Iureconsulti. Sunt enim sacerdotes iuris, id est, artis boni & aequi. Et secun-

dum hæc intelligendum, quod dicitur *l. 31. depos.* Bonam fidem, quæ in contractibus exigitur, summam æquitatem desiderare, hoc est, iudicem vel alium, qui in contractibus bonæ fidei, vel in actionibus bonæ fidei, æstimat, quid ex bona fide dari oporteat, oportere esse peritissimum bene iudicandi, bene censendi, vtrum lex scripta sequenda sit, an voluntas & æquitas inscripta illiterataque.

Quod posset adhuc quæri, cur non adiecit partibus iuris ciuilis etiam *pacta, tabulas, testamenta* (nam & ex eis ius est) vno verbo expediri potest. Hæc non adiecit, quia definiuit ius publicum, non priuatum. Ius, inquam, publicum facta comparatione pactorum, tabularum, testamentorum, codicillorum: quod tamen etiam priuatum dicitur, facta comparatione eius iuris, quod versatur in sacris, sacerdotibus, magistratibus.

Sed restant duæ quæstiones, cur non adiecit etiam ius prætorium, magistratuum edicta, quæ tamen habet §. *scriptum, Inst. de iur. nat. gent. & ciu.* Et alia quæstio cur fecerit tot partes iuris ciuilis, cum lex 3. *de legibus* faciat tres tantum, vt deinceps audiemus.

Posterior prius soluenda est, cur Papinianus in hac l. 7. fecerit quinque partes iuris ciuilis, eius scilicet quod scriptum est, cum Modestinus in *l. pen. de legib.* iuris ciuilis vniuersi tres tantum faciat partes. Nam Papinianus in *h. l.* 7. diuidit ius ciuile non omne, sed scriptum tantum: Modestinus *in d. l. pen.* vniuersum ius ciuile, cum & consuetudinem in partibus adnumeret. Ait enim, *Ergo omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmauit consuetudo.* Aut igitur plures sunt partes iuris ciuilis scripti, quam iuris ciuilis vniuersi, quod prima fronte absurdum videtur. Sane articulus ille *Ergo*, à quo incipit *d. l. pen.* argumentum præbet, vt existimemus, eam legem esse summam eius totius tituli conclusionem, repetitionem, eiusque congregationem, non omnium partium iuris, sed earum tantum, quæ in eo titulo tractatæ sunt, quæ tres sunt tantum, leges, Senatusconsulta, longa consuetudo. Nam titulus integer est de legibus, & Senatusconsultis & longa consuetudine. De quarta parte iuris ciuilis, id est, de decretis Principum est titulus quartus huius libri. De quinta parte iuris ciuilis & auctoritate prudentum est titulus secundus, de origine iuris. De reliquis tribus partibus cum satis multa tradita essent ex libris prudentum, res omnis sic ex Modestino concluditur ad *d. leg. pen. Ergo omne ius*, inquit, *aut consensus fecit, aut necessitas, &c.* Nam ius, quod consensus fecit, lex est, quæ populi aut plebis iussu sancita est. Nam lex nulla alia ex causa nos tenet, quam quod nos ei consenserimus, aut quod eam ciuitas constituerit, in qua nos nati & educati sumus, *l. de quib. de legib.* Quid lex? Communis Reip. sponsio, *l. 1. de legib.* & communis consensus omnium simul habitantium, consponsio populi, Demost. *l. 2. eod.* συνθήκη κοινὴ τῆς πόλεως. Et Aristot. ὁμολόγημα κοινὸν τῆς πόλεως in addit. ad Alexandr. Ius autem, quod necessitas fecit, est Senatusconsultum, *l. 2. § deinde, de orig. iur.* Cum difficile posset populus in vnum conuenire, aucto numero ciuium, necessitatem ipsam curam Reip. ad optimates, politiores viros, ad senatum deduxisse, inde nata Senatusconsulta. Ius autem, quod firmauit consuetudo, est quod longa consuetudo attulit. Firmatur enim longo tempore & diuturno, vetustate, cuius non est præscriptio certa, sed in æstimatione potius iudicis est vetustas sita, in vetustate id de quo actus increbuerit, nec ne. Aut certe si vetustatis est præscriptio quædam, ea finitur non 10. aut 20. annis, vt quidam volunt, sed 40. annis, *l. 2. C. Th. de long. temp. presc. Annorum*, inquit, 40. *præscript. quam leges & iura vetustatem nuncupare solent.*

Et ita vetustas accipitur *l. 2. de fund. rei priu. l. 11. C. de fund. patrim. l. 1. §. vlt. D. de aqua & aqua pluu. vetustatem vicem legis tenere*, vbi lex accipitur pro lege priuata, id est, pro pactione. Ideo vetustas non tantum vim legis tenet publicæ, sed & priuatæ, & habetur pro titulo, quo iure vtimur. Sed hæc vetustas non finitur annis 10. & 20. sed vel non finitur, vel si finitur, 40. finitur annis. Quid

A consuetudo? Est ius, inquit, Tullius, quod vetustas approbauit. Non igitur ius, quod 10. tantum aut 20. annis obtinuit. Nam *vetustas* ampliorem annorum numerum desiderat, vel diuturnitas. Breuiter ergo sic se res habet. Ius quod consensus fecit, est lex. Ius, quod necessitas constituit, est Senatusconsultum. Ius, quod firmauit consuetudo, est longa consuetudo. Ergo *d. l. pen.* summa est & conclusio illius tituli, qui has tantum partes iuris ciuilis tres complectitur, leges, Senatusconsultum, longam consuetudinem. Verum notandum, hoc ius, quod firmauit consuetudo longa, etiam esse consensum, sed tacitum & illiteratum. Legem facit consensus expressus & literatus, suffragium, conuentio, iussum, decretum populi aut plebis. Quinimo & ius quod necessitas constituit, in se consen-

B sum habet, sed coactum, non liberum, qualis est is, qui legem aut consuetudinem facit. Senatusconsulti principium est necessitas: legis & consuetudiuis voluntas. Et, vt vtar simili exemplo, Obligationum aliæ dicuntur contrahi consensu, aliæ re, aliæ verbis, aliæ literis. An quod certæ specialiter dicuntur contrahi consensu, ceteræ, quæ re, vel verbis, vel literis contrahuntur, in se consensum non habent? Minime vero. Nam & mutuum, quod re contrahitur, & stipulatio, quæ verbis contrahitur, in se consensum & conuentionem habent, *l. 1. §. vlt. de pact.* sed ex eo quæque res exsistere dicitur, ex eoque præcipue denotatur, designaturque ex quo principium sumit, & ex quo solo seu ex quo potissimum valet. Verum ad rem. Existi-

C mo etiam ea diuisione quæ proponitur in *d. l. pen.* vt ius omne aut consensus faciat, aut necessitas, aut consuetudo, posse contineri omnes partes iuris ciuilis. Quod ante dixi verissimum est, & comprobatum iustissima ratione: Sed tamen tentemus amplius, & dicamus, ea diuisione tripartita nos posse complecti omnes partes iuris ciuilis. Nihil vetat partes cuiusque rei, etiam si plures enumerari possint, contrahi in paucas. Mundum definiam ex partium enumeratione, qui constat, cælo, mari, brutis, hominibus, spiritibus. Breuius dicam, etiam à partium enumeratione, Mundum esse ex cœlo, terra, nec non ex naturis, qui intra hæc continentur, constituunturque. Puto autem ea diuisione tripartita *d. l. pen.* posse contineri ius omne & vniuersum ciuile, quia idem quod Modestinus scribit, ius aut

D consensum facere, aut necessitatem, aut consuetudinem; Menander iisdem verbis scripsit, quib. Latine Modestinus, & multi persuasum habent, Modestinum scripsisse ex Menandro: sunt elegantissimi versus Menandri, Τρία γάρ ἐστι, &c. id est, tria esse, quæ rebus dominantur: quæque gignunt omnia, leges, id est, consensum omnium populorum, necessitatem & consuetudinem. Idem ergo ille ait, quod *d. l. pen.* vt vere possis constituere, ius ciuile vniuersum eadem ratione tripartita contineri. Nam ius, quod Princeps facit, necessitas fecit. Nam non ob aliam rem creamus Principem, quàm vt decreta faciat & iura det, vt est apertè scriptum *in l. 2. §. nouissime, de orig. iur.* dum ait, *sicut ad pauciores* (id est, Senatum) *via iuris constituendi transisse videbatur, ipsis rebus dictantibus* (id est,

E ipsa rerum necessitate) *ita per partes euenisse*, (id est, paulatim, non vt quidam, *per partes*, id est, per suffragia: Alij, *per partes*, id est, per factiones) Et rectissime dicitur ab Accursio rem à populo venisse ad senatum, & à senatu ad principem, per partes, per vices, paulatim, pedetentimque. Quid vero, inquit, per partes venit? Vt, inquit, necesse esset Reip. per vnum consuli. Nam senatus non potuit sufficere omnib. prouinciis regendis, ob id constitutus princeps, qui rerum omnium esset dominus, quique potestate cæteros omnes præpolleret. Et ius etiam gentium dicitur in §. *ius autem gentium, Inst. de iur. natur. gent.* gentes humanas sibi constituisse, id est, recepisse, approbasse impulsu, vi naturæ, non virtute propria, impulsu diuino, vsu exigente & humanis necessitatibus. Necessitas fecit, vt ius innatum nobis approbaremus, & in vsum adduceremus omnes. Et similiter necesse fuit admitti auctoritatem prudentum, quoniam ius non potest constare

sine iurisperitis, *l. 2. §. post origínem, tit. seq.* Ius non posse constare, inquit, non posse durare, nisi sit iuris peritus aliquis, qui id quotidie in melius producat: Vt, sacra non possunt constare sine sacerdote. Et iura sunt sacra. Et Iureconsulti sunt sacerdotes, vt dixi, *l. 1.* Quam appellationem eo loco dixi, Iureconsultos sibi, qui fuere omnes fere imbuti à Stoicis, vindicasse exemplo Stoicorum, qui suum sapientem dicebant esse regem, & regem regum, nobilem, liberum, vere pulchrum & elegantem, vno minorem Iove, solum omnia, vt multi auctores scripserunt. Sed de sacerdotio, quod tum prætermisi, non legi qui scripserit nisi Clementem Alexandr. *l. 2. στρωμ.* De consuetudine addendum, me existimare, nihil morem à consuetudine differre. Et Latinis respondent ἔθος καὶ συνήθεια, hæc est consuetudo; illud mos, seu vsus longæuus. Nam & vox *Vsus*, deducta est ab illa Græca ἔθος, & à verbo ἔθω, ε verso, in *u* Latinum. Nam si dixeris, ex consuetudine morem proficisci. Et vt Lactant. lib. 5. *Paulatim male viuendi consuetudo, mos factus est.* Et Pub. Syrus, *Vitium prius fuit obseruatio, nunc mos est.* Si, inquam, ex iis locis dicas, morem esse ex consuetudine, atque ita differentiam constituere inter morem & consuetudinem, obiiciam quod Varro scribit apud Seruium, *morem esse communem consensum, omnium simul habitantium, qui inueteratus consuetudinem faciat.* Ergo secundum Varronem non ex consuetudine mos est, sed ex more consuetudo. Ex quo intelligis, nos his vocabulis vti promiscue Sed illud magis obseruandum, differentiam nos constituere, inter morem receptum, & morem institutum, seu instituta. Nam mos receptus est is, vt Festus ait, quem sua sponte ciuitas alienum adsciuit: vt, quod dicitur in *l. 1. de donat. inter. vir. & vxor.* Moribus esse receptum vt non valeat donatio inter virum & vxorem; id sumptum est ex alieno, sc. Solone, vt Plutarchus scribit in Romulo. Et in *tit. de acq. per arrog. Inst. quod dicitur consensu,* tacito scilicet, *esse receptum,* tacito iure, vt ait lex 15. *de adopt.* quod inquam, ait, tacito iure, tacito consensu, id est, consuetudine, more esse receptum, vt is, qui adoptatur, cum capite omnia bona transferat in adoptatorem; id etiam à Græcis est, apud quos illæ leges dicuntur νόμοι ξενικοί. Et ita semper, cum dicitur in libris nostris, ius esse receptum, id putatur sumptum ex alieno, & introductum in ciuitatem. Instituta sunt, quæ ciues ipsi adinuenere, exigente vtilitate. Et ita Tullius semper legibus opponit instituta, Et eleganter *l. 1. C. Th. de lon. consuet.* Venientium esse temporum disciplina instare veteribus institutis. Alteram quæstionem de iure prætorio aperiam. Quæro, cur in h. l. 7. conficiendo definitionem iuris ciuilis à partium enumeratione, Papinianus prætermiserit ius prætorium, seu magistratuum edicta. Nam vtrumque idem est. Neque enim in definitione confecta similiter *§. scriptum, de iur. natur.* prætermittuntur magistratuum edicta, non prætermituntur in Topic. Cicer. Cur prætermittuntur à Papiniano? Hoc expediri facile potest. Respondeo, Papin. definire voluisse merum ius ciuile. Et voluisse ex eo apparet, quod in h. l. 7. statim subiecit definitionem iuris prætorij. Et quot sunt leges in iure nostro, quæ separant ius ciuile à prætorio iure? Quanquam non male ius prætorium possit vocari ius ciuile, cum & ius prætorium dicatur viua vox iuris ciuilis, prætor scil. ipse. Et si prætor viua vox iuris ciuilis, ius prætorium est vox tacita iuris ciuilis. Confunditur igitur facile ius prætorium cum iure ciuili, sed non cum de mero iure ciuili agitur, *§. sed cum paulatim, Instit. de test.* Constitutiones Impp. iunxisse ius ciuile & prætorium in vnam consonantiam, quod attinet ad rationen ordinandi testamenti. Et *l. nullo, ad l. Corn. de fals.* Seruos neque iure naturali, neque iure prætorio computari, id est, seruos pro nullis haberi, tam iure ciuili quam prætorio. Ius ciuile scriptum liberis, non seruis, ius item prætorium. Et *l. testamento, §. seruus, qui testam. fac. poss.* Seruos neque iuris ciuilis communionem habere, neque edicti prætorij. Et *l. scio de testib.* neque iure ciuili, neque prætorio valere testamentum, ad quod adhibitus est is, qui damnatus est adulterij. Et inde etiam frequens in iure distinctio obligationum ciuilium & prætoriarum, distinctio præceptorum ciuilium à prætoriis, *l. bona fides, depos.* Et obseruandum, maximam partem eorum, quæ prætores edicere consueuerunt, manare ex consuetudine, ex iure non scripto, vt nominatim scribit Tullius. Ex quo intelligitur ita fieri, vt quæ sine scripto primum obtinuerunt, quæ more recepta vel instituta sunt, post literis describantur. Nec dubitandum, quin ius non scriptum, si post scribatur, desinat esse non scriptum, quanquam ex non scripto venerit: qua tamen de re ambigunt D D. & disputant inaniter. Nam & ita constat patriam potestatem receptam fuisse moribus, *l. pater, de his, qui sunt sui.* Consequenter substitutionem pupillarem, quæ pars est patriæ potestatis; neque enim fit nisi liberis, qui sunt in potestate nostra, *l. 2. de vulg. subst.* Sed tamen hodie hoc tribuitur 12. tab. quia ex moribus id in 12. tab. transumptum est. Halicarnas. scribit ex more populi Romani, vel suis vel alienis multa translata in 12. tab. Et simili modo, quod moribus erat introductum, vt prodigo interdicatur bonorum administratione, hodie tribuimus iuri scripto, id est, 12. tab. *l. 1. de curat. furios.* Et auctoritas quoque prudentium, vt constat ex *l. 2. tit. seq.* prius fuit non scripta, deinde scripta. Neque enim suas cautiones consulti suamque prudentiam literis commendabant.

Ad §. 1. & L. VIII.

Ius prætorium est, quod prætores introduxerunt, adiuuandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia, propter vtilitatem publicam. Quod & honorarium dicitur, ad honorem prætorum sic nominatum.

L. 8. Nam & ipsum ius honorarium viua vox est iuris ciuilis.

IVs *prætorium,* Papinianus ait, *adiuuatius ciuile,* id est, tuetur atque confirmat, & ei seruit atque adminiculatur, & vt Marcianus ait, viua vox est iuris ciuilis. Et prætor ipse, vt ait Aristotel. est ἔμψυχον δίκαιον, id est, ius animatum, viuum, vt Tullius ait, lex loquens. Econtra, lex est prætor mutus, tacitus: vt de nuntio & epistola Epictetus, Epistolam esse nuntium tacitum: nuntium esse epistolam loquentem. Quomodo etiam Iustinianus dixit, *in Nouell.* 105. quod sumpsit ex veteribus, vt constat ex Clemente Alexand. στρωμάτων lib. 2. Principem esse νόμον ἔμψυχον, legem viuam, animatam, vt eodem modo Eunapius ex suis Sophistis præstantissimum Porphyrionem vocat ἔμψυχον βιβλιοθήκην, viuam, animatam bibliothecam. Vt ergo ad prætorem redeamus, Prætor viuum ius ciuile est, viua lex, seu loquens. Quod loquitur prætor vt cunque, ius ciuile loquitur. Nam præcipua prætoris opera est in hoc, vt opituletur iuri ciuili, vt adiuuet, tueatur, confirmet. Ergo licet dicere ius prætorium subsequi ius ciuile, vt est in *l. scio, de testib. l. si plurium seruus, de noxa. l. act.* Sed hoc demonstretur exemplis. Cui iure ciuili competit actio, sane ei prætor incunctanter dat actionem. Si postuletur dat prætor actiones, non tantum quas ipse introduxit, sed & eas, quas ius ciuile introduxit. Et, vt ita dicam, omnes actiones sunt datitiæ, quia omnes cuiuscunque sint generis à prætore dantur & postulantur. Item, cui lex interdicit bonorum administratione, ei etiam interdicit prætor. Et hodie hæc interdictio magis per prætorem procedit, quam ipso iure, hoc est, lege 12. tabular. *l. 1. D. de curat. furios.* Et plerumque qui heres institutus non potest iure ciuili adire hereditatem, ei etiam prætor vix dat bonorum possessionem secundum tabulas, *d. l. scio.* Et quod est in *d. l. si plurium seruus,* si seruus communis furtum fecerit, & omnes domini dolo malo fecerint, quo minus eum haberent in potestate, l. ait prætorem debere subsequi actionem ciuilem. Quid hoc est? Actio furti nec manifesti est ciuilis ex 12. tab. Si seruus communis furtum nec manifestum fecerit, hæc actio datur in eum dominum, quem actor elege-

rit, non in ſolidum, ſed noxaliter. Nam dominus quem actor elegit, euitat pœnam dupli, ſi ſeruum dedit noxæ. Verum, quoties ſerui communis domini dolo malo fecerint, quo minus ſeruum dedere poſſent, & eum habere in ſua poteſtate, tunc tenentur in ſolidum, ſuo nomine in duplum ex edicto prætoris, non quidem omnes, ſed is, quem actor elegerit. Nam prætor hac in re ſequitur exemplum actionis ciuilis, & dat iudicium prætorium in eum, quem actor elegerit. Ita tribus exemplis oſtendi, Prætorem ius ciuile ſubſequi. Addam alia duo. Prætor ei, ad quem lege vel teſtamento venit hereditas (nihil enim refert, nam & is, ad quem teſtamento venit hereditas, ex lege heres eſt) ei, inquam, qui lege ad hereditatem vocatur, prætor dat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, vt ei liceat hereditatem adire iure ciuili, vel iure prætorio hereditatem amplecti pro bonorum poſſeſſore. lex. 6. §. pen. de bonor. poſſeſſ. Legum, ait, quoque tuendarum cauſa prætorem dare bonorum poſſeſſionem. Et eodem tit. Inſt. confirmandi quoque iuris ciuilis gratia, prætor pollicetur bonorum poſſeſſionem. Et ita exemplo iuris legitimi prætor tribuit bonorum poſſeſſionem contra tabulas. in tribuenda bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſequitur eum modum & ordinem, qui eſt præſcriptus iure legitimo. Nam filium præfert nepoti, & nepotes ex vno filio, cum nepotibus ex alio filio vocat ad ſucceſſionem in ſtirpes, non in capita, l. 1. §. 1. l. ſi in adoptionem, §. vlt. de bon. poſſeſſ. cont. tabul. Ius legitimum vocat in d. l. ſi in adopt. §. vlt. atque etiam l. 6. de bon. poſſ. quod Papin. in hac l. 7 vocat ius ciuile. Atque ita vere poſſis conſtituere, ius legit. dupliciter accipi, pro eo quod dicitur πολιτικόν, quod comprehendit etiam prætorium & ius gentium, & pro eo quod dicitur νομικόν, id eſt, legitimum, quod ſeparatur à iure prætorio, & à iure naturali ſeu gentium. Et definit Papinianus in h. leg. 7. ius legitimum, non ius politicum.

Additur autem hoc loco, non tantum ius prætorium adiuuare ciuile, aut non tantum ius prætorium comparatum eſſe adiuuandi iuris ciuilis gratia, ſed etiam ſupplendi, & corrigendi ob publicam vtilitatem. Ergo tres ſunt virtutes iuris prætorij, vt iuuet ius ciuile, & vt ſuppleat, vtque corrigat. Quæ duo ſupplere & corrigere idem ſunt pene. Quia vtroque genere receditur à iure ciuili. Et qui emendat, quique ſupplet, dicitur corrigere. Nam & ſupplere emendare eſt atque renouare, l. 4. §. vlt. de pecul. Supplere peculium, eſt renouare peculium, quod penitus fuit extinctum, ſeu reſtaurare. Idem ergo pene eſt ſupplere & corrigere. Codicillus Theophilo eſt ſupplementum teſtamenti, eius quod deeſt teſtamento. Moſchopulo autem, eſt correctio teſtamenti. Idem igitur fere ſupplementum & correctio. Certe vtrumque emendatio eſt. Et ita in §. media, Inſtit. de legit. agn. ſucceſſ. Prætores, inquit, paulatim iuris ciuilis aſperitatem corrigentes, ſeu quod deerat, implentes, &c. Sed diſtingui tamen poſſunt hæc duo vocabula hoc modo, vt ſuppleat prætor ius ciuile addendo, corrigat detrahendo. Nam, quod ſumme notandum, eadem eſt ratio iuris prætorij ad ius ciuile, quæ iuris ciuilis ad ius naturale ſeu gentium. Ius gentium quod eſt, & ciuile eſt, vt docui ſuperioribus recitationibus. Ius autem ciuile quod eſt, non continuo eſt ius gentium. Ita etiam & ius ciuile quod eſt, & prætorium eſt. Ius autem prætorium quod eſt, non continuo ciuile & legitimum eſt. Ac rurſus, vt ius ciuile iuri gentium addit, vel detrahit, ob publicam vtilitatem, veluti introducens vſucapionem ob bonum publicum, & aliis caſibus, quos expoſui l. 5. hoc tit. Ita vero & ius prætorium iuri ciuili addit vel detrahit, vt Papin. ait hoc loco, ob publicam vtilitatem, cuius ratio eſt ſumma ratio, ac potentiſſima, præſtantiſſimaque. Item, vt ius ciuile, ius gentium corrumpere aut tollere non poteſt, l. eas, de cap. minut. §. vlt. Inſt. de legit. agn. ſucceſſ. Sic nec ius prætorium, ius ciuile corrumpere aut tollere poteſt. Ius ciuile iure ciuili tollitur. Et, vt docuimus ſuperioribus recitationibus, ius naturale iure etiam naturali tollitur, eodem genere, non diuerſo. Dicitur etiam, prætorem emen-

A dare & impugnare ius ciuile, Inſtit. de bon. poſſ. Sed hoc non eſt tollere ius ciuile, vel abrogare. hoc non eſt impugnare ius ciuile ſimpliciter, ſed quaſi impugnare, & ſupplere quod iuri ciuili deeſt: vt, quia plenus non erat numerus actionum ciuilium, prætor iuri ciuili addit alias actiones, legi accommodat, vt puta vtiles, & in factum actiones, & ita ſupplet, quod iuri ciuili deerat, l. quia actionum, de præſc. verb. Vel etiam emendare, eſt corrigere, hoc eſt, ad rectitudinem redigere, quia ius ciuile inflecti & inclinari videtur, & ex eo nonnunquam detrahere aliquid, quod facit prætor variis modis vel datis exceptionibus. Nam quid eſt exceptio? Eſt detractio ex iure ciuili. Quomodo? Prætoriis exceptionibus proditis impugnatur quodammodo actio ciuilis, quæ ſunt verba §. 1. de except. Quod idem B etiam prætor facit datis duabus actionibus reſtitutoriis, vt quæ reſcindunt vſucapionem, quæ etiam actiones dicuntur eſſe contra ius ciuile, l. in honorariis, de oblig. & action. vel data bonorum poſſeſſione contra tabulas filio emancipato prætorio, vel patrono prætorio. Quæ contra teſtamentum eſt bonor. poſſ. contra ius ciuile eſt, maxime ea, quæ datur filio emnacipato prætorio vel patrono. Idem euenit etiam data bonorum poſſeſſione ſecundũ tab. alieno poſtumo herede inſtituto, qui iure ciuili heres eſſe non poteſt, l. poſtumus, de inoff. teſt. l. 3. de bonor. poſſeſſ. ſec. tab. & l. 1. §. ſi filius D. de vent. in poſſeſ. mitt. vel etiam data bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas heredi ſcripto, etiamſi teſtamentum iure ciuili non valeat. Nam ſane hoc eſt prætoris, vt etiamſi teſtamenta iure ciuili non valeant, C vt pote quod in eo deſiit familiæ emancipatio, vel nuncupatio, vel quod in eo filiusfa. ſit præteritus, det tamen prætor bonor. poſſeſſ. heredi ſcripto ſecundum tab. ſi modo tabulæ ſint ſignatæ, non minus quam ſeptem ciuium Romanorum ſignis, & ſi teſtator fuerit paterfa. & ciuis Romanus mortis tempore, & teſtamenti facti tempore. Hoc ſi in tabulis deprehenderit prætor, vel ex tabulis, vtique ſemper dabit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, non obſeruato vinculo iuris ciuilis, ſi quod in tabulis inſit. verum res poſtea diſceptatur, & ſi vincat heres legitimus heredem ſcriptum, bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, quam dedit prætor, conſtituetur ſine re, §. non tamen, Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. l. poſtumus, de ini. rupt. Interim tamen contra ius ciuile, id eſt, ſecundum tab. iniuſtas D dabit bonorum poſſ. Hoc plane modo emendat, & quaſi impugnat ius ciuile, detrahit plurima iuri ciuili, corrigit ius ciuile. Quod accidit etiam in dandis bonorum poſſeſſionibus ab inteſtato vnde liberi, vel vnde cognati, liberis emancipatis defuncti, vel aliis cognatis. quos ius ciuile non nouit, & ad hereditatem non vocat, prætor ipſe vocat, non ſine re. Ius, inquam, ciuile non prohibet nominatim, ne cognati hereditatem capiant, alioquin eis non daret bonorum poſſeſſionem, quos lex pronuntiauit eſſe incapaces nominatim, l. non eſt, de bonor. poſſeſſ. Hoc enim eſſet prorſus tollere & impugnare ius ciuile, & impugnare ſimpliciter prætor ius ciuile non poteſt, ſed quaſi impugnare, ſupplendo, vel rectius aliquid conſtituendo, immoto interim iure ciuili. Nam vt ius ciuile, vt dixi, ius naturale im- E mutare non poteſt prorſus vlla in parte: ita nec ius prætorium ius ciuile, quod euidenter demonſtrabitur exemplo æquitatis. Æquitas corrigit ius ciuile. Imo definitur æquitas correctio iuris ciuilis ab Ariſtotele. Correctio legitimi iuris eſt æquitas. Et alio loco, ſupplementum legitimi iuris. Et alio loco, remiſſio ex legitimo iure. Quid eſt æquitas? quæ ex legitimo iure aliquid remittit. Denique æquitas corrigit legitimum, ſupplet multum, & remittit, neque tamen tollit ius ciuile. Sed quia nulla lex eſt, quæ non delinquat, non ſuo vitio aut auctoris, ſed quod generaliter rebus modum ponit, neque etiam aliter lex poteſt rebus modum ponere, quam generaliter, delinquit. Igitur lex omnis non accipitur in malam partem, quod generaliter rebus modum ponat, non per partes ſingulis rebus ac negotiis: quoniam tanta infinitas eſt, vt finiri lege certa non poſſit, l. 9. de legib. l. 4. de præſc. verb. Igitur æquitate ſupple-

tur & corrigitur quæ legi deeſt, cui quidem rei præeſt prætor, princeps, iuris conſultus. Et, vt eleganter ait *l. quæ ſitum, de teſtib.* quod omiſſum eſt legibus ſcriptis, ſuppletur religione iudicis: adde, vel decreto principis, vel auctoritate prudentum, *l.* 10. 11. 12. *inf. de legib.* Et elegantiſſime Cato in lib. de moribus, inquit.

Iudicis auxilium ſub iniqua lege rogato: Et poſtea, *Ipſæmet leges cupiunt, vt iure regantur*, id eſt, æquitate. Reguntur enim verius, quam corriguntur, aut corrigere regere eſt, non tollere aut abrogare. Eſt pulcher locus apud Dionyſ. Halicarnaſſ. quo oſtenditur, multum intereſſe inter tollere & corrigere. ἐγὼ δὲ τὸν νόμον οὐκ, &c. *Ego quidem non exiſtimo tollendam legem aut abrogandam, ne quod maius malum Reipub. inde contingat, ſed quoad eius fieri poteſt corrigendam legem.* Tolli enim lex non poteſt, niſi alia lege: corrigi etiam poteſt ſine lege. Et, vt ille ait eleganter, omnis lex cupit vt regatur iure, illo ſcilicet non ſcripto: prętoris arbitrio. Non eſt ille M. Cato, qui etiam carmen ſcripſerat de moribus, quod citat Gell. *lib.* 10. *c.* 2. Sed eſt alius, non Chriſtianus tamen, ſed paganus, cuius ex verbis Vindicianus Comes Archiatrorum, in lib. quem de re medica ſcripſit ad Valentinianum Imper. *Infirmus*, inquit, *flens & gemens, ſæpe dicere ſolebat.*

Corporis auxilium medico committe fideli. Ego addo, *& perito.* & ita corrigendum carmen illud, non vt vulgo, *Corporis exigui.*

Venio ad rem. Et id non omittendum quod additur in hac lege, *Ius prætorium etiam dici honorarium, & ſic nominatum ad honorem prætorum*, nihil mutandum. Nam & ita Theophilus in §. *prætorum, Inſtit. de iur. natur. gent.* Reſpicit ſcilicet hæc appellatio honorem prætorum. Nec eſt diſſimile quod ait *l.* 2. §. *eodem tempore, tit. ſeq.* Ius prætorium appellari honorarium, quod venit ab honore prætorum, id eſt, ab honorato prætore ſeu magiſtratu. Et in *d.* §. *prætorum*, quod ei iuri honor auctoritatem dedit, id eſt, magiſtratus. Placet interpretatio. Honor dicitur magiſtratus, vt Ariſtot. vocat, Inde videmus latius patere appellationem iuris honorarij, quam prætorij, vt generis quam ſpeciei. Nam ius prætorium eſt ſpecies iuris honorarij. Item *edictum Proconſulum*, quod & edictum prouinciale dicitur, eſt ſpecies iuris honorarij. Sic quoque edictum ædilium curulium. Ideo iura honoraria ſunt, quod veniunt ex iuriſdictione magiſtratus. Sed præcellit prætorium, illudque omnes alij magiſtratus ſequuntur. Nam ad prætorem tandem omne iuris peruenit arbitrium. Et recte Cic. lib. 1. de legib. *Olim homines hauſiſſe ius ex* 12. *tab. hodie haurire ex edicto prætorum.* Prætor occupat omne ius. Qui ius prætorium nouit, omne ius nouit.

Ad L. IX.

Omnes populi, qui legibus & morib. reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure vtuntur. Nam quod quiſque populus ipſe ſibi ius conſtituit, id ipſius proprium ciuitatis eſt: vocaturque ius ciuile, quaſi ius proprium ipſius ciuitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, id apud omnes peræque cuſtoditur: vocaturque ius gentium, quaſi quo iure gentes omnes vtuntur.

RVrſus in h. l. 9. ex Gaij Inſtit. diſtinguitur ius ciuile à iure gentium, his verbis, *Omnes populi*, &c. Eſt lex elegantiſſima, diſtinctio iuris ciuilis à iure gentium elegantiſſima, & nihil aliud quam ea diſtinctio. Nam conſtat his verbis, Gaium hæc propoſuiſſe *ex* §. *ius autem ciuile à iure gentium diſtinguitur, quod omnes populi, qui moribus, &c.* Ergo hæc l. eſt tantum diuiſio ſeu diſtinctio iuris ciuilis à iure gentium. Ergo diuiſio eius tantum iuris quo homines vtuntur. Nam in diuiſione iuris, ſi comprehendas homines & bruta ſimul, ea eſt tripartita, vel ius naturale, vel gentium, quod & naturale dicitur: vel ciuile: qua diuiſione tripartita (quod nondum monueram) non tantum

A vtuntur auctores noſtri, ſed & alieni. Gell. lib. 13. cap. 3. *Quæ aut iure naturali*, inquit, *aut iure gentium, aut iure legum prohibentur.* Sed hoc loco Gaius diuidit ius, quo homines vtuntur, & non homines ſimpliciter, ſed quo populi vtuntur. Non omnes homines populum conficiunt. Non ergo tam ius diuidit, quo homines vtuntur, ſed quo populus. De ea diuiſione dictum ante à nobis eſt ſatis. Hoc tantum retractabo & adnotabo ad hanc legem: Ius gentium à Gaio appellari ius commune: Ius ciuile appellari ius populi, ius ſpeciale, vel vt melius Theoph. locale, & *l.* 6. vtitur iiſdem appellationibus iuris communis, & iuris proprij, vt Ariſt. ſæpiſſime ius ſeu legem diuidit in communem & propriam. Propriam, in ſcriptam & non ſcriptam.

B Et Epicurus quoque, auctore Diogene, vtebatur eadem diuiſione iuris, ſed ius commune non deducebat à natura, vt Gaius hoc loco ait, ius commune eſſe, quod naturalis ratio inter omnes conſtituit: ſed id deducebat ab vtilitate communi, à compendio, emolumento, fructu, neceſſitateve, quæ & nos impulit ad ius gentium, ſeu commune ſequendum, ſed non principaliter: quandoquidem inditum eſt nobis ob vtilitatem noſtram. Non tantum autem vtilitas ſimplex id peperit ius. Nam quod Horatius ait.

Atque ipſa vtilitas iuſti prope mater & æqui. Epicureum eſt, ex qua familia erat quoque Horatius. Nos Stoicos ſequimur, qui ius commune omnium hominũ deducunt à natura, ius proprium cuiuſque ciuitatis, ab vtilitate communi, ab eo, quod cuique ciuitati expedit & conducit.

C Ait autem; *Omnes populi qui legibus & moribus reguntur.* Ergo quidam ſunt, qui nec legibus, nec moribus reguntur, & quidam ſunt non populi. Nam vbi lex non eſt, nec pro lege mos, ibi nec populus eſt. Et ſi populus non eſt, nec Reſpubl. Nam Reſp. eſt res populi. Et recte Ariſtotel. 4. Politic. *Vbi lex eſt*, inquit, *ibi eſt Reſpublica.* Et vbi Reſpub. ibi leges, vel mores, qui ſunt pro legibus. Sunt qui beſtiarum more vitam ducunt, in agris agentes paſſim, & ratione recta nihil adminiſtrantes. Sunt pleræque gentes huiuſmodi: ſed tamen non ineſt eorum animis vis & materia non minus, quam in noſtris ad maximas res gerendas & recta ratio, quæ facile elici poteſt, aut reddi melior, præcipiendo, vt ex cinere ignis, ignis ex ſilice non difficile elici poteſt, quod inſit ei hæc natura. Nam quod ſint

D quidam feri, & immanes, & exleges, non ideo etiam vt bruta non poſſunt non moribus & legibus regi. Conſopita eſt in quibuſdam & quaſi conſepulta ratio illa naturalis, quod eſt gentium omne ius, & quamuis eo non regantur, eſt tamen inſitum in eis, quantumuis feris, eius rationis lumen, quod facile excitari poteſt.

Hæc ſatis erit adnotare ad hanc l. ſi ante à me explicata, tenetis, vt merito quis quærere poſſit, cur tamen D D. in hanc vnam legem immanes commentarios ediderint, ceteras neglexerint. Cauſa eſt, quod quæ in ceteras leges dici poterant, aut ſane, quæ non dici poterant, ſed quæ ij dicere poterant, poterant autem minus dicere, id tantum in hanc legem contulerant, vt ſolent omnium titulorum vnam legem ſumere, in quam omnia conferunt, quæ dici poſ-

E ſunt. Ac præterea non de diſtinctione iuris ciuilis & gentium, de qua ſola hæc lex eſt, ſed de inſtitutis tantum ciuitatum hanc legem pertractarunt, ob ea verba: *Omnes populi, qui moribus & legibus reguntur*, quod faciunt & propter ſimilia tantum, *l.* 1. *C. de ſum. Trinit.* quæ ait, *cunctos populos, quos clementiæ noſtræ regit imperium.* Non potuerunt de inſtitutis tractare alieniore loco, ſed tamen hoc, quamuis alieniore loco, videamus quomodo tractarint rem, & nos exerceamus.

Quærunt primum, cur valeant inſtituta ciuitatum, quæque ſunt de his rebus vel cauſis, de quibus ſcriptis legib. nihil continetur. Qua de re, niſi fallor, nemo noſtrum vnus quæret, qui ſcitis, aut ex à me dictis intelligere potuiſtis, mores & inſtituta ciuitatum obſeruari ex his, quæ non ex ſcripto deſcendunt, *l. diuturna, inf. de legib.* Et vt Tertul. in lib. de coron. milit: *Conſuetudinem in ciuilibus rebus pro legib. ſuſcipi, cum lex deficit:* quod ſumpſit Iſidorus, ſuppreſſo

suppresso auctore, *in can. consuetudo.* 1. *distinct.* Quibus consequenter Cæsarius apud Cedrenum: *His*, inquit, *qui legem non habent, mos patrius est pro lege.* Et *l. de quibus, infra de legibus. De quibus causis scriptis legibus non vtimur, id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est.* Et formula loquendi similis illa Sabini Iurisconsulti apud Gell. 5. *cap.* 13. De qua causa, inquit, viris fœminæ potiores sunt, &c. Tantum vero abest, vt non valeant mores deficiente iure scripto, vt non aliter valere possint, quam deficiente iure scripto. Nam vbi lex scripta exstat, potior est consuetudine, *l. 2. C. quæ sit long. consuet.* Potest quidem lex abrogari desuetudine & consuetudine. Desuetudine legis, & consuetudine legi contraria. Neque enim est desuetudo ex vitiis legis, quin inducatur consuetudo legi aduersa. Quid est *desuetudo*? consuetudo legi aduersa. Atque ita dicimus desuetudine & consuetudine legem abrogari posse *d. l. de quib.* Abrogari igitur sine ratione, sine lege. Nam tacita illa conuentio & consensus populi legem spernentis pro ratione est. Eodem ipso conflictu & collisione prima legis & consuetudinis, dum scilic. lex nondum plane obliterata est, & consuetudine id populus agit sensim, vt legem obliteret; interim in iudiciis sane lex vincit consuetudinem. Consuetudinem, inquam, quæ nondum contrario actu iudicio obtinuit, quod exigit *l. cum de consuetudine, inf. de legib.* Contradicto iudicio, i. e. causa cognita, causa cominus peracta inter actorem & reum. Glossæ veteres ex contradictione sic interpretantur ἐξ ἀντιρρήσεως. Ea denique consuetudo abrogat legem, quæ & vetustate, & contradicto iudicio confirmata est, id est, quæ consuetudo esse pronuntiata est. Alioquin lex vincit consuetudinem pari certamine. Quæ obtinuit consuetudo contra legem, non vincit legem. Neque enim est victoria sine conflictu, sed vincit eam legem paulatim vi vetustatis, vi iudiciorum quib. fuit approbata & confirmata contra legem scriptam. Neque vero lex, quæ ita desuetudine sublata est, allegari potest; vel produci contra consuetudinem ei aduersam, nisi renouata sit, vt plerumque fit, vt plerumque leges vetustate obliteratæ renouantur. Et notandum, quod Traianus Imp. ait apud Plin. lib. 10. Epist. se abolere quandam consuetudinem longam, de qua agit in illo rescripto, quæ fuerat vsurpata contra legem: sed adiicit, se ex præterito nihil innouare, se hanc legem renouatam velle retro. Ius plerumque non est in præterita, *l. 21. de legib.* Et hoc distat ius à iudice. Nam ius statuit siue lex de futuris, non præteritis, nisi nominatim adscribatur, vt lex in præteritum valeat, vt retro acta contra legem nouam infirmentur. Hæc si clausula desit, lex noua tantum valebit in futurum, non in præteritum. Iudex autem statuit de præteritis.

Sed reliqua persequamur, quæ Doctores hic tractant. *An id, quod instituitur contra ius gentium, vel ius naturale, valeat.* Et hac de quæstione hic paululum modo admoneamus. Et dices: id, quod instituitur contra ius naturale vel gentium, non valere, si in totum recedat à iure naturali vel gentium, si pudori aduersetur, non etiam si tantum suppleat aliquid, vel addat, vel detrahat, vel excipiat. Nam institutorum non est maior vis quam legum. Et legibus iura naturalia mutari prorsus non possunt, §. *sed naturalia, de iur. natur. gent. & ciu.*

Tertio quærunt, an valeat consuetudo, *vt exsulem, quem bannitum vocant, occidere liceat impune*: Quo certius nihil est. Nam exsulem simpliciter occidere, contra ius gentium est, vt hominem homini insidiari contra ius gentium est, *l. 3. h. t.* Dico igitur, exsulem quidem simpliciter licere occidere, contra ius gentium esse, nec contra hoc ius gentium valere contrariam consuetudinem quicquam. Sed exsulem, quem in more est impune occidere, is non est exsul simpliciter: Finge esse desertorem militiæ, eumque proscribi, id est, pelli ciuitate, & spoliari bonis absentem: hunc cuilibet leges permittunt occidere, *l. 2. C. quando liceat cuique sine iud. se vindic. & l. 1. & 2. C. de desertor.* Est enim plus quam exsul. An ergo hæc consuetudo non efficiet,

A quod lex efficit recte proscriptum, vt cuilibet liceat occidere: Nam quod lex potest, & consuetudo potest, legem enim imitatur, *l. vlt. C. quæ sit long. consu.* § *sine scripto, Instit. de iur. natur.* Et consecrationis eadem fuit quondam vis. Nam quem iubebat lex esse sacrum, eum licebat impune cuique occidere. Liu. lib 2. *Quem*, inquit, *lex aut consuetudo habuerit pro sacro, non erit capitale, si quis eũ occiderit.*

Quarto quærunt, an valeat consuetudo, *vt actio personalis perimatur certo tempore*, puta decennio, si creditor decennio nihil petierit. Finge, ita receptum esse moribus, vt cadat debito, qui decennio nihil petiit à debitore, sin iusti sint mores, an valeant: Iure scripto actio personalis non perimitur longo tempore, realis perimitur eo tempore. Et notãda ratio, quia non tam tempus perimit actionẽ quam B vsus certi temporis: vt si ego re tua vtar 10. aut 20. annis, 10. inter præsentes, 20. inter absentes, amittis realem actionem, amittis dominium. At in actione personali nullus est debitoris vsus, qui perimat actionem. Ergo nusquam inuenies actionem personalem perimi tempore, quo perimitur realis, puta 10. vel 20. annis, triginta, vel, quadraginta annis omnis actio perimitur, & præscriptio illa est peremptoria, quia perimit omnia iura. Nunc, sic dicamus & sumamus idem principium, quod ante posuimus. Quod lege fieri potest, & consuetudine fieri potest. At lege potest remitti actio personalis inuito creditore, ob vtilitatem publicam, *l. bona fides, de action. emp.* Et inde olim nouæ tabulæ, id est, lex quæ debitores liberabat omnes, etiamsi nihil soluerent creditoribus. Ergo idem etiam consuetudine C fieri potest, maxime adscripto certo tempore, intra quod nisi creditum repetierit creditor, ius crediti amittit. Nam inuenio etiam olim testamenta spacio decem annorum, si interim non fuerint renouata, interire, *l. 6. C. Theodos. de testam.* quod abrogatur *l. sancimus, C. Iustin. eodem.*

Quærunt quinto, an valeat consuetudo, *ne liceat à iudice appellare* (iudice scilicet certo) an vero non valeat: Et puto valere. Nam & lex de eadem re valet, puta ne liceat à præfecto prætorio appellare. Imo & conuentio ea de re valet, si conuenerit inter aliquos, ne à iudice, apud quem certatur, appellent, *l. vlt. §. vlt. C. de tem. appell.*

Sexto quærunt, an valeat consuetudo, *ne valeat contractus habitus cum minore 25. annis etiam iurato*, id est, qui iurauit contractum se adimpleturum, sine consensu suo- D rum cognatorum. Iure scripto valet contractus habitus cum minore 25. annis etiam non adhibito vllius consensu; sed si deceptus sit, poterit restitui in integrum. Quod si mos velit, vt ipso iure non valeat contractus habitus cum minore sine consensu suorum cognatorum, etiamsi in eum contractum iurauerit; dicam valere, argumento eodem, quod quæ lex possit efficere ob vtilitatem publicam, eadem etiam possit consuetudo ob vtilitatem publicam. Finge, sunt in aliqua Rep. adolescentes nostris impuberibus incautiores: cur in ea ciuitate non statueretur de suis adolescẽtibus, quod nos de nostris impuberibus, id est, ne quid agant, contrahant sine auctoritate cognatorum, ne iurati quidem: vt lege fœminis ob imbecillem sexum prohibitum est, ne nubant sine consilio suorum, licet sui iuris sint, *l. 1. l.* E *viduæ, C. de nupt.* Et ita olim ne quid fœminæ cuiuscunque sint ætatis, gerant sine auctoritate tutorum. Et has sane sæpe leges soluunt iureiurando, *l. non dubium est, C. de legib.* Ne quis dicat, eam consuetudinem periurium admittere, quod permittat minori non stare contractui, licet iurauerit. Nam hæc dum permittit, soluit iusiurandum. Veniam dare lex potest iurisiurandi. Et consuetudo igitur. Denique vt dicam, quod res est, omnis consuetudo valet, si accedat publica vtilitas, sicut & quælibet lex ciuilis. Publica enim lex nunquam seiuncta est ab honestate.

Postrema quæstio est, *cuius ciuitatis mores sint sequendi, in ordinando testamento?* Est quæstio cognitu dignissima. Tot fere sunt leges ordinandi testamenti, quot sunt ciuitates. Ego possideo bona in Gallia, Italia, Hispania, Germania, volo ordinare testamentum, & vnum ex asse omnium bonorum heredem scribere; cuius me regni leges obserua-

re oporteat. Dicunt plerique DD. diuidenda esse bona pro regionibus, & bona Italica leganda esse morib. Italicis, id est, de his esse disponendum iure Italico, & sic de ceteris. Qua ex definitione sequi potest res absurdissima, vt quis decedat pro parte testatus, pro parte intestatus. Nam sunt regiones quædam, in quibus testamentis locus non est. Bona igitur illius regionis non habebunt heredem ex testamento. Fiet pro parte legitimus, etiamsi non sit miles, & pro parte testatus, pro parte non testatus. Nolo igitur spectari situm regionum, sed dico, & decido, obseruare nos debere leges & mores patriæ testatoris, quod colligo ex *l. si non speciali, C. de testam.* quæ ait, testes testamentarios venire debere in conspectum testatoris, sed addit exceptionem, nisi patriæ priuilegium hoc ius solemne remittat. Ergo ius patriæ potius spectatur, quam commune populi Romani. Et ita testamenta facta in peregrino solo, *l. 2. C. quemadm. testam. aper.* aiunt insinuari & publicari in patria secundum leges & mores locorum. Ergo suæ patriæ & ciuitatis moribus quemque testari. Et deportati cur testari non possunt? Quia nullius certæ ciuitatis sunt ciues, *l. 1. §. si autem, de leg. 3.* quia nullam habent ciuitatem, vt secundum eius leges testentur. Qua ratione Vlp. etiam *in fragm.* ait dedititios non posse testari, quia sunt apolides, i. e. nullius ciuitatis ciues, vt secundum eas testamenta faciant. Denique nolo, inquam, spectari locum in quo sunt bona, sed patriam testatoris. Duplex est *patria*, Vna originis, altera domicilii. Imo est triplex, vna originis, quam Tullius germanam vocat, alia domicilii aut incolatus, alia communis, vt Roma. Cuius ergo patriæ in ordinando testamento ius aut morem sequemur? Et dicam domicilii potius quam originis patriam spectari. Est que hac de re expressus locus Isocr. in Æginetico: Αἰγινηταὶ τὸν νόμον τῶν αἰ. γινητῶν. κατὰ γὰρ τούτους ἔδει ποιεῖσθαι τὰς διαθήκας, ἐν οἷς γὰρ κατῴκουμεν. *Lege*, inquit, *leges Æginetarum. Nam secundum eas oportet testamenta fieri, quando in ea domicilium habemus.* Posset quis quo loco habet bona, eo nec esse originalis, nec incola, *l. 4. C. de incol. l. libertas §. sola, inf. ad municip.* Et eius loci nulla habebitur ratio in faciendo testamento, cum nec eius habeatur ratio, ex quo ducimus originem, nisi & in eo sedem posuerimus rerum nostrarum, id est, domicilium. Denique domicilii tantum patria spectanda est in faciendo testamento.

Ad Leg. X.

Iustitia est constans & perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. 1. §. Iuris præcepta sunt hæc: honeste viuere, alterum non lædere, suum cuique tribuere. 2. §. Iurisprudentia est diuinarum atque humanarum rerum notitia: iusti atque iniusti scientia.

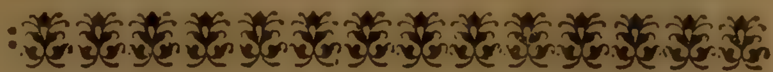
QVæ restant ad *l. 10. de definit.* iustitiæ & iurisprudentiæ, non satis mihi explicasse videor in iis, quæ dixi, *ad l. 1. sup.* Igitur nunc exponam vberius. In hac lege 10. Iustitia definitur esse *constans & perpetua voluntas ius suũ cuique tribuendi.* Iuris præcepta esse honeste, &c. Et postremo loco ponit definitionem iurisprudentiæ, esse rerum diuinarum, &c. Hæc igitur lex est definitio iustitiæ, iurisprudentiæ, & iuris, id est, huius artis, huius studii æqui boni. Dicemus primum de definitione Iustitiæ. Virtutes aut sunt animi, aut corporis. De corporis nihil in iure agitur. Erit igitur sermo tantum de virtutibus animi, quarum aliæ sunt voluntariæ, aliæ nec voluntariæ. Virtutes animi non voluntariæ sunt, quæ suapte natura ingenerantur, vt Cic. 5. *de finib.* veluti docilitas aut memoria, quæ vno ingenii aut memoriæ nomine significantur. Hæ virtutes à natura incipiunt, innascunturque nobis, non etiam voluntate nostra. Aliæ sunt virtutes voluntariæ, quæ natura non ingenerantur, sed creantur ex voluntate primum, deinde ex consuetudine nostra, i. ex multis actionib. similib. Quid est consuetudo? Multæ actiones, vel multitudo actionum consimilium. Ex quib. virtutibus voluntariis est Iustitia. Nam à voluntate incipit & creatur, crescitque paulatim assuescendo, ius suum cuique tribuens, vt omnis virtus moralis ex more venit, ex eoque nomen habet, i. ex consuetudine. Consuetudo creat habitum. Et is habitus est virtus, i. habitus est ea affectio & qualitas animi, iam animo adhærescens, vel rursus, ea affectio vel qualitas animi constans & firma, quæ proniores nos facit ad sequendum bonum. Is, inquam, habitus virtus est, aut virtus nihil aliud est, quam is habitus. Et ita à Cicerone definitur Iustitia esse habitus animi conseruata vtilitate communi, suam cuique tribuens dignitatem. Hæc est perfecta definitio. Nec tamen ideo male Iustitia definitur esse hoc loco voluntas. Nam est habitus voluntatis, *vt in Orat. pro Flacco*, Pietas dicitur esse voluntas grata in parentes. Alii sunt habitus voluntatis, alii intellectus. Iustitia est habitus voluntatis: aut, voluntas recta & æqua in omnes. Iurisprudentia est habitus intellectus: vel, intellectus, scientia, notitia iusti & iniusti. Et quia adiicit, *constans & perpetua voluntas*, eo satis manifestum fit, iis verbis demonstrari habitum voluntatis. Nam habitus est qualitas constans & perpetua, quæ ægre diuiditur. Habitus est, vt Arist. ait δυσκίνητος, qui non facile eluitur, euanescit vel exarescit. Nihil distat, definias Iustitiam esse habitum voluntatis vel habitum animi volentis ius suum cuique tribuere; an constantem & perpetuam voluntatem ius suum, &c. Nam qui constantem & perpetuam voluntatem dicit, habitum dicit. Proinde his verbis, *Constans & perpetua voluntas*, Iustitia separatur ab aliis qualitatibus animi, quæ inconstantes & breues sunt, vt ab ira, inuidia, cupiditate, & similib. affectib. qui repente exoriuntur, & emoriuntur, quique animum mouent & perturbant: Illi non perturbant, non mouent, sed tranquillum potius reddunt, ipsum imo animum quodammodo instruunt & informant. Sane is habitus flectit nos ad vitium siue ad virtutem. Nam non virtutes tantum, sed & vitia sunt habitus animi & qualitates. Nec obstat quod Tull. ait 1. *de legib.* Constantem & perpetuam rationem vitæ esse virtutem (quem locum plerique adaptant male ad h. l. definitioni Iustitiæ) Itemque inconstantiam vitium. Nam inconstantiam appellat deflexionem à recta via, quæ est origo vitii. Constantia autem origo virtutis, id est, recta animi ratio, recta voluntas atque conueniens. Nec obstat rursus, quod Lactantius ait, vitia esse temporaria, & virtutem constantem & perpetuam, ac parem sibi semper. Nam vitia dicit esse temporaria & breuia, vt ipsamet penitus non inhæreant, & tenaciter. Sunt enim habitus. Ergo hærent tenacius, nec facile diuelli possunt. Sed quod verũ, virtus non est temporaria & breuis: est enim in præsenti vita & in futura. Et quod igitur M. T. ait, virtutem esse constantem & perpetuam, nihil facit ad confirmationem Iustitiæ nostræ. Sunt quidem eadem verba, sed non idem sensus, nec ideo his locis abuti debemus, ad hanc definitionem explicandam.

Ergo vt ad rem redeam, & vitia & virtutes, quascumque, morales scilicet, habitus esse significare volo: & certe sunt habitus, aut nondum virtutes sunt neque vitia. Recte definias autem vitia & virtutes esse constantem & perpetuam voluntatem. Iustitiam esse constantem & perpetuam voluntatem ius suum cuique tribuendi. Et odium esse perpetuam & constantem voluntatem irascendi alteri. Odiũ esse inueteratam iram. Qua forma recte dices, *Iustitiam*, esse inueteratam æquitatem animi. *Fortitudinem*, esse constantem & perpetuam voluntatem pugnandi pro æquitate. *Temperantiam*, esse constantem & perpetuam voluntatem moderandi cupiditates: Et contra: sicut liberalitas apud Gell. 17. c. 5. definitur esse constantia perpetuæ benignitatis: ita recte definias, Iustitiam esse constantiam perpetuæ æquitatis: & similiter ceteras virtutes. Nam in definiendo verba commutari vel traiici nihil vetat. Quid *morbus*? Infirma valetudo: aut infirmitas valetudinis. Quid *hereditas*: successio vniuersi iuris, quod defunctus habuit: vel hereditas est ius vniuersum successionis. Et similiter Iustitia est constans & perpetua voluntas suum cuique tribuendi: vel est constantia perpetuæ voluntatis, &c. quæ constantia nihil aliud est, quam habitus.

Hæc autem verba, *Ius suum cuique tribuendi*, Iustitiam A separant à vitiis. Nam sunt quidem vitia, constans & perpetua voluntas, sed non qua suum cuique tribuitur. Hæc adiectio separat quoque iustitiam à ceteris virtutib. Nam genus hoc, *constans & perpetua voluntas*, est commune cum ceteris virtutibus. *Ius suum cuique tribuendi*, est iustitiæ proprium, quod differt à ceteris virtutibus. Separant quoque illa verba iustitiam à iustitia illa vniuersali, quæ complectitur ceteras virtutes omnes, quæ dicitur à Philosophis iustitia legalis, quia leges præscriptæ sunt de omnibus virtutibus. Hic non definitur iustitia legalis seu vniuersalis, sed particularis, quæ in hoc est solum, vt suum cuique tribuatur. Et consequenter hæc verba iustitiam separant à iure, id est, ab arte boni & æqui, quæ ius dicitur. & non hoc tantum præcepto constat, vt suum cuique tribuatur, B sed etiam vt honeste viuatur, & alter alterum non lædat. Nec alia ratione (quod notandum) definitioni iustitiæ in h. l. subiecta sunt præcepta iuris, quam vt ius à iustitia distingueretur, vt ius quasi à præceptis summotenus quib. constat enumeratis definiretur. Quid est ius? Ars quæ his præceptis constat, honeste viuere, alium non lædere, suum cuique tribuere. Præceptum illud ius suum cuique tribuere est proprium Iustitiæ. Illa autem duo, honeste viuere, alterum non lædere, sunt propria modestiæ & temperantiæ. Et vnum illud, honeste viuere, ad nos tantum spectat, non ad alios, ne quid agamus, quo videamur esse turpes, ne sermone, habitu, moribus dissoluti, luxuriosi simus, ne quid flagitiose agamus, quod vel nos commaculet solos. Cetera alia præcepta, Non lædere vllum, & suum cuique tribuere, spectant ad alios. Præcepto ne lædamus alterum, C deterremur à damno inferendo alteri, à furto, rapina, violentia. Præcepto vt suum cuique tribuamus, iubemur suum cuique tribuere, puta rem cuique suam, quam possidemus, vel tenemus, vel debemus. Virtuti præmium & honorem, vitio supplicium. Item vt restituamus lucrum factum ex alterius damno. Nam his verbis, *Ius suum, &c.* continetur non tantum ius quod Arist. vocat δίκαιον διανεμητικόν, id est, ius, quod consistit vel in diuisione præmiorum, vel in emendatione vitiorum: sed etiam quoties ex contrahentib. vnus lucrum sensit, alter damnum. Dices non immerito ius, id est, artem istam boni & æqui non continere tantum præcepta iustitiæ & temperantiæ, quæ sola his tribus præceptis contineri dixi, sed continere præcepta omnium virtutum, vt neque deserat ordinem in acie, ne fugiat, ne arma D abiiciat, præcepta pietatis, religionis, clementiæ & generaliter iustitiam vniuersalem. Ego ante dixi, duo priora præcepta esse propria temperantiæ, tertium iustitiæ. An ergo ius non continet aliarum virtutum præcepta: Imo vero, sed hic recenset summa & præcipua tantum. Nam summæ virtutes hæ sunt, iustitia & temperantia. Cur Plato, & Arist. sumunt exempla tantum à virtute & temperantia? Quia scilicet hæ sunt summæ & populares, & quæ latius patent, aut sunt necessariæ magis. Quid iustitia magis necessarium, quid temperantia? Recte Menander, Temperantiam esse ταμίαν omnium virtutum. Omnia non possunt recenseri. His esto contentus NE PECCES INTE, NEC IN ALIOS. hoc quid non complectitur?

Notandum quoque, eo quod dicitur, Iustitiam esse E constantem, &c. seiungi eam non tantum à malis affectibus, qui breui in animo mutantur, sed etiam à iurisprudentia. Nam non alia ratione subiicitur in hac lege definitio iurisprudentiæ, quam vt iustitia distinguatur ab illa. Distincta est à iure, & iuris exposita definitio ab enuntiatione summorum præceptorum, quæ latius patent, quam iustitia Ethica. Distinguitur in extremo legis à iurisprudentia. Nam iustitia est habitus voluntatis: Iurisprudentia habitus intellectus. Iustitia virtus moralis: Iurisprudentia intellectualis. Iustitia more paratur: Iurisprudentia est, γνῶσις, doctrina. Est etiam, vt ait, Iurisprudentia rerum diuinarum atque humanarum notitia. Ergo sapientia. Nam hæc est definitio sapientiæ, hoc est commune cum sapientia, quod sapientia sit diuinarum & humanarum rerum notitia, sed in eo solo non permanet, alioquin non distaret iurisprudentia à sapientia, vt species à genere. Non seruat ergo Vlpianus hoc loco differentiam inter sapientiam & prudentiam, quam statuebant Stoici, qui statuebant sapientiam esse diuinarum atque humanarum rerum notitiam: prudentiam diuinarum tantum. Hieronym. in *Esai. cap.* 5. non seruat etiam eam differentiam, quam inter sapientiam & prudentiam statuebat Xenocrates, vt Clemens Alexandrinus refert 1. στρωμάτων. Et Plutarchus *de virtutibus moralibus*, Prudentiam esse practicam: Sapientiam θεωρητικὴν, quæ in contemplatione versatur, qualis sane est iurisprudentia hoc loco, quia θεωρητικὴ, non πρακτική.

Denique iurisprudentia est virtus seu sapientia, quæ cõsistit in cognitione diuinarum atque humanarum rerum, quas quidem res diuinas & humanas legum lator disponit, *l.* 1. *C. de vet. iur. enucl.* Ex hac igitur legum scientia fit vt cognoscat quis res diuinas & humanas, & simul iustum & iniustum, quod necesse fuit adiici, *Iurisprudentiam esse iusti & iniusti scientiam.* Nam non alio fine explorat res diuinas & humanas, quam vt iustum ab iniusto discernat. Hæc est sapientia ciuilis, hæc iurisprudentia, hæc est absoluta iurisprudentia, non sapientia simpliciter, quoniã hæc latissime patet; sed sapientia, quæ consistit in cognitione iusti & iniusti, non tantum si tractetur de rebus humanis, sed & de diuinis. *l. pen. & vlt. sup. ad l.* 1. fuit explicata.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI
Recitationes solemnes
In Tit. Digest. De iurisdictione.

Ad l. 1. 2. 3. & 4.

L. 1. *Ius dicentis officium latissimum est: Nam & possessionem bonorum dare potest, & in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare.*

l. 2. *Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potuit.*

l. 3. *Imperium aut merum est, aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animaduertendum in facinorosos homines. Quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.*

l. 4. *Iubere caueri prætoria stipulatione, & in possessionem mittere imperij magis est, quam iurisdictionis,*

LEX 1. est de ius dicentis officio, quod dicitur officium iurisdictionis, *l.* 1. §. *an autem, inf. de postul.* & officium iuris dicundi, *l.* 1. §. *damus, de suspect. tutor.* quod quidem differt à iurisdictione, sicut genus differt à specie. Nam vt ostendit, *hæc l.* 1. officium ius dicentis non tantum continet ea, quæ sunt iurisdictionis, vt prætorem iudicem dare litigantibus, quod esse iurisdictionis ait *l.* 3. *hoc tit.* sed continet etiam ea, quæ sunt imperij, veluti bonorum possessionem dare secundum tab. vel contra tab. vel ab intestato, & in possess. mittere ex decreto, quod esse imperij ait *l.* 3. & 4. Continet etiam officium ius dicentis ea, quæ sunt neque imperij, neque iurisdictionis, vt tutorẽ dare pupillis vel curatorem, quod non esse imperii neque iurisdictionis ait *l muto* §. *tutoris, inf. de tutel.* Igitur officium ius dicentis late patet, cum ea omnia cõplectatur. Non ita late patet iurisdictio. Nam iurisdictio pars est officii ius dicentis. Iurisdictionem habent soli magistratus vel potestates, & quidem omnes. Imperium vero (quod scilicet mixtum dicitur) soli mahistratus vel potestates habent, non tamen omnes, *l. nec magistratibus, inf. de*

iniur. vt, Magiſtratus municipales plane imperium non habent, iuriſdictionem habent, *l. ea quæ inf. ad municip.* Ædiles quoque imperium non habent, qui eleganter à M. Tull. appellantur, *paulo amplius quam priuati, act.* 1. *in Verrem.* Tutoris autem vel curatoris dationem habent etiam priuati homines, vt patresfam. *ex l.* 12. *tab.* Et magiſtratus quidã, vt præfectus vrbi, *l. pen.* §. *Romæ, inf. de excuſat. tut.* Et hoc ex epiſtola Seueri habet præfectus vrbi, vt auguror, quæ fundauit ius præfecti vrbi. Item tutoris dationem habent Prætor Vrbanus, & Tribuni plebis ex leg. Attilia, vt oſtenditur in Inſtitut. & Præſides ex l. Iulia & Titia; item Legatus Proconſulis habet tutoris dationem ex Oratione D. Marci. Ex eiuſdem Marci conſtitutione tutoris dationem etiam habet Iuridicus Alexandriæ, & Prætor tutelaris, quem ipſe primus creauit. Et conſtitutione Claudij, Conſules: Non tamen omnes Magiſtratus habent tutoris dationem, quoniam cenſorem habuiſſe, nuſquam legitur, neque Quæſtorem, ſcilicet antiquum Prætorem Reipublicæ Romanæ. Quæſtor Iuſtinianeus habet, de quo *in Nou.* 80. de quo etiam eſt accipiendum, quod eſt ſcriptum apud Harmen. *lib* 5. *tit.* 9. *à Quæſtore curatorem datum*, ſcilicet nouo, hoc eſt, Iuſtinianeo. Igitur ea, quæ ſunt imperij ſiue iuriſdictionis, qui ius dicit, hoc eſt, Magiſtratus vel poteſtas ea habet proprio iure, hoc eſt, quia eſt Magiſtratus. Tutoris dationem non habet ſui natura, ſiue ſuo iure, ſed ex l. ſicut priuatus quoque eam habet ex lege, non ſuo iure vt pater. Sic etiam pleraque alia Magiſtratus habet ex lege, non ſuo iure, quod ſit Magiſtratus, hoc eſt, multa alia ſunt legis, non iuriſdictionis, aut imperij mixti; velut extraordinariæ cognitiones omnes, quæ nominatim certis ll. Magiſtratibus iniunguntur, vt cognitio de tranſactione alimentorum, quæ committitur ſpecialiter ex Oratione D. Marci Prætori vel Præſidi; & cognitio de ſuſpecto tutore ex Conſtitutione Seueri, & Antonini quæ cognitiones poſſent ſimiliter à priuatis, h. e. non habentibus iuriſdictionem exerceri, ſi lex daret. Item merum imperium lege datur Magiſtratibus, vel legibus publicorum iudiciorum, nec competit iure magiſtratus, *l.* 1. *ſup. de offic. eius cui mand.* Imperium merum non definio eſſe publici iudicij exercitionem, ſed ius grauiter animaduertendi, coercendi, verberandi, belli gerendi, nominatim lege datum. Dico *grauiter animaduertendi, &c.* ex *l. ſi quid erit, ſup. de offic. proconſ.* dico, *belli gerendi:* nam poteſtatem belli gerendi, & tenendi exercitus hoc nomine contineri declarat M. Tull. in 5. *Phil.* In *l.* 3. *hoc tit.* Merum imperium definitur gladii poteſtas ſimpliciter, quoniam hæc eſt ſumma pars meri imperii, nempe capitis animaduerſio, vitæ ademptio; ſed continet etiam merum imperium ius damnandi in metallum, ius deportandi, relegandi, atrociter verberandi, ius confiſcandi. Hæc omnia non competunt iure Magiſtratus, ſed dantur. ll. ſpecialiter, non tantum Magiſtratibus, ſed etiam priuatis quandoque: quo pertinet valde *l. aliud eſt fraus* §. *vlt. de verb. ſign.* Ait *l.* differentiã eſſe inter *mulctam & pœnam.* Nam mulctam dicunt ſoli Magiſtratus, pœnam irrogat (quod eſt meri imperii) quilibet, hoc eſt etiam non Magiſtratus, cui lex dederit criminum exſecutionem. Et ita Pompeius miſſus cum imperio aduerſus Sertorium priuatus erat. *Cic. in* 11. *Philip.* Igitur miſſus erat cum imperio mero nominatim lege dato, vt Feſtus interpretatur, quæ verba omiſi in definitione meri imperii. Illud etiam ſciendum eſt, hæc omnia quæ ſunt meri imperii, non ſemper in vnam perſonam concurrere, quoniam lex non dat ſemper vni omnia. Sæpe ei, cui datur ius gladii, non datur ius deportandi vel confiſcandi, atque ita ille minori carebit poteſtate, cum non careat maiore. Et inde nullum argumentum ſumendum eſt, quoniam hoc totum facit lex. Veluti præſidibus prouinciarum datum eſt ius gladii & geſtandi & exercendi ex lege Auguſti, vt Dio ſcribit libro 53. *l. illicitas.* §. *qui vniuerſas, de offic. præſid.* Non tamen omnibus præſidibus ſemper dabatur ius gladii. Et hîc etiam non valet argumentum hoc: Ille præſes habet ius gladij,

A ergo & ille præſes habebit: Id dirimet legis voluntas: quam in rem notanda eſt *l.* 4. Proconſulibus initio non eſt datum ius gladii, vt idem Dio ſcribit. dicit § *qui vniuerſas, ius gladij*, dicit gladii poteſtat. *l.* 3. Idem dicitur ius ferri. Lucanus *lib.* 5. loquens de Dictatore. Iuſtinian. in Edicto 8. ξίφος. Sic Lamprid. in Alexand. *Honores iuris gladij aliis decerni non eſt paſſus.* Auguſtinus *in epiſtola* 61. *Nullis legibus ius gladij accepiſti.* Ex quo loco apparet, ius gladij lege dari, non proprio iure, hoc eſt, Magiſtratus iure competere. Verum ad rem, præſidibus, qui habent ius gladij, ius deportandi non eſt, *l. inter pœnas*, §. 1. *de interd. & releg.* Ratio, quia datum non eſt: Eis etiam non eſt ius confiſcandi, *l.* 1. *C. ne ſine iuſſu princip.* Itaque in tractatu meri imperii non valet argumentum à maiori ad minus, vel B contra. *Merum* autem imperium ſic appellatur, quod ſit ſeparatum à iuriſdictione, hoc eſt, quod non competat iure Magiſtratus ad differentiam mixti imperii, quod iuriſdictioni cohæret, quod competit iure Magiſtratus, & ideo non eſt merum, ſed mixtum, *l. vlt. ſup. de offic. eius cui mand. eſt iur.* Merum imperium non vocatur alibi, quam in *l.* 3. *& in d. l. vlt.* & apud Zonaram in Baſilio Porphyrogeneto vocat ἄκρατον ἐξουσίαν, id eſt *merum imperium*, Græci vocant τὸ κράτος ἄκρατον, &c. M. Tull. in 2. *Agrar.* intelligens merum imperium & belli gerendi poteſtatem, ait: *ſummo cum imperio iudicioque omnium rerum.* Separat imperium à iudicio, hoc eſt, à iuriſdictione. Nam ſæpe in libr. noſtris, vt iudicem accipimus pro Magiſtratu, non pro delegato iudice, ſed pro ordinario, ita etiam iudi- C cium ſiue iudicationem accipimus pro iuriſdictione, *l.* 1. *in fi. inf. de iudic.*

Sed nunc, vt propius accedamus ad definitionem mixti imperii & iuriſdictionis, ſciendum eſt, mixtum imperium vel iuriſdictionem, non continere ea, quæ ſunt legis, & ideo non tam late patere, quam officium ius dicentis. Continentur officio ius dicentis, non etiam continent officium ius dicentis. Tutoris datio eſt legis; ergo non continetur imperio vel iuriſdictione. Prætor tutorem dat, non quia eſt prætor vel Magiſtratus, ſed quia hoc ius ei dedit lex Attilia; & ideo ſi prætor Titio mandat iuriſdictionem ſuam (vt poteſt) in Titium, non tranſit ius dandi tutoris, quoniam mandat quæ ſunt iuriſdictionis, non ea quæ ſunt legis, quæ etiam non poſſunt mandari. Eadem ratione in D legatum Proconſulis mandata iuriſdictione, ex mandato illo non tranſit proprie ius dandi tutoris, id tamen habet, non quia mandata ei eſt iuriſdictio Proconſulis, ſed quia oratio D. Marci id ei dedit. *l.* 1. *inf. de tut. & curat. dat.* Imo & in legatum Proconſulis non tranſit ius dandi iudicis ex mandato iuriſdictionis, quoniam Proconſul habet ius dandi iudicis ex lege, non vi Magiſtratus: prætor habet ſuo iure, *l. cum prætor, de iudic.* Neque obſtat *l. legatus, de officio Proconſul. inf.* quæ ait, legatum Proconſulis, mandata iuriſdictione, poſſe iudicem dare; hoc ideo, quia lex ei certa quædam dedit, vt indicat *d. l. cum prætor:* nam ait Proconſulem lege iudicem dare. Subiicit poſtea, legatum dare quoque, lege ſcilicet, ſed non ante poteſt dare, quam ei ſit mandata iuriſdictio. Ita etiam accipienda *l. legatus.* E Sic etiam conſtitutione Seueri & Antonini legatus Proconſulis mandata ſibi iuriſdictione poteſt cognoſcere de ſuſpecto tutore, non ex mandato proprie (quia Proconſul non iure mandat, quod habet ex lege) ſed ex illa conſtitutione. Et quantum ad hanc ſpeciem attinet de ſuſpect tutore officium iuris dicundi in legatum tranſit ex conſtit. *l.* 1. §. *damus, de ſuſpect. tut.* quod introductum eſt ſpecialiter propter vtilitatem pupillorum, vt ait *l. pen. ſup. de offic. eius.* Tranſit etiam officium in eum iuris dicundi, quantum attinet ad iudicis vel tutoris dationem, vt diximus *ſup.* non tamen quantum ad alia omnia attinet. Nam merum imperium in eum non tranſit, *l.* 1. §. *vlt. ſup. de offic. eius. l. ſi quid erit, de offic. Proconſ.* Ad quam *l.* valde notandum eſt, quod dixerunt Græci, poſſe defendi, legatum ex lege propriam iuriſdictionem habere, non prorſus ex mandato, non tamen eam habere, niſi ſit mandata iuriſdictio: nam

potest esse legatus sine mandato; datur Proconsuli legatus, eique mandatur iurisdictio, cum est ei commodum. Idque confirmat *l. legatus, supr. de offic. Proconf. legati* ait, *nihil habent proprium, nisi mandata iurisdictione*: ergo post mandatum videntur habere proprium. Id etiam confirmatur ex *l. 2. inf. quis & à quo appell.* Ea lex ostendit, à legato Proconsulem appellari, quod est absurdum, nisi dixeris legatum habere aliquid proprium, alioquin videbitur idem à se ipso appellari. Quare ab eo, cui prætor mandauit suam iurisdictionem, quia hic nihil habet proprium; sed quicquid habet, habet beneficio & mandato prætoris, ab eo, inquam, non appellatur prætor, ne videatur idem à se ipso appellari, *l. 1. eod. tit.* Legati diuersa causa est. Inde mistum imperium sic est definiendum. *Mistum imperium est, quod non lege datur, sed iure magistratus & potestatis.* hoc est, quod ait *l. 1.* cui iurisdictio ipsa inest, nec vlli alij competit, quam Magistratui. Hanc definitionem paulo diligentius excutiamus: ex ea definitione colligitur, mistum imperium competere solis Magistratibus. Nam cum mistum imperium mixtum sit iurisdictioni, iurisdictio ipsa autem soli Magistratui competat, consequens quoque est, etiam mistum imperium competere. *Merum autem imperium non tantum Magistratibus competit, sed etiam priuatis nonnunquam.* Nec Magistratui competit, quod sit magistratus, sed quod lex vel constitutio dederit: non omnibus tamen Magistratibus competit mistum imperium, siue omnia ea, quæ sunt misti imperij. Vt Magistratibus municipalibus non licet restituere in integrum, non licet iubere cauere prætoriis cautionibus, & in possessionem mittere, non licet eis iubere possidere ex secundo decreto, *l. ea quæ, j. ad Municip.* non licet etiam bonor. poss. dare, aut non licuit olim, cum dabatur bon. possess. Hodie non datur bonorum possessio, sed agnoscitur à successore, & sufficit contestatio agnitionis seu agnoscendæ & amplectendæ bon. possess. nec necessaria est datio. Et hæc contestatio hodie recte fit apud Magistratum municipalem, *l. vlt. C. qui admitti ad bonor. possess. poss.* At cum dabatur bonorum possessio, non dabatur à Magistratibus municipalibus. Non possunt etiam Magistratus municipales iudicem dare, siue iubere iudicare, quod idem est. Nam si Magistratus prouincialis, puta Proconsul, non potest proprio iure iudicem dare sine lege, *cum prætor, de iud.* multo minus id poterit Magistratus municipalis suo iure, quod sit Magistratus, iudicem dare. Sed & à Proconsule siue præside mandari non potest Magistratui prouinciali, vt iudicem det, quoniam præses hoc habet ex lege. *Quæ ex lege habemus non mandamus; quæ iure nostro habemus, quod simus Magistratus, ea recte mandamus*, vel generaliter vel specialiter. Atque ita superiora omnia mandari possunt Magistratibus municipalibus, videlicet vt restituat in integrum, vt det bonor. possessionem, vt mittat in possessionem, vt iubeat possidere, in *l. pen. § vlt. sup. de officio eius cui mand. est iur. l. 2. §. 1. inf. de dam. inf. l. vlt. C. vbi & apud quem.* nam illa omnia competunt iure Magistratus, siue legis beneficio speciali: sed etiam à Prætore, & Magistratu quolibet fere vrbano, iudicis datio alteri mandari potest, quia Magistratibus vrbanis competit proprio iure, more maiorum, vt ait *l. cum prætor.* Quodcunque habent *more maiorum*, suo iure habent, nec opus est in eis speciali lege. igitur hæc omnia habent Magistratus vrbani proprio iure, scilicet possess. dare, in integrum restituere, iubere cauere; vel si non caueatur, in possessionem mittere, & deinde iubere possidere, duobus decretis, item iubere iudicare. Eadem etiam habent Magistratus prouinciales, excepta iudicis datione, & ea omnia sunt mixti imperij. Quæritur, an ea omnia etiam sint iurisdictionis? Sic sane necessario. Nam huic imperio mixta est iurisdictio, & hæc est vera definitio mixti imperij. In *l. 3. Mistum Imperium*, inquit, *est, cui iurisdictio inest*, hoc est, quod iure magistratus, siue iurisdictionis competit, nec lege datur, sicut merum imperium. Atque ita vere possum dicere, bonorum possessionem dare, esse iurisdictionis. Sicut

A cut dixit Harmenop. 1. *Epit. tit. 4.* Dicam etiam iubere possidere, esse iurisdictionis, vt *l. 1. & 2. de dam. infec.* Sic etiam iudicem dare, & in integrum restituere, & cætera quæ sunt imperij mixti, dicam esse iurisdictionis. Rectius dicam ea esse imperij. Nam id quod duplex est, siue iunctum, ab eo quod maius est, nomen accipere solet, vt honestum quod est etiam vtile, honestum simpliciter dicitur. Huic sententiæ nihil obstat *l. 4. hoc tit.* iubere cauere, & in possessionem mittere, esse magis imperij, quam iurisdictionis. Lex his verbis non negat id esse iurisdictionis, quoniam *magis* ponitur in comparationem: igitur composita est vis magistratus propria ex imperio & iurisdictione: sed quædam accedunt ad imperium plus, quam ad iurisdictio-

B nem, vt iubere possidere, iubere iudicare, possessionem dare bonorum, in integrum restituere. Hæc sunt maioris cuiusdam potestatis, quam sit iurisdictio simplex, qualem habet magistratus municipalis. Nam simplicem tantum iurisdictionem habet. Et ita recte Græci ad *d. l. ea quæ*, aiunt: Magistratus municipales non habere ea, quæ sunt maioris potestatis, iurisdictionem simplicem habere. Dices, ex his quæ supra dicta sunt, colligitur, iubere iudicare. h. e. iudicem litigantibus dare, esse magis imperij misti, quam iurisdictionis? Id est verissimum, & omni affirmatione confirmandum. Et ita in *l. cum prætor, inf. de iud.* Iurisconsultus scribit: Magistratus vrbanos iudicem dare propter vim imperij. Et ita etiam in antiquis ll. de limiti-

C bus agrorum, iurisdictio, simplex scilicet, separatur à iudicis datione (inquiunt) *de eadem re iurisdictio, iudicisque datio & addictio esto.* Qui locus indicat aperte, quid significent hæc tria verba prætoris: *do, dico, addico.* Do iudices, dico ius, item *addico*, quod fit varie, vt in cessione, quæ fit in iure. h. e. apud prætorem, addicit ei rem prætor cui ceditur: addicit etiam in iudiciis duplicibus, in iudicio familiæ erciscundæ, communi diuidundo, finium regundorum, addicit bona libertatum conseruandarum causa. Sic igitur iurisdictio, simplex scilicet, à iudicis datione separatur, hæc est magis imperij quam iurisdictionis. Neque obstat *l. 3. hoc. tit.* quæ videtur definire, iurisdictionem esse iudicis dandi licentiam. Nego in illa *l.* vllo genere defi-

D niendi simplicem iurisdictionem definiri. Lex proponit hoc tantum initio, duplex esse Imperium, *merum & mixtum*, de iurisdictione nihil proponit. Vt proponit, sic cetera sequuntur aut sequi debet. Definit deinde merum imperium esse *gladij potestatem* à maxima sui parte & maioris momenti: definit deinde mixtum imperium esse id, *quod iurisdictioni adiunctum est*, & huius imperij mixti duo proponit exempla, *bonor. possess. dare, & iudicem dare.* Ait, mixtum imperium est, *cui etiam iurisdictio inest*, hæc est definitio. sequitur, *quod in danda bonorum possessione consistit, &c.* quod est vnum exemplum, dum ait: Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. Expendendum est illud *etiam*, quo articulo demonstratur, hoc velle Vlpia-

E num, imperium mixtum iurisdictioni, siue iurisdictionem mixtam imperio, de qua sola tractat, non de simplici, non tantum bonorum possessionis dandæ, sed etiam iudicis dandi licentiam esse. Iurisdictio igitur etiam illa, scilicet quæ mixta est imperio, est etiam iudicis dandi licentia, nedum bonor. possessionis dandæ licentia. In hac *l.* de iurisdictione simplici nihil tradit. Sciendum illud est, recte nos dicere, duo proponi exempla misti imperij. Nam sunt pleraque alia iura, sunt multæ aliæ licentiæ, quæ sunt misti imperij, vt licentia restituendi in integrum, in possessionem mittendi, & iubendi possidere. Ea supra denegantur magistratibus municipalibus. Sunt etiam quædam alia mixti imperij, sine quibus iurisdictio expediri non potest, hæc dantur etiam magistratibus municipalibus & omnibus iurisdictionem habentibus, vti est modica coercitio. *l. vltima. de officio eius.* Modica coercitio, hoc est, fustium vel flagellorum castigatio non atrox. Nam atrox verberatio est meri imperij. item pignorum capio, corporis retentio in carcere, & mulctæ dictio. Et hæc sunt meri imperij, *l. 9. §. vlt. ad l. Iul. peculat.* Prætor vrbanus grauem coer-

citionem habet, *l. 8. §. si in locum, inf. de religios.* habet etiam pignorum capionem, & mulctæ dicendæ ius, *l. 1. §. cogenda, de vent. inspic.* Et generaliter prætor habet omnia quæ sunt misti imperij. Magistratus municipalis non habet omnia, quæ sunt mixti imperij, sed necessario ea tantum, sine quibus iurisdictionem suam explicare & exsequi non potest. Alioquin frustra haberet iurisdictionem, nisi eam posset tueri & exsequi. Huc pertinet *l. 2. hoc. tit.* Et ita habet pignorum capionem, si ei ius dicenti non pareatur, cogit sibi pareri captis pignorib. *l. quemadmodum §. magistratus, j. ad l. Aquil.* habet etiam modicam coercitionem in corpus, *l. 12. hoc tit. l. si priuatus, qui & à quib. manu.* Quod illa lex ait de castigandis seruis à magistratibus, id est accipiendum, à municipalibus scilicet. Et ita Græci accipiunt ἐκ τῶν στρατηγῶν. Sciendum est, illam *l. 12. h. tit.* esse omnino coniungendam cum *l. quemadmodum, j. ad l. Aquil.* Vtraque est ex eodem libro, & vtraque est referenda ad legem Aquiliam, hoc modo: vt magistratus municipalis tenetur l. Aquilia, si pignora acceperit, & ea reddat corrupta, vel si pignori capta animalia fame necarit: ita etiam, si seruum occiderit, quasi magistratus tenetur l. Aquil. Hæc est mens *l. 12.* quia iniuria occidit, cum non possit sumere vltimum supplicium de seruis, cum tantum habeat modicam coercitionem. Item *l. 4. h. tit.* coniungendum videtur quod est scriptum in *d. l. ea quæ,* primo libro ad edict. licet ab auctoribus diuersis. Itaque hæc coniunctio indicabit, ideo in *l. 4. h. tit.* Iurisconsultum monere, in possessionem mittere, esse magis imperij quam iurisdictionis, vt intelligatur magistratum municipalem non posse iubere cauere, & in possessionem mittere. Adiecit tamen Iureconsultus, magistratum municipalem habere iurisdictionem vsque ad certam summam. Id etiam tradit Paul. in 5. *Sent. tit.* 4. Vel etiam in maiori summa inter volentes, *l. inter, inf. ad municipal.* quæ est ex eod. libro. Puto etiam magistratum municipalem habuisse mulctæ dictionem, quod plerique negant. Nam hanc habent omnes, quibus publice iurisdictio est, *l. 1. in fi. j. de iud.* Magistratibus municipalibus publice est iurisdictio, quæ patet omnibus. Ergo habet mulctæ dictionem. Procuratori Cæsaris publice iurisdictio non est: nam ius dicit inter certas personas, ergo mulctæ dictionem non habet. Sed alia est causa magistratus municipalis. item dum prohibetur defensoribus ciuitatum, ne mulctam infligant, *l. 5. de defens. ciuit.* satis indicatur id permitti magistratibus municipalibus. Non obstat *l. 1. inf. si quis ius dic. non obtemper.* quæ lex non loquitur de mulctæ dictione, sed de pœnali quadam actione. Certum est etiam de Duumuiris, eos esse sine imperio in *l. nec magistratib. inf. de iniur.* habent tamen coercitionem modicam, alioquin inanis esset eorum iurisdictio, *l. eos qui, de decur.* Habent etiam ædiles mulctæ dictionem, auctore Gellio *lib. 10. cap. 6.* Et si hi, qui sunt sine imperio, habent mulctæ dictionem, multo magis eam habet legatus proconsulis, cui plenum imperium mandatum est, quod quidam impudenter negant, licet id probet aperte *l. 2. inf. quis & à quo appell.* Conclusio est, mixtum imperium solis magistratibus competere, sed non omnibus. Sunt magistratus qui imperium mixtum suæ iurisdictioni habent, sunt qui simplicem tantum iurisdictionem habent, veluti Duumuiri & ædiles urbani. Non potest esse imperium sine iurisdictione: iurisdictio potest esse sine imperio, non tamen sine iis, sine quibus iurisdictio explicari non potest, alioqui esset ludibrio ea iurisdictio, veluti sine modica coercitione, pignoris capione, corporis retentione, & mulctæ dictione. Et hanc iurisdictionem simplicem definiemus infra. Quidam ita iurisdictionem definiunt, *publicam potestatem iuris dicundi.* Publicam potestatem audio: quid sit ius dicere quæro? Nam qui sciam quid sit ius dicere, cum nesciam quid sit iurisdictio? Igitur hæc definitio idem per idem declarat, atque ideo vitiosa est. Publicam potestatem definiri non fero. Nam publica potestas ea est, quæ publice omnibus patet, quam omnibus inuocare licet. Quædam est iurisdictio non eiusmodi,

A vt est iurisdictio procuratoris Cæsaris, quæ publice omnibus non patet, cui si esset publica iurisdictio, esset & mulctæ dictio, quæ tamen non est, *l. 3. C. de modo mulctar.* Quod si publicam potestatem ita accipias, quod detur publice, id est, per populum, vel per Principem, tunc hoc sensu facile feram potestatem publicam dici. Igitur ambiguum est illud verbum. Sic proprius videtur definienda iurisdictio; *Notio & definitio causarum, quæ magistratui proprio iure competit.* Nominis ratio hæc est, quod ea notione & definitione rei siue causæ, ius statuitur, ius suum cuique reddatur. Ius dicere, ius statuere, vt in tit. seq. ius reddere, iustitiam exhibere, hæc omnia idem valent. Notionem facio genus ex *l. notionem, de verb. signi. & l. ait prætor, inf. de re iud.* Quibus legibus perperam vtuntur,

B qui ex eis colligunt, iurisdictionem esse genus, cognitionem siue notionem speciem, cum ex diuerso, illæ leges hoc potius probent, latius patere notionis nomen, quam iurisdictionis. Ait *l. notionem:* notionem accipere debemus & cognitionem & iurisdictionem, hoc est, notionis nomen complectitur non tantum iudicis dati siue delegati, qui nullam habet iurisdictionem, sed etiam magistratus, qui iurisdictioni præest, cognitionem: inter eas tamen multum interest. Iudex datus cognoscit ex iussu, quia iussus est iudicare, magistratus cognoscit suo iure. Iudicis dati cognitio executionem nõ habet, nisi magistratus, qui dedit iudicem, eam exequatur, hoc est, iudex datus cognitionem habet, executionem non habet suæ sententiæ, *l. à D. Pio,*

C *inf. de re iudic.* Magistratus autem ius & vires executionis habet, quibus & suam, & iudicis à se dati sententiam exsequitur, id quod est extremum iurisdictionis, *l. 1. § 1. si quis ius dic. non obtemp.* Nego autem iurisdictionis verbo significari notionem etiam dati iudicis. Nam *l. ait prætor,* qua mouentur, qui contra sentiunt, non reprehendit prætorem, quod iurisdictionem acceperit pro cognitione iudicis dati, sed quod latiori verbo vti debuerit, quod angustiori verbo vsus sit iurisdictionis: debuit enim prætor vti latiori verbo, vt complecteretur non tantum à magistratu, sed etiam à iudice dato res iudicatas. Itaque non debuit scribere, *cuius de ea re iurisdictio est.* Nam id verbum est angustius, eo verbo species significatur, sed debuit scribere, *cuius de ea re notio est. Etenim,* inquit, *notionis no-*

D *men etiam ad eos pertinet, qui iurisdictionem non habent, sed habent aliqua alia de causa notionem.* etenim notionis nomen latius pateret quam iurisdictionis, nec opus esset suppletione. Conclusio hæc est: Nunquam iurisdictionem accipi pro cognitione iudicis dati, notionem tamen siue cognitionem vtrumque complecti & genus esse, species autem duas, cognitionem iudicis dati, & iurisdictionẽ.

Male etiam quidam negant, *iudices datos,* proprie cognitionem habere, atque ita efficiunt, vt iudices dati, neque habeant iurisdictionem, quod est certum, neque cognitionem, quod est falsum. Mouentur ea ratione, quod iudices dati non cognoscant nisi iussu. Male est hæc ratio. Nam exempli gratia, si iudex datus à prætore iudicaret vi-

E ce prætoris, certe proprie iudicium & cognitionem non haberet, idque exemplo eius, cui prætor mandauit iurisdictionem suam, qui proprie iurisdictionem non habet, & dum cognoscit, de re, causa, vel lite, non ipse videtur ius dicere, sed prætor qui mandauit, *l. 16. hoc tit.* Et ideo ab eo appellatur prætor, sed alius, qui habet maius imperium, perinde ac si ipse prætor ius dixisset, *l. 1. inf. quis & à quo appell.* At iudex datus à prætore non dicitur vice prætoris iudicare, sed sua, licet ex iussu prætoris, cum prætor etiam cogatur eum iudicem dare litigantibus iure ordinario, cum cogatur eum sortiri ex certo ordine hominum, & dare litigantibus. ergo iudex datus proprio iure cognitionem habet, non ex iussu solo. Quam ob rem frequenter dicitur cognitio in libris nostris, *l. 1. C. qui pro sua iurisdict. iud.* Sicut etiam legati proconsulis habent iurisdictionem, non tam ex mandato proconsulis, quam proprio iure, licet non antequam eis mandata sit iurisdictio à proconsule. Ideoque sicut à legatis proconsul appellatur, qui mandauit, ita

etiam iudice dato, qui dedit iudicem, appellatur, *l.* 1 *inf. qui & à quo appell.* Alius ergo videtur esse qui dedit, & iudex datus proprio quodam iure cognouisse & pronuntiasse. Dixi in definitione, *quæ proprio iure magistratui competit,* vt quod in datione bonor. poss. & iudicum datione consistit, *l.* 3 *hoc tit.* Aliud datur lege speciali, vt quod in vita reis adimenda consistit in iure gladij, de quo valde notanda est inscriptio quædam Neapolitana, quam supra omisimus, in qua est, M. METIO PRÆFECTO ANNONÆ VRBIS SACRÆ CVM IVRE GLADII. Ex qua apparet præfectum annonæ interdum habuisse ius gladij, vt vero habuerit, beneficio speciali necesse est. Hoc est maxime contra eos, qui scribunt, vix esse, vt in vrbe magistratus vllus potestatem gladij habuerit. Est etiam in eos alia inscriptio vrbis Romæ, quam refert Alciat. in lib. 2. *Parerg. cap.* 19 in qua Apronianus præfectus vrbi mandat formam interdicti, & dispositionis suæ seruari sub gladij periculo. habuit ergo præfectus vrbi ius gladij, qui omnia crimina sibi vindicabat ex epistola Seueri. Sunt & multi alii illorum errores, sed meam sententiam potuisse satis sit.

Est & alia quædam diuisio iurisdictionis, vt alia sit contentiosa, alia voluntaria. Contentiosa est inter litigantes, h. e. litigiosa. Voluntaria est, vt cum magistratus seruos alienos manumittit vindicta, volentibus dominis, cum filios alienos emancipat, volentibus patribus, cum adoptat. Et hæc fiunt inter eos qui præsetes in iure sunt sponte, & ideo voluntaria iurisdictio hæc dicitur. Et hæc quidem notio est quædam, quæ magistratui proprio iure competit, & competit facilius quam contentiosa. Nam proconsul aut præses contentiosam non habet, antequam prouinciam ingressus sit, hoc est, non habet ius cognoscendi inter litigantes, voluntariam habet statim atque vrbe Roma est egressus, in ipso itinere, *l.* 2 *de offic. procons.* Et ita Plin. *lib.* 7. *Epistolarum* 16. scribit, cum proconsul quidam Beticæ peteret Beticam, & transiret per Ticinum, rogatus est manumittere seruos alienos, atque ita in ipso transitu exercuit voluntariam iurisdictionem. Hæ omnes notiones sunt iurisdictionis potius, quam imperii. Nam non sunt maioris cuiusdam potestatis, vt bonor. possess. dare, vel iubere possidere, vel in possessionem mittere, inuitis dominis, vel in integrum restituere, hæc sunt potius imperij quam iurisdictionis. Hoc plus est quam cognoscere, & ideo hæc non omnes magistratus habent; at iurisdictionem simplicem omnes magistratus vel potestates habent, & hoc amplius, ea etiam, sine quibus illa iurisdictio explicari, expediri, & exsequi non potest. Hæc de legg. 1. 2. 3. 4.

Ad L L. V. & VI.

L. 5. *More maiorum ita comparatum est, vt is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio haberet.*

L. 6. *Et quia nec principaliter ei iurisdictio data est, nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam iurisdictionem: ideoque si is qui mandauit iurisdictionem, decesserit antequam res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri cœperit: solui mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis.*

VTraque lex est *de mandato iurisdictionis.* Et hoc proponitur in principio *l.* 5. eos qui iurisdictionem habent suo iure, h. e. magistratus populi Romani posse eam mandati genere in aliam transferre. Et hoc ait. *l.* esse comparatum more maiorum, & *l.* 1. §. *qui mandatam, sup. de offic. eius cui mand.* quod magistratus habent more maiorum, id suo iure habent. Et sic more maiorum habent iudicum dationem *l. cum prætor, inf. de iud.* Et ideo datio iudicum, quæ competit magistratibus vrbanis, recte tribuitur mixto imperio *l.* 3. Sic etiam more maiorum habent mulctæ dictionem. Gell. lib. 11. *c.* 1. Et hoc ius mandandi habent more maiorum propria iurisdictione, *l.* 5. *h. t.* Mandant autem vniuersam iurisdictionem suam, siue

A generalem, vt ait *l. pen. sup. de offic. eius cui mand.* vel mandant iurisdictionem inter certas personas tantum, omnem tamen. Vel mandant iurisdictionem de specie vna tantum, de lite vna tantum, *l.* 16. & 17. *h. tit.* vt quam in causam (vt ait *l.* 17.) *Prætor aduocatus adfuit ante præturam, de ea post magistratum seu præturam ipse ius non dicet, sed mandabit iurisdictionem alteri,* quod notandum. Non potest quis ius dicere in ea causa, in qua aduocatus adfuit: nam non potest etiam adsidere ius dicenti in ea causa, in qua vni parti aduocatus adfuit, *l. vlt. C. de adsessor.* multo minus ius dicere & præesse tribunali. Non potest etiam testimonium dicere in ea causa, *l. vlt. inf. de testib.* Eo autem mandato iurisdictionis vel generali vel speciali, non tantum transferetur *iurisdictio simplex,* hoc est, notio

B causarum siue litium, sed etiam mixtum imperium. Ergo is, cui mandata est iurisdictio, potest iudicem dare, bon. poss. &c. Merum imperium non transfertur, cetera etiam omnia, quæ lege specialiter dantur, non transferuntur, nec possunt transferri, cum magistratus ea non habeat, proprio iure, sed speciali legis indulgentia, *l.* 1. & 2 *sup. de offic. eius.* Addatur exceptio, nisi si qua excepta sint specialiter lege aut constitutione, vt cognitio de suspectis tutoribus lege datur specialiter, & nihilominus mandata iurisdictione transfertur in mandatarium ex constitut. Seueri, propter vtilitatem pupillorum. *l. pen. eod* Porro is, cui mandata est iurisdictio, proprie eam non habet, quia nec magistratus est, nec potestas, quia vice eius qui mandauit ius dicit, non sua, *l.* 16. *hoc tit. l.* 1. *sup. de offic eius* Et vt

C ait *l.* 6. *h. t.* principaliter ei iurisdictio non est data, & lex ei iurisdictionem non defert, id est, nec magistratum eum, nec potestatem facit, sed confirmat lex mandatam iurisdictionem: ergo dat & defert suo quodam modo, sed non principaliter, sicut qui confirmat tutorem dat, *l. idem fiet, inf. de test. tutel.* & exigit satisdationem, ac si daret tutorem. Sic confirmat lex mandatam iurisdictionem, vult inutile mandatum censeri. Et hoc sensu etiam dicimus legem Velleiam confirmare testamentum, hoc est, nolle corrumpi testamentum successione, *l. si hereditas* §. *quidam, de testam. tut.* Lex Cornelia confirmat testamentum, hoc est, non patitur rumpi, *l.* 12. *de liber. & posthum.* Lex 12. tabular. confirmat testamentum eodem sensu *l. leg. inf. de verbor. signific.* Non omnino male Accursius in *l.* 6. *confirmat,* inquit, *dum non infirmat,* quia, is cui mandata est iu-

D risdictio, eam non habet proprio iure, sed alieno beneficio, alieno nomine. Ideo, eam rursus non potest mandare alteri, *l. vlt. sup. de offic. eius.* Eadem etiam ratione; sicut omne mandatum finitur morte mandatoris re integra: ita etiam hoc genus mandati finitur morte eius qui mandauit iurisdictionem, re integra, antequam res geri cœperit à mandatario, hoc est antequam sit aditus à litigantibus, *l.* 8. *h. t.* Potest tamen iudicem dare, quoniam hoc est mixti imperij, quia mixtum imperium transit, *l.* 1. *in fine, de officio eius.* Et generaliter, exequi potest omnia, quæ sunt imperij & iurisdictionis, vniuersam iurisdictionem rursus alteri mandare non potest. At quid dicemus *de legatis proconsulis,* qui non tam ex mandato, quam proprio iure iu-

E risdictionem habent, an hi etiam non possunt eam iurisdictionem alteri mandare? Sic videtur. Nam iudices dati siue delegati, cognitionem non tam ex iussu, quam proprio iure habent, alium cognitorem facere non possunt, *l. à iudice, C. de iud.* Ergo & legatus proconsulis similiter alium legatum non faciet. Rursus an etiam morte proconsulis exstinguetur potestas legatorum? Hac in parte subsisto. Nam hoc non est temere affirmandum, exstingui potestatem morte. Regulariter sicut morte, ita etiam voluntate mandatoris re integra mandatum finitur. At mandata iurisdictione legati, non temere reuocatur mandatum voluntate proconsulis, *l. solet* § 1 *de offic. procons.* Ergo temere etiam non dicam, id exstingui morte proconsulis. Quin potius dicam, mortuo consule legatos ipsius in eadem iurisdictione perseuerare, etiamsi eam non attigerint, donec reuocentur à Principe. Eadem ratione an mortuo eo, qui

iudicem dedit, iudicium soluatur? Subsisto, argumento *l. venditor* §. *vlt. inf. de iud.* Quæ lex non distinguit: & ait, finito magistratu, iudicem ab eo datum permanere indistincte, siue res fuerit integra siue non, hoc est, siue lis fuerit contestata, siue non. Nam & iudex datus proprio iure iurisdictionem habere videtur, & ita etiam mandata actione ex causa venditionis, quo casu & mandatarius habet proprio iure actionem, non ex proprio iure mandantis solum, illud non finitur morte mandatoris, si is heredem reliquerit, *l.* 1. *C. de obligat. & action.* Puto etiam iudicem datum non temere mutari. Atque ita esse accipiendam *l. iudicis, inf. de iudic.* exemplo legatorum proconsulis. Interpretes in hac re differentiam non faciunt inter iudicem delegatum, & eum cui mandata est iurisdictio. Quem errorem primus notauit. Antonius Contius in *tit. de pedan. iudic.* Mandata iurisdictio potest quoque delegata dici non absurde. Sicut criminum iurisdictio, quæ lege datur, legata dicitur, *l.* 1. *sup. de officio eius,* secundum Florentin. lection. sed iudicis delegati iurisdictionem non esse constat. Ergo est summa inter eos differentia, & omni iudicio explosa est hæc sententia interpretum.

Ad LL. VII. VIII. & IX.

L. 7. Si quis id, quod iurisdictionis perpetuæ causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta, vel alia in materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est.

1. §. *Serui quoque & filiifam. verbis edicti continentur. Sed & vtrumque sexum prætor complexus est.*

2. §. *Quod si dum proponitur, vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt; Pomponius autem ait, sententiam edicti porrigendam esse ad hæc.*

3. §. *In seruos autem si non defenduntur à dominis, & eos, qui inopia laborant, corpus torquendum est.*

4. § *Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod si per imperitiam vel rusticitatem, vel ab ipso prætore iussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur.*

5. §. *Hoc vero edicto tenetur, & qui tollit, quamuis non corruperit: item qui suis manibus facit, & qui alij mandat, sed alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandauit: qui mandauit, tenebitur. si vterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam & si plures fecerint vel corruperint, vel mandauerint, omnes tenebuntur.*

L. 8. Adeo quidem, vt non sufficiat, vnum eorum pœnam luere.

L. 9. Si familia alicuius album corruperit, non similiter hic edicitur, vt in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, vnius nomine præstiterit, quantum liber præstaret, fortasse quia hic & contempta maiestas prætoris vindicatur, & plura facta intelliguntur, quemadmodum cum plures serui iniuriam fecerunt, vel damnum dederunt: quia plura facta sunt, non, vt in furto vnum: Octauenus hic quoque domino succurrendum. Sed hoc potest dici, si dolo malo curauerint, vt ab alio album corrumperetur: quia tunc vnum consilium fit, non plura facta, idem Pomponius libro decimo notat.

HÆc lex est *de actione albi corrupti,* per quam vindicatur contempta maiestas ius dicentis, hoc est, si quis album prætoris corruperit, proponuntur in eo albo edicta prætorum. Videtur dici in *albo,* sicut Festus & Sosipater scribit, vt Latini dicunt *in mundo,* hoc est, *propalam & in aperto.* Sed verius est quod Theophilus ait, *album* fuisse tabulam dealbatam, vel parietem dealbatum. Nam & Festus album interpretatur albas tabulas: ita etiam in hac lege ait, in albo, vel in alba charta, vel in alba materia. Nam tenetur hac actione albi corrupti, & qui album corrumpit, vel aliam materiam, in qua edicta prætoris proponuntur. Verum olim erat actio albi corrupti, hodie est falsi pœna, *l. pen. inf. ad leg. Corn. de fal. Hodie,* inquit, *falsi pœna tenetur.* Ait, *bodie,* quoniam olim hæc tantum erat actio quæ est ciuilis actio in 500. aureos, & est popularis. Hodie est etiam actio criminalis falsi, Paul. *in.* 5. *Sent. tit. ad leg. Cornel. testam.* Quærunt cur non detur Aquilia, albo corrupto? Nam ea actio legis Aquiliæ datur de corrupto, occiso, &c. Respondeo, Aquiliam dari domino notum est, albi nullum esse dominum, album publicam rem videri, & ideo de albo corrupto publicam actionem propositam fuisse: quæ quidem ita demum datur, si in eo albo fuerint proposita edicta prætorum de iure dicundo, si fuerint proposita perpetuæ iurisdictionis causa. Iurisdictio interdum etiam pro edicto accipitur, *l. maior, C. de pignor. l.* 2. *C. de restitution. milit.* Et qui edicit, significat ius dicere, vt in §. *introduxit, Instit. Quod cum eo.* At edicendo non ius dicit proprie, sed monet quid sit seruaturus & secuturus in iure dicundo, *l.* 2. *sup. de orig. iur.* Qui corrumpit album vel aliam materiam, in qua sunt proposita edicta perpetuæ iurisdictionis causa, is tenetur hac actione, non qui corrumpit album, in quo sunt proposita edicta alia, veluti edicta peremptoria, quib. litigatores in ius vocantur, non tenetur in 500. aureos, hic non videtur contemnere iurisdictionem prætoris, vt qui publicam tabulam corrumpit, in qua ius publicum est propositum. Et hoc est quod ait *l. non prout res incidit:* veluti peremptoria vel citatoria edicta. *Et propositum* quod ait, nihil aliud est, quam proscriptum loco publico, quod male interpretes acceperunt in *l. cum in plures,* §. *locator. loc.* Species est: Locator horrei propositum habuit, id est, proscriptum in horreo, se in horreum non recipere aurum vel argentum, vel margaritas suo periculo, alias res se recepturum suo periculo. Deinde locauit horreum, & passus est inferri sciens aurum & argentum. An præstabit periculum earum rerum contra quam proposuerat? Sic videtur. Nam videtur remisisse illud propositum, hoc est, illam proscriptionem, patientia illa illum obligat periculo contra legem proscriptionis. Interpretes in eo loco *propositum* accipiunt pro *animi destinatione,* vt apparet ex summa quam illi §. proponunt, cuius sententia hæc est, tacita mens contrahentis, quam notam non facit, eum non liberat, hoc est verissimum. Verum id nullo modo potest colligi in *eo* §. Nam propositum in eo loco non significat animi propositum. Additur postea, hac actione de albo corrupto, non tantum eum teneri, qui in albo edicta proposita corrumpit, sed etiam eum, qui proponenda edicta deleuit, aut corrupit ex sententia edicti, & ideo vtili actione, non recto iure. Additur etiam, hac actione teneri non tantum mares, sed etiam fœminas, neque enim facientem excusat sexus, si dolo malo fecerit. Imperitia aut rusticitas excusat, item casus, item iussus prætoris. Et generaliter qui dolo malo caret, non tenetur hac actione: dolum malum exigimus, vt hæc actio competat. Additur etiam, seruos & filiosfami. teneri hac actione. At quomodo? cum hæc act. sit in 500. aureos, & ij nihil proprium habeant? Defendentur à dominis vel patribus, qui pro eis soluent 500. aureos. vel si relinquantur indefensi, in corpus torquebuntur. Noxæ dedi ex hac non possunt, quia nemini noxam fecerunt, & hæc actio est publica: publicæ autem actiones non sunt noxales, sed priuatæ tantum, quæ ex maleficiis nascuntur. Additur etiam, alij qui sui iuris sunt, si non sint pares 500. aureis, in corpus torquentur, *l.* 4. *C. de seru. fugit.* Citatur etiam in eam rem, *l. si quis iniuriam, inf. de iniur.* Iniuriarum actio est famosa. In ea actione lis æstimatur pecunia. Nunc finge: Is, cum quo agitur iniuriarum, iam est infamis ex alia causa, est etiam inops, adeo vt non possit litem prestare, igitur ob infamiam vel egestatem non timetur iniuriarum actio. Quid fiet? Prætor debet hanc rem atrociter exequi, & iniuriam facienrem coercere. Ex quo loco quidam colligunt, prætorem vrbanum habere grauem coercitionem, quod est falsum. Merum imperium non habet, sed modicam coercitionem. Verum, quod illo loco proponitur, ita est accipiendum & temperandum, vt si res non sit contenta modica coercitione, sed exigat

grauiorem animaduersionem vt tunc prætor ipse non ita coerceat, sed coercendum remittat ad præfectum vrbi, *l. vlt. inf. de in ius voc* Male etiam citatur ab eisdem in hanc rem, *l. quod si minor seruus, de minor.* Dico ex eo §. non posse colligi, prætorem habere grauem vel modicam coercitionem. Loquitur quidem *ille* §. de seruo, qui minorem 25. annis circumscripsit verberibus castigando: at ob id factum non castigatur verberibus à prætore, sed à domino, vel ab eo, cui dominus eum verberandum tradit, dum non vult eum noxæ dedere, vt in *l. sed si vnius, §. cum seruus, de iniur.* Et generaliter, vbi est actio noxalis, vel dominus præstat litis æstimationem, vel seruum verberandum dat, vel in noxam dat. Filiif. nomine in patrem non est actio noxalis, ergo nec vnquam filius à patre verberandus datur. Nam hæc actio vice noxæ deditionis est, & noxæ deditionem excludit: igitur ipsemet filiusf. cogitur soluere, vel à præfecto vrbi in corpus torquetur.

At quæritur an tota hęc pœna 500. aur. ad actorem pertineat? Sic videtur Accursio. Verius tamen est, hanc pœnam esse diuidendam inter actorem & fiscum, alioquin non est actio popularis, si nihil redigitur in fiscum. Et ita est expressum de actione apertarum seu effractarum tabularum ante quæstionem familiæ, *l. lege Cornelia §. vlt de senatusc. Syllan.* Sicut est etiam Senatusconf. quoddam apud Frontin. in 2. *de aquæduct.* quo Senatusconsulto constituta pecuniaria pœna ita diuiditur, vt dimidia pars accusatori detur pro præmio, altera pars dimidia redigatur in ærarium. Idem dicendum est de actione sepulchri violati, & de act. de deiectis & effusis in 50. aureos, quæ etiam sunt populares. Notandum etiam ex *l.* 7. hac act. non tantum eum teneri qui corrupit, sed etiam eum qui mandauit dolo malo, licet alter fecerit sine dolo malo. Denique is, cuius consilio vel mandato album prætoris corruptum est, hac actione tenetur, licet is, qui fecit, excusetur forte propter imprudentiam. Accurs. aliud tentat in furto, eum cuius consilio furtum factum est, non teneri. Id vero non probabit, nisi probet eum cuius consilium furtum factum est, non teneri, si is, qui rem abstulit, non teneatur furti. Verum id non probat; nam adfert *l. si quis perferendum, inf. de furt.* Ea .l nihil facit ad rem, quia non loquitur de eo, cuius consilio furtum factum est, sed de ipso fure. Species hæc est. Fur dedit Titio rem furtiuam, Titius est fur manifestus, secus si ignorabat, quia caret dolo. Is autem qui dedit rem, non est fur manifestus, quia deprehensus non est. At certe est fur nec manifestus, & tenetur act. furti nec manifesti. Adfert etiam Accurs. *l. si is qui rem §. si tu Titium, eod. tit.* Species est: commendaui tibi eum quasi idoneum, vt ei pecuniam crederes: Tu de eo, inquisisti, an esset eius fidei, iamque paratus es ei pecuniam dare, apparet eum esse bonæ & probæ fidei: Ego tibi paro pecuniam dare, alium adduco, qui non est Titius, ei das pecuniam, an furtum fit? Si Titius sciens acceperit, vterque tenetur furti. Si ignorans acceperit, nesciens fraudem meam, furtum non facit. Ego igitur non teneor directo, qui opem tulerim Titio furi, quia non est fur, sed teneor vtili act. furti: Ergo contra Accursium, id potius colligitur *ex eo §.* eum, cuius ope pecunia accepta est, teneri furti, licet qui acceperit, fur non sit, nec teneatur. Itaque non est aliud in furto statuendum, quam in albo corrupto. Postremo, notandum *ex l.* 7. si plures album corruperint, singulos teneri in 500. aureos, & vnum soluentem non liberare alios, *l. 8. hoc tit.* Neque obstat lex 1. §. *si plures, de eo per quem factum erit.* Cui Accurs. respondet recte. Illa act. de qua agitur illo tit. proprie non est pœnalis, sed in id quod interest. Vnus si mihi præstiterit quod interest, alij liberantur, in pœna secus est, quæ extra id, quod interest, consideratur. Non obstat *l. 3. de his qui deiecer. inf.* quoniam in ea legis specie plures fuerunt habitatores cœnaculi, ex quo quid deiectum est, at plures illi non deiecerunt nec effuderunt, sed vnus tantum. Et ideo vno soluente, cæteri ab actore liberantur, quoniam non plures, sed vnus fecit: ab vno igitur pœnam præstari satis est, sed in incerto actor

A elegit, quem volet. Inde quæritur, si familia album corruperit, hoc est, plures serui sub vnius dominio constituti, & dominus velit eos defendere, vtrum debeat dominus pro singulis inferre 500. aureos, an sufficiat præstari 500. pro omnibus, ac si vnus fecisset? Et *l.* 9. tradit non sufficere, sed pœnam esse inferendam pro singulis seruis, tot esse delicta, quot sunt serui, tot etiam pœnas exigendas. Et hoc quidem ita, si plures corruperint: secus tamen est, si non fecerunt ipsi, sed curauerint, mandauerint, vel consilium dederint, vt faceret quis: quo casu vnum est consilium, vnum mandatum, & satis est semel præstari vnam summam 500. aureorum. Sed si fecerit familia ipsa, tunc pro singulis oportet dominum pœnam inferre, quia plura facta sunt, & quia atrociter vindicanda est contempta iurisdictio prætoris.

B Idem dicendum, si plures serui vnius familiæ iniuriam fecerint. Nam tot sunt iniuriæ, quot sunt serui, totque æstimationes litis, *l. si plures, de iniur.* Idem est etiam, si familia damnum dederit; nam tunc plura sunt facta, vt ait lex 9. Igitur siue familia album corruperit, siue iniuriam fecerit, siue damnum dederit, plura sunt facta. Obstat lex *illud, inf. ad leg. Aquil.* quæ lex si familia damnum dederit, ait, satis esse à domino præstari, quod præstandum foret, si vnus fecisset, ergo vnum factum esse intelligitur. At *lex* 9. ait, plura esse facta, si familia damnum dederit. Breuiter ita censeo: si familia furtum fecerit, id esse edicto expressum: *Si familia furtum fecisse dicatur.* vt satis sit præ-

C stari, quod præstandum foret, si vnus homo liber fecisset quod illo edicto datur pro beneficio dominis, ne tota familia careant, ne suam familiam euertant, dum coguntur pro singulis pœnam præstare. Et in illo tit. id dicitur sæpe beneficium prætoris & leuamentum, vt scil. dominus defungatur vna æstimatione, quam vnus homo liber, si furtum fecisset, sufferret. Igitur si familia furtum fecit, vnum est factum, vna æstimatio, vna pœna. Idem non est expressum edicto de albo corrupto, hoc est quod ait lex 9. *non similiter hic edicitur, vt in furto.* hoc est, id est omissum à prætore, quod non est omissum in furto. Idem non est expressum in edicto de iniuriis; id etiam non est expressum in leg. Aquilia. Igitur si familia album corruperit, iniuriam fecerit, si damnum dederit, vt plura sunt

D facta reuera, ita etiam per edictum vel legem licebit ea plura facta appellari, quoniam edicto aut lege hoc vnum factum esse non existimatur, vt in furto est expressum edicto. Verum id, quod exigitur in furto specialiter per interpretationem, trahitur etiam ad damnum datum, *d. l. illud & l. 1. §. pen. si famil. furt. fec. dic.* præsertim vt lex ait, *cum hæc causa delicti sit plerumque leuior.* Nam lege Aquilia agitur non tantum ob dolum, sed etiam ob culpam, vel imperitiam, quæ non excusat in lege Aquilia. Ideoque cum leuior plerumque sit causa huius delicti, succurrendum est domino, exemplo furti, vt non teneatur pro singulis seruis, sed satis sit præstari, quod præstandum foret, si vnus liber homo fecisset. Idem etiam in albo corrupto facto à familia per interpretationem Octauenus admitte-

E bat, *d. l.* 9. Præualuit tamen sententia durior, vindicandæ iurisdictionis causa: nam grauissimum hoc delictum censetur, & ideo interpretatione eius pœna mollienda non est, videlicet si familia ipsa furtum fecerit; sed si consilium duntaxat dederit, tunc facilius sequemur Octaueni sententiam, vel hanc ampliationem edicti de furto amplectemur. Præualuit etiam durior sententia in iniuriis, vindicandi honoris læsi gratia. Ideoque si familia iniuriam fecerit, plures sunt iniuriæ, plures fiunt æstimationes litis, nec contumeliarum pœna mollienda est interpretatione. Denique quod ait lex 9. plura esse facta, si familia damnum dederit, id ita est accipiendum, plura esse facta, si legem Aquiliam inspicias quæ id omisit, quod exprimit edictum de furto; sed si interpretationem & æquitatem inspicias, vnum factum censetur. Hoc nihil est apertius, quod etiam quidam animaduerterunt, nec probarunt statim.

Ad L. X.

L. 10. *Qui iurisdictioni præest: neque sibi ius dicere debet, neque vxori, vel liberis suis, neque libertis, vel cæteris, quos secum habet.*

LEx 10. ait, Eum, *qui iurisdictioni præest*, hoc est, magistratus, *neque sibi ius dicere posse, neque vxori, neque liberis, neque libertis, vel cæteris, quos secum habet*, hoc est, Comitibus & Adsessoribus, vt Græci interpretantur. Loquitur lex de magistratu, non de iudice dato. Quantum distat magistratus à iudice dato, quod supra exposuimus, tantum distat ius dicere à iudicare. Plus est ius dicere quam iudicare. Qui iuris dicundi potestatem habet, rei iudicatæ executionem habet. Qui iudicandi tantum potestatem habet, iudicati executionem non habet. Et sibi quidem nec ius dicere quis, nec iudicare potest, vt habetur *in tit. Codicis ne quis in sua causa*. Alij, puta vxori, liberis, libertis, Comitibus siue Adsessoribus, is qui magistratu fungitur, eis iure magistratus ius dicere vel iudicare non potest. Eis tamen personis, quasi priuatus iudex esse potest, *l. in priuatis, & seq. inf. de iudic.* Et quidem inuitus si detur, eis iudex est, iudicare cogitur, quia iudicandi munus est publicum munus. Munera publica inuitis deferuntur, nisi videlicet habeant legitimam excusationē, *l. pen §. pen. inf. de vacat. muner. l. si longius, inf. de iudic.* In quibus *ll.* illud etiam est elegans quod in eis iudex datus dicitur *operam dare*. Vt à Marco Tullio in libro de *iure dicundo: Marcumque filium iussit operam dare, quod rei priuatæ esset.* Igitur datus iudex inuitus cogitur operam dare, etiamsi vxori, liberis, & ceteris datus sit. Huic *legi* 10. male opponitur *l. senatusconsulto, sup. de offic. præsid.* Ex qua colligunt male, præsidem prouinciæ posse ius dicere libertis & comitibus suis, sed parcissime. Male. Nam ea lex loquitur de iurisdictione vrbana, non de iurisdictione præsidis prouinciæ. Et non tantum ea l. loquitur de libertis vel comitibus præsidis, sed etiam de præside ipso. Vt scilicet, profecto præside in prouinciam, de rebus ab eo contractis in vrbe, antequam proficisceretur, vt de eis dicatur ius parcissime, quoad redierit, ne iusta absentia ei noceat. Item de maleficiis, vt ea lex loquitur, puta si furtum vel iniuriam passus sit, antequam in prouinciam proficisceretur, vt interim dum abest, lis duntaxat contestetur, non finiatur ante reditum, & res ablata sequestro deponatur. Itaque in ea l. non quæritur, an præses sibi vel suis ius dicere possit; sed demonstratur tantum, quemadmodum præsidi vel in præsidem ius dicatur, antequam in vrbem veniat. Excutiamus etiam Græcorum sententiam in hac *l.* qui eandem differentiam faciunt inter ius dicere & iudicare, δικαιοδοτεῖν καὶ δικάζειν, & dicunt *ius dicere esse*, veluti bonorum possess. dare, recte; & de crimine cognoscere. Id etiam non male: Nam est quædam iurisdictio criminalis, *l. 1. sup. de offic. eius.* In causa filij pater non potest ius dicere. Ita est omnino. Verum subiiciunt, potest tamen iudicare in causa pecuniaria filiifam. Hoc non est omnino verum, & negandum est, si pater sit magistratus & iurisdictio sibi competat. Nam iudicium magistratus est iurisdictio, pater autem iurisdictionem non habet in causa filij, maritus in causa vxoris, patronus in causa liberti iurisdictionem non habet, sed si iudicet ex delegatione, puta datus à magistratu, recte iudicat. Non probo etiam rationem differentiæ quam adferunt, pater potest iudicare de causa criminis, siue pecuniaria, quia ea sententia facile potest corrigi. De causa criminali (inquiunt) non potest cognoscere, quoniam in eis causis sæpe fiunt ἐξετασμοὶ & ἀνακρισμοὶ, vt illi vocant, hoc est, quæstiones & tormenta, quæ omnia non possunt appellatione corrigi & emendari; non appellatur etiam à pœna, quoniam lege certa introducta est, ne videatur de legis iniquitate conqueri, *l. si qua pœna, inf. de verb. signifi.* Et quod ait, in causa criminali fieri quæstionem, id comprobat lex *vlt. de abolit. C.* Verum illa ratio non est idonea, sed cur non possit de crimine cognoscere, hæc est ratio, quia hæc cognitio iurisdictio est lege data: Ideoque, qui hanc cognitionem, hoc est, iurisdictionem habet, qui habet criminalis iudicij executionem, etiam animaduersionem habet. Igitur quia iurisdictioni inest, eam non exercebit pater in filium. Iudicare tamen licet de eorum causis, si quasi priuati, dati sint iudices, siue speciales iudices. Ait *lex* 10. *Neque sibi, neque liberis*, ex eo quidam colligunt, non semper patris & filij eandem esse personam censeri; sibi quis iudex esse non potest, filio iudex esse potest. Item, quod quis accepit à fratre, non videtur accepisse à patre, licet res paterna sit, *l. vlt. de leg.* 3. Item quod ius dixit filius alteri, id non videtur dixisse pater, *l.* 3. §. *si filius, tit. seq.* Filiusfamil. etiam recte fideiubet pro patre, *l. filiusfamil. C. de fideiuss.*

Ad L. XI.

L. 11. *Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra iurisdictionem iudicantis sit, coaceruatio vero omnium excedat modum iurisdictionis eius: apud eum agi posse Sabino, Cassio, Proculo placuit, quæ sententia rescripto Imperatoris Antonini cōfirmata est.*

1. §. *Sed etsi mutuæ sunt actiones: & alter minorem quantitatem, alter maiorem petat, apud eundem iudicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit, ne in potestate calumniosa aduersarij mei sit, an apud eundem litigare possim.*

2. §. *Si vna actio communis sit plurium personarum, veluti familiæ erciscundæ, communi diuidundo, finium regundorum; vtrum singulæ partes spectandæ sunt circa iurisdictionem eius, qui cognoscit: quod Ofilio & Proculo placet: quia vnusquisque de parte sua litigat: an potius tota res: quia & tota res in iudicium venit, & vel vni adiudicari potest. Quod & Cassio & Pegaso placet, & sane eorum sententia probabilis est.*

LEgis 11. quæstio est de iudicibus, qui ius dicere possunt vsque ad certam tantum quantitatem, cuiusmodi sunt magistratus municipales, auctore Paul. *in* 5. *Sent. tit.* 5. quod etiam indicat lex *inter, inf. ad municip.* dum ait, *magistratum municipalem non cognoscere de re maiori*, hoc est, quæ excedat modum iurisdictionis suæ, nisi inter eos, qui se subiiciunt iurisdictioni. Nunc finge, idem cum eodem aduersario egit pluribus actionibus apud magistratum municipalem, singulæ act. sunt intra iurisdictionem magistratus municipalis: coaceruatæ autem excedunt modum magistratus municipalis: quæritur an omnes act. institui possint apud eundem magistratum municipalem? Resp. posse, cum lites diuersæ, licet sint inter eosdem, singulæ tamen spectentur per se, atque ita de omnibus cognoscet magistratus municipalis. Atque ita etiam hodie obseruatur, à quibus non est prouocatio vsque ad certam quantitatem. Accurs. non male ponit exemplum in defensoribus ciuitatum, quos quidam male negant habere propriam iurisdictionem, cum *Nouella* 15. οἱ ἔκδικοι dicat aperte, eos obtinere locum præsidum. Præses est ἄρχων ἀρχόντων, ordinarius ordinariorum, vt dicitur in foro. Ceterum & defensor ciuitatis est præsidis loco: defensores ciuitatis sunt ad exemplum tribunorum plebis, quamobrem dicuntur etiam defensores plebis, *l. vlt. de offic. iurid. Alex l.* 4. *C. de defensor. ciuit.* In prouinciis decuriones imitantur senatores ciuitatis. Duumuiri autem, magistratus municipales, imitantur consules: defensores ciuitatis tribunos plebis. Itaque non est negandum, eos habuisse iurisdictionem, maxime cum habeant etiam rei iudicatæ executionem ex ea *Nouella* 15. Neque obstat, quod dicitur in ea *Nouel.* defensores ciuitatum non posse acta conficere de eis, quæ iurisdictionem desiderant: nam id quid sit, statim *Nouella* declarat, quæ scilic. pendent ex imperio præsidis. Et ait lex 1. *C. de defens. ciuit.* quę forensi magnitudine dignæ sint, vt bonor. poss. dare, vel in integ. restituere,

hæc maius imperium, ampliorem ve iurisdictionem requirunt: Possunt autem ius dicere vsque ad 300. aureos. Nunc si idem aduersus eundem egerit pluribus actionibus apud eundem defensorem ciuitatis, quæ coniunctæ, sint supra modum iurisdictionis, id est excedant 300. aureos; separatæ autem singulæ sint intra eius iurisdictionem, nihilominus singulis actionibus apud eundem agetur. Et recte ait *lex 11. si pluribus act. actum sit.* Nam si vna tantum sit actum, & eius actionis capita, species, summæ diuersæ, omnes sunt coaceruandæ, quia vna est actio, vna lis: Et si coaceruatæ excedant modum iurisdictionis, non poterit agi apud magistratum municipalem, argumento, *leg.* 10. §. 1. *inf. de appellat.* Inde quæritur. Finge, mutuæ sunt petitiones: Ego qui prouocaui, petij minorem quantitatem, quæ scil. intra modum est iurisdictionis. Aduersarius vice mutua petit maiorem quantitatem, quæ est supra iurisdictionem aditi magistratus. Quid fiet? An poterit defensor etiam ius dicere de maiore quantitate? Sic videtur, alioquin (& hæc est sententia §. 1. *huius leg.*) aduersarius vel per calumniam petendo maiorem quantitatem, efficiet, vt in aliud iudicium distrahat, quod non est ferendum; sed ambæ quæstiones apud eundem iudicem sunt finiendæ, qui prius aditus est. Et ita etiam, licet præses prouinciæ de commodato vel mutuo non cognoscat, sed iudicem det, qui cognoscat, de salario autem aut nutricio, διδάκτροις, ipse solus cognoscat extra ordinem, si apud eum actum sit de salario, & ab aduersario introducta sit mutua petitio de commodato vel mutuo, præses etiam hoc casu de commodato cognoscet, *l.* 1 §. *vlt. inf. de extraord. cognit.* Non est existimandum, idem penitus esse mutuam petitionem & compensationem. Nam compensatio fit ipso iure, *l. postquam, de compens.* petitionem introducere oportet. Item compensatio fit de re liquida, puta de confessa aut iudicata, petitio mutua de controuersa. Et quod dicitur, compensationem fieri, constitutione Iustiniani *in l. vlt C. de compens.* est etiam ex iure veteri. Quæcunque enim sunt in *l. vlt.* obtinuerunt antiquitus, olim non fiebat compensatio, nisi de re liquida. Itaque male quidam fingunt speciem in hoc §. 1. Ego prior petij maiorem quantitatem apud iudicem congruum, deinde mox aduersarius petit minorem quantitatem apud defensorem ciuitatis, male agit. Nam debet aduersarius mutuam petitionem introducere coram eodem iudice, quem ipse prior adiit, hoc ita est, *Nou.* 94. Verum dico, hanc speciem nihil pertinere ad hanc *leg.* 11. Nam totius huius *legis* quæstio est de quantitate ad iurisdictionem pertinente, vel non, eius scil. qui non potest ius dicere, nisi vsque ad certam quantitatem. At quæstio, quam ponunt, non est eadem: quinimo certum præsidem, qui cognoscit de maiore, posse etiam cognoscere de minore: sed species hæc est, an mutuæ actiones apud diuersos iudices institui possint? de qua in hac quæstione non quæritur. In qua stultum est ponere apud vnum peti maiorem, cum de quantitate non sit quæstio. Et si sola quantitas petatur, recte agitur apud vtrumque. Sed si spectatur diuisio petitionum mutuarum, non recte agitur. Itaque de ea specie respondetur recte, sed aptatur male *huic l.* Male etiam ad hanc. *l.* de mutuis petitionibus putant pertinere *l. vlt. C. de sentent. & int.* Dico enim eam *leg.* non loqui de mutuis petitionibus. Quæstio *l.* hæc est, iudex aut debet absoluere reum, aut condemnare, id est certum. Inde nata est quæstio, an possit actorem condemnare. Id respondet Papin. posse, si ei videatur. Id auget constitutio illa, quoniam adiicit, vt condemnet actorem, etiamsi iudex sit actori incompetens, cum actor eum adeundo videatur se subiecisse eius iurisdictioni. Itaque actor recte condemnabitur à non competente iudice in eodem negotio, hoc est in eadem re, & causa: itaque non loquitur de variis & mutuis actionibus, sed de vna actione & negotio. In quo finiendo ita procedit iudex, vt absoluat vel condemnet reum, vel etiam actorem, si ita negotij qualitas exigat. In §. *vlt.* est quæstio de actionibus duplicibus, quales sunt comm. diuid. famil. ercisc. finium reg. Notanda est differentia inter act. mutuas & duplices. Mutuæ act. duæ sunt act. distinctæ & diuisæ. Duplices duæ sunt actiones, confusæ & commistæ & communes, vt ait §. *vlt. l. in trib. inf. de iud. l.* 10 *finium reg. l.* 1. *comm. diuid.* in act. mutuis, si quæ prior instituta est actio, intra modum iurisdictionis sit, trahet ad se alteram, etiamsi supra modum illa sit. Sed quæ instituta est prior actio, si excedat modum iurisdictionis, nihil agitur. At in duplicib. non apparet, quæ actio prior instituatur, quia confuse, & communiter instituitur actio ea duplex. Quid igitur fiet? Vtrum spectabimus singulas partes, an rem totam communem, quanti sit, puta totum finem agri? Et verius est rem totam esse æstimandam, quoniam & tota res vni potest adiudicari. Id etiam sciendum est, in hac eadem quæstione non esse spectandum, quantum reuera debeatur, sed quantum petatur, *l. pen.* §. *pen. infr.* Ita etiam in causis appellationum non spectatur, quantum debeatur, sed quanti quis damnatus sit, vt pro modo condemnationis appelletur ad principem, *l. in offerendis, C. de appellat.*

Ad L. XIII. XVI. & XVII.

L. 13. *Eum, qui iudicare iubet, magistratum esse oportet.* §. 1. *Magistratus autem, vel is, qui in potestate aliqua sit (vt puta Proconsul, vel Prætor, vel alij, qui prouincias regunt) iudicare iubere eo die, quo priuati futuri essent, non possunt.*

L. 16. *Solet prætor iurisdictionem mandare, & aut omnem mandat, aut speciem vnam. Et is, cui mandata iurisdictio est, fungetur vice eius, qui mandauit, non sua.*

L. 17. *Prætor, sicut vniuersam iurisdictionem mandare alij potest, ita & in personas certas, vel de vna specie potest: maxime cum iustam causam susceptæ ante magistratum aduocationis alterius partis habuerat.*

IN *l.* 13. ostenditur, qui iudicare iubeant, hoc est, qui iudicem dent, & qui iudicem datum iubeant operam dare. Primum omnes magistratus vrbani iubent iudicare suo iure, more maiorum, & quidem omnes cuiuscunque ordinis. Ita habetur in *l. vlt. inf. Quis & à quo appell.* item iudicare iubent potestates, vel ij qui in potestate aliqua sunt. Hoc verbo *potestatis* puto comprehendi procuratorem Cæsaris, *l. pen. inf. de iud.* Procurator Cæsaris dat iudicem in causis fiscalibus tantum, *l. ex consensu* §. 10. *de appel.* In causis priuatorum non etiam, *l.* 1. *C. de pedan. iud.* Puto etiam eo verbo comprehendi legatum proconsulis, quem constat posse iudicem dare, *l. cum prætor, de iud.* quem etiam diximus sup. habere propriam quandam potestatem: licet enim non habeat, antequam proconsul iurisdictionem mandauerit, sed post mandatum propriam quandam potestatem gerit. Et qui scribunt, legatum non esse potestatem, quod quodam loco distinxerit inter legatum & potestatem Cicero (*cum potestate, imperio, & legione, hæc dixit*) si sentiunt de legato proconsulis, errant; nam ille potestatem habet; si sentiunt de legato pop. Rom. non errant. Et ita Tull. 3. *de leg.* hæc tria distinxit, *imperia, potestates, & legiones.* Dico etiam potestatis verbo contineri omnes prouinciales magistratus, & hoc hæc *l.* indicat, quamuis non habeant facultatem iudicis dandi proprio iure, sed ex lege, vt diximus supra. Atque ita etiam apud Lamprid. Imper. Alexand. ait, *non patiar mercatores potestatum.* Et Sueton. in Claud. Male autem quidam in hac l. 13. sentiunt, ita esse legendum: *Proconsul* vel *proprætor.* Male: Nam *proprætoris* nusquam fit mentio in libris nostris; sed qui olim dicebantur proprætores, semper dicuntur præsides vel legati Cæsaris, *l. pen. sup. de off. præsid. l. hos accusare, inf. de accusat. l non est, de manumiss. vind.* Aliæ erant prouinciæ Imperatoris, aliæ populi. In prouincias populi mittebantur proconsules. In prouincias Imperatoris præsides vel legati Cæsaris, & olim eos vocabant proprætores; vt refert Dio *lib.* 53. Malim autem *in hac l.* 13. ita legere, vt puta *consul vel prætor.* Atque ita in *l.* 3. §. *vlt. de arbit. in magistratu*, &c. Deinde sequitur in hac *l.* vel

alij, qui prouincias regunt, hi sunt potestates, veluti præsides aut proconsules: Non possunt autem magistratus iudicem dare eo die, hoc est, in diem eum, quo priuati futuri sunt, vt prætor iudicem non dat in eum diem, quo prætor futurus non est; verum iudice dato pure, sine die, statim is iudex iudicare iussus intelligitur; Et ideo etiamsi is, qui dedit, postea fiat priuatus, iudex esse non desinit, *l. vend.* §. *vlt. inf. de iudic.* Et hoc de *l.* 13.

Ad L. XIV.

L. 14. Est receptum, eoque iure vtimur, vt si quis maior vel æqualis subiiciat se iurisdictioni alterius, possit & ei, & aduersus eum ius dici.

Notandum est, magistratum non habere iurisdictionem, vel imperium in maiorem magistratum, vel in collegam, vel in parem. At quomodo? Potestne magistratus in ius vocari, quamdiu magistratu fungitur? Non. Atque ita ei ius dici non potest, sed exspectandum est quoad magistratu abeat, *l. 7. de in ius voc. l. nec magistratibus, inf. de iniur.* Hoc quidem ita est. Verum alia ratione potest ei ius dici. Aliud est, magistratum non posse in ius vocari, & magistratui vel in magistratum non posse ius dici: diuersa sunt, prius verum est, posterius non omni modo; nam magistratus potest cogi vt hereditatem, de qua rogatus est, adeat & restituat, qua in re versatur iurisdictio quędam: item si magistratus ex compromisso arbiter datus sit, cogi potest vt sententiam dicat. Verum cogi debet à maiori: à minori, vel pari magistratu cogi non potest; veluti prætor à prætore cogi non potest, vel consul à prætore, sed si libens subiiciat se iurisdictioni prætoris, collegæ prætor solet ius dicere, *l. ille à quo*, §. *tempestiuum, inf. ad Trebell.* ait, *solet*, scilicet prætor ius dicere. Hæc lex ait, *est receptum, quo iure vtimur.* Accursius hic tradit hanc *leg.* 14. vel quod dicitur, non habere magistratum iurisdictionem in æqualem vel maiorem, censet intelligendum de iurisdictione contentiosa, non voluntaria. Ideo putat, prætorem apud collegam manumittere posse. Et in *l. apud*, § 1. *de manumiss. vind.* est scriptum, *prætor manumittere potest.* Sed rectius Florentinis additur negatio, quod confirmat lex *apud, de manumiss.* ait *lex* apud collegam manumittere non possumus, sed prætor etiam manumittere potest apud consulem; recte (nam olim legebatur male proconsul) nam consul maius imperium habebat; igitur recte prætor manumittere apud consulem, apud collegam, non recte. Alij differentiam esse statuunt inter iurisdictionem contentiosam & voluntariam, quam non probant; nam aiunt, si maior vel æqualis subiiciat se contentiosæ iurisdictioni, ei & in eum iurisdictio est, sed si maior vel æqualis subiicat se voluntariæ iurisdictioni, non est iurisdictio, & vtuntur hac ratione differ. quod maior magistratus possit contendere per procuratorem, manumittere autem non possit per procuratorem, ne imminuatur (inquiunt) maiestas maioris magistratus, si ipse adeat minorem magistratum. Fateor, manumissionem non fieri per procuratorem. Et hoc etiam est, quod ait lex *nemo, de reg. iur. nemo alieno nomine lege agere potest*, hoc est, emancipatio, manumissio, adoptio, per procuratorem fieri non potest, quæ legis actiones sunt, siue actus legitimi, idem est: eadem ratione acceptilatio, quæ est legis actio, non fit per procuratorem, *l. & per iusiurandum* §. *tutor, inf. de acceptil.* Neque hereditatis aditio, quæ est legis actio, *l. actus, de reg. iur.* non fit etiam per procuratorem, *l. per procuratorem, de acquir. hered.* Eadem ratione serui optio non fit per procuratorem. Tutoris datio est etiam actio legis, si detur tutor à iudice, & ideo iudex non dabit tutorem per alium. Tutoris datio non mandatur, *l. nec mandante, de tut. & curat. dat.* Denique nulla legis actio fit nomine alieno. Actiones instituuntur alieno nomine per procuratorem, sed non legis actiones, vt sup. Denique licet manumissio non possit fieri per procuratorem, potest tamen dominus

A absens manumittendi causam probare apud consilium, *l. etiam* §. *absens, inf. de manumiss. vind.* Et ita est accipienda hæc vetus inscriptio vrbis Romæ quæ ita habetur: *Priscus manumissus apud consilium procuratorio nomine apud Domitianum.* Nunc dico, si quis maior vel æqualis sua sponte adeat minorem magistratum manumittendi causa, neque enim potest hoc exsequi per procuratorem, non magis sibi faciet iniuriam, hoc est, suam maiestatem minuet, quam si litiget per se: hoc vero non prohibetur, hoc est, litigare potest, ergo nec illud, iniuriæ illius metu. Igitur in maiorem vel æqualem magistratum nullam esse iurisdictionem contentiosam vel voluntariam, nisi se ei subiiciat: similiter incompetentis vel incongrui iudicis nulla est iurisdictio in eum, qui non est suppositus iurisdictioni eius, nisi inter consentientes, *l. 1. & 2. de iud.* In consen-
B tientes est iurisdictio, sed oportet vtramque partem consentire in præsentem, hoc est, eum adire. Nam antequam eum adierint, mutare voluntatem possunt. Et hoc proponitur in *l. 18. hoc tit.* cui nihil obstat *l. pen. C. de pact.* quæ lex loquitur de eo, qui specialiter renuntiauit præscriptioni fori, in instrumento habito cum altero. hic non potest mutare voluntatem, hic inuitus sequitur incompetens forum. At is, qui consentit in iudicem incompetentem & incongruum, si specialiter non renuntiauit præscriptioni fori, mutare voluntatem potest, antequam eum adierit; sed posteaquam eum adiit, & res geri cœpit, tunc omnino eius iurisdictioni parere cogitur, nec censetur incompetens. Incompetens ex consensu partium fit competens. Et hoc ita
C si non adeatur ab errantibus. Nam quid si adierint alium pro alio, vt si prætorem tutelarem acceperint pro prætore fideicommissario? tunc non videntur in eum consensisse, & ei parere non coguntur, *l. 2. inf. de iud.* non videntur consentire in prætorem, male, præsidem, qui errant, ita est legendum in *l. 15. hoc tit.* ait, errantes non consentire in prætorem, cum initio de prætore consenserint. At qui errant, non consentiunt, ergo nihil agitur. v. obs. 1. 32.

Ad L. penult.

Cum quædam puella apud competentem iudicem litem susceperat, deinde condemnata erat, postea que ad viri matrimonium alij iurisdictioni subiecti peruenerat: quærebatur, an prioris iudicis sententia exsequi possit? Dixi pos-
D *se, quia ante fuerat sententia dicta. Sed & si post susceptam cognitionem ante sententiam hoc eueniet: idem putarem: sententiaque à priori iudice recte fertur. Quod generaliter & in omnibus huiuscemodi casibus obseruandū est.*

§. 1. *Quotiens de quantitate ad iurisdictionem pertinente quæritur: semper quantum petatur, quærendum est, non quantum debeatur.*

Notandum ex *l. pen.* vxorem sequi forum viri post nuptias, *l. mulieres, C. de dignitat. lib. 12.* Quin etiam domicilium mutat, & cogitur facere munera, quo loco ea facit. Vidua etiam retinet idem forum & idem domicilium, quoad transierit ad alias nuptias, per secundas nuptias hæc mutat, *l. filij.* §. 1. *ad municip.* Verum si lis sit
E inchoata à muliere ante nuptias apud iudicem competentem, licet non ante sponsalia, nam ea non mutant forum, *l. ea quæ desponsata, ad municip.* postea secutis nuptiis ea lis non transfertur in forum viri, sed vbi cœpit lis, eo loco etiam finietur. Et sententia dicta ab eo iudice poterit exsequi aduersus mulierem, licet sit facta alterius fori. *Exequi* hic accipitur passiue, vt dicitur in *l 2. de re iudic.* Id fit initio litis inspecto, quia is iudex recte initio aditus est, alioquin extra territorium ius dicenti non paretur, vt ait *lex vlt. eod.* Cuius legis sententia videtur proprie pertinuisse ad municipales, quod Paulus libro primo ad Edict. multa retulerit de magistratibus municipalibus. Et quod subiicit, non pareri magistratui, non solum si extra territorium ius dicat, sed etiam si in ipso territorio ius dicat vltra modum, quod optime refertur ad magistratum municipalem, igitur nec in suo territorio ius dicet supra eam quantitatem,

tem, *l. Duumuirum, C. de decurionib.* De origine huius verbi, *territorij*, multa traduntur, quæ omitto, eo contentus quod in *l. pupillus, de verb. signific.* scriptum est, dici quod vulgo *districtum* appellatur, quod intra eos fines sit ius distringendæ iurisdictionis, & intra eos fines magistratui sit ius terrendi, hoc est, submouendi, submouendi populi à lictore. sic lictor appellatur submotor à Liuio & Seneca *lib.* 14. *Epistolarum.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,

Recitationes solemnes,

SEV

Repetita prælectio in eundem titulum de Iurisdictione.

Anno 1580.

Ad L.I.

IVs dicentis, inquit Vlpianus, *officium latissimum est.* Dixit in superioribus titulis de singulorum magistratuum officiis, tam prouincialium quam vrbanorum, & de officio etiam eorum, quibus ii magistratus iurisdictionem suam mandant, qui vice magistratuum funguntur, vt ait *l.* 16. *hoc tit.* hoc est, pro magistratu sunt, & de officio quoque adsessorum, qui quasi quædam portio cuiusque magistratus sunt, vt ait *l. omnis, C. Theod. de his qui admin. vel offic. publ. ger.* Initio autem huius l. primæ generaliter dicit de officio omnium magistratuum, proposita generali regula. Nam lex est ex libris regularum, *ius dicentis*, id est, magistratus officium esse latissimum. Ius dicentis officium in *l.* 1. §. *an autem, de postul.* iurisdictionis officium, hoc est, magistratus officium, quod sæpe & iurisdictionis nomine significatur, puta, iurisdictio sæpe pro prætura, vel consulatu; iurisdictionis officium in *d. l.* 1. §. *an autem*, dum ait, Prætorem ex certis causis, ex officio iurisdictionis suæ restituere in integrum. Iuris dicendi officium *in l.* 1. §. *damus, de suspect. tut.* dum ait: Mandata iurisdictione ad eum totum officium iuris dicundi transire. Et hoc quidem ius dicentis officium vel iurisdictionis, vel iuris dicendi quod ait esse latissimum, videtur conferre cum iurisdictione, quæ non tam est lata vel ampla, & differt ab officio ius dicentis eo modo, quo genus à specie. Complectitur enim officium ius dicentis non ea tantum quæ iurisdictionis sunt, vt actiones, iudicia, iudices, recuperatores litigantibus dare, aut successoribus ex testamento, vel ab intestato bonorum possessionem dare, *l.* 3. *h. t.* sed complectitur etiam officium ius dicentis ea quæ sunt imperij magis, quam iurisdictionis, vt iubere cauere stipulatione prætoria, & in possessionem mittere ex primo decreto, & iubere possidere ex secundo, vt *l.* 4. *h. t. l. ea quæ, ad munic.* Complectitur etiam officium ius dicentis ea, quæ neque imperij, neque iurisdictionis sunt, sed iuris, veluti tutores pupillis non habentibus constituere, *l. muto* §. *tutoris, de tutel.* dum ait, tutoris dationem, neque imperij esse, neque iurisdictionis, sed ei soli competere, cui id nominatim lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps dedit, hoc est, tutoris datio est legis, vel Senatusconsulti, vel Constitutionis. vno verbo est iuris, non iurisdictionis, non imperij. Et contra eum §. imprudentiæ ne dicam stultitiæ est scribere, *tutoris dationem esse mixti imperij*, cum d. §. decidat, tutoris dandi potestatem, neque esse imperij cuiusquam, nec iurisdictionis. Ergo dum ait in hac l. ius di-

Digest.

A centem bonorum possessionem dare posse, veluti bonorum possessionem secundum tabulas, vel vnde liberi, & iudices litigantibus dare posse, sane notat ea, quæ propria sunt iurisdictionis, & imperij etiam mixti, quod sic appellatur, quod mixtum sit, quia mixtum est iurisdictioni. ita vt mixti imperii nihil sit, quod non sit etiam iurisdictionis, vt fusius explicabitur in *l.* 3. *h. tit.* Dum autem ait, ius dicentem in possessionem mittere posse, notat ea, quæ sunt magis imperii quam iurisdictionis, de quibus *in l.* 4. *h. tit.* Et postremo, dum addit, eundem tutores pupillis non habentibus constituere posse: notat ea, quæ neque imperii sunt, neque iurisdictionis, sed iuris. Iurisdictionem habent omnes, & soli magistratus: imperium soli magistratus habent, quod scil. mixtum dicitur, sed non omnes: Quidam sunt minores magistratus sine imperio, sine potestate, *l. nec magistratibus, inf. de iniur.* Qui sane exequi non possunt ea, quæ sunt imperii magis, quam iurisdictionis: non possunt iubere cauere, iubere possidere, non possunt in possessionem mittere, nec restituere in integrum, vt magistratus municipales siue duumuiri, *l. ea quæ, ad municip.* Itemque ædiles plebis: nam & horum sane modicum aut nullum imperium fuit. *M. Tull. act.* 1. *in Ver. Erat*, inquit, *tum Consul Hortensius, cum summo imperio & potestate: ego autem ædilis, id est, paulo amplius quam priuatus.* Est igitur exiguus honor, exiguaque potestas ædilis, cum dicatur non esse cum imperio, sed paulo amplius quam priuatus. His etiam procul dubio addi possunt ἀστυνόμοι, id est, curatores viarum & operum publicorum, quos posterior ætas vocauit patres ciuitatum. Porro tutoris dationem neque soli magistratus habent, neque omnes: non soli magistratus: nam & priuati tutores dare possunt, vt parentes iure potestatis in suo testamento tutores dare possunt liberis impuberib. quos in potestate habent, quia id eis etiam priuatis permisit l. 12. tabul. *l.* 1. *&* 20. *de testam. tut.* nempe illa lex: *Paterfam. viti legassit super rei suæ, tutelave, ita ius esto.* Parentib. igitur competit tutoris datio ex lege, quæ eam eis permisit nominatim, sicut etiam magistratibus, qui tutoris dationem habent, eam non habent suo iure, siue magistratus iure, sed quia nominatim siue specialiter eam eis lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps potestatem dedit, vt ait *d.* §. *tutoris. Lex*, vt lex Iulia & Titia prætori vrbano, adhibita maiori parte tribunorum plebis, & l. Attilia præsidib. prouinciarum, vt est in *Inst. tit. de At. tut.* SC. vt *SC.* factum auctore D. Marco, siue ad oratione Marci, eandem potestatem dedit legato proconsulis, *l.* 1. *de tut. dat.* Princeps scilicet idem D. Marcus eam quoque tutoris dandi potestatem permisit Iuridico Alexandriæ, *l.* 2. *de offic. Iurid. Alexand.* & Imperator Seuerus præfecto vrbi, *l. pen.* §. *Romæ, de excusat. l.* 1. *de offic. præf. vrb.* quibus nisi hanc potestatem lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps dedisset, quamuis sint magistratus, sane eam non haberent, nec sane præter eos, vlli alii magistratus eam habent. Sequitur igitur; tutoris dationem, neque solos magistratus habere, neque omnes. Et inter ea quidem quæ iuris sunt, siue legis, quæ præter tutoris dationem sunt, multa alia, vt patet ex *leg.* 1. 2. 4. *de offic. eius cui. &c.* inter ea, inquam, quæ iuris sunt, & ea quæ sunt iurisdictionis, vel imperii multum interest. Nam hæc quæ sunt iurisdictionis, alii mandari possunt, quia proprio iure competunt, innato iure cuique magistratui creato siue pronuntiato, vel prodito, *l.* 4. §. *vlt. & l.* 5. *de off. eius cui mand.* Illa autem quæ iuris sunt, hoc est, quæ magistratui speciali iure data sunt, nec natiuo iure ei competunt, alii mandari non possunt, *dict. leg.* 1. 2. *&* 4. *in princip.* Vt tutoris dationem quam quis habet sibi lege permissam, alii mandare non potest, *l. nec mandante, in princ. de tut. dat. ab his.* Nec quod dicitur, quandoque magistratum municipalem tutorem dare ex iussu vel præcepto præsidis prouinciæ, non ideo dicas mandari à præside tutoris dationem magistratui municipali, quia & ex Constitutionib. nouissimis, magistratibus municipalibus data est & permissa tutoris datio, *l. ius*

D

dandi, de tutor. & curator. dat. Et præſes igitur, qui tutoris dationem remittit ad magiſtratum municipalem, non eam in eum confert, ſed remittit ad eum, cui ius dandi tutores competit ex Conſtitutionibus. Multum igitur diſtant ea, quæ iuris ſunt, ab iis, quæ ſunt iuriſdictionis vel imperii. Verum hæc omnia tamen ius dicentis officium complectitur, vt in hac lege proponitur: Omnia ſcilicet, quæ iuris ſunt vel iuriſdictionis, vel imperii. Quæ omnia etiam non nego contineri iuriſdictionis nomine accepto generaliter, vt in Inſt. *de Atil. tut.* dum dicitur, *Romæ præfectum vrbi & Prætorem tutores dare ſecundum ſuam iuriſdictionem.* An iure iuriſdictionis proprie? minime: quia tutoris datio non eſt iuriſdictionis ſecundum officium, quod gerunt, & vti officium illud eis lege iniun-
B ctum eſt: vt præfectus vrbi tutores dat illuſtrium & clariſſimorum filiis, *l. 1. C. de tut. & cur. illuſtr. perſ.* qui etiam filii illuſtrium apud præfectum vrbi ius legitimæ ætatis affectantes mores ſuos commendant & approbant, *l. 1. C. Theod. de his qui veni. ætat.* Prætor autem tutores dat ceterorum filiis. Atque ita præfectus vrbi & prætor tutorem dant ſecundum ſuam iuriſdictionem, ſecundum quod eis lege iniunctum eſt, vt ille daret illuſtribus & clariſſimis: hic ceteris ſecundum officii ſui modum finemque. Denique *iuriſdictio* generaliter accipitur pro omni ius dicentis officio, aut ſpecialiter. Specialiter accepta & proprie, *notio eſt ſiue ſtatuendi pronuntiandiue poteſtas, quæ iure magiſtratus competit.* Notio eſt generale nomen, quo con-
C tinetur tam iuriſdictio, quam magiſtratus habent, quam cognitio nuda litium ſine iuriſdictione, quam habent iudices dati, recuperatores, iudices delegati, iudices pedanei, iudices ſpeciales. Tot enim appellationibus deſignantur. Notionis nomen vtrumque complecti oſtendit *l. notionem, de verbor. ſignifi. & l. ait prætor, de re iud.* Quod vero additur, quæ iure magiſtratus competit, ſeparatio eſt iuriſdictionis ab iis, quæ iure legis, non iure magiſtratus competunt, vt *d. l. 1. de off. eius cui mand.* Separatio etiam eſt iuriſdictionis à notione, quæ iis, qui non ſunt magiſtratus, competit, veluti cognitorib. recuperatoribus, ſiue iudicibus datis. Multis definitionibus ius ciuile locupletaui, at nullam memini meliorem me feciſſe. Dictio dicitur, quaſi oraculum, vt Græce λόγιον: vt apud Cornificium 4. ex Accio, *aperta fatur dictio.* quod ita eſt ſcribendum, *aperta*, hoc eſt Apollinis oraculum vt, Feſtus interpretatur,
D *apertam* eſſe Apollinem. Et apud Nonium ex Pacuuio: *flexa non falſa autumare*, hoc eſt, dicere, *Dictio Delphis ſolet.* & alio loco: *Sed me incerta dictio.* Et ex Liuio in Andronico: *Ita ſeptuoſe dictio ab eo datur.* Et dictio eſt, ſiue dicat magiſtratus, ſiue addicat, ſiue det, ſiue his contraria agat, quæ tamen plerunque ita in legibus antiquis diſtinguuntur, vt in lege Manilia de limitibus agrorum. *Quicunque magiſtratus iuri dicundo præerit, eius magiſtratus de ea re iuriſdictio, iudicis recuperatorumve datio, addictio eſto.* Et in lege Toria quæ vna eſt etiam ex Agrariis: *De ea re iuriſdictio iudicij*, vel vt ſcriptum eſt, *iudici*, pro *iudicij*, *Iudicis recuperatorumve datio eſto.* Et quæ ſequuntur ſunt ſcribenda ſingularibus literis I. V. E. E. R.
E P. F. V. S. V. E. *Ita vt eis è republica, fideue ſua videbitur eſſe.* Quas ſingulares literas etiam in antiquo marmore ita Græce per conſequentiam verborum, ſiue literarum, vel conſequentibus literis legi eſſe expoſitas. ἵνα ὡς ἂν αὐτοῖς ἐκ τῶν δημοσίων πραγμάτων ἢ πίστεως ἰδίας γένηται. Et ſic etiam in lege Manilia: *Denuntiandi poteſtatem facito, ita vt è republica fideve publica videbitur.* Et his etiam addenda lex vetus, quæ diſtinguit iuriſdictionem à iudicis datione: dictionem à datione, quamuis & datio pars ſit dictionis, in hæc verba; *Poſt tres menſes maiores poſſidere liberos, ſeruos bello Mithridatico omiſerunt magiſtratus* (probe magiſtratus) *quin de ea re vti ius additum erit* (ita eſt ſcriptum, alias *editum*) *ita de ea re ius dicunto, iudicia recuperatores danto*, vt ii eos recuperare poſſint. Diuiduntur hæc quidem partes iuriſdictionis in his legibus & diſtinguuntur, ſed tamen & iuriſdictionis nomine in ſecunda ſi-

A gnificatione, quæ ſpecialis & propria eſt, continetur, ſcilic. datio & addictio.

Ad Leg. XI.

HÆc verba Iauolenus ſcripſit libro 6. ex Caſſio, quo & tractaſſe eum de iuriſdictione argumento eſt *l. cenſere, de verbor. ſign.* quæ ſumpta eſt ex eodem libro, & indicat eodem libro Iauolenum tractaſſe etiam de cenſoribus & eorum iuriſdictione, penes quos Titus Liuius ſcribit lib. 4. *morum diſciplinaque Romanæ regimen, ſenatus, equitumque centuriæ, decoris dedecoriſque diſcrimen, ſub ditione ius magiſtratus, publicorum, priuatorumque locorum ius, & vectigalia populi Romani ſub nutu & arbitrio eius erant.* Magiſtratum eum vocat Titus Liuius, ſicut Tullius in ll. quum iubet eos magiſtratus quinquennium habere, quod quinto quoque anno cenſeretur populus Romanus: ceteros autem magiſtratus annuos eſſe. Non deeſt tamen noſtra ætate qui ſcripſerit, *Cenſores non fuiſſe magiſtratus:* & pari ſtultitia, Decemuiros legum ferendarum non fuiſſe magiſtratus: quos tamen, quod magiſtratum vltra annum prorogarent, innumeri auctores ſunt, qui ſcribant cauſam dediſſe ob eam rem ſeceſſioni plebis, *l. 2. de orig. iuris.*

Hæc autem Iauoleni definitio propoſita hoc loco, pertinet ad omnes magiſtratus, *cui iuriſdictio data eſt, ea quoque conceſſa eſſe videntur, ſine quibus iuriſdictio explicari non poteſt.* Datur iuriſdictio magiſtratui, *l. 6. hic.* non quidem nominatim ſingulis partibus iuriſdictionis ei dictatis, aut prænumeratis, vt ſolent dari ea, quæ iuris ſunt non iuriſdictionis, ſed magiſtratus ipſo per ſe nomine ſolo, puta Præturæ, aut Conſulatus, aut Cenſuræ per conſequentias omnia, quæ ſunt iuriſdictionis propria, trahente ſecum & conferente in eum, qui populi ſuffragiis aut beneficio principis creatur magiſtratus: vt hodie fere omnium, nec tamen omnium magiſtratuum creatio ad ſolum principem pertinet *l. 1. ad leg. Iul. de ambit. l. quidam, de re iud.* Cui igitur lex aut Princeps defert magiſtratum, ei etiam tacite defert iuriſdictionem omnem, & defert quæ iuriſdictionis ſunt: & retro, qui principaliter defert, ſiue dat iuriſdictionem, ea quoque concedere videtur ſine quibus iuriſdictio explicari non poteſt, etiamſi non ſint expreſſa verbis. Nam ſi verba captemus & aucupemur, tunc ſane iuriſdictionem ei adimemus contra voluntatem populi vel principis, qui eam ei detulit, ei delato magiſtratu. Conceſſa itaque videtur executio rei iudicatæ, vel ab eo, vel ab aliis, quos is iudices ſpeciales, vel arbitros dederit, *l. à diuo Pio, de re iudic.* Et plerumque conceſſa eſſe etiam videtur mulctæ dictio, & pignoris capio, & prehenſio damnati, vel rei, & modica coercitio vinculorum, aut flagellorum: & carcer, quem, vt Tullius ait, *vindicem nefariorum & manifeſtorum ſcelerum maiores noſtri eſſe voluerunt.* Hæc omnia conceſſa videntur ei, cui iuriſdictio principaliter data eſt, *l. 2. inf. de in ius voc. l. 9. §. vlt. ad leg. Iul. pecul. l. 1. § cogenda de vent. inſpic. § pen. Inſt. de ſatiſd. tut.* Conceſſa videtur manus militaris, qua ſibi morem gerere inobedientes compellat, manus miniſtrorum ſiue officiorum, *l. qui reſtituere, de rei vind. l. 1. ſi vent. nom. mul. l. 3. ne vis fiat ei.* Hæ ſunt vires magiſtratus, vires conſulatus, vires præturæ, vt ait *lex 2. §. 1. de iud.* vis imperij, vel vt alibi, diſtrictio iuris, ſeueritas iuris. Vno verbo: cui iuriſdictio data eſt, ei & mixtum imperium datum videtur, quæ eſt ſententia huius legis, quam innuit etiam mox ſubiecta imperij diuiſio in *l. 3.* Conceſſum autem videtur imperium, quod mixtum dicitur, quia ſine hac miſtura imperij inanis & luſoria iuriſdictio eſt. Qua de cauſa & præter ea, quæ enumerauimus, pœnali iudicio, quod proponitur in *l. 1. inf. ſi quis ius dic.* cuilibet magiſtratui iuriſdictionem ſuam defendere licet. Imo vero, vt Aſconius ſcribit in prætura vrbana: qui iuriſdictionem ſuam non defenderit, imminuti magiſtratus veluti maieſtatis

reus est. Et l. 9. hic contemptam maiestatem prætoris, albo scilicet corrupto, etiam vindicari docet actione pœnali & populari: contempta autem iurisdictio videtur contempto albo Prætoris, quoniam proponitur iurisdictionis causa, l. 7. hoc. tit. contempto autem extremo iurisdictionis, ea res vindicatur proprie pœnali iudicio, de quo in d. l. 1. & hæc vindicta competit cuilibet magistratui, exceptis solis magistratibus municipalibus, qui pœnali illo iudicio iurisdictionem suam tueri non possunt, dict. leg. 1. sed non desunt alia remedia, quibus eam tuentur, veluti pignoris capione: nam & magistratus municipales pignoris capionem habent, l. quemadmodum §. magistratus, ad leg. Aquil. l. 4. §. 1. de dam. infect. quæ sunt accipiendæ de magistratibus municipalibus, quoniam Basilica interpretantur στρατηγὸς, quo nomine semper significantur magistratus municipales. Imo in libris nostris & locis innumeris in tit. de magist. con. magistratus simpliciter, est magistratus municipalis: & plerumque ita magistratum exaudire oportet in Digestis, non magistratum populi Romani, non præsidem prouinciæ, hoc est, non maiorem magistratum. Magistratus municipales pignoris capionem habent, maxime iubente præside, vt significat l. nominatori, C. de pig. nam vt tutoris datio constitutionibus permissa est magistratibus municipalibus, l. 3. de tut. & cur. dat. non tamen ea potestate vti solent, nisi iubente Præside l. 1. §. magistratibus, de magistrat. conu. l. Lucius §. cum testamento, de administ. tut. l. 2. §. & quidem, ad Tertull. l. 6. C. qui dare tut. poss. ita non solent magistratus municipales pignoribus captis quemquam coercere, licet hoc illis ius competat, nisi iussu præsidis captis pignoribus & distractis, vel etiam, si hoc malint, vt solitum fieri Marcus Tullius ait in 3. de orat. pignoribus captis & concisis, & confractis. Habent etiam magistratus municipales mulctæ dictionem: & de his magistratibus municipalibus, quod notandum est, accipiendum est, quod ait lex aliud, inf. de verb. signific. Magistratus solos & præsides prouinciarum posse mulctam dicere. magistratus, id est, duumuiros qui in municipiis prouinciarum magistratu funguntur, non magistratus vrbanos, de quibus ante dixerat, & magistratus solos, id est, duumuiros, quia plerunque erant duumuiri magistratus: solos, non defensores ciuitatum, quoniam hi mulctæ dictionem non habent, l. 5. C. de defensor. ciuit. vbi & cum defensoribus ciuitatum, qui ἔκδικοι dicuntur, interdicitur mulctæ dictione: sane magistratibus municipalibus, qui celsiores erant, permitti videtur. Habent etiam magistratus municipales in seruos modicam castigationem, l. 12. hoc tit. quod ibi latius explicabimus. Quod autem de iurisdictione principaliter data dicitur hoc loco, non est omittendum, idem obtinere in iurisdictione mandata. Denique idem obtinere in data & mandata. Datur iurisdictio à lege, vel à principe, mandatur à magistratu, cui data est. nam vt est proditum in l. 1. & l. vlt. de offic. eius cui mand. est iurisd. mandata iurisdictione, etiam mixtum imperium videtur mandari: nam iurisdictio, inquit, sine modica coercitione nulla est, aut inanis & derisoria est. Modicam coercitionem vocat vt l. 12. hoc tit. l. 8. si in locum, de relig. vel castigationem verberum, quod ius virgarum Cornelius Tacitus 1. Annal. vocat, vel mulctæ dictionem, vel pignoris capionem, vel vinculorum nexum: & datæ iurisdictionis nomine, etiam mandata intelligi potest, vt litis vel actionis datæ mandata actio, l. cum pupillus, de tut. & rat. distr. l. 1. C. de satisd. Proinde sic concludamus: Data & mandata iurisdictione, etiam mixtum imperium mandatum videri, sine quo iurisdictio expediri, & explicari non potest: nullam in vllo magistratu iurisdictionem esse sine aliquo imperio mixto, commixtam & compositam esse omnis magistratus vim ex iurisdictione & imperio: & inde esse nomen mixti imperij, quia iurisdictioni cohæret, & inest: nec vlla in quoquam iurisdictio est, cui imperium aliquod non insit, vt ratio tuendæ, explicandæ, exsequendæ iurisdictionis. Dico magistratus omnes habere imperium aliquod, quo iurisdictionem suam tueantur, & ad effectum perducant: non tamen omnes æque amplum habere, puta non omnes posse exequi, & peragere ea, quæ magis sunt imperij, quam iurisdictionis, l. ea quæ, ad municip. l. magistratibus, de iniur. non omnes habere mulctæ dictionem: Nam et si ex minoribus magistratibus etiam eam habeant ἀστυνόμοι, l. 1. de via publ. & Ædiles plebis, vt ex libro Attei Capitonis Iurisconsulti quem scripsit de publicis iudiciis, A. Gellius refert 10. cap. 6. non tamen eam procurator Cæsaris habet, licet magistratus sit, l. 3. C. de modo mulct. nec etiam Logista, qui & curator Reipubl. alio sensu dicitur, præfectus scilicet rationibus publicis, quamuis & hic magistratus sit, l. 3. C. eod. tit. neque vt paulo ante dixi, defensor ciuitatis, qui tamen & ipse magistratus est in municipiis, similis Tribuno plebis vrbano, qua de causa & defensor plebis dicitur, & ciuitatis. Non omnes etiam magistratus possunt, vt supra dixi, pœnali iudicio iurisdictionem suam defendere, sed aliis remediis eam defendunt: quia nulla iurisdictio est sine imperio aliquo, quo explicetur, & ad emolumentum perducatur, nec alia est sententia huius leg. 2.

Ad L. III.

IN hac lege proponitur diuisio imperij *in merum & mixtum*: quæ diuisio lege 2. conuenienter subiecta est, quod lex 2. significauit, ei cui data est *iurisdictio*, non nudam iurisdictionem sine imperio, sed cum imperio aliquo datam videri, cuius vi & adiutu explicaretur, quod mixtum imperium appellatur ex iurisdictionis, cui cohæret, connexione & societate: quod vt intelligeretur, nunc in hac lege facit duo genera imperij, merum & mixtum, ex Vlpiano *libro de offic. Quæst.* Qui magistratus siue quæstor, licet merum imperium non habuerit, quia nec lictorem habuit, nec viatorem, per quos, aut vocaret, aut præhenderet quemquam, vt Aulus Gellius docet ex Capitone, ex Varrone 13. cap. 12. & seq. non tamen fuit sine imperio mixto: nam & iudicia, iudicesque dare, & in possessionem eum mittere potuisse, quod est imperij mixti, constat ex diuinatione in Quintum Cæcilium. Duo, inquam, in hac l. 3. proponuntur genera imperij, merum & mixtum, nihil præterea. Duo in ea sunt tantum, agitanturve termini, merum imperium & mixtum, non tres, vt vulgo opinantur, merum imperium & mixtum, & iurisdictio simplex: nam mixtum imperium, & iurisdictio, vnum & idem est: nec quicquam vindicatur mixto imperio, quod non possit & debeat etiam vindicari iurisdictioni; & contra nihil vindicatur iurisdictioni quod non debeat etiam vindicari mixto imperio, quia quæ commixta sunt simul, commeant semper, nec aliud ab alio secernitur: mero autem imperio quod vindicatur, sanæ etiam non potest vindicari iurisdictioni, quia non iurisdictionis aut magistratus iure merum imperium competit, sed legis specialis datione atque permissu, quæ id genus imperij dedit vel magistratui, vel priuato: Nam & priuatus ex lege merum imperium accipere & habere potest, vt inferius comprobabitur, sicut & cetera, quæ legis sunt, non iurisdictionis: vt tutoris dationem, non tantū magistratus habet, sed etiam priuatus, vt puta, parens, qui testamentum facit & impuberes habet liberos in potestate. Et inde ratio appellationis imperij meri, quia non est mixtum iurisdictioni: sicut imperii mixti, quia cum ex iurisdictionis mixtura consistat, non est merum, l. vlt. de off. eius, cui mand. est iurisd. mixtum imperium nulli competit, nisi magistratui: merum imperium etiam priuato competit, si lex vel Senatusconsultum id priuato concesserit specialiter, vt iudici quæstionis publicæ, cui ex lege publici iudicii quæstio aliqua criminis publici sorte obtigit, qui certe priuatus est, non magistratus, l. 1. ad leg. Corn. de sicar. l. 1. de offic. eius, ibi: *Vt is cui obtigerit exercitio publici iudicij, prætor scilicet, vel iudex quæstionis, cui sorte obtigerit exercitio publici iudicij*, vt item Pompeio misso cum imperio aduersus Sertorium, qui

priuatus erat, vt docet *Philip.* 2. non magistratus priuatus, cum imperio mero tamen: cum imperio summo, vt idem ait 1. *in Verrem*, Hortensium consulem esse cum summo imperio, & potestate; quia scilicet, vt Festus interpretatur, nominatim ei à populo datum erat imperium, & ita *l.* 2. §. *exactis, de orig. iur. Consulem in caput ciuis Romani non posse animaduertere iniussu populi*, hoc est iure magistratus potestatem gladij non habere: sed ex lege, id est, iussu populi, & in *l.* 1. §. *vlt. de offic. eius, cui mand.* merum imperium lege dari, hoc est, iussu populi, mixtum vero magistratui inhaerere, merum extrinsecus aduenire, id ei donante nominatim lege, vt cuilibet, non vt magistratui: mixtum imperium est ἀκόλουθον ἐπὶ τὴν ἀρχήν, vt loquitur Dionysius Halicar *lib.* 7. merum imperium non consequitur magistratum, proinde mandata iurisdictione non transire merum imperium, quia à iurisdictione seiunctum & semotum est: at transire mixtum, quia iurisdictioni cohaeret, *d. l.* 1. §. *vlt.*

Definitur autem in hac lege vtrumque imperium non exacte, vel non omnino ex arte, sed per exempla, vt recte scripsit hoc solum Ioannes: Puta, *merum imperium esse, habere gladij potestatem ad animaduertendum in facinorosos homines.* Animaduertere est verbum proprium vltimi supplicij & extorquendae vitae, vt *l. si quid erit, de offic. proconsf. l. perspiciendum* §. *vlt. & l. seq. de poen.* haec est maior & seuerior animaduersio, quae vitam extorquet. à maiori parte meri imperii, confecta definitio est: Maior pars est potestas gladii, quam & à legibus accipi nominatim scribit D. August. *epist.* 61. Potestas gladii, ius gladii, gladius, sicut ius ferri, & ferrum. Lucano & Papinio:

Lucanus:

Et sibi ne ferri ius vllum Caesar abesset,
Ausoniis voluit gladiis miscere secures.

Papinius:

Imperium mulcere toga;

quod idem alibi:

Ferrum mulcere toga:

Ius gladii frequentius dicitur, *l. illicitas* §. *qui vniuersas, de offic. Praesid. l.* 14. *Cod. Theodos. de decur.* & in edicto Iustiniani 8. Gladii ius, gladii potestas, *& l.* 1. *C. Theodos. ne lic. sine iussu princ. cert. iud. confisc. Praesides*, inquit, *in illos gladij sui, & ius seueritatis exercere, in quos statim stringi ferrum iura praecipiunt.* Lampridius in Alexan. *Honores iuris gladij nunquam vendi passus est.* Iulius Firmicus, quod iterat saepe, *faciet constellatio illa iudices habentes ius gladij.* Capitolinus in Gordiano: *Gordiano Proconsuli Africae filium legatum à senatu datum cum gladij potestate.* Quam alioqui legatus Proconsulis non habet, *l. solent, de off. proc.* Et in antiqua inscriptione Neapolitana: M. METIO PRAEFECTO ANNONAE VRBIS SACRAE CVM IVRE GLADII. Sulpitius Seu. Dial. *Illa cura praecipua, ne tribuni cum iure gladiorum ad Hispanias mitterentur.* Et ius quidem siue potestas gladii dicitur, quoniam haec sola irrogandae mortis ratio plerunque lege permittebatur ei, cui dabatur ius vitae necisque in facinorosos homines, gladio scil. non telo, non laqueo, non securi, non veneno, non fustibus; quod posteriores dixere, fustuarium supplicium, non quo alio modo, sed gladio tantum, *l. aut damnum* §. 1. *de poen.*

Addit Vlp. hoc loco, hoc etiam imperium simpliciter potestatem appellari, per eminentiam scilicet, vel ὑπερβολήν: nam & mixtum imperium potestas est, *l. pen. ne vis fiat ei qui in possess. l.* 1. *si vent. nom. mul. l. potestatis, de verb. signif.* Vbi quum ait: *in persona magistratus potestatis verbo significari imperium*: quia dixit, magistratus, mixtum intelligit, non merum: per eminentiam autem *potestas* dicitur pro gladii potestate, summa parte meri imperii: nam praeter gladii potestatem merum imperium complectitur omnem aliam facinorum grauiorem coercitionem, veluti damnationem in metallum, vel in opus publicum, deportationem in insulam & relegationem, & publicationem omnium bonorum, & generaliter omnem iudicii publici

A exercitionem legibus publicorum iudiciorum, veluti Iulia aut Cornelia, aut Fabia delegatam, *l. solent, de offic. proconsf. l.* 1. *de offic. eius cui mand. l. aliud, in fine, de verb. signif.* Et in summa merum imperium, quod & Graece Zonaras in Basilio Porphyr. vocat ἄκρατον ἐξουσίαν, ἄκρατον κράτος, *merum imperium, meram potestatem.* Vt vtrumque exactius definiam. Est *merum* quidem *imperium* coercendorum facinorum potestas, lege data ac definita nominatim, *l.* 1. *C. qui non poss. ad libert. Mixtum* autem *imperium* est potestas, quae iure magistratus competit proprio & ingenito. *d. l.* 1. *de offic. eius.* etiam si lege nominatim magistratui finitum aut descriptum non sit. Denique mixtum imperium est potestas, quae iure proprio magistratus competit: potestas cui iurisdictio inest, vt ait Vlp. hoc loco, *cui iurisdictio adhaeret, C. vbi & apud quem. l. vlt.* Denique
B imperium mixtum est imperium, quod iurisdictioni cohaeret, vt ait *d. lex* 1. *in fin. de offic. eius.* Cuius quidem imperii mixti duo tantum hoc loco proponuntur exempla. Vnum, quod consistit in danda bon. poss. honorariis successoribus: namque ij tantum dare bon. poss. secundum vel contra tab. vel vnde legitimi, vel quam aliam possunt, qui imperium hoc & iurisdictionem habent. Dare bonor. possess. est mixti imperii, vt aperte ait hoc loco: & iurisdictionis igitur, vt & nominatim ait Theodorus Hermop. tit. 4. *libri* 1. τὸ γὰρ διδόναι διακατοχὴν δικαιοδοσίας ἐστίν, *Dare enim bonorum possessionem iurisdictionis est.* Alterum exemplum mixti imperii, quod proponitur in hac lege, consistit *in dando iudice*: nam & iudicis dandi licentia imperii est mixti iurisdictioni, & iurisdictionis igitur. Et
C e contrario, si iurisdictionis: ergo & mixti imperii, *l. cum praetor* §. *item hi quibus, de iudic.* Magistratus vrbanus propter vim imperii, more maiorum, iure suo habet potestatem dandi iudices speciales in singulis causis: Et hoc est, quod ait hoc loco, in fine leg. *Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*: nam illud etiam (quod notandum) habet vim ἀναφορικήν, ac si diceret, sicut bonor. poss. ita etiam iudicis datio mixti imperii, & iurisdictionis partes sunt, siue species. Sed sunt & aliae pleraeque partes mixti imperii, & iurisdictionis, veluti certis ex causis extra ordinem cognoscere & iudicare, exsequi suas, vel iudicum à se datorum sententias, iubere cauere praetoria stipulatione, iubere possidere secundo decreto, vel in possessionem mittere primo decreto, & restituere in integrum, & mulctam dicere,
D vel quam aliam modicam coercitionem infligere, ne iurisdictio nulla, aut lusoria sit. Hoc loco notantur duae tantum partes, videlicet bon. poss. facere, qui sit heredis vice, & *iudicem facere*, qui de re cognoscat & statuat, non etiam exsequatur quod statuerit, quia datus iudex factusue cognitionem tantum habet, non iurisdictionem, & exsecutionem sententiae. ad iurisdictionem pertinet & mixtum imperium, *l. à D. Pio, in princ. de re iudic.* iudicem facere, inquam, vel quod idem est iudicium, iudicesue speciales, aut recuperatores dare, ac iubere iudicare: neque enim hoc iubere potest, nisi qui magistratus est, *l.* 13. *in princ. hoc. t.* & eadem uerba, *Judicis dandi licentia*, sunt in *l.* 2. *C. de ped. iud.* Et ex his quidem liquido apparet non defi-
E niri hoc loco iurisdictionem nudam siue simplicem, vt comminiscuntur, sed imperii tantum duo genera constitui atque describi: nihil est euidentius.

Ad Leg. IV.

PErtinet haec lex ad edictum de damno infecto, ex quo, postulante eo, qui timet, ne quod sibi damnum contingat ab aedibus vicinis, quae vitiosae & ruinosae sunt, praetoris vel praesidis officium est, vt dominum vicinarum aedium iubeat ei cauere de damno nondũ facto, sed futuro, forte collapsis aedibus super aedes eius, qui hac cautione sibi caueri postulat, quae praetoria cautio, siue stipulatio est, quia ab ipso praetoris officio proficiscitur, *l.* 5. §. *praetoria, de verb. oblig.* & domino ruinosarum aedium non cauente

damni infecti datis fideiussoribus, vt fit, æque prætoris vel
præsidis officium est, vt vice cautionis actorem ex primo
decreto mittat in possessionem earum ædium, *l. si finita,*
§. si quis, de dam. infec. quo genere pignus prætorium
constituitur, *l. misso, pro empt.* & fit ille, qui mittitur in
possessionem veluti custos ædium pigneratitius, non plane
possessor: nec enim expellitur vetus possessor, sed ei adiungitur
quasi possessor nouus, vt tædio eum afficiat, vel
tædio ei extorqueat cautionem, *l. 5. in princ. vt in poss. legat.*
d. l. si finita §. si quis autem, l. 3. §. vlt. de acquir. poss.
vice cautionis non præstitæ, vt dixi. Qua de causa & ea missio
vicaria possessio dicitur, quia est vice cautionis non interpositæ,
l. postquam, vt legat. nom. cau. Hoc igitur est
prætoriæ vel præsidialis iurisdictionis, nimirum iubere cauere
prætoria stipulatione damni infecti, & vice cautionis
in possessionem mittere, non etiam est iurisdictionis duumuiralis,
hoc est, quæ magistratibus municipalibus competit,
quia iubere magis est imperij, mixti scilic. iurisdictioni,
quam iurisdictionis, quod proponitur ex Vlpiano *lib.*
1. ad Edictum, quo constat, eum tractasse de stipulatione
damni infecti. Magistratus autem municipales facere &
exequi non possunt ea, quæ magis sunt imperij, quam iurisdictionis,
vt Paulus etiam scripsit *lib. 1. ad Edictum,*
tractans de eadem stipulatione, *l. ea quæ, ad municip.* Denique
hæc sunt prætoriæ, aut præsidialis iurisdictionis, non
duumuiralis, quia duumuiri non habent ea, quæ magis
sunt imperij, quam iurisdictionis. Verum, quoniam hæc
potestas prætori vel præsidi iure suo competit, iure magistratus,
vt iubeat caueri, vt decernat iri in possessionē, non
dubium, quin possit eam potestatem mandare siue delegare
magistratui municipali, *l. pen. §. vlt. de offic. eius.*
quia quæcunque iure magistratus competunt, mandari
possunt, *l. 1. eod.* & plane sunt stulti, qui hoc negant: qui
& in hac materia innumera alia peccant, vt cum faciunt
eundem iudicem datum, & eum, cui mandata est iurisdictio,
veluti legatum proconsulis, cum hic iurisdictionem
habeat, iudex datus non item, sed causæ cognitionem tantum
l. ait prætor, de re iudic. & longa sit differentia inter
cognitionem & iurisdictionem: Nam & princeps ipse,
quamuis sit celsior omni magistratu, cognitionem quidem
habet extraordinariam, non iurisdictionem, quia nec magistratus
est, aut dicitur vnquam: sed si quæratur quid sit
princeps, dicam, primus ac singularis administrator Reipublicæ,
vel vt in vltimo libro Strabonis, προστάτης τῆς ἡγεμονίας,
hoc est, *qui suscepit stationem tuendæ totius Reip.*
Nec in hoc titulo quicquam proprie tractari potest de potestate
principis, quia titulus est de iurisdictione, quæ magistratui
tribuitur, non principi. Sic etiam peccant, cum
officium magistratus confundunt cum iurisdictione eius,
quod satis refellunt ea, quæ notauimus ad *l. 1.* & in Cod.
satis manifeste hi duo tituli separantur: *De officio diu. iudicum,*
& titulus *de iurisdictione omnium iudicum.* Ergo
officium aliud est quam iurisdictio: Officium scilicet latius
patet, quam iurisdictio: nam & ea complectitur, quæ
iurisdictionis non sunt. Verum ad rem. Vt damni infecti
caueatur, vt is, cui non cauetur, in possessionem mittatur,
mandari potest: & vero, vt ait *l. infecti, in fi. de dam. inf.*
quia res propter periculum ruinæ, quod imminet, celeritatem
desiderat, & periculosa procrastinatio est: ideo solet
prætor vel præses hæc duo magistratibus municipalibus,
siue duumuiris mandare, vt curent damni infecti cauere
dominum vitiosarum ædium, aut vice cautionis actorem
in earum possessionem mittant. Et hoc est quod ait
*l. 4. §. 1. eod. tit. Duas res prætorem vel præsidem magistratibus
municipalibus iniungere, cautionem damni infecti,
vt ea scilicet exigant & interponi curent, caueaturque
vicino damnum timenti, & possessionem,* hoc est, missionem
in possessionem vicariam ex primo decreto: *cætera
prætorem vel præsidem suæ iurisdictioni reseruare,* puta secundum
decretum, quo missus in possessionem ex primo,
si dominus ędium vitiosarum perseueret non cauere damni
infecti, causa cognita iubetur eas ædes possidere iure do-

A minij, expulso veteri domino: quæ est huius rei extrema linea,
& quæ efficit, vt ædibus careat, qui eas non defendit,
l. 4. §. si forte, l. hoc amplius §. 1. l. si finita, §. vbi, & §.
postea, de dam. infec. Item reseruat prætor vel præses suæ
iurisdictioni, neque demandat alteri, vt ex causa forte
oblata cautione iubeat decedere possessione eum, qui in
eam missus est ex primo decreto: nam & huius rei cognitionem
non mandat prætor alteri. Et ita est accipiendus
d. §. si forte, in fine, iuncta l. si finita §. item videamus,
eod. tit. Hæc quidam etiam prætor, vel præses mandare
posset magistratibus municipalibus, vt iuberent possidere
iure dominij, vt missum iuberent ex causa possessione decedere:
mandare, inquam, hæc possent magistratibus mu-
B nicipalibus, imo & priuato homini, quia & iurisdictio priuato
etiam homini mandari potest, *l. vlt. de off. eius.* non
tamen solet magistratibus municipalibus aut priuatis mandare
nisi cautionem & missionem in possessionem, cætera
ipsemet exequitur. Illa duo magistratus municipales ex
mandato habent, non suo iure, quia non habent, vt dixi
ea, quæ magis sunt imperij, quam iurisdictionis, vt ait hoc
loco. Nam ea sunt ἀρχικώτερα, vt Aristoteles ait 4. *Polit.*
τὸ ἐπιτάττειν ἐστὶν ἀρχικώτερον. & Basil. in *d. l. ea quæ,* esse ea
μείζονος ἐξουσίας, *maioris potestatis,* dum ita definiunt, τὰ ὄντα
μείζονος ἐξουσίας πράττειν ὁ στρατηγὸς οὐ δύναται, hoc est, *quæ sunt*
maioris potestatis, ea facere magistratus municipales non
possunt. Et obseruandum, tum hoc, tum illo loco *Magis*
C accipi συγκριτικῶς, & esse in comparando, quoniam nihil est
mixti imperij, quod non sit & iurisdictionis. Et hæc etiam
ipsa, *iubere caueri,* nominatim iurisdictioni vindicantur,
in *d. l. 1. & 4. de dam. infec.* & vice mutata, nihil est iurisdictionis,
quod non sit etiam mixti imperij, sed in hac
mixtura est tamen aliquid, quod eminet & excellit: Et in
mixtura honesti & vtilis valde placet, quod Diogenes
Laertius scribit ex disciplina Pyrrhonis; magis siue μᾶλλον
modo accipi συγκριτικῶς, vt quum dicimus: *Mel magis dulce
esse, quam vuam.* Nam & vuam dulcem esse, non negamus:
modo *magis* accipi [illegible], vt quum dicimus: Virtutem
magis prodesse, quam obesse. Hoc enim significamus,
virtutem non obesse: quo modo in *l. 1. C. comm. di-*
D *uid.* hoc posteriore modo, *magis* accipitur, dum ait, actionem
pro socio magis ad personales præstationes, quam ad
rerum diuisionem pertinere: quia sane nullo modo pertinet
ad rerum diuisionem, ad quam comparata est actio
communi diuidundo, non pro socio. Et in *l. 6. de legat. 1.*
his verbis: *Stichum qui meus erit, cum moriar, do, lego,*
magis iniectam videri conditionem legato, quam demonstrationem
non esse legato insertam, sed conditionem meram.
Contra *magis* accipitur συγκριτικῶς in *l. 3. § sed vtrum,*
vers. sed in hoc, de minor. Magis patris, quam filij interesse,
filium peculium habere: nam & filij interest, peculiatum
esse. Et similiter hoc loco iubere cauere, magis esse
imperij quam iurisdictionis: nam hæc sunt etiam iurisdi-
E ctionis, nec separantur his verbis, quæ confusa inuicem &
commixta sunt, imperium & iurisdictio: sed ex iis significatur,
in quibusdam imperium magis elucere, quam iurisdictionem,
vt si agatur de re maiore, de exigenda cautione
damni infecti, quia maior quæstio est, cum ex ea, si cautio
non interponatur, soleat dominium domus vitiosæ domino
auferri, & alteri adquiri: quamobrem ea de re frustra
agitur apud magistratus municipales, nisi eis Prætor vel
præses eius rei cognitionem mandauerit, vel nisi inter conuenientes,
vt eodem *lib. 1. ad edict.* tractans ea de re Paulus
scripsit in *l. inter, ad municip.* Inter conuenientes, inter
consentientes vicinos seu adfines, *l. cum tutorib. §. 1. de*
transact. l. 3. rem. rat. hab. l. 3. de fid. instr. sicut ex diuerso
quædam sunt, in quibus imperium occultatur, & iurisdictio
magis apparet, vt puta, si qua de re leui cognoscat
magistratus extra ordinem, vel si de plano, non pro tribunali,
vt si non contentiosam iurisdictionem exerceat,
quæ exercetur inter inuitos litigatores, sed voluntariam iurisdictionem,
quæ exercetur inter volentes, puta in emancipandis,
aut adoptandis liberis, *l. 2. de offic. proconf.*

Reipsa nunquam secernitur mixtum imperium à iurisdictione, intellectu secernitur; ita scilicet, cum alia facimus, & dicimus, esse magis imperij, quam iurisdictionis, quæ non tribuimus omnibus magistratibus: omnibus tribuimus imperium & iurisdictionem, sed non omnibus omne imperium, non id quod dicitur ἀρχικώτερον: quo nihil euidentius.

Ad Leg. V.

More maiorum ita comparatum est, vt is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio haberet.

Lex 5. ait: More maiorum ita comparatum esse & receptum, vt is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure habet, id est, iure magistratus, non alieno beneficio, puta ex mandato magistratus, sicut *l. 1. §. qui mandatam, de off. eius cui mand.* more maiorum iurisdictionem transferri ad eum, cui à magistratu mandata est. Denique more maiorum comparatum esse, vt magistratus iurisdictionem suam alteri mandare possit: si more maiorum, & suo iure igitur: nam quodcunque more maiorum propter vim imperij magistratui competit, id magistratus suo iure habet, etiam si non sit datum lege nominatim, dummodo non sit denegatum, *l. & ademptum, l. magistratus, ad municip.* Et sic magistratus vrbani more maiorum iudices dare possunt, & suo iure igitur; non vt Proconsul aut legatus Proconsulis ex lege speciali, *l. cum prætor, de iudic.* Proconsules & legati proconsulum iudices dare possunt, quia id eis lex permisit nominatim: magistratus vrbani iudices dare possunt, non quia id eis permisit lex, sed suo iure, siue pro imperio, hoc ipso quod sunt creati magistratus: Et magistratus vrbani cuiuscunque ordinis, *l. vlt. quis & à quo appel.* Ac *l. 3. huius tit.* quæ iurisdictioni & mixto imperio, quod semper iurisdictioni cohæret, attribuit iudicis dandi licentiam: eam, inquam *l. 3.* esse de magistratibus vrbanis, non de prouincialibus coarguit inscriptio, *de off. quæst.* nam quæstor magistratus vrbanus erat, quanquam solerent quæstores sortiri prouincias, vel sortito mitti in prouinciam. Magistratus igitur vrbani, quia, vt proditum est in *d. l. cum prætor,* more maiorum iudices dare possunt; suo igitur iure iudices dant: ac similiter more maiorum, & suo iure igitur, magistratus vrbani habent mulctæ dictionem, supremæ vel minimæ, vt nominatim scribit A. Gellius initio *lib. 11.* etiamsi eis data non sit mulctæ dictio lege specialiter. Prouinciales igitur magistratus vel municipales mulctæ dictionem habent, non more maiorum, non suo iure, sed mandatis principum nominatim concessam, *l. aliud 131. § vlt. de verb. signific.* quo loco dum ait, *mulctam dicere, suo iure scilicet, posse eum, cui iudicatio data sit* (nam & mulcta iudicati dicitur, indici dicitur: pœna irrogari) his verbis magistratum vrbanum significat, cui publice iudicium est, hoc est, qui populi Romani magistratus est. *l. 2. §. vlt. de iud.* ait: *His tantum dari ius mulctæ dicendæ, quibus publice iudicium est. Et non aliis,* inquit, non præsidibus prouinciarum, non magistratibus municipalibus, quoniam mulctæ dictio his non competit suo iure, sed specialiter mandatis principum permissa est. Quod etiam subiicitur in *d. l. aliud §. vlt. de verb. sign. Mandatis permissum esse magistratus solos, & præsides prouinciarum mulctam dicere posse;* magistratus municipales scilicet, hoc est, duumuiros, & quidem solos, non etiam defensores ciuitatum, *l. 5. C. de defens. ciuitat.* Magistratus quum dicimus in iure, vt plurimum intelligimus municipales. Et ita illo loco: *Magistratus solos,* id est, duumuiros, non defensores ciuitatum. Duumuiri in ciuitatibus erant instar Coss. vrbanorum. Defensores ciuitatum instar tribunorum plebis, cum & denfensores plebis dicantur, *l. 4. & 5. C. de defensor. ciuit. l. 1. C. de off. iurid. Alexand.* Et tribunorum plebis etiam in vrbe mulctæ dicendæ ius fuit perexiguum: Nam

A vt Corn. Tacitus refert 13. *Annal.* mulctam ab eis dictam quæstores ærarij in publicas tabulas ante quatuor menses non inferebant, intra quos contradicere licebat, & si quis contradiceret, de eo Coss. statuebant, non ipsi Trib. plebis, qui mulctam dixerant. Præsides autem in prouinciis, quas administrabant, erant instar omnium magistratuum vrbanorum: etiam eorum, qui extra ordinem facti essent magistratus, *l. 7. §. vlt. & l. seq. de off. proc.* Verum ad rem. Eodem modo, quo magistratus vrbani more maiorum dicuntur habere iudicij, iudicisque vel recuperatoris dationem, & mulctæ dictionem: Ita in hac *l. 5.* dicuntur more maiorum iurisdictionem suam, ac proinde mixtum imperium alij mandare posse, tam prouinciales, quam vrbanos magistratus: & mandare posse iurisdictionem suam

B cum mixto imperio, tam priuato homini, *l. 1. de off. proconf. & l. vlt. de off. eius.* quam alij magistratui, *l. 3. eod.* vt prætor peregrinus prætori vrbano mandat iurisdictionem suam apud Liuium *lib. 24.* & præses Duumuiris, *l. 4. §. 1. C. de dam. inf.* Mandare suam iurisdictionem possunt, qui eam suo iure habent: at is, qui mandatam iurisdictionem suscepit, quia eam suo iure non habet, sed alieno beneficio, etiamsi forte magistratus sit, ideo mandatam sibi iurisdictionem alij mandare vel delegare non potest, *d. l. 3. & vlt.* quia suo iure eam non habet, quia vt subiicitur in *l. 6.* data ei non est principaliter, siue directo, sed magistratui, qui ei mandauit, non dedit, quia nec dare ma-

C gistratus iurisdictionem potest, sed mandare tantum: solius est populi, vel principis dare iurisdictionem, quod est, facere magistratum. Magistratus magistratum facere non potest, proinde dare iurisdictionem non potest, mandare potest. Lex quoque ipsa, vt ait *l. 6.* hoc est populi iussus, vel qui pro lege est, mos maiorum, ei, cui mandata est iurisdictio à magistratu iurisdictionem non defert, sed confirmat tantum: Et magnum est interiectum interuallum inter deferre, & confirmare tutelam & hereditatem. Legitimam tutelam lex defert, *l. 1. de legit. tut.* Testamentariam confirmat, non defert, *l. 20. de test. tut. l. lege, de verb. sign.* & ita lex defert iurisdictionem magistratui soli. Ei autem cui mandata est iurisdictio, eam iurisdictionem confirmat, non defert. Quia igitur ei, cui mandata est iuris-

D dictio, data non est directo & principaliter, nec vlla lex eam ei defert, sed confirmat tantum: ideo ait, more comparatum esse, vt mandatam sibi iurisdictionem alteri nemo mandare possit, quia non pro suo imperio, suove iure ius dicit, sed pro eo, aut beneficio viceve eius, cuius mandatu ius dicit, *l. 3. de off. eius. l. 16. & seq. hoc tit.* Ac simili ratione vtitur Arnobius recte *lib. 2. aduersus gentes,* vt efficiat solum Deum animas immortales efficere posse, non alium quemquam, etiam diuini beneficij munere immortalem factum: *Qui fieri potest,* inquit, *vt alij præstare id, quod ipse est, valeat, cum alienum id habeat, & maioris sit potentiæ commodatum?* Eadem prorsus ratione, qui mandatam iurisdictionem habet, qui alieno beneficio eam habet, alteri eam mandare non potest. Præterea eadem

E prorsus ratione, quod magistratus ipse habet à lege specialiter sibi concessum, non iure magistratus, non potest alij mandare, quia id non habet ex iure & imperio suo, sed ex beneficio legis speciali, vt merum imperium, quod lex ei dedit, non potest alij mandare, *l. 1. §. vlt. de offic. eius.* tutoris dationem, quam etiam ex lege quidam magistratus habent, non possunt alteri mandare, *l. 8. de tut. & cur. dat.* ius probandæ causæ manumissionis adhibito consilio, minore XX. annorum manumittere volente; vel maiore volente manumittere minorem 20. annorum, Consul vel Præses, cui id specialiter dedit lex Ælia Sentia, alij mandare non potest, *l. 2. de off. eius.* Cognitionem quoque de prædiis minorum distrahendis prætor vel præses alij mandare non potest, quia specialiter & nominatim ei data est, *d. l. 2.* data est oratione Seueri. sicut nec cognitionem de transactione alimentorum admittenda vel non, quæ specialiter ei data est oratione D. Marci, *l. cum ij §. sed nec mandare, de transact.* nec cognitionem de nece domini &

familia necati datam Senatusc. Syllaniano, *l. 1. de off. eius.* nec cognitionem indulgendæ creditoribus separationis bonorum defuncti & heredis, quæ edicto iniungitur nominatim prætori vel præsidi, *l. 1. §. de iis autem, de separat.* nec cognitionem mutandi procuratoris etiam edicto concessam, *l. in causæ §. hæc autem, de procur.* Cognitio etiam remouendi suspecti tutoris, de qua inter nostros Iureconsf. multum disputatur, eadem ratione iure mandari alij non poterat, quia data est nominatim *l. 12. tab.* prætori vel præsidi, ei qui tribunali præerit, *l. 1. § suspecti, ad Senatusc. Turpillian.* Hodie tamen cognitio suspecti tutoris mandari potest, non iure ipso, sed constitutione Seueri & Antonini, propter fauorem & vtilitatem pupillorum, vt ait *l. pen. de offic. eius.* quorum fauore & pleraque alia iure ciuili constituta sunt, *l. 10. §. vlt. de test. tut. l. 3. §. præterea, de suspect. tut. l. 1. § vlt. de vsur. l. pen. C. de seruo pig. dato. l. pen. C. de necess. seru.* Constitutio Seueri & Antonini legato proconsulis, cui proconsul mandat iurisdictionem, cognitionem dat de suspectis tutoribus. Et hinc quidem facile (quod notandum) vt ait *d. l. 1. § damus, de suspect. tutor.* mandata iurisdictione legato, non iurisdictio tantum, sed & totum officium iuris dicundi, quod latius patet, quam iurisdictio, ad eum transit, quia scilicet legatus proconsulis, non tam mandatam, quam & propriam quodammodo iurisdictionem habet, vt ex contrario significat lex 13. *de off. proconsf.* qua vult legatum ante mandatam iurisdictionem nihil proprium habere: post mandatam iurisdictionem aliquid proprium habere videri: quod est verissimum. Et hac de causa legato proconsulis facile permittitur iudicij siue quæstionis publicæ exercitio, *l. 11. eod. tit. l. vnica. C. eod.* Permittitur etiam iudicis datio, *l. cum prætor, de iud. l. 12. de off. proc.* & tutoris datio, *l. 1. de tut. & cur. datis, l. pen. de off. proc.* Denique ad legatum proconsulis non tantum iurisdictio transit, sed & totum prope officium iuris dicundi. Verum, ad eum, cui prætor aut præses mandauit iurisdictionem suam, transit quidem iurisdictio cum mixto imperio, non tamen officium iuris dicundi: neque enim ei permittitur exercitio iudicij publici, *d. l. 1. de off. eius.* nec datio tutoris, *d. l. 8. de tut. dat.* nec cognitio suspecti, *d. l. 1. §. suspect.* nec ei, qui mandatu præsidis ius dicit, competit datio iudicis, quia nihil proprium habet. Legatus proconsulis propriam iurisdictionem habere intelligitur: quia nec eligitur ab ipso proconsule, sed datur ei à Senatus. vt diserte Appianus scribit in *lib. 1. de bel. ciu.* Atque ideo habet etiam proconsulis legatus adsessores siue comites, *l. 6. §. pen. de pœn.* & in quibusdam prouinciis etiam sellam, & lictores & fasces, vt legatus proconsf. Africæ, auctore Spartiano in Seuero. Quare & à legato proconsulis, proconsul appellatur, quasi alius quidam, *l. 2. quis & à quo appell.* Ab eo autem, qui mandatu prætoris vel præsidis ius dicit, prætor vel præses non appellatur, *l. 1. eod.* quia idem ab eodem appellari videretur, propterea quod ius dicit vice prætoris & præsidis: legatus procõsulis suo quodam iure potius, quam vice proconsulis. Sed quia fauores sunt ampliandi & adiuuandi interpretatione, *l. cum quidam, de lib. & post.* ideo fauore pupillorum, quod dedit constitutio Seueri legato proconsulis, idem ex interpretatione prudentum receptum est in eo, qui mandatu prætoris ius dicit, *d. §. damus.* quasi tracto argumento à prouincia proconsulari ad vrbem, quod est consequens, trahi à prouincia proconsulari ad præsidialem prouinciam, vt scil. & is, qui mandatu præsidis ius dicit, de suspectis tutoribus remouendis cognoscere possit. Ratio quæ proponitur in *d. § damus, quia mandata,* inquit, *iurisdictione totum officium iuris dicundi ad eum transit:* est specialis ratio in legato proconsulis, ad quem etiam prope totum officium iuris dicundi transit. *Ad eum* enim, illo loco, hoc est, ad legatum proconsulis: & totum, id est, fere totum: nam ad eum transit tutoris & iudicis datio, & iudicij publici exercitio, quæ non sunt iurisdictionis, sed officij ius dicentis siue legis, quæ ius dicenti hoc adiecit nominatim: non tamen transit ad eum gladij potestas, vel quæ alia extrema animaduersio, *l. 1. §. pen. de off. eius. l. solent, l. si quid, de off. proc.* non est etiam apud eum legis actio, hoc est, actus solemnes apud eum peragi non possunt, *l. 2. & 3. de offic. proc.* Ex qua restituenda est negatio in *l. apud proconsulem, de manum. vind.* Totum vel omne, non semper comprehendit omne, maxime in iure nostro. Nam etiamsi lex dicat totum vel omne, semper excipitur aliquid. Et huius rei suppeditat exemplum, *l. omnis, de exception. l. maritus, 2. sol. mat. l. & exheredatum, de re iud. l. in omnibus, de solut.* Ratio igitur illa, quæ ponitur in *d. §. damus,* est propria legato proconsulis, ad quem prope totum officium ius dicentis transit, non etiam cuicunque vtenti iurisdictione eius, qui mandauit. At ratio proposita in *l. pen. de off. eius.* communis est omnibus propter fauorem & vtilitatem pupillorum. Itaque par vtilitas, par ratio exigit, vt exemplum constitutionis Seueri & Antonini à legato proconsulis trahatur etiam ad eum, cui prætor vel præses mandauit iurisdictionem suam, vt scilic. fauore pupillorum, his omnibus hodie indistincte causa cognita liceat remouere suspectos tutores.

Ad Leg. VI.

Et quia nec principaliter ei iurisdictio data est, nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam iurisdictionem: ideoque, si is, qui mandauit iurisdiction. decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri cœperit: solui mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis.

Diximus ante; Eum iurisdictionem mandare posse, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet: eum autem, qui mandatam iurisdictionem habet, alteri eam mandare non posse, quia non principaliter & directo ei iurisdictio data est, quia non lege delata, sed confirmata tantum. Nunc sequitur in *hac l. 6.* quia ei mandata est iurisdictio, nec eam suo iure habet, sed mandatu & beneficio alieno: quia non data vel delata ei est iurisdictio, sed mandata & confirmata, quia ex persona sua eam non habet, sed ex persona eius qui mandauit, cuius vice fungitur: ex eo, inquam, colligi potest, morte eius, qui mandauit iurisdictionem solui mandatum, si modo mors eum occupauerit re integra, hoc est, antequam res geri cœperit, siue iurisdictio exerceri ab eo, cui mandata est, antequam adiri à litigatoribus & negotio, de quo aditus est, operam dare cœperit, vt in *l. 18. inf. h. tit.* Adiri sane dicitur, si lis apud eum contestetur, sed non hoc tantum modo, vt male sentit. Accursf. sed & si lis apud eum non contestetur, sed adeatur, vel dato libello, vel precib. oblatis, & rem gerere dicitur, si respondeat, vel etiam si iudex ab eo petatur. Adiri dicitur & rem gerere, si iudicem det, atque iudicium siue actionem. Varij sunt adeundi modi & variæ causæ. Ac quoquo modo rem gerere cœperit, hoc est iurisdictionem exercere, & partibus fungi eius, qui mandauit, etiamsi nemo apud eum litem contestatus sit, res non est integra, quia cœpit mandatam iurisdictionem exercere. At si re integra decesserit is, qui mandauit iurisdictionem, soluitur mandatum, quod tamen non solueretur, si iurisdictio ei suo iure, vel quodammodo suo iure competeret, vt legato proconsulis. Sic enim in legato proconsf. fortiter defendi potest, vt legato proconsulis mandata iurisdictio non extinguatur, etiamsi proconsul re integra vita decesserit, nulla re à legato gesta, quæ pertineat ad exercitionem iurisdictionis, quia non tam ex mandato iurisdictionem habet (quanquam non sine mandato habet) quam suo quodam iure proprio; At excepto legato proconsulis, si alij sit mandata iurisdictio à prætore vel præsidis, modo contigerit re integra: Ergo quod vulgo dicitur, *mandatum solui morte mandatoris re integra, l. mandatum, C. mand. l. inter caus. in princ. inf. eod. tit.* id obtinet in qualibet auctoritate, vt in auctoritate tutoris, sine qua pupillus adeundo delatam sibi hereditatem, nihil agit, nec se hereditati obligat. hanc auctoritatem si tutor interposuerit, vt puta, si iusserit pupillum aut

seruum pupilli adire hereditatem, & vita decesserit ante aditam hereditatem, auctoritas illa tutoris pro non adhibita habetur, *l. si per epistolam, de adquir. hered.* & mandatum quodlibet veluti auctoritas quædam est. Quod ergo dicitur & vulgo iactatur, *mandatum solui morte mandatoris re integra*, id obtinet etiam in mandato iurisdictionis, optima ratione: quia non potest agi quicquam nomine eius, qui non est; & is, qui ex mandato ius dicit, nomine alieno ius dicit, non suo: ex persona aliena, non sua. longeque alia est ratio iudicis dati: nam etiamsi magistratus, qui iudicem dedit, vita decesserit re integra, iudicium non soluitur, sed idem iudex manet, qui datus est semel, & factus est iudex, *l. venditor, §. vlt. de iudic.* Magistratus iudicem facere potest, specialem scilicet ad speciem litemque vnam, ad lites singulas, vt solebat olim, qui notionem habet, non iurisdictionem: atque adeo nec iudicati executionem habet, quod est supremum munus iurisdictionis, *l. 1. si quis ius dic.* Sed quod iudex datus pronuntiauit & iudicauit, id magistratus, qui eum dedit, vi potestatis suæ exequitur, & ad emolumentum perducit, *l. à Diuo Pio, de re iudic.* Magistratus, inquam, iudicem specialem facere potest, magistratum facere non potest, quia ad solum populum vel principem magistratuum creatio pertinet, *l. vnica, ad leg. Iul. de amb. l. quidam, de re iudic.* Sicut nec iudex datus, alium iudicem dare potest, quia iudicis datio pertinet ad solum magistratum, vel principem, *l. 5. C. de iudic.* Quem igitur iudicem semel magistratus fecit, is iudex manet etiam mortuo magistratu: eum autem, cui mandauit iurisdictionem, neque iudicem fecit, neque magistratum facere potuit. Igitur neque iudex est, neque magistratus; nihil denique adeptus est mandata iurisdictione, quod apud eum residere possit mandatore mortuo re integra. Est enim vicarius alienæ iurisdictionis, qua extincta morte eius, cuius principaliter iurisdictio est, si res sit integra, consequens est etiam extingui vicariam operam, quam nomine eius suscepit is, qui mandatam iurisdictionem suscepit. Et ita eleganter ait ex Labeone hoc loco, *vt in omnibus reliquis causis*: vt in omnibus mandatis, ita etiam in hac causa mandatę iurisdictionis mandatum extingui morte mandatoris, si res sit integra, hoc est, si mandatarius nondum cœperit exercere mandatam iurisdictionem. Et ex iis satis intelligitur, quanto interuallo inter se distent iudex datus, & is cui mandata est iurisdictio. Iudex datur ad speciem vnam, ad litem vnam, cuique liti suus iudex, qui & specialis iudex dicitur, *l. 5. de offic. præf. l. vlt. de offic. præt. l. vlt. C. de iudic.* Mandata autem iurisdictio, vel est iurisdictionis species certa, veluti de fideicommissis, vel iurisdictio vniuersalis, *l. 16. & 17. hoc tit.* Iudicis dati propria notio siue cognitio est: Eius vero, cui mandata est iurisdictio, propria iurisdictio non est, nisi legati proconsulis. Item, iudex datus notionem habet, non iurisdictionem, *l. vlt. C. vbi & apud quem cauf. rest.* Alter iurisdictionem habet, sed alienam, & quasi commodatam, vt dixi, siue vicariam, non propriam. Item, quod etiam ante dixi, iudicium non soluitur morte eius, qui iudicem dedit, mandatum iurisdictionis soluitur morte mandatoris, si res sit integra. Item iudex datus iudicem dare non potest, nisi sit datus à principe, *l. 5. C. de iudic. l. 1. C. qui pro sua iurisd. iud.* quod vocant subdelegare, licet à magistratu datus sit ex auctoritate principis, nominatim iudicem, qui daretur, declarantis, *l. vlt. inf. quis, à quo appell. l. 1. § 3. vers. denique, de appell.* Sed si datus sit ab ipso principe ad litem certam, vt fit semper, iudicem dare, hoc est, alium subdelegare potest, qui de ea lite cognoscat, *d. l. 5.* nam & hic, qui iudex datus est à principe, pro magistratu habetur: & iurisdictionem igitur habere intelligitur, cum adsessores habeat tanquam magistratus, vt constat ex *Nouella 6.* & apparitionem propriam, *l. pen. C. de fruct. & lit. expens.* & iudicati executionem igitur, vt Accursus sentit recte in *d. l. à Diuo Pio.* Quo enim apparitores, nisi vt iussa & iudicata exequantur? Et præterea à iudice, quem dedit iudex datus à principe, ipse appellatur, non princeps *l. 1. C. qui pro sua iurisdict.* At iudex datus à magistratu iudicem dare non potest, verum is, cui præfectus vrbi, vel præfectus prætorio, vel consul, aut prætor iurisdictionem mandauit, proculdubio iudicem dare potest iure magistratus, quia iudicis datio pars est iurisdictionis vrbanæ & mixti imperij, *l. 8. hoc tit.* Iudicem, inquam, dare potest: cognitionem dare potest: iurisdictionem neque dare, neque mandare potest. Præterea à iudice dato appellatur is, qui dedit, *l. 1. & 3. quis à quo appellet.* Ab eo autem, cui mandata est iurisdictio, excepto legato proconsulis, non appellatur is, qui mandauit, sed is, qui appellaretur ab eo, qui mandauit, *l. 1. §. vlt. quis à quo appellet.* quia scilicet rem ipse iudicasse videtur, quæ ab eo iudicata est, qui vice eius fungebatur: at non videtur ipse iudicasse, quod iudex quem dedit, cuiusque de lite cognitionem propriam fecit, statuit & iudicauit, quia sua propria non ipsius vice iudicauit. Iudici enim speciali datur cognitio, non mandatur: plus est dare, quam mandare. Item magistratus non cogitur mandare iurisdictionem suam, si nolit, *l. solent, §. 1. de offic. proconf.* Qua de causa & tale mandatum beneficium appellatur in *l. 5. hoc tit.* At iudicem dare cogitur, quia iure ordinario ipse non potest iudicare, *l. 2. C. de pedan. iudic.* Et notus est ille locus M. Tullij in *1. ad Q. Fratrem: Quid Prætor solet iudicare deberi*: Verba sunt negantis prætorem iudicare debere, vel prætorem iudicare. excipiebantur quædam certæ causæ specialiter, prætori vel præsidi legibus demandatæ, de quibus ipse solus cognoscebat, & cognoscit etiam hodie extra ordinem, nec ad eas potest dare iudicem specialem. cæterum omnia iudicia sunt extraordinaria, *§. vlt. Instit. de interd.* Et ideo hodie de omnibus causis ipsi magistratus iudicant, non iudices dant, *ex dict. leg. 2.* exceptis tribus casibus: si publicis occupationibus destringantur, si causarum multitudine obruantur, si humiliores sint causæ, quibus de agitur; etiam his casibus hodie iudicis dandi licentiam habent, *d. l. 2. & l. vlt. hoc tit.* Et placet quod ait *l. causas, C. Theod. de Iurisd.* præsidialis potestatis iniuriam esse de paruis ac minimis rebus iudicare. Qua de causa ad humiliores causas dantur iudices speciales, vt recte dixeris iudices datos, iudices speciales, iudices pedaneos, iudices delegatos (his appellationibus idem significatur) plerunque esse humiliorum causarum iudices, vt ait *d. l. vlt.* Et similiter Iosephus *lib. 2. de bello Iudaico.* εὐτελεστέρων διαφορῶν, intelligens iudices pedaneos, qui non pro tribunali iudicant, sed de plano stantes, vel sedentes fortuito cespite: Et hæc quidem omnia, quæ hactenus dixi, non magis verbo tenus, quam digito demonstrant, quam inepte confundant interpretes nostri passim, & commisceant ea quæ in iure dicuntur de iudicibus datis, & de iis, qui mandatam iurisdictionem habent, quoniam inter hos est interiectum valde longum interuallum.

Ad Leg. VII. & VIII.

HÆc lex & duæ quæ sequuntur sunt de actione in factum pœnali (in factum appellatur à Theop. pœnalis, in *§. pœnales, Inst. de action.*) quæ ex edicto competit in eum, qui sciens dolo malo contempta maiestate prætoris, corrupit album prætoris, in quo edicta perpetua proposita sunt, ex quibus prætores perpetuo ius dicere solebant, non vt olim, subinde edicta mutare pro libidine, secundum legem Corneliam, qua Caius Cornelius, vt Asconius scribit in *Orat. pro Corn.* gratiam ambitiosis prætoribus, qui varie ius dicere consueuerant, sustulit, effecitque, ne ab iis, quæ semel proposita essent, recedere possent, vt eadem de re scribens Dio *lib. 36.* loquitur, μηδὲν ἀπ' αὐτῶν παρατρέπειν. Hinc frequens mentio edicti perpetui in iure, & hoc loco perpetuæ iurisdictionis. Perpetua iurisdictio, & perpetuum edictum idem est, vt in *l. 2. C. de restit. milit.* absenti Reipublicæ causa in integrum restitutionem, si quid per absentiam amiserit, perpetua iurisdictione permitti. Ita sæpissime iurisdictio pro edicto, *l. quamuis, inf. de in ius voc. l. 5. §. possessio autem, Vt le-*

gat. nom. cau. l. 2. l. maior, C. de pign. l. 2. C. de condit. insert. l. 6. C. vt in poss. leg. Certa forma iurisdictionis est. Hoc igitur loco, quod perpetuæ iurisdictionis causa propositum erit, hoc est, edictum perpetuum. Quod additur, *non prout res incidit*, sane glossema est insertum verbis edicti de albo corrupto. Nam hæc sunt verba edicti: *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuæ causa in albo propositum erit, dolo malo corruperit*, & his verbis *iurisdictionis perpetuæ causa*, glossema indicat excludi, quod pro temporis & causæ, qua de agitur, qualitate proponitur, forte actoris vel rei, vel aliarum personarum euocandarum gratia, non vt ex eo perpetuo ius dicatur, vt in *l. contumacia, de re iudic. l. vlt. vbi pup. educ.* In qua, verba, quæ sunt traiecta, restituenda sunt hoc modo, idque est euidentissimum: *euocatis adfinibus atque amicis tutoris, edicto proposito prætor causa cognita decernit.* Hoc vero genus edicti, quod pro re nata proponitur, qui corruperit, hac actione non tenetur, puta qui citationem edicto propositam, vel quodlibet aliud πρόγραμμα leue, propositum iussu prætoris, corruperit. Sed is tantum hac actione tenetur, quæ in hoc edicto proponitur, de qua est lex 7. qui iurisdictionem perpetuam, qui edictum perpetuum corruperit, quod item additur ad hoc verbum, *In albo, vel in charta, vel in alia materia.* Etiam aliud glossema est, quia *albi* nomine significatur tabula dealbata, in qua edictum, vel quid aliud palam inscribitur claris literis, vt de plano recte legi possit, quo genere quæcunque proscribuntur, vel proponuntur, publice proponi necesse est, claris scilicet literis, *l. 11. §. 1. de instit. act.* & in *l. 2. de orig. iur.* videtur mihi, quod notis erat scriptum, fuisse perperam explanatum hoc modo, dum ait, *Leges xij. tabul. fuisse pro rostris propositas, vti possent leges apertius percipi.* Quod ita fuit explanandũ, *vnde de plano recte legi possent.* Inuenio etiam Dominum *Abacuc 2.* ita præcipere, suas leges, suaque mandata perspicue perscribi, σαφῶς γράψαι. Hesychius quum explicat quid sit ἐν λευκώματι, quod valde pertinet ad hunc locum, ait moris esse prædia aut mancipia venalia publice proponere, ex quo apparet *album* proprie esse tabulam dealbatam: quod initio dixi. Quamobrem huic verbo, *In albo*, addit glossema, *vel in charta, vel in alia materia*, vt intelligamus, quod & verum est, nihil referre, qua in materia edicta prætorum vel Ædilium proscripta aut proposita fuerint, lignea vel in charta, vel membrana, aut qua alia materia. Sicut in *tit. de bon. possess. sec. tab.* admonemur tabulas testamenti dici, omnem materiæ figuram, siue tabulæ sint ligneæ, siue chartæ, siue membranæ, *l. 1. de bonor. possess. sec. tabul.*

Hoc autem verbo *si quis*, subiicit Vlpianus significari aut comprehendi vtrumque sexum (quod & in aliis plerisque edictis quæ incipiunt ab eodem verbo) notat comprehendi etiam seruos & filiosfam. etiam fœminas, quia non adiecit cuius conditionis sit is, qui album corrupit. *Lex enim*, vt Marc. Tull. pro Cluentio ait, *omnes mortales alligat*, & alibi ius nostrũ, *qui venenum malum fecerit, hoc verbo viros, mulieres*, inquit, *seruos, liberos in iudicium vocari.* Vindicat autem hæc actio albi corrupti contemptam maiestatem prætoris, *l. 9. hoc tit.* Et persequitur pœnam quingentorum aureorum, vt hoc loco. Ratio sestertiaria redigitur ad rationem aurariam, pro mille sestertiis, computato vno aureo, ad quem modum vbique Iustinianus aut Tribon. redegit omnes pœnas edictorũ & legum, omnia pœnalia iudicia: nam in hoc sane edicto de albo corrupto, ita fere scriptum fuit: *In publicum quingenta millia sestertium dare damnas esto:* hac clausula adiecta, vt in legibus Agrariis, *Pecuniæ cui volet, ex hoc edicto petitio esto.* Qua quidem clausula actionem albi corrupti prætor popularem facit, siue publicam, quia & hæc res publicam tutelam, publicam vindictam meretur. Et ita quoque hoc loco proditum est, hanc actionem esse popularem, hoc est, patere cuilibet de populo agere volenti: sed ex pluribus agere volentibus præferri idoneiorem, *l. 2. de pop. act.* Plerunque autem ex ea pecunia, quam inferre iu-

A betur in publicum reus conuentus actione populari, pars media dabatur actori, cuius opera reus conuictus esset, vt in *l. lege Cornelia*, *§. vlt. de Senatusc. Syllan.* Et apud Iulium Frontinum in *2. de aquaeductibus.* in Senatusconf. de spatiis, quæ circum ductus aquarum vacare debent, statuitur pœna pecuniaria in eum, qui aduersus Senatusconsultum fecerit, & actio popularis, ita vt pars in publicum redigatur, pars detur actori: quod etiam puto Plautum significare in *Persa*, quum ita scribit:

Nam publicæ rei causa, qui non id facit, magis quam sui quæstus, Animus haud induci potest, eum esse ciuem fidelem & bonum: Sed legirupam quidem, id est, qui det in publicum dimidium: Verum hæc pœna pecuniaria 500. aureorum, sane non cadit in seruos, *l. 12. omnib. de accus.*
B nec semper in filiosfa. qui plerunque nihil proprium habent. Et tamen verbis Edicti Vlpian. ait, *Seruos quoque & filiosfam. contineri:* & cadit tantum ea pœna in liberos homines: nam in seruos, si à dominis non defendantur, ex hac causa corpus torquendum est, hoc est, castigandi sunt verberibus. In filiisfamil. autem, non continuo corpus torquendum est, id est, non castigandi sunt, vt serui seruilibus verberibus, filiifamil. sed quia condemnari possunt, nisi iudicatum fecerint, aut prædes dederint, in carcerem possunt duci, *l. pen. C. qui bon. ced.* nec carcere liberantur, nisi bonis cesserint: nam ex ea lege etiam filiifam. cedere possunt, *d. l. pen.* vel etiam tam filiifam. quam patresfamil. si inopia dignoscantur laborare, castigandi sunt: iuxta illud Græcorum παθῶν ἢ ἀποτίνειν. *& l. vlt. inf. de in ius*
C *voc.* Et hodie constat (quamuis olim hæc res vindicabatur tantum hac actione albi corrupti, vel castigatione, vt dixi) etiam ex hac causa extra ordinem puniri posse, vel iudicio publico accusari posse ex lege Cornelia de falsis; *l. hodie ad l. Cornel. de fals.* Paulus I. Sententiarum *tit. 20. Is qui album prætoris raserit, corruperit, sustulerit, mutauerit, quidve aliud propositum edicendi causa turbauerit, extra ordinem punietur.* Idem Paulus lib. 5. *tit. 25. Qui album propositum sciens dolo malo deleuerit, mutauerit, sustulerit, falsi pœna coercetur. Propositum dicit*, vt Prætor in edicto, *Si quis id, quod propositum erit.* Itaque si verba Edicti inspicias, hoc edicto is tantum tenetur, qui quod propositum erat, corrupit. Verum ex sententia edicti, e-
D tiam is tenetur, qui ante propositionem, vel cum proponeretur, id corrupit sciens dolo malo. Omnino exigit prætor, vt sciens dolo malo id fecerit, non ignorans id, quod propositum erat, aut proponendum, esse edictum prætoris. Nam, si ignorans corruperit, vt puta rusticus, excusatur, quod & hic notat Vlpianus. Itemque is, qui casu vel iussu prætoris id corrupit, quia dolo malo caret. Et quamuis in edicto prætor dicat: *Si quis corruperit:* tamen & edicti causa eum tenet, qui non corruperit, sed sustulerit album prætoris propositum, quod & Paulus significauit loco supradicto, *lib. 1. senten.* Quamuis item verbis edicti significetur is, qui manibus suis corrupit, tamen etiam placet eum teneri hoc edicto, qui alij mandauit, si sciens dolo malo mandauerit, vt alius corrumperet album prætoris, & vterque, si sciens fecerit dolo malo, tenetur hac actione
E pœnali, nec si corruptor forte pœnam luat, ideo mandator liberatur, quia corruptor suam pœnam soluit, non alienam: denique à singulis 500. aurei exigendi: nam & plura facta esse intelliguntur. Quamobrem & pluribus corrumpentibus album prætoris, in singulos datur 500. aureorum iudicium, quod proponitur in fine huius *leg.* & in *l. seq.* Et maxime aperit nobis viam ad *l. 9.* in qua quæritur, an si familia, quæ constat ex pluribus seruis, album corruperit, singulorum nomine eadem competat actio in solidum? an in singulos in solidum actio detur? quæ quæstio satis difficilis esse videtur.

Ad Leg. IX.

VElim confirmari plenius, quod ante diximus in *l. 7.* Pluribus scilicet corrumpentibus aut corrumpi man-

dantibus album prætoris in singulos 500. aureorum pœnale iudicium dari, nec vno soluente suam pœnam, cæteros absolui, quod verissimum est: siue plures liberi homines corruperint vel mandauerint, siue plures plurium serui, quos domini defendere parati sunt. Et generaliter idem obtinet in omnibus pœnalibus actionibus, quæ meram pœnam atque vindictam delicti persequuntur, videlicet quatenus pœnam persequuntur. Et in omnibus actionibus mixtis, quæ & rem & pœnam persequuntur, videlicet quatenus pœnam persequuntur extra rem, si modo rei restitutio, vel quod idem est, præstatio eius, quod interest ex earum actionum causa, non impediat pœnæ persequutionem: Exempli gratia, si duo fures pecuniam abstulerint, etiam pecunia domino restituta, separatim quisque duplū debet, si furtum fuerit nec manifestum, non simplum tantum: vel si fuerit furtum manifestum, separatim quisque quadruplum debet, non duplum tantum, nempe quadruplum inter eos non diuiditur, *l. 1. §. vlt. si test. lib. esse iuss. fuer. l. vulgaris, §. pen. de furt. l. ita vulneratus §. vlt. ad leg. Aquil. l. 1. C. de cond. furt.* Ac similiter, si duo damnum culpa dederint rei alienæ, singuli etiam damno pensato pœnæ nomine lege Aquilia tenentur in solidum: nec vnius solutio liberat alterum, *d. l. ita vulneratus, §. 1. & l. item Mela §. sed si plures, eod. tit.* Idemque si duo in ius vocatum vi exemerint, in singulos etiam præstito eo, quod rerera actoris interest, non fuisse reum sibi exemptum, datur actio pœnalis in factum, quanti actor rem æstimauerit, ex edicto, ne quis eum, qui in ius vocatus est, vi eximat, nec quod vnus exoluerit, quidquam proderit ad exonerandum alterum, *l. pen. §. vlt. eod.* Et huic definitioni nihil obstat *l. 14. §. vlt. quod met. caus.* quia ex illo edicto quod metus causa, ita comparata est actio, quod metus causa in quadruplum, quæ mixta actio est, vt tamen re restituta pœnæ petitio non sit tripli. Itaque si duo metu illato rem aliquam Titio extorserint, ea re restituta ab vno vt edicto cautum est, nihil omnino ab eo, vel ab alio peti potest. Res autem restituitur ab vno tantum, si vltro eam restituat initio litis, sed etsi ex sententia iudicis quadruplum restituat, quia in quadruplo inest res metu extorta. Ergo nec hoc casu, quadruplo ab vno præstito, quicquam ab altero peti potest, quia res salua est actori. Nihil etiam obstat superiori definitioni *l. 1. §. vlt. l. 2. 3. & 4. de his qui deiecer.* quæ leges, si plures in eo cœnaculo habitent, vnde quid eiectum, vel effusum est, quod nocuerit alii, nec appareat quis eiecerit, vel effuderit, aiunt singulos quidem teneri in solidum pœnali actione, sed tamen in eo titulo proponitur, vno soluente, cæteros liberari: hoc ideo, quia non omnes certe eiecerunt, vel effuderunt, sed vnus tantum: & quia incertum, quis ille sit, omnes pro vno accipiuntur, & vnius pœnæ præstatione funguntur. Multo minus superiori definitioni obstat *lex. 1. §. si plures, de eo per quem factum erit quo min.* quia ex illo edicto, de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat, non est pœnalis aut mixta actio: superior definitio est tantum de pœnali aut mixta actione: actio inquam, in illo titulo, De eo per quem, &c. proposita, non est pœnalis aut mixta, puta, si quis dolo malo impedierit aliquem iudicio sisti, forte dum triste aliquid denuntiat; sed est actio rei persecutoria, hoc est, in id quod interest actoris, *l. 3. eod. tit.* Et ideo si duo impedierint, & vnus id, quod interest actoris præstiterit, consequens est alterum liberari, quia nihil amplius actoris interest. In ea igitur specie, singuli quidem ipso iure tenentur in solidum, sed quia rem actio persequitur, non pœnam, hoc est, vindictam, vltionemve delicti, ideo conuento vel exacto vno, alter liberatur, secundum distinctionem *l. semper §. si in sepulchro, Quod vi aut clam.* alias enim conuentio vnius & litis contestatio statim liberat alterum, alias non conuentio, sed præstatio rei siue exactio, quam in rem est elegans distinctio *d. §. si in sepulchro.* Nec nos mouere debet, quod in *d. leg. 1. §. si plures,* pœnam nominat: nam est frequentissimum in iure, vt pœna accipiatur pro eo, quod interest, non pro vltione delicti: nam & reo sane pœna est, si inferat id, quod interest: cæterum actori est res ipsa, quæ ei abest. Denique pœna est non ex parte vtraque, sed ex altera tantum: & superior definitio est de pœna tam ex parte rei, quam ex parte actoris, quod scilicet actor pœna illata, aduentitio lucro augeatur, quod ei non aberat.

His cognitis, videamus quid sit dicendum, si familia vnius domini album prætoris corruperit, & dominus familiam defendere velit; quæ est quæstio huius *l. 9.* Si familia corruperit, sane plures corruperunt, quia familia constat ex pluribus seruis, saltem ex tribus. At contra potest videri & vnus tantum corrupisse, cum familia corrupit, quia omnes serui vnius personæ vice funguntur, propterea quod sub vnius potestate sunt. Vinculum potestatis vnam familiam, vnum corpus, & quasi vnum hominem facit, qua ratione, vt est notissimum, pater & plures filiifamil. pro vno habentur in omnibus negotiis. Quamobrē quæritur, vtrum pro numero seruorum, qui album corruperunt, pœnam dominus inferre debeat, qui eos defendit, an 500. aureos tantum, ac si vnus tantum corrupisset? Et Paulus ait in hac *l. 9.* non satis esse inferri 500. aureos duntaxat, sed quot sunt serui, qui fecerunt, tot pro singulis esse inferendos 500. aureos: Puta si sint tres, inferendos esse mille & quingentos, hac ratione, quia acriter vindicanda est contempta maiestas prætoria, & auctoritas iuris publici, edictorumve sanctitas; & sane etiam plura sunt facta, tot nempe, quot sunt serui, plura facta pluribus pœnis vlciscenda sunt: Nam & ita si familia alicuius, alicui iniuriam fecerit, tot sunt facta, tot iniuriæ, tot æstimationes iniuriæ, quot personæ seruorum, qui priuato iniuriam fecerunt, *l. si plures, de iniur.* Ergo siue familia album corruperit, atque adeo iniuriam fecerit prætori, siue iniuriam fecerit priuato, vt sint plura facta, ita plures pœnas pro numero seruorum, dominus, qui eos defendit, inferre debet. Et hoc est certissimum. Verum huic sententiæ opponitur, quod est *in titulo, Si familia furtum fecisse dicatur,* ex edicto proposito in eodem titulo, si familia alicuius furtum fecerit, dominus non tenetur pro singulis rem vel duplum, vel quadruplum præstare, si familiam defendere velit, quoniam satis est, id dominum præstare, quod præstandum foret, si vnus furtum fecisset, vel seruus, vel liber homo. Respondeo hac in re edicto speciali prætorem dominis prospexisse & consuluisse, ne serui, qui plerunque, vt quidam ait, *furtificas manus habent,* euertant domini patrimonium, si ex causa furti vnius admissi à pluribus, omnes noxæ dedere, vel pro omnibus litis æstimationem offerre cogatur, ne ex vnius rei furto dominus tota sua familia careat. Plura quidem sunt facta, si familia furtum fecerit, sed beneficio edicti prætoris vnum factum esse intelligitur, & ideo satis est à domino rem restitui, pœnamque præstari semel dupli vel quadrupli.

Ac rursus opponitur, quod etiam citra edictum vel legem, quo vel qua id specialiter expressum sit, si familia alicuius damnum culpa dederit, puta si deteriorem rem aliquam fecerit, vel si seruum alienum culpa occiderit, aut vulnerauerit, satis est à domino præstari, quod præstandum foret, si id damnum vnus dedisset, *l. 1. §. pen. si famil. furt. fec. dic. l. illud, ad leg. Aquil.* quia vt ait *l. illud.* eadem ratio interuenit in actione damni iniuria dati, quæ in actione furti, ne serui hac ratione patrimonium domini exhauriant atque euertant, ne ex damno vnius rei tota familia dominus careat, vel dedendo totam, vel pro singulis offerendo totam æstimationem litis. Æquitas paribus in causis paria iura desiderat, *l. vlt. de cloacis l. pen. de fideiuss. tut. l. 5. §. constitutio, vt legat. nom. cau. & l. 15. §. vlt. de instr. vel instr. leg.* In quibus locis omnibus Iurisc. argumentantur à ratione pari, ab vtilitate pari, vt *d. l. illud.* Et tamen hoc loco Paulus ait: si familia damnum dederit plura esse facta: sicut si familia iniuriam fecerit, vel si album corruperit: ergo & plures debent inferri pœnæ, tot rei scilicet pœnæ, quot sunt facta. Et sane hoc quidem est verissimū plura esse facta, si familia culpa dam-

num dederit, nec quo minus plura esse facta existimentur lege Aquilia expressum est, sed æquitas exigit, vt diximus, vt etiam in hac causa domino subueniatur, vtque sufficiat ab eo præstari tantum, quantum si vnus damnum dedisset, vt in furto: quia par ratio interuenit, ne dominus omnem familiam amittat, & quia etiam, quæ ratio additur in *d. l. illud*, interdum leuior est causa delicti, cum scilicet, damnum datur culpa non dolo malo: nam & actio legis Aquiliæ est de damno culpa dato. In ea lege iniuria significat culpam. Eandem vero æquitatem Octauenus Iurisconsultus producebat ad causam albi corrupti, si familia album corrupisset, satis esse existimans, & hoc casu tantum præstari quantum præstandum foret, si vnus id fecisset, & solus quidem Octauenus in hac fuit sententia: nam præualuit durior sententia, vindicandæ contumeliæ prætoris causa: vt scilicet plura facta, vt sunt, & esse intelligantur, cum & vindicandæ priuatæ contumeliæ causa, quam priuato familia alicuius intulit, plura facta esse intelligantur, *d. l. si plures.* Denique albo corrupto, vel iniuria facta à familia alicuius, plura facta sunt, & esse intelliguntur. furto autem à familia facto, vel damno culpa dato, plura quidem sunt facta, sed plura esse non intelliguntur, sed vnum tantum. Et ratio differentiæ est euidens, quia grauior est causa imminutæ maiestatis prætoris, vel imminutæ libertatis priuati hominis, vel imminuti honoris, & tanto grauior iniuria, quanto à pluribus admissa est, vt ait *l. si plures*, quam diminuti patrimonij, hoc est, damni pecuniarii, quod numerus eorum, qui damnum dederunt, sane non auget: neque enim magis amitto, quod plures auferunt, quam quod vnus aufert, quod vnus aufert, quodue deterius facit. Idcirco facile patimur furtum quod familia fecit, vel damnum quod familia dedit, pro vno facto haberi: non item contumeliam illatam priuato vel prætori. Et vno tantum casu Paulus notat hoc loco, Octaueni sententiam esse sequendam, si familia non corruperit album prætoris suis manibus, sed curauit, vt ab alio corrumperetur, quia tunc vnum consilium est, vnus animus omnium, vnum consilium conflatum ex motu eodem plurium animorum, Quum autem familia ipsa corrumpit album prætoris, sane plura sunt facta & quidem impudentiora, quam si curet corrumpi ab alio, plures sunt offensæ, plura facta. Vide repetitam prælectionem in Appendice.

Ad L. X.

AIt *l. 10. eum, qui iurisdictioni præest, ius dicere sibi non posse*, magistratum intelligit. Magistratus est qui iurisdictioni præest, *l. pen. inf. de iud. l. 1. tit. seq.* ne dixeris, qui tribunali præest, nec enim omnes magistratus tribunal habent, *l. 1. de iud.* Omnes tamen magistratus iurisdictionem habent. Magistratus ius dicunt, non iudicant, nisi extra ordinem certis in causis: contra iudices dati à magistratibus iudicant, non ius dicunt. Verum vt hoc loco Vlp. ait, *Ius dicere magistratus alijs debent, non sibi, non vxori, non liberis suis, non libertis, non ceteris, quos secum habent*, puta domesticis, siue comitibus vel adsessoribus. Ius dicere, adde vel iudicare ex *tit. C. ne quis in sua causa iudic.* Et sane iudicare vel ius dicere sibi nemo debet vel potest: at liberis, vel vxori, vel libertis, vel parentibus, vel domesticis potest quilibet ius dicere, *l. 6. de recep. qui arbit. & l. in priuatis, de iudic.* Quibus locis ostenditur, de re patris filium, vel de re filii patrem iudicem esse posse: addita hac ratione, quia iudicare munus est publicum: quę ratio cum etiam iurisdictioni conueniat (nam & ius dicere munus publicum est) ideo dicam & patri filium, vel contra filio patrem ius dicere posse; quod etiam omnino probat lex *illeaquo, §. vlt. cum l. seq. ad SC. Trebell.* nec hac in re faciam differentiam inter ius dicere & iudicare, quam statuunt plerique, vel potius *in d. l. priuatis*, iudicem accipiam & iudicare generaliter, vt & magistratus comprehendam: quia & magistratus nemo nescit iudices appellari, vt in *tit. C. de iurisd. omn. iudic.* Denique dicam, patrem de re filii iudicare, vel ius dicere posse; & multo magis de re vxoris, aut liberti, aut domestici: quod significat *d. l. in priuatis, & d. l. 6.* Sed vt ait Vlpian. hoc loco, posse quidem, sed non debere: nisi parcissime: licere, sed non decere vt *l. solet §. 1. de offic. proc.* dicitur, proconsuli licere adimere, & reuocare mandatam legato iurisdictionem, sed non debere inconsulto principe: quia legatus proconsulis, vt docuimus *in l. 5.* non tam mandatam, quam & propriam quodammodo iurisdictionem habet. Non omne quod licet, honestum est. Licet iudicare de re filii vel patris, quia munus publicum est, & quia iudicat quasi extraneus, aut publica persona, non quasi pater aut filius: sed id non decet. Et sane quod est honestius, etiam omnino sequendum est, vt in nuptiis contrahendis: in quibus dicitur non tam spectari quid liceat, quam quod sit honestum. Hic honesti ratio obseruatur magis, & præualet, & licet quidem patri esse iudicem in re filii, & contra, si priuatum sit iudicium, vt ait *d. lex, in priuatis*, si sit priuatum negotium, non etiam si sit publicum, si capitale, si criminale, quia vt hîc Græci recte notant, in priuatis causis, si quid peccatum sit, facile emendari potest remedio appellationis, vel supplicationis: in publicis iudiciis pleraque interueniunt, quæ emendari postea nequeunt, veluti carceres, tormenta, quæstiones, vincula, *l. vlt. C. de abolit.* quia indignum maxime sit à filio pati patrem: Ergo in priuatis tantum causis dicimus posse patrem filio ius dicere aut iudicare, & contra, sed non vtique debere. Et ita hæc quæstio explicanda est, explosa sententia eorum, qui faciunt differentiam inter iudicare & ius dicere.

Ad L. XI.

AD hanc legem notandum est, non omnes magistratus de qualibet summa & quantitate ius dicere posse: de minori quantitate fideicommissi ius dicit prætor fideicommissarius, de maiore Consul. Quint. 3. Inst. *Non debes apud prætorem petere fideicommissum, sed apud consulem, maior enim prætoria iurisdictione summa est.* Magistratus quoque municipales non possunt de maiori summa ius dicere, quod & Paulus aperte demonstrat *lib. 5. Sentent. Res* inquit, *iudicatæ videntur à magistratibus municipalibus vsque ad summam, ad quam ius dicere possunt.* Item defensores plebis, siue ἔκδικοι, qui etiam magistratus sunt, & in *Nouel. 15.* dicuntur obtinere τάξιν ἀρχόντων, ius dicere possunt vsque ad quinquaginta aureos, *l. 1. C. de defens. ciuit.* hodie vsque ad 300. ex supra dicta *Nou. 15.* Hoc cognito, finge: Quidam apud magistratum municipalem in Titium plures actiones instituit. singularum actionum quantitas est intra iurisdictionem magistratus: coaceruatarum autem actionum quantitas superat iurisdictionem magistratus. Quæritur an apud eum hæ omnes actiones recte instituantur? Et initio huius legis ostenditur ex auctoritate prudentium & rescripto Antonini, recte institui omnes apud magistratus municipales, quia nulla earum excedit summam, ad quam magistratus municipales ius dicere possunt: Et vtuntur etiam hodie hoc iure minores Senatus singularum ciuitatum, quibus iudicatio data est vsque ad certam summam sine prouocatione. Eodemque modo cum lege Voconia non poterat, qui censius erat, mulieri quicquam relinquere vltra certam partem bonorum, puta quadrantem, vel vt Rhetores fingunt, semissem, si quis pluribus mulieribus relinquens intra modum legitimum certas portiones, quæ tamen computatæ, & in vnum contractæ plusquam portionem legitimam patrimonii efficiant, quæ species est apud Quintilianum 264. *Declamat.* recte dicam singulis mulieribus deberi, quod separatim relictum est, quia plures sunt mulieres, vt in specie proposita, plures actiones, vni mulieri non possent separatim plures summæ legari, si coaceruatæ excederent modum legitimum, quia lex Voconia noluit mulieres nimias opes possidere, ne potentia earum ciuitas opprimeretur. Et similiter, si vna sit actio, quæ plures species, plura

capita habeat, & singularum specierum summa non excedat modum iurisdictionis, coaceruatarum summa excedat, recte dicam, hanc summam esse supra iurisdictionem magistratus, & in hac lite ei ius dicenti impune non obtemperari, inspecta potius summa summatum, quia vna actio est, quam summis singulis. Et huius rei argumentum est *in l. 10. §. 1. de appellat.* Ad hanc causam, quum scilicet quæritur de quantitate ad iurisdictionem pertinente, pertinet etiam species huiusmodi: Quidam apud magistratum municipalem agit de minori summa, & vicissim cum eo apud eundem aduersarius agit de maiori summa, quæ modum excedit iurisdictionis municipalis. Mutuæ scilicet actiones sunt, mutuæ petitiones, siue ἀντιπαγωγαί, vt *in l. 15. de except. rei iud. l. 34. de procurat. l. Lucius. mandati.* Qua ex causa, vbi de mutua petitione liquerit, compensatio postulatur, *l. 1. C. rerum amot.* Nec enim compensatio fit, antequam de re liquerit, quæ vicissim in petitionem deducitur, *l. si debes, de compens. l. vlt. C. eod. l. 3. de tut. & ration. distr.* Ex quo apparet, quid distet mutua petitio à compensatione. Fac igitur, mutuas esse petitiones: Vnam minoris summæ, eius scilic. qui prior ad iudicium prouocauit, alteram maioris summæ, quæ superat iurisdictionem aditi magistratus. Quæritur: An vtraque actio peragi possit apud magistratum municipalem? Et ostenditur, posse *hac l. §. 1.* alioquin vel per calumniam & malitiam, maiorem quantitatem petendo aduersarius, traheret actorem, qui rite minorem petiit apud competentem iudicem, ad alium iudicem, quod non est ferendum: Et ita præses, qui de commodato non iudicat, sed iudicem dat, qui iudicet: de salario vel nutritio, extra ordinem iudicat ipse, non etiam iudicem dat, si apud eum actum sit de salario, & ab aduersario introducta mutua petitio de commodato, tum & de commodato recte iudicat extra ordinem, *l. 1. §. vlt. de extraord. cognit.* Prior lis, quæ rite mota est, trahit ad se litem, quæ vice mutua intenditur ab aduersario, quamuis ea prius rite non moueretur: quoniam de priori lite aditus est competens iudex. Si incompetens adeatur, veluti magistratus municipalis, de maiori summa, ad alium iudicem eundum est, licet mutua petitio sit: de minore summa non item, vt ponenda est species *in §. 1.* Si prius adeatur magistratus municipalis de minori summa, causa minor trahit ad se maiorem, quæ obiicitur à reo.

Postremo quæritur circa iurisdictionem eius, qui cognoscit, quid sit dicendum, si agatur duplici actione, h. est, communi vtrique parti, actori & reo, communi plurium personarum, in qua scilicet omnes personæ quæ iudicem siue magistratum adeunt, tam rei quam actoris partes sustineant, cuius generis est actio familiæ erciscundæ, communi diuidundo, & finium reg. Duplices sunt actiones siue communes, in quibus vnusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, *l. 10. finium reg. l. 2. §. in famil. fam. ercisc.* Quid si agatur duplici interdicto, veluti interdicto vti possidetis vel vtrubi, *l. 3. §. 1. vti possidetis*? Et vt ostenditur *in §. vlt. huius leg.* quoties quæritur de quantitate ad iurisdictionem pertinente, duplicem actionem pro vna actione haberi, & ideo non spectari separatim ius cuiusque litigatoris, hoc est, non spectari partem, quam quisque persequitur, & suam esse vindicat, familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo iudicio, vel finium regund. sed spectari totum, confusa vtraque parte, non separari summas, sed cumulari & consummari, quia hæc tota res in iudicium permixtim & confuse, siue communiter deducta est, & vna sententia etiam iudicis socio vel affini siue vicino tota vni ex litigatoribus in solidum adiudicari potest. Ideoque in duplicibus actionibus coaceruandæ sunt partes singulorum, quorum communis res est, non separandæ.

Ad L. XII.

Magistratibus municipalibus supplicium à seruo sumere non licet: modica autem castigatio eis non est deneganda.

A Nihil est euidentius, quam hanc legem pertinere ad iurisdictionem duumuirorum, siue magistratuum municipalium. Et obseruandum est tractam esse ex Vlp. *l. 18. ad Edictum:* quo libro tractauit de lege Aquilia, & docuit etiam magistratum municipalem in ipso magistratu posse conueniri actione legis Aquiliæ, de damno culpa dato, vel actione iniuriarũ, sicut & Ædiles plebis, & alios minores magistratus constat eadem actione conueniri posse in ipso magistratu, *l. nec magistratibus, de iniur. l. eumque, de peric. & comm. rei vend. l. 29. §. magistratus ad le. Aquil.* Et teneri quidem magistratum municipalem actione legis Aquiliæ, exempli gratia, quod proponitur *in d. §. magistratus*, si pecudes, quas pignori cepit, forte ex causa iudicati (nam magistratus municipales pignoris capionem habent, *l. 4. §. 1. de dam. inf.*) fame necauerit, dum non

B patitur eis adferri pabulũ, vel etiam, si res, quas pignori cepit, vel ex l. municipii vti oportet, vel non vti oportet, nihil refert, eas si tritas vel corruptas reddat, tenetur lege Aquilia. Itemque si à seruo alieno vltimum suppliciũ sumat, quod ei iure non licet. *Magist.* inquit, *municipalibus supplicium à seruo sumere non licet.* Licet, quod legib. permissum est, vt Oratio pro Balbo demonstrat copiose: Non licet quod lege permissum non est. Lex autem nulla magistratui municipali dedit merum imperium, hoc est, ius vitæ necisque, quæ summa pars est meri imperii, nec cuiquam competit iure suo, nisi sit lege data nominatim: Magistratui municipali, inquam, nulla lex dedit merum imperium, imo lex etiam ei denegauit ea quæ imperii mixti sunt magis, quam

C iurisdictionis, *l. ea quæ, ad municip.* Denegauit & pœnale iudicium, quo tamen ceteri magistratus iurisdictionem suam defendere solent, *l. 1. in princ. si quis ius dic.* Et est illa *l. 1.* satis difficilis. Ait autem in principio: *Omnibus magistratibus non tamen duumuiris, pœnali iudicio iurisdictionem suam defendere concessum esse.* Et non posse magistratus municipales de seruis sumere vltimum supplicium, etiam ostendit *l. 17. §. seruus, de iniur.* qui quidem §. hoc loco mihi explicandus est. *Seruus meus*, inquit, *opera vel querela tua flagellis cæsus est à magistratu nostro* (vbi illud *nostro* manifeste est corruptum: nam sic non solet loqui, & scribendum est flagellis cæsus à magistratu municipali, vt in Basil. ὑπὸ τῶ στρατηγῶ: in quibus magistratus municipales semper appellantur στρατηγοί) eo casu mihi

D dari aduersus te actionem iniuriarum, quod opera tua factum sit, vt seruus meus per iniuriam cæderetur à magistratu municipali. Si seruus ob eam rem vita decesserit, si loris ruptus fuerit, vt loquitur *lex 15. §. vnde quærit, de iniur.* & vim amiserit, ait, etiam mihi competere actionem legis Aquiliæ, aduersus magistratum municipalem, scil. quia nec in seruos habet ius vitæ necisque. Non est tamen, vt subiicit in hac lege, magistratui municipali deneganda modica castigatio. Castigatio in liberis hominib. est fustium castigatio *in l. 3. §. 1. de re mil. l. vlt. de cust. reor.* in seruis est flagellorum castigatio. In liberos autem nec modicam castigationem magistratus municipales habent: quamobrem & *in l. si priu. qui & à quib. man.* proponitur, dominum finxisse, seruum suum esse liberum, *Ne*, inquit,

E *à magistratibus castigaretur.* Vbi Basilica pro magistratib. habent, ἐκ τῶν στρατηγῶν. Ergo seruus recte à magistratibus municipalibus castigaretur, qui in seruos modicam castigationem habent, & fugitiuos quosque seruos in carcerem mittere vel carcere emittere, & domino reddere possunt, *l. si quis vx. §. si fugitiuum, de iniur. l. 2. de fugit.* In liberos autem castigationem nullam habent, & multo minus merum imperium. Et recte ait, *modicam.* nam & in seruos duumuiris grauior castigatio est deneganda, nisi forte quid seruus audeat petulanter, in honorem & ornamenta ipsius magistratus, *l. 15. § adiicitur, de iniur.* Ex alia causa si seruum alienum loris grauiter adfecerit, lege Aquilia tenebitur: Ii magistratus, magisteriave municipalia, vt loquitur *Suet. in Aug.* erant ex ordine decurionum, ex curia & Senatulo municipali, *l. 6. §. 1. quod cuiusque vniuers.* & erant plerunque annui magistratus, *l. 18. C. de dec. lib. 10.*

Ad L. XIII.

EX hac lege intelligimus, solos magistratus iudicem, dare posse, & iubere iudicare, hoc est, iubere iudicem datum iudicio operam dare, vt *l. pen. de vacat. mun. l. si longius de iudic.* vel etiam posse eum excusare, probatis causis legitimis: Iudex enim datus, qui non probat excusationis causam, etiam inuitus iudicare cogitur, *d. l. pen. §. qui autem. l. vlt. §. iudicandi, de muner.* Est enim iudicare ciuile siue publicum munus, *l. 78. de iudic. l. 2. de reg. iur.* & ciuilia munera inuitis iniunguntur. Ergo soli magistratus iudices dant speciales, & iudicare iubent, *l. 3. h. t.* vt Præfectus vrbi, sicut est proditum *in l. vlt. de offic. præf. vrbi.* præfectus vrbi iudicare iubet etiam extra vrbem, & tametsi omnia crimina sibi vindicet, tamen extra vrbem non nisi intra centesimum miliarium, qui terminus vrbis dicitur, potestatem habet, vt ait *d. l. vlt.* Potestatem, hoc est, merum imperium, quod per eminentiam potestas appellatur, *l. 3. hoc tit. & in l. 1. in princ. de offic. præf. vrb.* cum ait: Omnia omnino crimina præfecturam vrbis sibi vindicare, nec tantum ea, quæ intra vrbem admittuntur, verum & ea quoque, quæ extra vrbem intra Italiam: manifesto principium legis ita emendandum est (*extra vrbem, intra centesimum miliare*) vbi vulgo legitur (*extra vrbem intra Italiam*) quia nimis latum est spatium Italiæ. Vlp. *tit. 9. de offic. proc. apud Licinium Rufinum. Romæ*, inquit, *præfectus vrbi solus de plagis cognoscit, si intra centesimum miliare sint in via commissa. Enimuero, si vltra centesimum præfectorum prætorio erit cognitio, in prouinciis autem præsidum prouinciarum.* Hoc vero loco ostenditur etiam proconsulem iubere iudicare, vel prætorem, vel alios, qui prouincias regunt, veluti legatos Cæsaris & correctores (nam quidam mittebantur in prouincias, non præsidum aut proconsulum nomine, sed correctorum tantum) vel consulares, vel præfectos Augustales, vel procuratores Cæsaris, qui vice præsidum funguntur: denique omnes eos, qui prouinciam regunt, iudicem dare, & iudicare posse, cuiuscumque potestatis, cuiuscumque conditionis sint vel appellationis: *non tamen ea*, inquit, *die iubere iudicare possunt, quo ipsi priuati futuri sunt*, vt pote magistratu defuncti: quia nihil interest, priuatus iubeat iudicare, quod fit inutiliter, an magistratus in eum diem, quo priuatus futurus est: vt nihil interest maritus mulieri donet, an non maritus, in id tempus, quo maritus futurus est, quia neutra donatio valet, *l. 4. C. de donat. ante nupt.* Igitur si calendis proximis magistratus iubeat iudicare, quibus magistratu abiturus, & priuatus futurus est, nihil agit, iudicis datio non valet. At si calendis proximis, quibus iudicare iussit, nondum priuatus futurus est, recte iudicem dedisse intelligitur: nec mulctabitur iudex, etiamsi post susceptam cognitionem is, qui eam dedit, magistratu abeat. Et ita explicanda est *lex venditor §. vlt. de iud.* quam opponit Accurs. *Magistratus autem*, inquit, *vel is qui in potestate aliqua sit*, vt puta proconsul aut proprætor, & quia præcedit *proconsul* hoc loco, quasi communi repetito illo articulo, *pro*, quod sequitur, vel prætor sic accipi debet, vel proprætor, omnino, vt *in l. pen. infr. ad l. Iul. repet. Quod contra legem repetundarum proconsuli vel propr. etori donatum est, non poterit vsucapi*, vt hoc loco, proconsul, vel prætor. Sed repetendum est illud: *Proprætor est*, qui & legatus Cæsaris dicitur, qui mittitur in prouincias, quas suæ potestatis fecit princeps, quas sibi reseruauit. Proconsul autem mittitur in prouincias, quas tribuit seu reliquit populo vel senatui. Nota est diuisio prouinciarum, quam fecit Augustus cum populo & senatu, *ex lib. vlt. Strabonis, & 53. Dion.* ex Theoph. etiam nostro in *§. per traditionem, Instit. de rerum diuis.*

Ad Leg. XIV.

EX hac lege hoc tantum notandum est, magistratum in eum qui par aut maius imperium habet, imperium

A aut iurisdictionem non habere, vt *in l. 3. §. vlt. & l. 4. de recept. qui arb.* veluti in prætorem prætor imperium non habet, vel iurisdictionem, nec similiter consul in consulem, nec præses in præsidem: nam & præsides diuersarum prouinciarum inter se collegæ dicuntur, *l. solent, de custod. reor.* Prætor in consulem imperium vel iurisdictionem non habet, vel quia consulis est maius imperium. Imo olim quum *maiorem magistratum* dicebant, auctore Festo, solum consulem intelligebant, quia nullus erat Coss. maior, nisi quum extra ordinem creabatur dictator: vel quia etiam prætor collega consulis vocabatur. Collegæ nonnunquam à maioribus ij qui inferiores sunt, quamuis reuera potestate non sint collegæ. M. Tull. ad Attic. *lib.*
B *9. epist. 15.* Consules à prætoribus non rogari. Quid ita? Prætores rogantur, vt collegæ consulum sint, quorum est maius imperium. Plinius *in Panegyr. ad Traian. Consul pleraque ad prætores remittebat, ita vt eos collegas vocaret.* Quod etiam aperte est proditum apud A. Gellium *lib. 13. capit. 14.* Ergo qui maius imperium habent, inferiores collegas suos vocant. Proximitas autem legis superioris indicat, non eo tantum pertinere hanc *l. 14.* vt intelligamus, non posse magistratum pari vel maiori, vel in parem vel maiorem ius dicere, sed specialiter non posse iubere iudicare eum, qui par imperium, aut qui maius habet, vt in *l. iudicium, inf. de iudic.*

Ex contrario igitur recte dices, magistratum posse iu-
C bere iudicare eum, qui minus imperium habet, verbi gratia, præsidem magistratum municipalem specialem iudicem dare posse, & iubere iudicare, quod notandum est. Non habet autem magistratus iurisdictionem in eum, qui par aut maius imperium habet: non habet, inquam, in eum inuitum, in volentem habet, si se subiiciat iurisdictioni eius, vt *in l. ille à quo §. tempestiuum, ad Trebell.* quæ est sententia huius l. ad quam recte Accurs. notat, huic legi locum esse in contentiosa iurisdictione, quæ scilicet exercetur in inuitos: hæc non exercetur in parem vel maiorem, nisi volentem. Aliud est dicendum in voluntaria iurisdictione, quæ nec in volentem exercetur, quod tamen prima facie videtur esse falsum: voluntariam iurisdictio-
D nem magistratus, nec in magistratum volentem, qui par aut minor sit, exercere potest, vt puta Prætor non potest manumittere, vel adoptare, vel emancipare apud collegam, qui actus sunt voluntarij, & exercentur inter eum, qui vult manumittere, & eum, qui vult manumitti, emancipare & emancipari, adoptare vel adoptari. Denique hæc sunt voluntariæ iurisdictionis, & tamen hæc prætor apud collegam exequi non potest, *l. apud eum, de manum.* Et ratio hæc est, quia apud seipsum seruum manumittere, aut filium emancipare, apud seipsum extraneum in locum filij adoptare, *l. 5. de manum. vind. l. 4. de adopt. l. 2. de offic. præf.* Quod quis habet in sua potestate, id frustra requirit ab alio, vel exequitur apud alium, *argum. l. quia 22. de cond. inst.* & eius, quod Theoph. notat *in §. pro-*
E *prius, Instit. qui test. tut.* Ergo magistratus apud se manumittere, emancipare, adoptare potest, quæ sunt negotia voluntariæ iurisdictionis, & frustra adit collegam vel superiorem. At priuatus homo potest hæc omnia exequi apud magistratum quemlibet, etiam incompetentem, si se subiiciat iurisdictioni eius, vel vt loquimur, si proroget iurisdictionem eius, *l. etiam §. vlt. de man. vind. l. emancipari. §. 1. de adop. & l. 1. & 2. de iudic.*

Ad L. XV.

Si per errorem alius pro alio prætor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est: nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in præsidem. Cum vt Iulian. scribit, non consentiant, qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit.

HÆc lex 15. est ex Vlp. *lib. 2.* de omnibus tribunalibus, in quo Vlp. vt constat *ex l. 6. & 8. de reb. eor. qui*

sub. tut. & l. 198. *de verb. signif.* tractauit de oratione Imperatoris Seueri & Senatusc. quod vetat alienari & obligari prædia minorum XXV. annis. quo tamen Senatusc. quave oratione, si æs alienum tantum sit, vt ex rebus cæteris non possit exsolui, nominatim expressum est, vt prætor vrbanus adeatur, & ex eius decreto permittatur prædiorum alienatio vel hypotheca, *l.* 1. *eod. tit. de reb. cor. qui sub tut.* In prouinciis autem vt adeatur præses, *l.* 11. *eod.* quoniam ad eum pertinent prætoris partes: Et inde *in eod. tit.* fit frequens mentio aditi prætoris, *l.* 5. §. *illud, l.* 7. §. 1. & in *d.* §. *illud*, hæc est quæstio, quæ proxime pertinet ad hanc legem: an si prætor vrbanus aditus sit pro præside, vt permitteret distrahi prædium prouinciale, & causa cognita permiserit, an tale decretum valeat? Et si quidem scientes tutores vel curatores & creditores vel emptores eum adierint, & tutela Romæ agebatur, vt ait, decretum valet. Duo exiguntur. Primum, vt Romæ tutela geratur: nam si geratur in prouincia, non valet decretum, quo permittitur alienatio prædij prouincialis, nisi à præside eius prouinciæ interpositum fuerit, *d. l.* 11. & 12. & 19. *C. de præd. minor.* Item exigitur vt scientes prætorem adeant. Nam si per errorem tutoris & curatoris adeant prætorem pro præside, non videntur consensisse in prætorem, & decretum ab eo interpositum non valet. Vulgo legitur hoc loco: *Non videri consensisse in præsidem:* & male, quia non præsidem, sed prætorem fuisse aditum ponit, alium pro alio, vt puta prætorem pro præside: vel, quod verbis legis congruentius est, prætorem Augustalem, verbi gratia, pro Constantiniano, cuius ea de re iurisdictio est, vt ostendit *l. vlt. C. de præd. minor.* vel prætorem peregrinum pro vrbano. Et malim legere hoc loco: *Non esse ferendum eum, qui dicat, consensisse eos in præsentem*, hoc est, in prætore quem adierunt: Et ideo in eum consensisse eos non videri, quia non consentiunt, qui errant, vt Iulianum scribere ait: & vero ita scribit *l.* 2. *de iudic.* errori inest ignorantia, quæ scientiæ contraria est, si scientiæ, & sensui igitur: nam sensus nobis datus est scientiæ capessendæ gratia: & rursus, si sensui, & consensui igitur. proinde qui errant, non possunt videri sentire aut consentire, vt eleganter *l. si tibi*, §. *vnius de opt. leg. Si non sentire*, inquit, *potest, nec consentire igitur.* Et hoc est, quod ait: *Nihil tam contrarium consensui esse, quam errorem, qui ignorantiam siue imperitiam detegit*: Et errant sane, siue errent in persona prætoris, vt si Mæuium accipiant pro Caio, siue errent in iure, vt si putent, huius prætoris ea de re iurisdictionem esse, quæ est alterius prætoris, *d. l.* 2. *de iudic.* Recte autem in præsentem: nam in absentem nec scienter, qui consentiunt, ex hac conuentione siue consensione iurisdictionem prætori absenti dederint, quam non habet, antequam eum adierint, *l.* 18. *hoc tit.*

Ad L. XVI. & XVII.

VTraque lex est de mandata iurisdictione, & ait, prætorem solere (quod & more maiorum comparatum esse ait *l.* 5. *hoc tit.*) iurisdictionem suam alij mandare, & vel omnem siue vniuersam mandare, vel speciem vnam iurisdictionis, vt quum prætor magistratui municipali mandat, vt iubeat caueri damni infecti, & vice cautionis mittat in possessionem, *l.* 4. §. 1. *de dam. infec.* vel vt ait *in l. seq.* potest mandare iurisdictionem suam in personas certas tantum, veluti in publicanos, aut mancipes, vel etiam ex iusta causa in litem vnam, vt in specie quæ proponitur *in l. seq.* quæ in eam rem singularis est, & confirmatur *cap.* 36. *ext. de appellat.* videlicet si qua in lite prætor aduocatus fuerit vnius partis ante præturam, post præturam ea de re ipse ius dicere non debet, sed alij mandare potest, vt ea de re ius dicat, nec potest is, cui mandauerit, prohiberi, quo minus ea de re ius dicat, hoc prætextu, quod de ea non potuerit ius dicere mandator, quod etiam probatur *in c. iudex, de offic. deleg. in* 6. Non debet quis de ea lite ius dicere, in qua aduocatus fuerit, imo nec esse

A in consilio ius dicentis ea de re, *l. vlt. C. de adsess. l. pen. supr. tit. prox.* nec in ea re siue lite testimonium dicere *l. vlt. de testib.* Sicut nec executor litis in ea lite potest testimonium dicere, vt eadem lex ostendit. Porro partem iurisdictionis posse alij mandari etiam id ostendit, quod M. Tullius scribit ad Quint. fratrem proconsulem Asiæ: *Parum refert*, inquit, *abs te ipso ius dici æqualiter & diligenter, nisi idem fiat ab ijs quibus & tu eiusdem muneris partem aliquam concesseris.* Et loquitur aperte de munere iuris dicundi: Et omnino vt priuati possunt procuratorem omnium rerum facere, mandatis ei suis negotiis omnibus, vel ad vnam rem tantum, vnamque speciem, *l.* 1. §. 1. *de proc.* Ita magistratus vel omnem iurisdictionem, vel vnam rem tantum mandare alij possunt: Ac præterea vt procurator, cui negotia nostra mandauimus, vicem nostram
B subit *l. minor* §. 1. *de proc.* Vel vt M. Tullius ait pro Cæcina: *Opera nostræ vicariam suam fidem interponit, & iuris nostri vicarius est:* Ita *l.* 16. ait: *Eum, cui magistratus mandauit iurisdictionem, fungi vice eius qui mandauit, non sua vice*, hoc est, alienam iurisdictionem eum exequi, non suam, quia suam nullam habet, *l.* 3. *de offic. eius cui mand. est iurisd.*

Ad L. XVIII.

Si conuenerit, vt alius prætor, quam cuius iurisdictio esset, ius diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur eiusmodi conuentio-
C *ni stare.*

ESt huius legis facilis & aperta sententia, & hæc est breuiter: Si exempli gratia conuenit inter heredem & fideicommissarium, inter quos erat controuersia de iure fideicommissi, vt pro prætore fideicommissario prætor tutelaris adiretur, qui de fideicommisso cognosceret, non per errorem, sed certo iudicio, si conuenerit inter eos vt relicto prætore fideicommissario, cuius ea de re notio est, adirent incompetentem iudicem & incongruum, puta prætorem tutelarem qui de fideicommisso cognosceret, nec dum eum adierint, nuda conuentio est. Ex nuda autem conuentione constat ex regula iuris, non nasci obligationem: proinde nec huic conuentioni quisquam stare compellitur, cum iure ciuili obligatus non sit. Nemo eorum
D igitur stare conuentioni, nec adire iudicem incompetentem cogitur, tametsi in eum absentem eo modo consenserint: Sed si eum semel adierint ea de re, vel libello dato, vel lite apud eum contestata, nihil refert, quia conuentio ex re ipsa sumpsit effectum, & desiit esse nuda, iam nullus pœnitentiæ locus est, nulla ratio superest mutandæ sententiæ, mutandi iudicis iam aditi, & ita approbati, quæ est sententia huius legis.

Si obiiciatur huic legi *lex penult. C. de pact.* dico in eius legis specie contractui ex continenti adiectam fuisse conuentionem adeundi ea de re iudicis incompetentis, omisso competenti, omissa præscriptione fori: ex qua conuentione obligationem nasci constat, maxime si adiecta
E sit contractui bonæ fidei, tametsi iudex nondum aditus sit: Vel si adiecta sit contractui iudicij, ex ea conuentione agenti si obiiciatur præscriptio fori, datur replicatio pacti conuenti, replicatio iustæ conuentionis aduersus præscriptionem fori. Conuentio autem, de qua agitur in hac lege, non fuit adiecta contractui, & ideo nec obligationem parit, & antequam prętor adeatur, liberum est cuique mutare sententiam, & migrare à conuentione. Cetera quæ ad hunc locum pertinent, reperies ad Africanum *tract.* 7.

Ad L. XIX.

LEx hęc pertinet ad fideicommissa, fideicommissorumve persecutionem, quod inscriptio satis demonstrat, quæ talis est: *Vlpian. lib.* 6. *fideicommissorum.* De fideicommissis autem in vrbe cognitio erat consulum, aut præto-

ris fideicommissarij, in prouinciis autem præsidum prouinciarum, vt idem Vlpian. scribit *lib. sing. reg. tit. de fideicom.* Et hoc ita accipiendum, vt apud præsidem eius prouinciæ fideicommissa, aut in qua heres à quo fideicommissa relicta sunt, sedes suas, larem & domicilium habet. *l. si fideicommissum*, §. *penult. de iud. l. tutores* §. *heres de admin. tut.* Finge, à muliere herede instituta relictum fideicommissum peti. peti illic debet, vbi ipsa domicilium habet, si puella sit: vel si nupta sit vbi maritus eius domicilium habet: Nam contractis nuptiis mulier domicilium mutat, & sequitur domicilium & forum mariti *l. exigere, de iudic. l. 13. Cod. de dignit. lib. 12.* Idemque domicilium post mortem mariti, quamdiu vidua permanet, retinet, *l. filij* §. 1. *ad municip.* domicilium mariti, lar & domicilium matrimonii est, *l. 5. de ritu nupt. l. 1.* §. *domum. de lib. agnos.* Seruius in illum locum Virgilii:

Et patrio Andromachen iterum cessisse marito:

Secundum ius, inquit, *locutus est, quia vxor viri domicilium sequitur.* Et sane hac in re distat inter cetera sponsa ab vxore. Nam sponsa nondum domicilium mutat *l. ea quæ 31. ad municip.* vxor mutat statim. De iusta vxore loquor, non de iniusta, veluti de peregrina, quæ iunxit se ciui Romano. *l. penult.* §. *vlt. eod. tit.* quem §. vulgo male accipiunt de concubina, cum sit de iniusta vxore, quæ habetur vt vxor, non vt concubina, quanquam in concubina idem esse non inficior. At quid dicemus, si ab illa puella herede instituta, priusquam nuberet, petitum sit fideicommissum apud præsidem prouinciæ, vnde ipsa orta est, & vbi vel moratur, vel ipsa domicilium habet, qui procul dubio iudex est congruus & competens, apud quem etiam ipsa de fideicommisso iudicium acceperit, vel quod idem est, litem susceperit: præses autem cognitionem susceperit; quod fit lite contestata (contestatione litem suscipit vtraque pars, iudex cognitionem: vt in *l. inter, de publicand.*) Et finge, pendente cognitione ante sententiam, vel post sententiam, post condemnationem ante executionem sententiæ puellam Titio nupsisse homini alterius prouinciæ. Quæritur, an sententia dicta à priori iudice, exsequi, & ad finem perduci possit? Et respondet posse, quia recte lata est, ideo & recte ad effectum perducitur & exequitur, quoniam in ea causa, de qua iure aditus est prior iudex, non desinit esse iudex competens, tametsi mulier transierit interim ad aliud forum per matrimonium, h. e. alterius iudicis iurisdictioni subiecta esse cœperit. Denique vbi semel acceptũ est iudiciũ, ibi finem accipere debere, *l. 30. de iud.* Finis iudicii & extrema linea est executio, *l. 1. si quis ius dic. non obt.* Quod generaliter ait hoc loco, *obtinere in omnibus casibus similibus.* nempe vt sententia, quam dixerit is, qui initio iure aditus est, & iure cognitionem litis suscepit apud eum contestatæ, ad effectum perducatur, etiamsi postea ante sententiam, vel ante executionem is, qui condemnatus est, alterius fori esse cœperit, veluti militia aut sacerdotio, quia his omnibus casibus (quibus quis fit alterius iurisdictionis ante sententiam) præuentioni locus est, & præuenisse prior iudex intelligitur, vt certe reuera præuenit, & præoccupauit, *l. 7. de iud. cap. pen. ext. de for. compet.* & priuilegio fori eo tantum vti licet, quod quis habet initio litis, non quod post litem rite inchoatam & contestatam apud competentem iudicem habere cœpit. Nec obstat *l. qui autem, si quis caut.* quia vt docuimus ad Papin. *ad l. 24. de excus. tut.* ea lex non loquitur de præscriptione fori, siue priuilegio fori.

Vbi autem & à quo exequenda sit sententia, quam prior iudex dixit de fideicommisso, hæc lex non exprimit, quod tamen quasi expressum, adstruunt veteres iuris interpretes temere: Nam hæc lex tantum dicit, recte latam esse sententiam & exequendam esse: à quo exequenda sit, non dicit. Verum dicas, ab eo exequendam esse, qui eam tulit, si in ea prouincia sint bona damnati, vel nomina, quæ iudicato faciendo sufficiant: alioquin rogatu eius, qui sententiam dixit, quo iure vtimur, alius iudex eam exequetur. Et hoc modo fit vt sententia in vna prouincia dicta exequa-

A tur in alia: vt Romæ dicta, exequatur in prouincia, vel contra, *l. argentarium* §. *vlt. de iudic. l. à diuo Pio.* §. 1. *de re iud.* sententiam Romæ dictam præsides exequi posse, si hoc iussi fuerint, h. e. si rogati fuerint. Eleganter Plinius in Panegyr. *Iubere esse adulationis non imperij verbum*, vt quum dicimus: Iubeo te saluere, verbum est precarium, quod fideicommissum faciat, non directum, quod legatum faciat.

Ad §. vltim.

QVod proponitur in §. *vlt. huius l.* aptari etiam debet ad fideicommissa, & sat modo docuimus supra *in l. 11.* ex Quintiliano, de fideicommissis maioris quantitatis agendum esse apud Coss. non apud prætorem fidei-

B commissarium. Vnde quæri potest quemadmodum maiorem quantitatem accipere oportet? vtrum ex rei veritate, quæ scilicet reuera fideicommissario debetur, an ex petitione fideicommissarij? Et ait spectari hac in re petitam quantitatem non debitam, quoniam id tantum in iudicium deducitur, quod actor petit. Minor quantitas, si minorem petat: etsi maior debeatur. Maior quantitas, si maiorem petat, etiamsi minor debeatur: & pro modo petitionis siue libelli actoris vel Coss. vel prætorem suscipere cognitionem fideicommissi. Et ita quoque in causis appellationum, quum quæritur earum quantitas, qua de agitur, vt liqueat, apud quem disceptandæ sint causæ, & merita appellationis, spectatur quantum sit in condemnationem de-

C ductum, non quantum debeatur, *l. in offerendis, C. de appellat.*

Ad L. vltim.

Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, & si supra iurisdictionem suam velit ius dicere.

HAnc l. pertinere proprie ad magistratus municipales multa argumenta euincunt: ac primum quidem inscriptio: nam libro primo ad edictum constat pleraque Paulum tractasse de magistratibus municipalibus siue duumuiris. Deinde coniunctio *l. inter, ad municipal. ex eodem lib. Pauli*, quæ huic congruenter ait: *De re maiori non posse agi apud magistratus municipales, nisi inter con-*

D *sentientes.* Nam & hoc loco idem Paulus ait: Non tantum eum, qui magistratui ius dicenti extra territorium, hoc est, extra fines proprii municipii obtemperare detrectat, non puniri; sed etiam eum non puniri, qui non obtemperat ius dicenti de re vel quantitate maiori, quam ei lege liceat: Neque enim magistratui municipali, siue duumuiro licuit ius dicere vltra certam quantitatem, vt docui in *l. 11.* Non punitur ergo qui non paret Duumuiro ius dicenti extra territorium, vel ius dicenti supra quantitatem legitimam intra territorium. Punitur tamen ipse Duumuir, qui ius dicere audet supra quantitatem legitimam, vel vltra fines territorii sui municipii, *l. Duumuirum, C. de decur. lib. 10. Duumuirum*, inquit, *impune non liceat extollere pote-*

E *statem fascium extra metas territorij propria ciuitatis.* Eiusdem rei aliud argumentum sumitur ex verbo territorii, quod ad magistratus tantum municipales refertur, *l. pupillus* §. *vlt. infr. de verb. signif.* Et vt omnium optime scripsit Flaccus Siculus, libro de limitibus agrorum: *Territorium est, limitatio siue pertica vniuersa, vnius municipij consæptum, vnius prouinciæ.* Præsides sub iurisdictione, & cura sua habent, non vnum territorium, sed plura; non vnum municipium, sed plura municipia, vniuersitatem territorij, & vniuersitatem ciuitatum, *l. penult. ad municip. l. cum vnus* §. *vlt. de rebus auct. iud. poss. l. relegatorum* §. 1. *de interd. & releg.* Territorium est vniuersitas agrorum vnius ciuitatis. Prouincia est vniuersitas plurium ciuitatum, municipiorum, coloniarum: Sed idem tamen est in prouincia, quod in territorio, vt etiam suos quisque magistratus prouincialis fines, hoc est, terminos prouinciæ suæ non excedat in iure dicundo, *l. 10. & 16. Cod. Theod. de accusat.* In quibus dicitur vltra

prouinciæ terminos criminis in ea prouincia commissi accusationem institui non posse, & consequenter nec in alia prouincia eius criminis cognitionem alium sibi præsidem vindicare posse. Quod & generaliter obtinet in omni iurisdictione contentiosa, vt extra suam prouinciam præses vel proconsul eam exercere non possit, præterquam ex Senatusconsulto Articuleiano, fideicommissariæ libertatis conseruandæ causa, quæ petitur absente herede, à quo relicta est: quia in re operam suam interponit præses prouinciæ, etiamsi heres non sit eius prouinciæ, nec pertineat ad iurisdictionem eius præsidis, *l. non tantum* §. *sed Articuleiano, de fideic. liber.* Denique præses vel proconsul contentiosam iurisdictionem non exerceret extra suam prouinciam, vel in homines alterius prouinciæ. proconsul tamen voluntariam iurisdictionem exercere potest, etiam extra suam prouinciam, in alia prouincia, in itinere extra vrbem, dum proficiscitur in prouinciam, hoc est, in itinere & quocunque loco, quacunque prouincia: apud eum possunt fieri manumissiones, emancipationes, adoptiones, quæ negotia, siue actiones voluntariæ iurisdictionis sunt, *l. emancipari* §. 1. *de adopt. l. 2. de offic. proc. Plin.* 7. *Epistolarum*, 16. *Tyro*, inquit, *Proconsul prouinciam Bæticam per Ticinum est petiturus, spero, immo confido me facile impetraturum, vt ex itinere deflectat ad te, si voles seruos vindicta liberare.* Qui locus ostendit, proconsulem in itinere, antequam prouinciam ingressus sit, sibi demandatam posse exercere voluntariam iurisdictionem. Sed hæc de proconsule tantum, non de magistratu municipali, nec de præside. Nam magistratui municipali, cui data est legis actio, puta, vt apud eum actus legitimi & solemnes peragi possint, adoptiones, emancipationes, manumissiones vindicta, non inuenio, & hoc dari, vt extra fines sui municipij exerceat iurisdictionem vllam, ne voluntariam quidem: Inuenio hoc tantum dari proconsuli. Dixi magistratui municipali, cui data est legis actio, puta vt emancipari & manumitti apud eum possit & adoptari, quoniam non est data cuilibet magistratui municipali, *l. 4. de adopt. l. vlt. C. de vindict. libert. Paulus 2. sentent. Apud magistratus municipales*, inquit, *si habeant legis actionem, emancipari, & manumitti posse.*

Nec idonea est argumentatio à proconsule ad Duumuiros, imo nec à proconsule ad præsidem: maius enim est imperium proconsulis, quam præsidis; quod vno exemplo ostendere satis erit. Proconsul potest de statu cognoscere, præses non potest principaliter, *l. 1. C. de ord. iud.* sed ex incidenti, *l. seq. Plin. Iun. in epist. ad Traianum, De adsertione ingenuorum.* Maior quoque est dignitas proconsulis: proconsul est spectabilis, Præses clarissimus tantum. Ergo cum *l. vlt.* proprie pertineat ad magistratus municipales, ideo quæ propria est distinctio in proconsule, inter iurisdictionem voluntariam & contentiosam, ea nullo modo potest accommodari ad hanc legem, sicuti ab Accurs. accommodata est.



IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI,
Recitationes solemnes
Ad Titul. 2. Quod quisque iuris in alterum stat.

EDICTVM quod hoc *tit.* proponitur, est etiam *de iurisdictione*, iniqua tamen. Iurisdictio etiam iniqua à Iuliano antecessore *iurisdictio* appellatur. Huius edicti duæ sunt partes. Prima de eo, qui nouum & iniquum ius dixit alteri & in alterum: Quod quis nouum dixit alteri, eodem ipse vti debet, vel idem ius sibi dici æquo animo ferre debet. Vt si prætor reum debitæ

A pecuniæ condemnauerit, non habita ratione præscriptionis triginta annorum, condemnabitur etiam ipse creditoribus suis, licet ipse habeat præscriptionem triginta annorum. Et ita aiunt Græci in *l. 3.* §. *si is pro quo, hoc tit.* Secunda pars est de eo, qui sibi ius iniquum postulauit à Magistratu vel potestate: Quod quis ius nouum siue iniquum sibi postulauerit, eodem ipse vti debet, in qualibet causa pari: siue eam tum habuerit, siue postea habere cœperit, *l. 3.* §. *pen. hoc tit.* Idem traditur in eo, qui ius iniquum impetrauerit à principe, vt qui rescripto principis oblato pretio venditionem à se factam rescindi postulauit. Similiter, si quam emptionem fecerit, pati debet, vt eam auctor suus quilibet rescindat oblato pretio, *l. 7. C. de rescind. vendit.* Hæ sunt duæ partes edicti, vtraque pars B locum habet, si quod quis ius dixit iniquum alteri, quodue sibi postulauit, effectum habuerit, *l. 1.* §. *vlt. hoc tit.* Nam si effectum non habuerit, cessat pœna edicti. Vt si quis iure dixerit extra territorium inique, iuris dictio hæc nullius est momenti: & ideo cessat pœna edicti: quia huius rei nullus est effectus, nulla pœna, in *l. 3. hoc tit. & l. cogitationis, infra, de pœn.* Quæ lex cum sit Vlpiani *lib. 3.* ad edictum, sicut *l. 1. & 3. eod.* omnino est accipienda de pœna huius edicti. ait *Cogitationis pœnam nemo patitur*: pœnam scilicet huius edicti, *Quod quisque iuris.* Nam effectum exigimus. In aliis plerisque causis non tantum effectus punitur, sed etiam voluntas, cogitatio, conatus. Et esse hunc veterem ritum Romanorum, vt puniant etiam C conatum, Seruius scribit, *Æn. 6. Ausi omnes immane nefas, ausoque potiti.* Igitur hoc est singulare in hoc edicto, vt cogitationis vel conatus pœna sit. Est etiam singulare, vt hæc pœna transeat in heredem, *l. 3.* §. *Quod autem, hoc tit.* Quod quis iniquum dixit alteri, eodem etiam heres eius vti debet, si agat ex persona defuncti, non si ex sua. Ceterum hæc pœna non transit in patrem. Quod filius ius iniquum dixit alteri cum esset in magistratu, eo non cogitur vti pater, etiamsi agat ex persona filii, actione sibi quæsita per filium *d. l. 3.* §. *si filius, eod.* Filius non potest facere deteriorem conditionem patris, vt seruus domini, *l. post legatum*, §. *si filius, De his quæ vt indig.* At defunctus potest heredis conditionem deteriorem facere. Quinimo heres plerunque successor est vitiorum & virtutum, *l. vitia, C. de adq. poss.* Pergamus ad reliqua. Vtraque pars D edicti locum habet, si aliquis postulet aduersario id ius dici, quod is dixit alteri, quodue sibi dici effecit: nam nemine hoc postulante, idem ius ei non dicitur sine summa iniuria, quod scilicet is alteri dixit, vel quod dici effecit sibi: Oportet vt instet aliquis; & obiiciat hoc edictum: sed admittitur quilibet aduersarius postulans, siue ab eo læsus sit, siue non, *l. 3.* § *hæc pœna eod.* Est tamen differentia inter primam & secundam partem huius edicti. In prima exigitur dolus malus ius dicentis: Quod quis dolo malo ius iniquum dixit alteri in magistratu vel potestate, eidem parere debet. Sed latam culpam dolo comparabimus: vt si præses adsessoris imprudentia ius iniquum alteri dixerit, ipse adsessor tenetur, non præses: quia dolo caret, *l. 2. h. t.* E Adsessoris ignorantia dolo comparatur. Adsessor debet præstare scientiam iuris & legum non vulgarem, qualem etiam haberet quilibet, sed qualis est in perito iuris, debet esse IC. siue iuris studiosus, *l. 1. supr. de offi. adsess. l. 4. inf. de extraord. cogn.* Cum dicimus iuris studiosum, iuris consultum dicimus. Præses non debet præstare totalem scientiam: Nam præsides erant plerunque viri militares. Lamprid. *in Alex.* Et hic honor eis deferebatur non ob iurisprudentiam, sed ob singularem principis fidem & gratiam, ideoque sibi adsumebant adsessores. Nunc si imperitia & imprudentia adsessoris præses ius iniquum dixerit, adsessor tenetur, non præses, quia dolo caret, *l. 1. h. t.* Igitur in prima parte dolum exigimus ius dicentis. In secunda non exigimus dolum ius iniquum siue nouum postulatis, nam satis est si impetrauerit id & obtinuerit, vt recte Accursius notat in *l. 1.* etiam si eo iure nondum vtatur, *l. 3. t. h.* Vbi legendum est, *siue vsus est iure iniquo*, non *alio*. Id tamen

omni modo exigimus, quod etiam est proprium secundæ A partis edicti, vt ipse id ius postulauerit. Nam si eo non postulante, præses Titio ius iniquum dixerit, præses in edictum incidit, ex prima parte, si dolo malo dixerit: Titius in edictum non incidit ex secunda parte, quia id non postulauit, *l. 3. h.t.* Inde nascitur hæc quæstio. Procurator qui agebat alieno nomine, ius iniquum postulauit & tulit. Quæritur vter incidat in edictum, procurator an dominus, *l. 3. §. si procurat.* Et sane procurator non incidit in edictum, quia eius commodo nihil cedit, nisi sit procurator in rem suam, vt emptor hereditatis. Eadem ratione dominus non incidit in edictum, nisi probet factum, id est, ratam postulationem habeat, nisi eam specialiter mandauerit; at procurator in rem alienam nunquam tenetur. Alia est causa tutoris & curatoris: Nam si tutor in causa pupilli iniquum ius postulauerit & obtinuerit, hoc edicto tenetur, B quia tutor in omnib⁹ pro domino habetur & pro domino litis, *l. interdum. §. qui tutelam, inf. de furt.* ideo plectitur in hoc edicto. Procurator in omnibus non est pro domino, nisi sit procurator in rem suam. Inde nascitur alia quæstio. Finge, debes mihi 100. & dedisti mihi fideiussorem in 100. deinde ius iniquum postulasti & obtinuisti aduersus Caium debitorem tuum, puta ne Caius debitor tuus vtatur contra te præscriptione 30. annorum. Nunc, me agente & petente 100. tu vis contra me vti præscriptione 30. annorum. Certum est te non posse præscriptione vti, quod scilicet vicissitudinem iuris ex hoc edicto merearis. Sed an ea exceptione vtetur fideiussor tuus? Minime, ne quod per te non habes, aut habere non debes, per fideiussorem habeas. Nam si elegero fideiussorem, & exclusus fuero præscriptione 30. annorum, id est, si licuerit fideiussori exce- C ptione vti, iam non potero reuerti ad te, & tecum agere. Contra quam si exclusus fuero ob inopiam fideiussoris: nam tunc recte reuertor ad reum. Sed si exclusus fuero exceptione reali, creditum amittam, nec reuertar ad reum, *l. 23. & vlt. C. de fideiussor.* Igitur ne quod per te non habes, alia via habeas per fideiussorem: ideo pœna huius edicti debet pertinere etiam ad fideiussorem tuum, licet fideiussor quod soluerit, abs te non possit repetere mandati actione, propter tuam inopiam forte. Inopia rei nunquam eximit fideiussorem obligatione, licet sit habiturus inanem actionem mandati. Contra si fideiussor tuus incidit in hoc edictum, idem illud ius iniquum impetrando, ipse quidem tenetur hoc edicto, tu non teneris. Igitur si tecum agam, repelles me præscriptione 30. annorum. Fideiussor non item: sed cogetur soluere, licet actione mandati non possit abs D te repetere quod soluerit: propterea quod suo vitio condemnatus est, ob vicissitudinem iuris à se iam pridem impetrati. Hæc est sententia *l. 3. §. si is pro quo.* Restant duo perbreuia. Primum notandum est, eum, qui per errorem facti soluit debitum, cum posset se hoc edicto defendere, & non soluere, non posse repetere quod soluit. Finge; creditor iure agere potest, sed non, si velit hoc edicto vti debitor, & non soluere: quia forte creditor in magistratu positus, circa litem quandam censuit eius exceptionis rationem habendam non esse. Finge; debitor non est hoc edicto vsus, quia nesciebat factum, & soluit, an poterit repetere? Minime, quia natura debitum soluit iure prætorio indebitum. Hoc edicto non tollitur naturalis obligatio *l.* E *3. §. vlt. h. tit. qui §.* est pungendus post verba, *ex hac causa.* Hæc est eius sententia, solutum debitum repeti non potest ex hac causa, scilicet, quod si debitor vsus fuisset hoc edicto, non soluisset. Secundo notandum in hoc edictum incidere eum, qui primus ius nouum & iniquum impetrauit, non etiam eum, qui ex hoc edicto iure nouo vtitur. Nam in eius persona ius hoc nouum æquum est, in prioris persona iniquum est: alioquin edictum seipsum destrueret, si qui vtitur iure nouo, ex hoc edicto, in edictum incideret, *l. vlt. h.t.* Summa hæc est, qui vtitur iure nouo, vel qui dicit aut obtinuit ius nouum, licet non vtatur, hoc edicto tenetur: Non tamen, qui ex hoc edicto vtitur iure nouo: Nam in eius persona ius hoc nouum æquum videtur.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI

Recitationes solemnes.

In eundem titulum, Quod quisque Iuris, &c. Repetita prælectio.

Anno 1580.

Ad L. I.

Hoc edictum summam habet æquitatem, & sine cuiusquam indignatione iusta. Quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici effecit? §. 1. Qui magistratum potestatemev habebit, si quid in aliquem noui iuris statuerit, ipse quandoque, aduersario postulante, eodem iure vti debet. si quis apud eum, qui magistratum potestatéque habebit, aliquid noui iuris obtinuerit: quandoque postea, aduersario eius postulante, eodem iure aduersus eum decernetur. Scilicet, vt quod ipse in alterius persona æquum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur. §. 2. *Hæc autem verba,* quod statuerit qui iurisdictioni præest, *cum effectu accipimus, non verbo tenus: & ideo, si cum vellet statuere, prohibitus sit, nec effectum decretum habuit, cessat edictum.* Nam statuit *verbum rem perfectam significat & consummatam iniuriam, non cœptam: & ideo si quis inter eos dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo habetur, nec est vlla sententia, cessare edictum putamus: quid enim obfuit conatus, cùm iniuria nullum habuerit effectum?*

Q*Vod quisque iuris in alterum statuerit, vt ipse eodem iure vtatur.* Sunt verba edicti sub eo propositi, quo cauetur vt quod is, qui iurisdictioni præest, in alterum noui iuris dixerit & decreuerit, ipse quandoque aduersario eius postulante, eodem iure vtatur. Cuius summa est æquitas & vt Vlp. ait, initio *l. 1. sine cuiusquam indignatione iusta.* Neque enim D iure indignari quisquam, aut aspernari, aut recusare potest idem ius sibi dici, quod ipse dixit aliis, vel alii, eadem pati ipsum, quod ipse fecit aliis, *l. sed. & partus. §. 1. de eo quod met. cau.* Et vt Stephilus in ea Oratione, quæ inscribitur ἀντιπείσειν ὁμοίαν δίκην, vbi interpres in eam rem etiam adducit illud Hesiodi: εἴ κε πάθοι τά κ' ἔρεξε δίκη ἰθεῖα γένοιτο; *si patitur quæ fecit, erit ius rite peractum.* Versum hunc etiam vsurpauit Arist. 5. *Ethic.* Et hoc exemplo legimus in auctorib. plerosque sua lege damnatos, & suo supplicio interemptos, vel suo gladio iugulatos, quod scilicet in alios excogitauerunt. Huius rei exempla sunt innumera. Vetus autem ius hoc est & vetus edictum. Quod & Cic. intellexit ad Q. Fratrem, inquiens: *quicquid in magistratu iniuriose decreuerant, eodem ipsis priuatis erat iure parendum.* E Et non in magistratibus tantum valet æquitas huiusmodi, qui ius nouum dixere in alios: sed etiam in priuatis, qui ius sibi nouum dici postulauerunt & obtinuerunt, eodem iure vti par est: vt si quis obtinuerit venditionem à se factam rescindi, nulla interueniente iusta causa, oblato pretio, æquum est, vt & aliis venditionem ei factam rescindere liceat, oblatione facta, *l. ratus 7. C. de rescind. vend.* vt eadem quisque lege conueniatur, quam sibi tribui postulauit. Eam enim postulando sibi suæque causæ consimili præiudicauit. Et similiter, qui impetrauit ne per emancipationem amitteret ius agnationis, pati debet vt cognati eius aduersus eum habeant integrum ius agnationis, eoque vicissim aduersus eum vtantur, *l. si ab eo, C. de legit. hered.*

Qui impetrauit, vt victus in iudicio sportulas aut litis sumptus minores aut nullos omnino agnosceret, pati debet, vt eodem iure vtantur ij, quos ipse vicerit. *l. vlt. C. de sumpt. & lit. expens.* Quo iure vtimur in fisco hodie & in senatu, siue in senatorib. quibusdam, quibus priuilegium datum est iure singulari, vt litigent gratis, vt etiam damnati non refundant sumptus litis. Item qui impetrauit ne aduersus se debitor aliqua exceptione vtatur, non potest etiam ipse vti eadem exceptione aduersus creditorem suum, *l. 3. §. si is pro quo, h. tit.* Quaeritur, dominus impetrauit ne à se vasallus exigeret iusiurandum calumniae, aequo animo ferre debet, & si vasallus idem nolit à se dominum exigere, quod & cauetur constitutione Friderici *in lib. Feudorum*, prolata ratione ex hoc tit. *vt quod quisque iuris in alterum statuerit, vel obtinuerit, eodem ipse vtatur.* Itaque sunt duae partes huius edicti. prior est de magistratu, qui alij vel in alium nouum ius dixit, vel dici effecit: posterior est de priuato, qui in alium ius sibi nouum à magistratu dici procurauit & perfecit, & vtriusque eadem est poena, vt scilicet idem ius subeat quod dixit, vel quod dici efficit. Non vtique semper in omnib. causis suis similibus, sed quandocunque hoc aduersarius eius in aliqua causa desiderauerit: Nam si nemo sit qui desideret, non vtetur eo iure, quo quandoque vsus est in alium, sed iure legitimo, iure communi, *l. 3. §. haec poena, h. tit.* Et nouum ius vocat, aut dicit praetor in malum, pro iure iniquo, cuius exemplum non exstat, vt *in l. 3. in prin. h. t.* si quis iniquum ius aduersus aliquem impetrauerit: ius nouum vocat iniuriam, vt *in h. l. 1. §. vlt.* Non ergo ius simpliciter. Nullum est ius, si loquamur ἁπλῶς, quod non sit bonum & aequum, sed ius vocat, quod quasi pro iure petitur & redditur licet ius non sit. Non ergo ius simpliciter, sed vt Aristoteles ait in Elench. κατὰ τὴν δόξαν τοῦ κρίνοντος, itemque 1. *Topic.* cum tractat de loco ἐκ τῶν πτώσεων, id est, *à casibus*, quem ex quodam Philosopho latius exposuit Suidas in verbo πτῶσις: vel etiam κατὰ ἀναφορὰν, relatione facta non ad id, quod dixit vel postulauit, sed quod dicere aut postulare debuerat, vt *in l. pen. de iust. & iur.* Prioris partis edicti verba haec sunt: *Qui magistratum, &c.* Magistratum accipit pro vrbano, & potestatem pro prouinciali magistratu; *in l. 13. sup. tit. prox.* Et Sueton in Claud. *Iurisdictionem de fideicommissis in vrbe tantum magistratibus delegari solitam, per prouincias potestatem delegauit, &c.* Et Alex. apud Lamprid. *Non patiar mercatores potestatum,* hoc est, prouincialium iurisdictionum. Hos omnes paulo post Vlp. quasi in vnum contraxit, dum ait, *qui iurisdictioni praeest.* In edicto igitur, *qui magistratum potestatemve habebit,* vno verbo, id est, *qui iurisdictioni praeest, quod statuerit*; inquit, *qui iurisdictioni praeest.* Posterioris partis edicti verba sunt, *Si quis apud eum qui magistratum, &c.* Quod autem post haec verba sequitur, *scilicet, vt quod ipse, quis in alterius persona &c.* manifestum est esse ex glossa, quo explicatur frustra ratio edicti, quae iam satis initio ab ipso Vlpiano fuerat expressa, his verbis; *Quis enim aspernabitur idem ius sibi dici?* Quod vero attinet ad prima illa verba edicti, *quod statuerit, vel si quid statuerit,* nihil refert, recte monet Vlpian. ea verba esse accipienda cum effectu, non verbo tenus: quia scilicet hoc edicto non punitur, qui ius nouum in alium dicere voluit, & accinxit se vt diceret, atque comparauit, neque dixit tamen, forte prohibitus vi aut casu maiori. Voluntas aut cogitatio nuda hoc edicto non punitur, & ostendi ad hunc locum proprie pertinere *l. cogitationis 18. de poen.* quae est ex eod. lib. *cogitationis poenam nemo patitur.* Quod tamen, si generaliter accipiatur, est omnino falsum: si specialiter, est verum. Veluti ex hoc edicto si cogitauerit, si voluerit in alium ius nouum dicere, neque dixerit, vel ex qua alia consimili causa *l. 22. §. & si seruo. In ad l. Corn. de fals.* Si is, qui scribit testamentum, dictante testatore, adscribat legatum ei, quem seruum suum esse putat, cum sit liber homo ab eo bona fide possessus, non punitur, ex SCto Liboniano: quamuis quo ad cogitationem nocens sit. In leuioribus causis cogitationis poenam nemo patitur,

A conatus quoque nudus hac in re non punitur, vt puta si quis ius iniquum decreuerit in alium, & decretum, siue sententiam suam non perduxerit, aut non potuerit perducere ad effectum, vt puta, si ius dixerit eis, qui iurisdictioni eius subiecti non sunt, quae sententia ipso iure non valet, nec est, ait, vlla sententia, vt Virg. *Nec est vlla oliuae cultura,* id est, nulla est sententia ipso iure vt *l. 6. § quid si quis, de ini. rup. l. vlt. C. si à non compet. iud. l. 2. C. de interdict.* Ergo nec exsequi illa sententia potest, & ad finem perduci, argumento *l. pen. tit. prox. sup.* Denique vt subiungit Vlp. in *h. l.* verbum *statuit, est pro, statuerit,* id est, decreuit, pronuntiauit, dixit, vt *l. pronuntiatum 46. in prin. de verb. signif.* Hoc, inquam, verbum *statuere,* in edicto rem perfectam significat, iniuriam perfectam & consummatam, non coeptam. Extra causam huius edicti, vel si quam
B aliam similem, qualis ea est, quam protuli *ex l. 22. ad leg. Corn. de fals.* iure ciuili frequentius cogitatio & voluntas sola, cogitatio nuda, si detegatur, conspiratio nuda, & consilium nudum, & conatus solus punitur, maxime si sit res adeo turpis, vt & consilium & cogitatio puniri debeat, vt eleganter ait *l. 3. de his qui not. infam. & l. quisquis, C. ad leg. Iul. mai. & l. 1. C. Theod. ad l. Iul. de ambitu,* pari sorte, pari seueritate puniri affectum sceleris & voluntatem, quod traditur generaliter, & verissimum est, vt non sit *l. cogitationis,* generaliter accipienda; sed suo titulo reddenda, id est, huic titulo, & coercenda, cum sit ex eod. lib. Atque adeo coniungenda plane cum hac *l. 1. §. vlt.* Apul. 4. Flor. *In maleficiis etiam,* inquit, *cogitata scelera, non perfecta adhuc vindicari, cruenta mente, pura manu,*
C *ad poenam sufficere meditari punienda,* quod latius comprobaui *Obseru. 15. c. 25. & 26.*

Ad L. II.

Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori.

Lex huius tit. pertinet ad priorem partem huius edicti, & quamuis in ea, vt & in posteriore parte nulla fiat mentio doli mali. Nec enim dicit praetor, *si quid dolo malo statuerit, vel si quid dolo malo impetrauerit.* quamuis igitur non fiat mentio doli mali, tamen l. 2. ait, non debe-
D re puniri ex hoc edicto, nisi dolum malum ius dicentis. Adsessoris tamen eius & consiliarij ex hoc edicto etiam culpam esse coercendam, vt si per imprudentiam adsessoris Praeses prouinciae iniquum ius dixerit aduersus aliquem, non ipse eodem iure quandoque priuatus vtatur, sed adsessor eius, non ipse, quia dolo caret. Adsessor autem etiamsi dolo careat, quia imprudentia eius ius aliter dictum est, quam oportuit, ex hoc edicto tenetur. Quid ita? Non quia, vt glossa notauit, consilio & suggestu suo adsessor effecit, vt praeses ius iniquum diceret, quia non sibi ius iniquum dici effecit, sed alij imprudens. Et hoc edicto is tantum tenetur, qui ius iniquum sibi dici effecit, id est, qui idem postulauit & obtinuit. Sed hac ratione ex hoc edicto
E punitur adsessor etiam culpae nomine & imprudentiae, quia adsessor pars est ius dicentis, vt ait *l. omnes, C. Th. de iis, qui adm. vel offic. quia,* inquit, *in partem adsessor iudicis,* id est, ius dicentis, *habetur,* vt Cassiodorus ait, 11. *Variarum.* Et quod ex consilio adsessoris ius dixerit Praeses, ipse adsessor dixisse videtur, & tenetur, licet suasor fuerit huius iuris reddendi, & auctor per imprudentiam, non dolo malo. Denique ex hoc edicto imprudentia punitur in adsessore, qui pars est ius dicentis, non in ipso ius dicente, id est, praeside vel praetore. Et hoc est, quod ait: *Hoc edicto debere dolum ius dicentis puniri, non imprudentiam non culpam.* Nam *si adsessoris imprudentia,* inquit, &c. Et ratio differentiae inter magistratum & adsessorem haec est, quia imprudentiam hoc loco vocat imperitiam iuris *l. vlt. de extraord. cogn. l. si per imprudentiam, de euict.* Cicer. de iure dicundo in Verrem, *qui perperam iudicasset, quod*

sæpe per imprudentiam fit. Et hæc imprudentia siue imperitia iuris, culpæ adsessoris annumeratur, & in adsessore punitur; quia adsessor magistratui præstare debet scientiam iuris & legum quasi iurisconsultus. Neque enim nisi Iurisconsulti, & qui se Iurisconsultos esse profitentur, in consilio magistratuum adsident, *l.* 1. *de offic. adsess. l.* 1. *C. de adsess.* Præsides autem vel alij maiores magistratus plerumque sunt viri militares, qui non debent præstare scientiam iuris & legum. Cic. pro Planc. *In magist. si qua est ars, populus Rom. facile patitur, sin minus virtute eorum & innocentia contentus est. Quotus enim quisque disertus est: quotus quisque iuris peritus?* Cassiodorus in formula Quæsturæ: *Aliæ dignitates scientiam adsessorum quærunt, quod scilicet qui eas gerunt, scientia iuris præditi non sunt.* B Quamobrem apud Lampr. Alex. Imp. ait: vel optat potius: *Magistratus eos promoueri, qui per se Remp. gerere possunt, non per adsessores.* Adde militares habere suas administrationes, habere suos adsessores, & id vnumquemque agere debere, quod nosceret, quia scil. plerunque viri militares magistratus creabantur, legum & ciuilis iuris ignari, nec ad ius reddendum idonei, sine consilio iurisperitorum adsidentium. Quod & Theodorus Græcus interpres notauit hoc loco: πολλάκις οἱ ἄρχοντες ἤτοι οἱ τῶν δικαστηρίων προηχθημένοι οὐκ ἴσασιν ἀκριβῶς τοὺς νόμους, (vide obseru. lib. XXIII. c. vlt.) id est, *sæpenumero magistratus, id est, qui iudiciis præsunt, non admodum sunt periti legum, promoti non ob singularem aliquam peritiam iuris, sed propter dignitatem qua præditi sunt, vel propter necessitudinem aut* C *fidem, qua principi coniuncti aut carissimi sunt.* Quamobrem non est etiam existimãdum, actionem in factum, quæ quasi ex delicto comparata est in iudicem, qui per imprudentiam iudicauit perperam, atque ita litem suam fecit, de qua in *l. vlt. de extraord. cogn.* & Institut. *de oblig. quæ ex q. del. nasc.* non est existimandum eam actionem pertinere ad præsides, à quibus prudentia iuris non exigitur, sed ad iudices datos, quia æque hi præstare debent scientiam νόμων καὶ πείρας, vt *ait Nou.* 82. *de iud. De la theorique & practique.* Proinde si iudices dati dolo malo male iudicauerint, & damnato forte paupertas non permittat illorum sententiam corrigere remedio appellationis, & appellare, *l.* 8. §. *pen. mand. l. denuntiasse in fi. ad l. Iul. de adult.* puta, quia per inopiam satisdationem solemnem, D quam implere debet, quicunque appellat, implere non potest, *l.* 2. *de cust. reor.* Damnato, inquam, iudices dati, qui dolo malo male iudicauerint, tenentur in hoc, vt ei præstent veram litis æstimationem, *l. filiusfam. de iud.* Sin autem per imprudentiam, per imperitiam iuris male iudicauerint, tenentur damnato non quidem in veram æstimationem litis actione in factum, sed in id dumtaxat, quod ob eam rem iudici æquum esse videbitur, vt in *d. l. vlt.* plus punitur dolus, quam imprudentia. Ceterum ea actio, qua punitur imprudentia iudicis, ad iudicem datum pertinet, non ad ius dicentem, à quo prudentia iuris non exigitur. Non est etiam existimandum, quod hic Accurs. tentat eam actionem pertinere ad adsessorem, quia iudices dati adsessores non habent: nec etiam vsquam adsessores litem suam E facere dicuntur. Litem suam facere quid est? Suscipere periculum, & se obstringere præstationi æstimationis, vel quanti reuera est ea res, qua de agitur, vel quanti iudex arbitratus fuerit, *l.* 2. & 16. *C. Theod. Quorum appell. non recip. l.* 1. *C. Theod. de secundo lapsu.* Ac vt ad rem propositam redeam, si magistratus ius iniquum dixerit aduersus aliquem, ex consilio & suggestione adsessoris, siue dolo malo id adsessor suggesserit, siue per imprudentiam aut imperitiam iuris, non dolo malo, id soli adsessori imputatur, ex hoc edicto, non magistratui, quasi ipse solus ius dixisset, non magistratus: id inquam ei imputatur, non vt litem suam faciat, sed vt quandoque ipse adsessor eodem iure vtatur ex hoc edicto, non etiam magistratus, qui dolo caret. A magistratu non exigitur iurisprudentia, cum nec se iurisprudentem profiteatur: ab adsessore exigitur, quia se iurisprudentem esse profitetur: alioquin in consilium Magistratus non adsumeretur. Non omnis, qui se Iurisperitum profitetur, vt hæc ætas probat, iurisperitus est. Idcirco propter imperitiam sæpe, qui se Iurisconsultos esse dicunt, incidunt in pœnam. Imperitia Iurisconsulti, id est, qui ludit Iurisconsultum, punitur. Sicut imperitia Medici, qui agit se pro Medico, non scit facere medicinam, *l.* 6. §. *sicuti, de off. præsid.* Iam olim etiam Romæ non omnis, qui se Iurisconsultum esse profitebatur, erat Iurisconsultus, aut Iurisperitus. Non L. Valerius, de quo Cicero ad Appi. Pulcrum, in Epist. *L. Valerium Iurisconsultum valde,* inquit, *tibi commendo; sed ita, etiamsi non est iurisconsultus: melius enim ei cauere volo, quam ipse aliis solet.* Et ad eundem L. Valerium. M. T. C. L. Valerio Iureconsulto: *Cur non id tibi gratificer, cum præsertim his temporibus audacia pro sapientia vti liceat?* Non item Pub. Costa, qui se etiam Romæ olim egit pro Iureconsulto, nec Iurisperitus fuit, in quem ob eam rem iocus ille Ciceronis apud Plutarchum: *Cum in testimonium rogaretur, Pub. Costa, & se nihil scire dixisset: forte putas,* inquit Cicero, *te de iure rogari.* Denique verissimum est quod ait in Orat. ad Brut. *Ius profitentur etiam qui nesciunt,* vt non sit mirum, si puniatur in *hac l.* adsessor, id est, Iurisconsultus, aut adsessoris, id est, Iurisconsulti imperitia non præses, que ius iniquũ dixit, quod præsidi viro militari plerunque imputari non potest. Solus dolus ei imputari debet, adsessori omnino imputari potest, quia profitetur se Iureconsultum esse. Ergo ex priori parte edicti punitur magistratus, si dolo fecerit, adsessor etiam, si culpa fecerit, si iuris iniqui per imperitiam suasor fuerit & conciliator.

Ad L. 3. Si quis iniquum.

Si quis iniquum ad edictum ius aduersus aliquem impetrauit: eo iure vtatur ita demum, si per postulationem ei hoc venerit. Ceterum si ipso non postulante non coercetur, sed et si impetrauit, siue vsus est iure aliquo, siue impetrauit vt vteretur, licet vsus non sit, hoc edicto punitur.

IAm dixi, duas esse partes huius edicti: Primam de magistratu, qui ius nouum & inauditum, atque adeo iniquum in alterum dixit, vt si alteri non iure denegauerit actionem, denegauerit iurisdictionem suam, vt in *h. l.* 3. §. *quod autem & seq.* Alteram vero partem esse de eo, qui à magistratu iniquum ius postulauit & impetrauit. Prætor ait in hac parte: si iniquum ius postulauerit & impetrauerit, vt puta, si obtinuerit, ne debitor suus aduersus se agentem, exceptione vteretur, vt in *h. l.* 3. §. *si is pro quo.* vt scilicet sibi agenti aduersus creditorem remitterentur exceptiones debitori competentes, quod est iniquum. Si quis, inquam, iniquum ius postulauerit & impetrauerit, non additur in hac parte secunda, & vsus eo fuerit. Itaque etiamsi non vtatur eo iure quod impetrauit, vel quia non vult, vel quia non potest, hoc edicto punitur. Satis est si postulauerit & impetrauerit. Non exigitur vt dolo malo postulauerit: etiam imprudentia punitur, quæ lædit alterum & prodest imprudenti: non exigitur etiam vt vsus eo iure fuerit, quod impetrauit. Effectus postulationis est postulato potiri, vt, cum licebit, vel commodum erit, eo iure vtatur: & postulato sane potitur, qui impetrauit, etiamsi eo non vtatur, qui rescriptum aut decretum, quod impetrauit, penes se habet. Effectus autem iurisdictionis in priori parte est executio iudicati, executio decreti, & in vtraque parte effectus punitur, non nuda voluntas, non iudicatio sola, non postulatio sola: qui postulauit, vel non postulauit, nec impetrauit, hoc edicto non tenetur, quod maxime notandum est. Ita explicandum initium, *h. l.* quod, vt & sequentia, interpretes obscure & perturbate tractarunt, & disputant de aliis, quæ prorsus sunt aliena ab *h. l.* proposita, quia non tenent perspicue sententiam *h. l.* nec vsum edicti.

Ad §. 1. Si procurator meus.

Si procurator meus postulauit, quaeritur, quis eodem iure vtatur. Et putat Pomponius, me solum vti, si hoc ei specialiter mandaui, vel ratum habui. Si tamen tutor vel curator furiosi postulauerit, vel adolescentis: ipse hoc edicto coercetur. Item aduersus procuratorem, id obseruandum est, si in rem suam fuerit datus.

PORRO additur in §. 1. nihil interesse, ego postulauerim & impetrauerim ius iniquum, an procurator mandatu meo, vel me ratum habente, quae ratihabitio mandato comparatur: Nam si ego ratum habeo, quod postulauit procurator meus iuris noui mihi permitti, ego solus eodem iure vtar, ego solus vicissitudinem mereor eiusdem iuris, non procurator meus, quia procurator non sibi ius dici effecit, sed mihi voluntate mea, cum scil. datus esset in rem meam: Nam si in rem suam factus procurator, veluti emptor hereditatis, cui venditor mandauit hereditarias actiones, ius iniquum obtinuerit, proculdubio ipse solus tenetur ex hoc edicto, ad quem omnis vtilitas redit. Itemque si in rem meam factus sit procurator, & ego neque mandauero, neque ratum habuero, ipse solus tenetur hoc edicto, h. e. ipse solus idem ius subire debet, quod obtinuit. Ergo non tantum qui sibi, sed etiam qui alij non consentienti postularit, tenetur hoc edicto. Qua de causa, vt etiam ostenditur in *hoc* §. & tutor vel curator solus tenetur, si postulauit pupillo, vel adolescenti, vel furioso, quia pupillus, vel furiosus non intelligitur consensisse: & adolescens, si consenserit, facile restitui potest in integrum ex edicto sequente. Etiam solus procurator tenetur, & tutor solus, vel curator, *l. 1. §. si procurator, tit. seq.* Et procurator quidem, vt opinor, etiamsi illi hoc dominus mandauerit specialiter, vt ius dicenti non obtemperaret, quia mandatum turpe est, quod iniungit contumaciam aduersus magistratum. At non est turpe, si quid postulari à magistratu mandauerim: si quid extorqueri à magistratu, turpe est: sed si quid postulari, qualecunque id demum sit, mandauerim, non est turpe mandatum, quia totum relinquitur in arbitrio ius dicentis. Postulare iniquum non est turpe: nam non postulatur ab inuito: sed qui postulat, subiicit se aequitati, iudicio ius dicentis vel magistratus, nec audet quicquam ipse, vt nec potest aduersus aequum & bonum. Et hic §. ita est explicandus, quae omnia vt sequentia erunt vobis vsui in foro.

Ad §. 2. Haec poena aduersus.

Haec poena aduersus omnem statuitur, qui in edictum incidit, non solum eo postulante, qui ab eo laesus est, sed omni, qui quandoque experitur.

IN *hoc* §. ait ita puniri eum, qui iniquum ius impetrauit, non tantum si is, aduersum quem impetrauit, & quem eo modo laesit, vicissim eodem iure vti velit: sed etiam si alius quilibet aduersarius, quo cum litigat, vt in *l. ratas, C. de rescind. vend.* Quod est apertissimum. At sequitur difficilior species in §. *seq.*

Ad §. 3. Si is pro quo.

Si is, pro quo spopondisti, impetrauerit, ne aliquis debitor ipsius, aduersus eum exceptione vtatur, deinde tu in negotio, in quo spopondisti, velis exceptione vti, nec te, nec ipsum oportet hoc impetrare: et si interdum patiaris iniuriam, si soluendo debitor non sit. Sed si tu incidisti in edictum, reus quidem vtetur exceptione, tu non vteris: nec poena tua ad reum promittendi pertinebit: Et ideo mandati actionem non habebis.

DEbitor meus, qui mihi dederat fideiussorem in pecuniam debitam, à principe vel magistratu ius iniquum postulauit, puta, ne debitor suus aduersus se vtere-

A tur exceptione aliqua, quae ei competebat, dilatoria, vel peremptoria nihil refert, vel vt nulla exceptione vteretur: Nam etsi impetrato non potuerit vti, vt si impetrauerit ne aduersus se debitor vteretur exceptione peremptoria, quae impetratio nulla est, nec potest ad finem perduci, *l. 2. C. de precib. Imp. offer.* Hoc quidem edicto ipse, qui id impetrauit, tenetur, nec me agente aduersus me, exceptione vti potest. At quaeritur, An etiam fideiussor eius aduersus me exceptione vti non possit? Vlpian. ait, nec fideiussorem eius vti exceptione posse, si eligatur & conueniatur, eligendi potestas hoc iure permittitur creditoribus, *l. 3. C. de fideiussor.* Poena igitur, in quam incidit debitor, pertinet etiam ad fideiussorem eius, ita vt neque ipse, nec fideiussor eius aduersus me vti exceptione possit, nec beneficio
B exceptionis elidere actionem meam. Ratio haec est: si exceptio fideiussori permitteretur, vt ea vteretur, impune esset debitori, quod iniquum illud ius impetrauit: Nam electo fideiussore, & absoluto beneficio exceptionis, debitor liberatur, id est, non licet ad debitorem transire, vt obtinuit hoc iure, ante Iustinianum, id est, ante *l. vlt. C. de fideiussorib.* Ne igitur debitor liberetur, ne absoluto fideiussore, beneficio exceptionis, defruatur effectu exceptionis, & impunis abeat poena huius edicti, in quam incidit debitor, etiam ad fideiussorem eius porrigenda est, ne data exceptione fideiussor absoluatur, & per consequentiam debitor. Nec eo mouetur Vlpianus, quod fideiussore condemnato, non habita ratione exceptionis, siue denegata exceptione, interdum euenire potest vt fideiussor iniu-
C riam patiatur, id est, vt pecuniam solutam amittat, *l. fideiussori, de donat.* vt in damno versetur, puta si iudicio mandati eam non possit recuperare à debitore, propter inopiam eius, quia inopia rei non minuit obligationem fideiussoris, *§. vlt. Instit. de replic.* At ex diuerso quaeritur, quid sit dicendum, si fideiussor iniquum ius impetrauerit, puta, ne debitor suus aduersus se exceptione vteretur, an poena fideiussoris pertinet ad debitorem: Iam diximus poenam debitoris, in quam ex hoc edicto incidit, pertinere ad fideiussorem, alioquin nec pertineret ad debitorem, vt si puniatur debitor, puniatur etiam fideiussor. Ex diuerso quaeritur, an etiam poena fideiussoris pertineat ad debitorem? Et ait, ipsum quidem fideiussorem debitoris mei, qui impetrauit, ne aduersus se debitor exceptione vteretur, si
D conueniatur à suo creditore, vel à me, exceptione vti non posse: debitorem meum, pro quo fideiussit, exceptione vti posse. Poenam igitur fideiussoris non pertinere ad debitorem, nec quod soluerit fideiussor, dum non potest exceptione vti, nec mandati iudicio eum à debitore repetere posse, quia vitio suo litem amisit, *l. Stichum §. pen. de solut.* Poena tamen debitoris pertinet ad fideiussorem. Ratio differentiae, quia fideiussor etiam locum obtinet debitoris. *l. 4. in fi. de fideius.* Non debitor fideiussoris, & fideiussor non vtitur exceptione, ne impune sit debitori, quod iniquum ius impetrauit, cui esset impune, si fideiussor vteretur exceptione. At contra, si debitor vtatur exceptione, non ideo erit impune fideiussori, quod ius iniquum impetrauit, quae ratio maxime notanda est. Post haec omnia,
E Vlp. redit ad priorem partem edicti in §. *si filius.*

Ad §. 4. Si filius.

Si filius meus in magistratu in hoc edictum incidit, an in his actionibus, quas ex persona eius intendo, hoc edicto locus sit: Et non puto, ne mea conditio melior fiat.

IN *hoc* §. ostendit, poenam filiifam. qui in magistratu iniquum ius dixit, non pertinere ad patrem in his actionib. quas per filiumfam. adquisiui, quia scilicet per filiumfamilias melior conditio nostra, non deterior fieri potest. *l. filiusfam. 22. de solut.* Ergo ipse quidem filiusfam. si agat, eodem iure vtetur, quod dixit. Sed si pater eius agat, quamuis agat ex persona filij, actione sibi per filium quaesita, eo iure non vtetur, quod filius dixit, ne eius conditio deterior per filiumfam. facta esse videatur, quod est certissimum.

Ad §. 5. Quod autem ait prætor.

Quod autem ait prætor, vt is eodem iure vtatur, an etiam ad heredem hæc pœna transmittatur; Et scribit Iulianus, non solum ipsi denegari actionem, sed etiam heredi eius.

SVbiicitur in *hoc* §. pœnam huius edicti, in quam incidit defunctus, qui iniquum ius dixit vel impetrauit, pertinere ad heredes eius. Ratio est, quia *qui in ius alterius succedit, iure eius vti debet*, vt est in reg. iur. notissima. Nec potest quisquam plus iuris heredi relinquere, quam ipse habuit. Quam igitur defunctus ipse actionem non habuit, aut quam habuit inefficacem aut inutilem, quod scilicet ipse in magistratu eam alij denegasset, sane non habebit heres eius, aut habebit inefficacem: quæ defunctus amisit culpa sua, sane non potest relinquere heredi suo. Denique pœna, quam luit iam amissa actione, non potest non pertinere ad heredem. Neque obiiciatur edictum, quod sequitur, neque obiiciantur alia edicta pœnalia, ex quib. pœna non transit ad heredem, quoniam sunt de pœna, quam nondum defunctus luit atque persoluit: Et non transit in heredem pœna, quam sustinuit iam amissa re sua vel actione, vt in specie proposita, non potest non pertinere ad heredem, id est, eo minor hereditas ad heredem transit.

Ad §. 6. Illud quoque non.

Illud quoque non sine ratione scribit, non solum in his actionibus pati eum pœnam edicti, quas tunc habuit, cum incideret in edictum: verum si quæ postea ei adquirentur.

IN §. *pen.* additur, pœnam eius edicti pati eum, qui ius iniquum dixit vel impetrauit, non tantum in actionibus, quas tum habuit, sed in iis etiam, quas postea habere cœpit, vt si in magistratu denegauerit actionem creditæ pecuniæ, non tantum denegabitur etiam ei, postulante aduersario, actio creditæ pecuniæ, quam tum habuit, sed etiam quam postea habere cœpit.

Ad §. 7. Ex hac causa solutum.

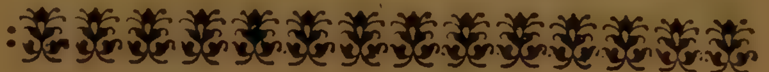
Ex hac causa solutum repeti non posse, Iulianus putat. Superesse enim naturalem causam, quæ inhibet repetitionem.

IN §. *vlt.* ostenditur, debitorem, qui creditorem & actorem potuit repellere ex causa huius edicti, si non repulerit, puta si non dixerit ei eam actionem esse denegandam, quam & ipse in magistratu alij denegauit; si vsus non fuerit debitor, cum conueniretur, beneficio huius edicti, sed soluerit per errorem facti, quod petebatur, solutum non posse condicere, quia natura debitor mansit, & naturalis obligatio inhibet condictionem indebiti: etiam de errore facti accipio §. *vlt.* Nec obstat *l. vlt. inf. ad Maced.* quam interpres deduxit in aliam sententiam, & loquitur de filiofamil. qui pecuniam mutuam sumpsit contra Senatusc. Maced. & iam paterfam. factus promisit eam pecuniam per errorem facti, quem si conueniatur ex promissione noua interposita per errorem facti, ait, se posse tueri exceptione in factum, quanquam filiusfamil. natura debitor fuerit, quia Senatusconsulto Maced. non tollitur naturalis obligatio, *l. quia naturalis* 10. *eod. tit.* Verum non obstat, quia loquitur de eo, qui promittit quod natura debuit, non de eo qui soluit: facilius ei qui promisit datur exceptio & retentio, quam ei qui soluit quod natura debuit, actio siue repetitio eius quod soluit.

Ad L. vlt.

Illud eleganter prætor excepit: præterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisse: Et recte, ne scil. vel magistratus, dum studet hoc edictum defendere, vel litigator, dum vult beneficio huius edicti vti, ipse in pœnam ipsius edicti committat.

IN *l. vlt.* proponitur extrema clausula edicti, quæ vtrique parti communis est, vt si quis neque nouum ius dixerit, neque postulauerit & impetrauerit, sed vsus sit eodem iure beneficio huius edicti, aduersus scil. eum, qui ius iniquum dixerat vel impetrauerat, vt hic non incidat vel committat in pœnam huius edicti, quoniam absurdum maxime esset & incongruum, si in edictum incideret, qui eo licite vtitur: proinde qui vtitur beneficio edicti iure iniquo aduersus eum, qui prior ius iniquum dixit vel impetrauit, non incidit in edictum. Magistratus quoque, qui defendit edictum, *qui l'entretient*, id est, qui ius iniquum dicit ei, qui ius iniquum impetrauit, non incidit in edictum, & defendere leges impune licet: nec fraudi lex fuit vlla vnquam vtentibus, vel defendentibus eam, quæ sententia notanda est.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI

Recitationes solemnes

Ad Titulum III. Si quis ius dicenti non obtemperauerit.

IN hoc tit. proponitur edictum *de iurisdictione*, siue de pœna eorum, qui iurisdictioni non parent: nam qui non parent iurisdictioni, non ferunt impune, sed mulctis coercentur, vel vinculis, vel pignoribus, vel litis damno, vel ex hoc edicto actione pœnali tenentur: Qua quidem actione soli magistratus populi Romani, vel magistratus prouinciales, qui vrbanorum vicem susceperunt, hanc iurisdictionem suo iure defendere possunt, non etiam Duumuiri, id est, magistratus municipales. Male Accursius ait, *Duumuiros* esse defensores ciuitatum: male etiam ille hanc actionem huius edicti pœnalem confundit cum mulctæ dictione. Duumuiri mulctam dicere possunt. Hoc autem edictum non pertinet ad iurisdictionem duumuirorum. Cur non pertineat, dicetur inferius: Nam subest ratio apertissima. Prius quæramus, quis in hoc edicto dicatur non parere iurisdictioni, an is, qui rem à se vindicari non patitur, id est, qui secum agi rei vindicatione non patitur, qui conuentus, frustratur & moratur, qui latitat, eam tamen rem duci aut auferri auctoritate iudicis patitur: an hic non videtur obtemperasse? Non videtur, quod ad hoc edictum attinet, quia initio iurisdictionis non paruit, at extremo paruit, id est, termino iurisdictionis. Quidam initium vocant aliud extremum, & statuunt duo extrema. Extremum igitur iurisdictionis, non est in ius vocatio, non actionis datio, non iubere cauere, non in possessionem mittere, non sententiam dicere: sed extremum iurisdictionis est abductio vel ablatio rei. Abducuntur se mouentia, auferuntur mobilia, auferri etiam dicuntur immobilia. Igitur qui rem abduci vel auferri non patitur, is demum non videtur obtemperasse ius dicenti: quia extremo iurisdictionis non paret. Et hæc est sententia §. 1. Hic in §. 1. *sed duci, &c.* est defectio vnius membri, vt Bulgarus sentit recte: deest enim, tunc videtur obtemperasse, scil. si rem abduci patiatur. Ceterum si rem abduci vel auferri non patiatur, tunc incidit in pœnam huius edicti, id est, non videtur obtemperasse. Nec obstat §. *pen. huius l.* quo dicitur, non tantum reum hoc edicto teneri, si ius dicenti non obtemperarit, sed etiam actorem: nam & in actorem plerunque fit huiusmodi executio, sicut & condemnatio,

l. pen. C. de sent. & inter loc. om. iud. Et si huic exceptioni obsistat auctor, tunc videbitur sane actor huic edicto non obtemperasse, hoc est, ius dicenti. Sic igitur concludamus: *In hoc edicto ius dicenti non obtemperare, est extremæ iurisdictioni non parere.* Dico *in hoc edicto*: nam alibi aliter ea verba accipiuntur. Si quis in ius vocatus non veniat, sane is etiam ius dicenti non obtemperat, & ob id mulctatur arbitrio iudicis, *l. 2. inf. si quis in ius vocat.* vel ob contumaciam aduersarius mittitur in possessionem, *l. satis, qua, de in ius voc.* Sed in ius vocatus hoc edicto non tenetur: Is etiam, qui litem deserit, & tribus edictis euocatus, vel peremptorio, copiam sui non facit, sane is etiam ius dicenti non obtemperat, *l. contumacia, de re iud.* & damno litis coercetur, vt ea l. dicit. quomodo? Imo vero interdum absoluitur, & vincit, id est, plerunque secundum contumacem datur lis, etiam post tria edicta: Sed hic est sensus illius legis, vt si condemnatus sit, non posse ex integro causam agere, quod absens damnatus sit: Non poterit etiam appellare, *l. ex consensu §. vlt. de appellat. l. vt post. in fi. de iud. inf.* atque ita lite cadit, id est, restitui ei lis non potest vlla ratione, ne per appellationem quidem. Is etiam, qui missum in possessionem ex primo decreto non admittit, is (inquam) ius dicenti non obtemperat, quia non obtemperat decreto, & tenetur actione in factum ex edicto, *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.* quæ quidem actio concurrit in id quod interest. Itaque multum distat ab actione huius edicti, quæ est, quanti res est, licet illa actio pœnalis censeatur aduersus extraneum, cum extraneus prohibuit mitti in possessionem, *l. 1. §. hæc verba, & §. vlt. inf. ne vis fiat ei.* Verum ille non tenetur hoc edicto. At qui iussum possidere ex secundo decreto prohibet & arcet, qui rem abduci vel auferri prohibet: huius abductionis contumaciam iudex aduersarij coercet, is inquam, qui hæc fieri non patitur, ad extremum inobediens est, & hac actione tenetur, quæ hoc titulo proponitur. Quamobrem hæc actio non pertinet ad duumuiros, quoniam duumuiri non possunt iubere possidere, quod est misti imperij: non possunt rem adduci iubere ob contumaciam, *l. ea quæ, ad municip.* vt diximus in tit. *de iurisdict.* Eadem ratione actio ex edicto, *ne vis fiat ei, qui in possess. &c.* non pertinet ad duumuiros qui in possessionem mittere non possunt. Nunc quæritur, an hoc edicto teneatur procurator, qui extremam iurisdictionem arcet, an tutor, an curator hoc edicto teneatur? Superiori edicto: *Quod quisque iuris*, procurator rei alienæ, vel curator non tenetur, *l. 3. tit. prox. sup.* Hoc edicto procurator tenetur, sicut tutor & curator, quia iuri alieno impedimento est, & lædit atque etiam contemnit auctoritatem prætoris. Superiori edicto, ei qui ius aliquod nouum impetrauit, idem ius redditur: nihil sibi parauit, qui in rem alienam ius nouum postulauit: Ergo non tenetur ex edicto. Dominus etiam non tenetur, nisi approbet factum: Nam probando factum procuratoris, ipse sibi nouum ius acquirit, & in edictum incidit: Et hoc de procuratore in *§. si procur. eod.* Postrema quæstio est, hæc actio quare vel quomodo censeatur pœnalis: Hæc actio datur aduersario in aduersarium. non est dicendum dari fisco, non est dicendum duas dari, vnam fisco, alteram aduersario, vt male Accurs. Sed datur hæc actio aduersario in aduersarium, qui ius dicenti non paruit: non datur in id, quæ interest actoris, alioquin rem persequeretur, non pœnam: sed datur hæc actio, quanti ea res est, quæ petita est, quæ in iudicium venit, quæ abducenda est vel auferenda, vel quam iudex abduci vel auferri imperauit, etiamsi reuera non debeatur. Itaque etiamsi falsa sit petitio vel calumniosa, huic actioni est locus: vt qui non paruit præcepto iudicis, id est, qui rem duci non passus, præstet quanti ea res est: Igitur quanti ea res est, hac actione petitur, etiamsi falsa petitio sit: quod non ita est in actione, *ne vis fiat ei.* Igitur hæc actio continet meram pœnam, & ob id finitur anno, & in heredem non transit, §. *vlt. huius l. Quanti ea res est.* Hæc verba alias veritatem significant, id est, id quod vere interest, vel rei verum pretium, vt in *l. 2. §. vlt. inf. qui satisd. cog. l. nouissime, inf. quod fals. tut.* In hoc edicto significant meram pœnam, etiamsi nihil intersit, etiamsi aduersario in ea re ius nullum sit: atque ita accipiuntur in *l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in ius voc.* Hæc actio est pœnalis, quia non tam spectat veritatem, quam quod petitum est, aut quod abduci iustum est, iure vel iniuria: ideoque est annalis, & in heredem non transit. Ea in parte negotium nobis facere potest dicta *l. nouissime, & l. huius actionis, quod fals. tut. auct.* Sententia hæc est, ex edicto quod falso tutore in eum, qui cum tutor non esset, pupillo rem aliquam gerendi auctor factus est dolo malo: ei, cuius interest, datur actio, quanti ea res est, quæ tamen non continet pœnam, sed veritatem, id est, quanti interest reuera: & tamen illa eadem actio perinde ac si esset annalis, anno finitur, & in heredem non datur, vt ostendit §. *vlt. huius l.* Breuiter dicendum: Hoc ideo, quia illa actio restitutoria est ex causa doli. Restitutoria dicitur in *d. l. nouissime*, & dicitur ob dolum dari. in illa specie dolus dat causam restitutioni in integrum ei qui falso tutore auctore contraxit cum pupillo. Et ob id Vlp. & Paul. *eod. lib. 12.* ad edictum (vt apparebit, si colligantur leges omnes) tractarunt eo libro, & de aliis causis restitutionis, & hoc edicto de dolo, *quod fals. tut. auct.* ex quo apparet hunc tit. pertinere *ad restitut. in integ. quæ datur ex causa doli.* itaque eam constat esse annalem, & in heredem non dari, id est, actio de dolo est annalis, licet rem tantum persequatur. Non igitur mirum est, si hæc etiam actio, quæ datur, *quod fals. tut. auct. &c.* annalis sit.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI

Repetita prælectio

Ad eundem Titulum 3. Si quis ius dicenti non obtemperauerit.

Anno 1580.

Ad l. Vnicam.

Omnibus magistratibus, non tamen duumuiris secundum ius potestatis suæ concessum est iurisdictionem suam defendere pœnali iudicio.

§. 1. *Is videtur ius dicenti obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est, non fecit, veluti si quis rem mobilem vindicari à se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est. Cæterum si & sequentia recusauit, tunc non obtemperasse videtur.*

§. 2. *Si procurator tuus vel tutor, vel curator ius dicenti non obtemperauit, ipse punitur, non dominus vel pupillus.*

§. 3. *Non solum autem reum, qui non obtemperauit hoc edicto teneri, Labeo ait, verum etiam petitorem.*

§. 4. *Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur: & cum meram pœnam contineat, neque post annum, neque in heredem datur.*

PRoponitur aliud edictum de iurisdictione, & omnino ea de re tria sunt edicta pœnalia. Vnum, si quis album ius dicentis corruperit, quæ habuimus in t. 1. Alterum, si quis ius iniquum dixit, vel dici effecit, quæ habuimus in *2. t.* Tertium, quod datur in *h. t. 3.* si quis ius dicenti non obtemperauit. Ex quo Vlpian. ait, *licere omnibus magistratibus iurisdictionem suam pœnali iudicio defendere*, licere, & vero debere: Nam, vt Asconius Pedianus ait in prætura vrbana, *qui potestatem suam in administrando non defenderit*, vtitur eodem verbo: *imminuti Magistratus veluti maiestatis læsæ reus.*

Recte: nam maieſtas dicitur de magiſtratu, *l. 9. ſup. de iuriſd.* Licere autem vel conceſſum eſſe ait omnibus magiſtratibus pœnali iudicio ſuam iuriſdictionem defendere ſecundum ius poteſtatis ſuæ, id eſt, ſuo iure, iure poteſtatis ſuæ propriæ, *l. 3. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.* pro poteſtate ſua, *l. 1. ſi vent. nom.* Cicero pro Cluent. *Tribunus plebis,* inquit, *illud iudicium pro poteſtate ſua dimitti iuſſit. Omnibus Magiſtratibus, exceptis Duumuiris,* ſiue magiſtratibus municipalibus. His verbis in hac *l. non tamen Duumuiri,* pro quibus Baſilica, χωρὶς τῶν στρατηγῶν, excipiuntur magiſtratus municipales, quos non eſſe eoſdem cum defenſoribus ciuitatum, vt Accurſius autumat, ſatis demonſtrant in Codice diuerſi tituli, qui conuicini ſunt, *De defenſoribus ciuitatum,* & qui ſequitur, *De Magiſtratibus municipal.* Magiſtratus municipales erant inſtar conſulum: Defenſores ciuitatis, qui & defenſores plebis dicuntur, erant inſtar Tribunorum plebis. Idem & Accurſius perperam confundit pœnale iudicium, quod in hoc tit. proponitur, cum iure mulctæ dicendæ: Nam hoc ius mulctæ dicendæ non eſt denegatum Duumuiris, vt docuimus *ſup. de iuriſdict.* & tamen negatum eſt Duumuiris iuriſdictionem ſuam pœnali iudicio defendere. Omnibus igitur Magiſtratibus vrbanis & prouincialibus iuriſdictionem ſuam pœnali iudicio defendere conceſſum eſt, non municipalibus, quia nec ij manum militarem habent propriam, qua rem duci, de qua lis eſt, vel auferri iubeant: qua de re agitur *hoc tit.* Verum quid ſit in hoc edicto ius dicenti non obtemperare, definiendum eſt. Nec enim pœnali iudicio, quod in hoc tit. proponitur, coercetur, qui quandocunque qualecunque ius dicenti non obtemperat, qui cuicunque decreto prætoris vel præſidis non obtemperat, coercetur hic quidem aliis modis, quicunque ſcilicet quoquo modo magiſtratui inobediens eſt, veluti damno litis, denegata iuriſdictione, aut mulcta irrogata, aut captis pignoribus aut vinculis, *l. contumacia, de re iudic. l. 1. §. propter, de poſtul. l. 26. §. ſed etſi dum, ex quibus cauſ. maior. l. 2. ſi quis in ius vocat. non ierit.* Iudicio autem ſiue actione pœnali, quæ in hoc tit. proponitur, coercetur, non quicunque ius dicenti non obtemperat, ſed is duntaxat, qui, quod extremum in iuriſdictione eſt, non facit, id eſt, qui decreti ſeu iuriſdictionis executionem pati recuſat. Nam ſic ſcriptum eſt in Florent. §. 1. *hac l. Is videtur ius dicenti non obtemperaſſe, qui quod extremum in iuriſdictione eſt, non fecit,* quorum librorum auctoritatem nemo eleuat, niſi demens ſit, & tamen ſero in orbe natus, ita mauult legere, *is non videtur ius dicenti non obtemperaſſe, qui quod extremum in iuriſdictione eſt, fecit.* ac ſi ad titulum magis attineat, definire, quis obtemperaſſe, quam quis non obtemperaſſe videatur. Quoniam ita legendo non definit Vlpian. quis non obtemperaſſe videatur, ſed quis non videatur non obtemperaſſe, id eſt, quis videatur obtemperaſſe: Is eſt, qui improbæ feli ſimilis alienum, quem lingat ſalem, ſi non habet, eſuriens findit latus; ſi habet, non ideo minus alget & eſurit. Quod autem ita definit Vlpian. *Is videtur ius dicenti non obtemperaſſe, qui quod extremum in iuriſdictione eſt, non fecit.* declarat hoc exemplo, *veluti ſi quis rem mobilem vindicari à ſe paſſus non eſt, ſed duci eam vel ferri paſſus eſt.* Qua in parte proculdubio præciſio ἔλλειψις, quoniam vt & Bulgar. ſentit, ſubintelliguntur hæc verba, *ius dicenti obtemperaſſe videtur,* qui ſcilicet rem mobilem à ſe vindicari paſſus non eſt, ſed duci eam aut auferri paſſus eſt, is ſcilicet ius dicenti obtemperaſſe videtur, vt eadem figura vtitur, *l. in bello 12. de captiu. & poſtlim. reu.* in bello poſtliminium eſt: in pace autem iis, qui bello capti erant, de quibus nihil pactis erat comprehenſum. Præciſio eſt ſiue reticentia. Nam ſubintelligitur, poſtliminium non eſt. Vt recte ſubiiciatur, quod ideo placuiſſe Seruius ſcribit, quia ſpem reuertenti ciuibus in virtute bellica magis quam in pace Romani eſſe voluerunt. Et ſic hoc loco cum dixiſſet, *ſi quis rem mobilem vindicari à ſe paſſus non eſt, ſed duci eam vel ferri paſſus,* & ſubintellexiſſet, *ius dicenti obtemperaſſe videtur,* conuenienter

A & recte ſubiicit. cæterum ſi & ſequentia recuſauit, tunc non obtemperaſſe videtur, id eſt, ſi rem duci aut auferri paſſus non eſt, ſi poſſeſſionem transferri in aduerſarium, qui vicit, paſſus non eſt, ſi reſtitit manu militari magiſtratui, per quem transferri à condemnato poſſeſſio ad eum ſolet, qui cauſam obtinuit. Denique ſi decreti executionem fieri paſſus non eſt, vt *l. qui reſtituere 68. de rei vindic.* Quæ quidem executio eſt extremum iuriſdictionis. Qui initio iuriſdictioni non paret, vt puta qui rem mobilem à ſe vindicari non patitur, qui conuentus fruſtratur & moratur, caluitur, extremo tamen paret, id eſt, qui rem abduci vel auferri patitur, obtemperaſſe videtur. Contra, qui huic extremo & ſummæ iuriſdictioni non paruit, licet paruerit initio lite conteſtata & iudicio ſuſcepto, & B præſtitis cautionibus ſolemnibus, non obtemperaſſe videtur. *Extremum iuriſdictionis,* vocat vltimam lineam, & terminum iuriſdictionis: Neque enim *extremum* Latini vnquam dicunt pro initio, nec vnquam duo extrema, licet Græci poſteriores dixerint δύο πέρατα. Latini nunquam duo extrema: extremum autem iuriſdictionis, extrema linea conſiſtit in euictione rei, de qua agitur, Abductione puta vel ablatione. Auferuntur mobilia, abducuntur αὐτοκίνητα, id eſt, *ſe mouentia,* & proinde apud Plautum qui dixit, *abſtuli hunc catinum,* ſe corrigit ſubiiciens, *abduxi volui dicere.*

Porro additur in hac *l.* §. 2. ſi procurator vel tutor, vel curator furioſi aut adoleſcentis, ius dicenti non obtempe- C rauerit, ſi extremum iuriſdictionis non impleuerit, aut non impleri paſſus ſit, eum ſolum puniri ex hoc edicto, non dominum, non pupillum, aut adoleſcentem: Et procuratorem quidem etiam ſolum puniri, ſi ſpecialiter hoc ei dominus mandauerit, vt ius dicenti non obtemperaret. Aliter quam in tit. ſuperiori, vt docuimus in *l. 3.* § 1. ex quo ſolus dominus punitur, cuius mandatu aut voluntate iniquum ius procurator poſtulauit & obtinuit. Ratio diuerſitatis eſt, quia non excuſatur, qui mandatu alicuius contemnit maieſtatem ius dicentis, ſicut nec, qui mandatu alicuius vim facit, nec qui mandatu alicuius hominem occidit, *l. 1. §. quoties, de vi & vi arm.* quia rei adeo turpis nullum mandatum eſt, *l. 6. §. rei, mand.* Excuſatur tamen facile, qui quid mandatu alicuius poſtulat à magiſtratu, li- D cet id nouum ſit & iniquum, quia turpe mandatum non eſt, aut quia non vſque adeo turpe mandatum eſt: Neque enim vt id magiſtratui inuito extorqueat, mandatum eſt, ſed vt id ſuppliciter & demiſſe poſtulet, in quo nulla turpitudo verſatur, cum totum committatur religioni ius dicentis. Deinde additur in §. *non ſolum, huius l.* hoc edicto puniri non tantum reum, qui rem, qua de agitur, abduci vel auferri non patitur, ſed etiam actorem, puta ſi actor condemnatus ſit, non reus, quod poteſt euenire, vt in *l. pen. C. de ſentent. & interloc. iudic.* Igitur ſi actor condemnatus ſit, & non patiatur rem, quam reſtituere aut dare damnatus ſit, ſibi auferri aut abduci, quod hoc loco traditur ex Labeone, & hoc argumentum præbet, quia Labeo eſt ex veteribus, vetus hoc eſſe & tranſlatitium edi- E ctum, vt alia quoque de albo corrupto, & de iniquo iure conſtituto & impetrato, conſtat eſſe vetera. Puto etiam, quod notandum eſt, vt iudicium de albo corrupto eſt populare, *l. 7. 3. de iuriſd.* vt beneficium edicti, *quod quiſque iuris, &c.* patet omnibus aduerſus eum, qui iniquum ius dixit vel obtinuit, *l. 3. §. hæc actio, ſup. tit. prox.* Ita ex hoc edicto tertio iudicium pœnale (quo etiam vindicatur contempta maieſtas ius dicentis, vt iudicio albi corrupti) eſſe populare, & patere cuilibet ex populo, qua de cauſa, in §. *vlt.* hoc loco, dicitur etiam hoc iudicium non dari ſupra annum, & non dari in heredem, videlicet ſecundum generalem definitionem, quam idem Vlpianus eodem libro tradidit, id eſt, 1. ad edictum, ex quo hæc lex ſumpta eſt, *l. vlt. de popul. act. Omnes populares actiones, neque poſt annum, neque in heredem dari.* Dicitur etiam in §. *vlt. hæc actio non datur in id quod intereſt.* Recte. Alioquin rem perſequeretur non pœnam: Non eſſet pœnalis,

Si tamen plures sint ex populo, qui agere velint, idem Vlpian. eodem libro 1. definit, *l. 3. de popul. actio.* præferendum esse eum, cuius interest, id est, qui læditur ob contumaciam aduersarij. Verum concluditur etiam ab eo hæc actio, non ad id, quod interest, sed ad meram pœnam tantum, id est, quanti ea res est, pro modo contumaciæ, pro modo delicti scilicet, etiam si nihil intersit actoris, si nihil actori absit, quanti publice vtile est. Pœna pecuniaria vindicari contumaciam ius dicenti non obtemperantis, quæ quidem pœna religioni iudicantis æstimanda & constituenda relinquitur, cum edicto definita non sit. Quomodo etiam concluditur aliqua in parte actio popularis de deiectis vel effusis, *l. 1. de his qui deiec. vel effud.* & actio popularis de sepulchro violato, *l. 3. de sepul. violato.* Et ea pœna, quam statuerit iudex ea de re aditus, vtique partienda erit inter actorem & fiscum, vt plerunque fit in popularibus actionibus, *l. lege Cornelia, de Senatuscons. Syllan.* vel vt Accursius tentauit, tota cogenda erit in fiscum, vt quandoque pœna actionis popularis tota in publicum redigitur, *l. vlt. inf. de term. moto.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI

Recitationes solemnes.

Ad Tit. IV. De in ius vocando.

Ad L. I.

L. 1. in ius vocare est iuris experiundi causa vocare.

IN ius vocare verbum est 12. tab. in illo loco. SI MORBVS ÆVITASVE VITIVM ESCIT. QVI IN IVS VOCASSIT IVMENTVM DATO. Quid autem sit in ius vocare docet *l. 1. h.* dum ait. *In ius vocare esse iuris experiundi causa vocare.* non definit, aut si definit, perperam definit, nempe *vocare* per idem verbum vocare, & in ius, per hæc, *iuris experiundi causa*: cum autem compertissimum sit in ius, esse ad tribunal, vel ad sellam magistratus, non iuris experiundi causa: Non igitur l. 1. definit quid sit in ius vocare: sed cum variæ sint, & multiplices causæ vocandi aliquem in ius, vel testimonij dicendi, vel tutelę, aut muneris publici suscipiendi, vel ad delectum, quamve rem aliam respondendi, vel iuris experiundi causa, declarat *l. 1. in hoc. tit.* agi de vocatione in ius, quæ fit iuris experiundi causa, hoc est litigandi causa, non de ea, quæ fit ex aliis causis. Ius experiri est commune verbum actoris & rei, & quasi inter se instituti legitimi certaminis: vt *agere* quoque sane commune est verbum actoris & rei: Ex aliis causis homines iussu magistratus vocantur à viatore non priuati tantum, sed & magistratus minores, vt præses prouinciæ à viatore præfecti prætorio. Iuris autem experiundi causa homines priuati tantum vocantur à priuato, id est, ab aduersario ipso qui litem facit, & prouocat ad iudicium: vocantur à priuato etiam sine iussu magistratus, vt fit hodie in regionibus quibusdam, quem vtique vocatum, nisi statim sequatur in ius, qui vocauit, prius ea de re testatione habita, etiam inuitum nisi satisdederit iudicio sisti in diem certum, trahit, & obtorto collo rapit in ius, more institutoque populi Romani, quem morem spectant auctores nostri in omnibus his tit. qui sunt de in ius vocando, non morem posterioris ætatis, quo homines cœperunt vocari iuris experiundi causa, etiam à viatore dato libello conuentionis, & iuris die prædicta, *§. tripli, Instit. de actionibus.*

Ad Leg. 2.

In ius vocari non oportet, neque consulem, neque præfectum, neque prætorem, neque proconsulem, neque cæteros magistratus qui imperium habent, qui & coercere alium possunt, & iubere in carcerem duci, nec Pontificem, dum sacra facit, nec eos qui propter loci religionem inde se mouere non possunt: sed nec eum qui equo publico in causa publica transuehatur. Præterea in ius vocari non debet qui vxorem ducat, aut eam quæ nubat, nec iudicem, dum de re cognoscat, nec eum dum quis apud Prætorem causam agit, neque funus ducentem familiare, iustave mortuo facientem.

IN l. 2. huius t. ostenditur, qui non possint vel non debeant in ius vocari, qui edicto prætoris sub h. tit. comprehensi sunt, qui neque sequantur, neque ducantur, id est, qui tametsi vocantem non sequantur, inuiti tamen in ius duci non possunt, vt constat ex inscriptione legis 48. *de verb. signif.* id est, qui in ius non vocentur, in ius sc. Cognata vero hæc sunt, & quasi connexa sequi & duci, quod vulgo tamen male explicatur. Ducimus sequentem, sequimur ducentem. Qui in ius vocari possunt, vocati sequuntur, & ducuntur, vel si non sequantur prehenduntur, & inuiti rapiuntur in ius. Plautus in Milite: *ducite istum,* inquit, *si non sequitur, rapite.* Qui autem in ius vocari non possunt, neque sequuntur, neque ducuntur, neque rapiuntur impune. Ac primum ait, magistratus vrbanos, consulem, prætorem, præfectum vrbi, vel magistratus prouinciales, quamdiu magistratu funguntur, sine fraude, id est, impune non vocari in ius, sine fraude vocantis, deposito magistratu posse vocari quis ambigit? Quandiu sunt in magistratu impune in ius non vocantur, maiores, inquam, magistratus qui maiora auspicia habent, *qui,* inquit, *imperium habent.* Imperium mixtum sc. summum & plenum, *qui,* inquit, *coercere alium possunt,* verberibus scil. vel alia pœna corporali, & qui iubere in carcerem duci possunt: hæ sunt notæ maiorum magistratuum, vt de consulibus etiam est proditum in *l. 2. §. exactis, de orig. iur.* consulibus summum ius esse, quod M. Tull. & Seneca summum imperium, & potestatem, quod vtique non est accipiendum de mero imperio, quod nec consulibus iniussu populi, id est, sine lege speciali in ciues Romanos erat permissum, *d. l. 1. §. exactis, & § & quia,* vt diximus, & perperam Acc. hoc loco imperium accipit pro mero, cum sit mixtum, quod magistratui cohæret, siue iurisdictioni eius. Eodemque errore Græci in *l. 4. de iurisdict. iubere caueri imperij magis est,* & in *l. nec magistratibus, de iniur.* imperium interpretantur τιμωρητικὴν ἀρχὴν & ἀκέραιον ἐξουσίαν, quod est merum imperium. Hoc vero, vt inuiti maiores magistratus, sine fraude in ius non vocentur more maiorum comparatum esse ait *l. 26. §. ait prætor, inf. ex quib. cau. maior. & d. l. nec magistratibus, l. si reus, iudicat. sol. l. qui accusare, de accusat. l. pars, de iudic.* Igitur si cui sit res cum magistratu, quandiu in magistratu est, de ea re cum eo experiri non potest, sed differe litem, & iudicium debet in annum, quo abibit magistratu, in finem magistratus exacta cautione iudicio sisti, *l. 38. §. vlt. ad leg. Iul. de adult.* Varro in Satyra quadam apud Nonium: *Prætor noster,* inquit, *eripuit mihi pecuniam, de ea re questum ad annum veniam, ad nouum magistratum.* Idque adeo verum est, vt nec prætori quandiu prætura fungitur, nouum opus nunciari possit, sed ne res pereat ei, cuius interest opus non fieri, testari debet se ideo non nuntiare nouum opus, quod nondum ei nuntiare liceat per leges, *l. 5. §. si quis ipsi, de noui oper. nunt.* Minores magistratus qui minus imperium habent, qui maius & summum imperium non habent, veluti ædiles in vrbe, aut duumuiri in municipiis, qui non habent fasces, lictores, tribunal, manum militarem, purpuram aut prætextam, carcerem, etiam in magistratu ipso sine fraude in ius vocari possunt, *d. l. nec magistratibus,*

magistratibus, l. eumque, de peric. & com. rei vend. l. 29. §. magistratus, ad l. Aq. Ii non habent summam potestatem, nec coercicionem nisi in seruos, & in hos etiam permodicam, *l. 12. sup. de iurisdict. omnium iudic.* Non habent carcerem, id est, neque verberibus, neque carcere quenquam coercere possunt: nam & *carcer ab arcendo & coercendo dicitur*, vt ex Varrone Seruius refert. Maiores magistratus imperium summum habent immixtũ iurisdictioni suæ, iurisdictionem summam immixtam imperio, & ex iis plerique etiam habent merum imperium & carcerem, & vincula, & virgas, & tribunal, & infulas, omniaque ornamenta maiorum dignitatum: ideo autem dicitur maiores magistratus sine fraude inuitos in ius vocari, trahi, rapique non posse, quod non fit sine iniuria aliqua, aut specie iniuriæ, si quis rapiatur in ius ab aduersario, sine fraude non rapi in ius, quia in eum qui rapuerit, est iniuriarum actio deposito magistratu: Nam vt non potest magistratus vocari in ius, ita nec ipse vocare quenquam in ius potest, quandiu est in magistratu, nec tutoris nec curatoris nomine, sed differre debet actionem in finem honoris, *d. l. pars, d. l. qui accusare, l. si maritus, in princ. ad leg. Jul. de adult.* Igitur qui rapuerit eiusmodi magistratus in ius, iniuriarum tenetur, sicut etiam is qui aliquem de domo sua rapuerit in ius, quod etiam fit illicite, *l. 23. de iniuriis*, sicut etiam is tenetur iniuriarum, qui offerentem satisdationem iudicio sisti, qui offerentem vades inuitum rapit in ius, *l. 5. §. vlt. qui satisd. cog* & qui quem rapit in ius, antequam antestatus sit, id est, antequam testato palam fecerit, nolle vocatum sequi, idcirco se rapere inuitum. Qui non antestatus rapit aliquem in ius tenetur iniuriarum, vt Acro & Porphyrio scribunt in illum locum Horatii, *licet antestari, ego vero oppono auriculam, &c. qui*, inquiunt, *antestatus erat, si manus aduersario iniecisset, iniuriarum reus constituebatur.* Quamobrem apud Plaut. in Pœnulo, cum vnus diceret, *rapiamus illum in ius*, & alter, *minime*, & ille quæreret *quapropter*, alter respondit recte, *quia iniuriarum multam indici*, id est, *non dici satius est*, quam scilicet sustinet, qui quem non iure rapit in ius, & sic est legendum illo loco ex iure, *multam indici, aut multam non dici.* Hoc vero argumento liquet, quod ante dixi esse verum à priuato aduersariũ in ius vocari, sine iussu magistratus: Nam si interueniret iussus magistratus, etiam non iure vocato, non daretur actio iniuriarum, propter iussum magistratus, *l. 13. §. si quis, de iniur.* Si quis ductus sit, hoc est, si ductus sit in carcerem, vt indicat Paulus eadem de re tractans 5. *Sentent. tit. ad l. Iul. de vi publica.* Si ergo ductus sit in carcerem, quod ius dicenti non obtemperauit, non potest agere iniuriarum propter prætoris præceptum. Additur in *hac l.* etiam in ius vocari non posse Pontificem dum sacra facit, quod est notissimum, ne sacra turbentur, sacris peractis, sane vocari posse. Additur etiam eos non posse in ius vocari, aut non debere sequi, qui propter loci religionem inde se mouere non possunt, puta sacerdotes qui discedere sine religione, sine piaculo ab ea æde non possunt, cui deuoti, & dedicati sunt, vt in *l. pen. de vacat.* Sen. 1. *de tranquill. quosdam exilia, quosdam sacerdotia vno loco tenent*, se mouere, quod in Basilicis est, ἀνεχωρήτως. perperam Belga quidam legit, *semouere non possunt* vno verbo, & de asylo interpretatur. Sequitur in *hac l. sed nec eum in ius vocari posse, qui equo publico in causa publica transuehatur*, vbi iampridem ostendi Vlpianum scripsisse non *in causa publica*, sed, *in Capitolio*, vel in Castoris Pollucis æde, qui equo publico in Capitolium transuehatur: Nam transuectionem equitum Romanorum, de qua loquitur, solitam fieri in Capitolium à templo honoris multi docent, maxime Plinius, vel, quod idem est, in Castoris Pollucis, auctore Dionysio Halicarnassæo, qui eam transuectionem vocat pompam eorum, qui vehuntur equo publico, & huic loco conuenienter, vt appareat hoc ius vetustissimum esse, Suetonius scribit Augustum, non esse passum in transuehendo, quenquam equitem Romanum ab accusatore

A detrahi, hoc est, rapi in ius, peracta transuectione posse impune trahi in ius. Additur etiam eum eamve non posse in ius vocari, & rapi qui vxorem ducit vel quæ nubit, die scilicet nuptiarum, dum pompa nuptiarum agitur, quoniam est intempestiua, atque adeo iniuriosa vocatio. Non posse etiam in ius vocari iudicem datum, iudicem pedaneum, dum de re cognoscit, ne cognitio interpelletur. Debet expectare actor quoad de re cognouerit, non ab ipsa cognitione eum auocare. Eademque ratione non potest in ius vocari, qui causam agit apud prætorem, ne iudicium interpelletur, dum sc. causam agit: nam ea acta, vbi exierit è iure quin possit in ius vocari non est dubium, sed non importune, dum causæ agendæ in iure dat operam. Nec huc quidquam pertinet *lex contra, §. vlt. de re iud.*

B quam adducit Acc. quia non loquitur de eo qui vocatur in ius dum causam agit, sed de eo qui causam egit, & litem contestatus est, ac pendente lite vocatur ad maius auditorium, ad maiorem magistratum, qui si ob eam causam litem contestatam & inchoatam deserat, non habetur pro contumaci. Sequitur etiam non posse in ius vocari, qui ducit familiare funus, lugubre officium facit mortuo, puta patre aut filio, aut coniuge, qui, inquam, ducit familiare funus, aut qui iusta mortuo facit, hoc est, ferias denicales, vt apud Festum, & Cic. feriæ sunt dies certi, quib. iusta mortuo fiunt, dum persoluuntur solemnia mortuis, quos Græci vocãt τὰ νομιζόμενα παισὶ & νομιζόμενα, τὰ ἔννατα, τὰ τρίτα & ita in *l. interdum, de iud.* dicitur sustineri cognitionem iudicii, ob fortuitos casus, veluti, siquis amisit patrem, aut

C vxorem, aut virum, id est, si ei ducat funus. M. Tull. pro Rabirio, *ad iudicij moram familiaris excusationem quæri.* & ita ex Cincio A. Gellius scriptum reliquit militẽ, cui condictus est dies, quo adesset, si ad constitutum non venerit, excusari, si eo die eisve diebus ei fuerit funus familiare ducendum, aut si ei fuerint exequendæ exequiæ siue feriæ denicales lib. 16. cap. 4. In eodem numero sunt, qui funus prosequuntur amici, supremi officii gratia, *l. 3. h. t.* Nam quandiu in eo officio sunt, non possunt rapi in ius, & dici potest, eandem esse æquitatem in his qui nubenti, & vxorem ducenti ad officium venerunt, vt interim importune non vocentur in ius. Postremo initio *l. 4.* ostenditur eos etiam non posse in ius vocari eo die, quo litigandi causa necesse habent in iure, vel certo alio loco sisti, id est, vt

D est in 12. tab. qui habent statum diem cum hoste, iure manum conserendi causa, condictum diem cum aduersario, eo die in ius rapi ab alio non posse, nec item furiosos vel infantes, quia non habent legitimam personam standi in iure, non infantes sine tutorib. Adde etiam ex *l. 22. inf.* nec impuberes puellas, etiamsi excesserint infantiam, si alieno iuri subiectæ sint, impuberes puellas filiasf. sane non posse attrectari, vel rapi teneras puellas, quæ sunt in potestate patris, ac ne vocari quidem vllo modo in ius.

Ad §. Prætor 1. legis 4.

Prætor ait, parentem, patronum, patronam liberos parentis, patroni, patronæ in ius sine permissu meo ne quis

E *vocet.*

Dixi in superiori l. 3. & 2. & initio l. 4. de iis qui impune iure ciuili, inuiti in ius vocari nullo modo possunt, de quibus fuit ille tit. edicti, qui neque sequantur neque ducantur. Hoc loco agitur de iis qui iure naturali impune inuiti sine venia prætoris in ius vocari non possunt, & de pœna eorum, qui eos aliter vocauerint: impetrata autem venia vocari possunt, de quibus prætor egit sub h. t. *Si quis eum vocauerit, quem ex edicto non debuerit*, quæ verba male traiecta in *t. 5.* qui sequitur, in quo tamen nihil ea de re agitur, in hunc t. quasi in suam sedem restituenda sunt, vt hic t. sit de in ius vocando, siue quis eum vocauerit, quem ex edicto non debuerit, nihil est euidentius, & de pœna eorum est, *l. pen. & vlt. h. t.* Huiusmodi autem sunt parentes, & patroni patronæue, & parentes liberique patronorum patronarumve, quos liberi vel liber-

ti inuitos (sic dico ex *l. 11.*) in ius vocare non possunt sine venia, permissu, & decreto prætoris, vel præsidis, id est, non aliter, quam si à prætore postulauerint veniam edicti, quoniam edictum prohibitorium est, ne quis vocet, & causa cognita impetrauerint; & qui aliter eos vocauerint, id est, sine venia, eisdem tenentur in factum actione pœnali in aureos 50. Venia quæ postulatur à prætore, est venia ab edicto. Macrob. 7. Saturnaliorum: *ab auctoritate vestra, tanquam ab edicto prætoris impetrata venia.* huius edicti verba hæc sunt, *parentem, patronum, patronam, liberos, parentes, patroni, patronæ, in ius sine permissu meo, &c.* vbi parentem vtriusq; sexus intelligere oportet, vt *l. vlt. C. eod. t.* cum sine discrimine sexus, patronus, patrona nominatim edicto vocari prohibeatur, & parentes quoque patronarum vtriusque sexus accipiantur, *l. 10. §. liberos, h. t.* Item parentem in infinitũ intelligere etiam vltra tritauum honestius esse Vlp. ait, & præualuisse merito, ne quis omnino parens irreuerenter, sine venia inuitus rapiatur in ius, quod indecorum, & iniuriosum est, longeque alienum à reuerentia, quæ omnib. parentib. naturali iure debetur æqualis, etsi inæqualis sit eorum potestas, *l. 4. inf. de curat. furios. l. 2. C. de in ius voc.* Reuerentia, quæ debetur parentibus omnibus, neque sexu finitur, neque gradu. Fateor proprie parentes dici vsque ad tritauum, qui supra tritauum sunt, maiores appellari, sicut liberi dicuntur vsque ad nepotem, qui infra sunt, posteriores appellantur, *l. vlt. §. parentes, de gradib. & affinib.* Posteriores vel etiam minores. Seruius in illum locum Virgil. *Ex illo celebratus honos lætique minores. Minores dicuntur quoties graduum deficit nomen,* & nomina graduum sane deficiunt in trinepote, vt supra in tritauo. Iuuenalis Satyra 7. *& Catulis Paulique minorib.* id est, posteris siue posteriorib. qui sequuntur trinepotem. Apul. 1. Apol. *Aristotel. & Theophrast. cæterosque Platonis minores.* At in edicto honestas exigit & pudor, vt parentum appellatio in infinitum extendatur, vt omnibus æqua seruetur reuerentia, quam vtique non seruat, qui inuitum & renitentem obtorto collo in ius rapit, vel abducit & trahit inuitum, tametsi huius rei testes aliquos faciat, id est, tametsi antestetur. Non adiicit Vlp. parentes etiam accipi in hoc edicto, siue habeant, siue non habeant liberos in potestate: nam edictum est *de in ius voc.* & iure experiundi causa; & certum est regulariter non posse inter se experiri parentes & liberos, qui in eorum potestate sunt, *l. lis nulla, de iud.* Quapropter liberi non tam huius edicti iure, quod iuri naturali congruit, vetantur parentes quorum in potestate sunt, in ius vocare, quam iure ciuili, id est, iure potestatis, *l. 8. in princip. hoc tit.* excipienda tamen causa castrensis vel quasi castrensis peculij, ex qua lis nobis esse potest cum liberis quos in potestate habemus, *d. l. 8. d. l. lis l. si quis vxori §. 1. de furt.* ex hac causa, quoniam in ea liberi qui sunt in potestate pro patribusfam. habentur, idest, hominibus sui iuris, *l. 2. ad Maced. l. 15. §. si seruus, de castr. pec. l. 6. §. vlt. de ini. rup.* ex hac causa, inquam, hoc edicto tamen ac iure naturali, sicut liberi qui non sunt in potestate, sine venia prætoris vetantur in ius vocare, non iure ciuili, quia, vel non sunt, vel in ea causa castrensis peculij, non censentur esse in potestate patris. His consequens est, nihil etiam interesse parentes sint ex iniustis nuptiis, an ex concubinatu, an ex contubernio, in seruitute quæsiti, qui naturales parentes dicuntur, quosque Paulus intelligit in *l. 6.* dum ait, *nec parentes naturales in ius vocari posse sine venia, quod vna omnibus parentibus sit seruanda reuerentia,* & verum hoc est, etiamsi liberi transierint in adoptiuam familiam, *l. 8. h. t.* quamuis in aliis causis parenti naturali pro extraneis sint liberi qui sunt in aliena familia, puta in adoptiua, quia exierant naturali, *l. 1. §. in eo, de Sylla. Senatuscons. l. 8. §. in adoptionem, de bon. poss. contra tab.* Nihil etiam refert liberi sint iusti an spurij: nam & spurios, qui vulgo concepti dicuntur, Lucretio Volgiuaga venere concepti, Vlp. ait matrem non posse

A in ius vocare sine venia, reiecta sententia Seueri Iuriconsulti, id est, Valerij Seueri, de quo & in *l. ex facto, de neg. gest. & l. 8. §. sed & filia, de procurat. l. 1. §. quæsitum, de aqua quotid.* Qui quidem Valerius, hanc reuerentiam exigebat tantum à iustis liberis, non ab spuriis, cuius sententia improbata est: & cur matrẽ nominet non patrem cum de spuriis loquitur, ratio redditur in *l. 5. quia mater semper est certa, etiamsi vulgo conceperit: pater is tantum est quem nuptiæ demonstrant,* vel etiam concubinatus, qui nuptiarum imago est. Extra nuptias, pater est incertus: inter fœmineum sexum matrem scimus, patrem credimus, quia partus sunt testes & inspectores certi, conceptus nulli sunt arbitri. Denique patris naturalis vna tantum demonstratio est, & probatio, quæ sumitur ex nuptiis B aut quasi nuptiis, alioqui difficilis, *l. Titius, de cond. & demonst.* Et eleganter Calpurnius Flaccus in declam. de puero ex meretrice suscepto: *in hoc puero,* inquit, *nescio quid sit indignius, vtrum patris origo, quod est dubia, an matris origo quod certa est:* & hac ratione etiam dicitur natura chariores nobis esse fratres ex eadem matre, quam ex matre diuersos, quod illi certi sint fratres, hi esse existimentur, aut sint dubii fratres: Et inde Homer. Iliad. 3. αὐτὼ, &c. optat sibi fratrem ex eadem matre. & 21. rogat ne se inimicus Hectoris occidat, quod non sit Hectori frater ex eadem matre, sed ex diuersa: eademque ratione natura chariores esse liberos matri, quam patri, vt Menander ait. His addamus, nihil etiam referre, pater sit naturalis an ad- C optiuus: nam & adoptiuus pater, puta ex causa castrensis vel quasi castrensis peculii, quandiu durat adoptio, quandiu in potestate filium adoptiuum habet iure adoptionis, non potest in ius vocari sine venia edicti impetrata, *l. 8. h. t.* nec hodie si filius à patre naturali datus sit extraneo in adoptionem, licet ex constitutione Iustin. extraneus, qui eum accepit in adoptionem, eum non habeat in potestate, tamen quia pater est ciuilis, in ius vocari non potest sine venia, vt recte Acc. sentit in *d. l. 8.* sed adnotandum, hoc interesse inter patrem naturalem & adoptiuum, quod patris naturalis parentes in ius vocare non possum, quia & ii parentes mei sunt; patris autem adoptiui parentes in ius vocare possum, quia parentes mei non sunt, & prætor non vt patroni, ita parentes parentis in ius vocari vetat, D sed parentes suos duntaxat: non semper autem patris parentes, parentes mei sunt, ideo autem patris adoptiui parentes, parentes mei non sunt, quia qui me adoptauit non fuit in potestate, & familia parentum suorum, alioqui non potuisset me adoptare, quia per adoptionem quæritur patris potestas, *l. 1. de adopt.* & qui est in parentum potestate non potest filium habere in potestate, *l. 21. ad l. Iul. de adult.* Seneca 3. declam. *nec tricenario quidem filio, qui est in potestate adoptare licet: nec enim,* inquit, *quisquam potest alium in manum suam recipere, qui ipse in aliena manu est.* Quod si is, qui me adoptauit, non est in potestate parentum vti oportet, non est ergo eis agnatus; qui non est suus parenti, nec agnatus est, *l. de bonis §. 1. de Carb. edic. l. scripto, vnde lib.* & is qui adoptatur his tan- E tum fit cognatus per adoptionem quibus & agnatus fit, id est, his quibus adoptator agnatus est. His autem quibus adoptator cognatus est, neque agnatus, neque cognatus fit, quia adoptio ius agnationis adfert, non ius cognationis, *l. qui in adoptionẽ, sup. de adopt. l. 6. & l. 10. §. si filius, h. t. l. vlt. inf. de bon. poss. cont. tab.* & perspicue Theoph. in *§. ergo non omnes, de nupt.* & de parentib. hactenus.

Ad §. Patronum. l. 8.

Patronum, inquit, Patronam. Patroni hic accipiendi sunt, qui ex seruitute manumiserunt: vel si collusionem detexit: vel si qui præiudicio pronuntietur esse libertus, cum alioquin non fuerit, aut si iuraui eum libertum meum esse, quemadmodum per contrarium pro Patrono non habebor, si contra me iudicatum est: aut si, me deferente, iurauerit se libertum non esse.

DOcet initio aut docere vult patronum in hoc edicto dici non eum cui respondet cliens qui aliquem in clientelam suam suscipit, de quo l. illa 12. tabul. *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*, sed eum cui respondet libertus, qui aliquem ex iusta seruitute manumisit, sic dictus, vt Theod. Hermopolites scribit in *l. 1. de off. praef. vrbi*. διὰ τὸ ἀνεῦ, &c. *quod videatur quodammodo gignere eum quem manumittit*, quandoquidem ante manumissionem non nouerat eum ius ciuile, nec persona eius vlla esse intelligebatur. Post manumissionem incipit personam habere, & in numero ciuium connumerari, quasi iure ciuili cognitus, & quasi nasci igitur beneficio manumissoris. Sed quantum attinet ad causam eius edicti interdum, & is qui non manumisit, pro patrono habetur: id fere euenit quinque casib. vt pro patrono & manumissore habeatur, qui non manumisit. vno si quis probauerit per indulgentiam & collusionem patroni, libertinum se in ingenuitatem ablegasse & ingenuum pronuntiatum fuisse: Nam ex SC. de quo in *t. de collus. detegenda*, qui hanc collusionem detexit & conuicit, quantum ad hoc edictum pertinet, pro patrono habetur, non quantum attinet ad successionem bonorum, vt est proditum in fin. constitutionis Graecae Iust. *de iure patronatus*, cuius saepe mentionem facit in Institutionibus, quae est *l. 4. C. de bonis libert.* Altero casu, si quis praeiudicio, id est, actione praeiudiciali (sic appellatur actio in qua quaeritur de statu hominis) Si quis, inquam, praeiudicio pronuntiatus sit patronus esse, licet reuera patronus non sit: nam & hic pro patrono est, quia res iudicata pro veritate habetur, & pro patrono est etiam quantum ad successionem attinet, *l. si iurauero, de iure patron.* Tertio casu, si quis deferente eo qui libertus dicebatur, iurauerit se patronum eius esse, licet reuera non fuerit patronus: Nam & hic quantum ad causam huius edicti attinet, pro patrono habetur, non etiam quantum ad successionem eius, quem iurauit suum libertum esse, qua in re distare iusiurandum à re iudicata ostendit *d. l. si iurauero*, atque ita plus posse religionem iudicis quam litigatoris, id est, plus posse rem iudicatam, quam iusiurandum eius, qui agit, vel quo cum agitur, & tamen (quod videtur obstare) *l. 2. de iureiur.* ait maiorem esse auctoritatem iurisiurandi, quam rei iudicatae: verum non hoc respectu, sed alio, puta, quod res iudicata appellatione rescindi possit, non etiam iusiurandum, si qui iurauit eo vti velit, vel eius exceptione, alioqui & post iusiurandum praestitum à iudice damnari potest, sicut post transactionem, si non posuerit exceptionem transactionis siue doli mali, *l. nam postea §. si damnetur, de iureiur. l. eleganter §. si quis, de cond. indeb.* nam iusiurandum, quod quis praestitit deferente aduersario sequi solebat sententia iudicis *l. cum iudex, C. de sentent. & interloc. l. pen. C. de rebus cred.* Sicut confessionem partis sequi sententia debet *l. 5. de confess. l. 5. de cust. reor.* Ergo non in omni re plus potest res iudicata, quam iusiurandum: imo contra hac in re plus potest iusiurandum, quam res iudicata, quia à re iudicata appellatur, non à iureiurando. Qua ratione & in *d. l. 2.* iusiurandum transactioni comparatur, à qua etiam non appellatur, id est, quae nullo modo rescindi potest, si sit bona fide facta. Item in hoc plus potest iusiurand. quam res iudicata, quia iureiurando tollitur naturalis obligatio, sicut transactione siue pacto, *l. Stichum, §. naturalis, de sol. l. si quis, de cond. indeb.* Re iudicata non tollitur naturalis obligatio, *l. Iulianus de cond. indeb. l. 8. §. 1. rem ratam hab.* Ergo si quis iurauerit se patronum esse, quantum ad successionem, non est patronus, quantum ad reuerentiam ex hoc edicto debitam, est patronus. Contra vero aliter quam si pronuntiatum sit patronum eũ esse, quoniam hoc casu per omnia est patronus. At è contrario siue praeiudicio pronuntietur quis libertus meus non esse, quod hic tradit Vlp. siue me deferente, aut referente, vt Basilica addunt hoc loco, ἐξ ἐπαγωγῆς, ἢ ἀντιπροσεῶς, siue, inquam, me deferente aut referente iurauerit se libertum meum non esse, quantum ad omnia eadem est potestas iurisiurandi & rei iudicatae, vt scilicet nullatenus habeat pro patrono *l. eum qui, §. pen. de iureiur.* Et ratio varietatis haec est, quia plus fauemus ingenuitati, quam patronatui: qui iurat se ingenuum esse, per omnia habetur pro ingenuo, qui iurat se patronum, per omnia non habetur pro patrono. Quartus casus, quo etiam qui non manumisit pro patrono habetur, si vendidi ancillam ea lege ne prostituatur ab emptore, vt si prostituatur sit libera, quia si prostituatur, ipso iure fit libera ex constitutione Vespasiani, & venditor quamuis ipse non manumiserit, quod eius tamen legis dicendae auctor fuerit in omnibus causis, pro patrono habetur, *l. diuus, de iure patron. l. 10. §. 1. hoc tit.* contra vt subjicit in *d. §. 1.* aliud dicendum si vaenierit ancilla eadem lege ne prostitueretur, nec tamen sit adiectum, vt prostituta libera fieret, sed hoc tantum vt in prostitutam eam, aut in ipso articulo prostituendae eius, in eam venditor haberet manus iniectionem, id est, ius abducendi eam, & ipso venditor qui hanc legem dixit, post iniectam manum eam prostituat, vel ante iniectam manum passus sit eam prostitui, pecunia accepta ne manum iniiceret: hoc enim casu ipso iure fit libera ex constitutione Adriani, & nullum omnino patronum agnoscit *l. 2. qui sine manumiss. l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. &c.* Quintus & vltimus casus hic est, si seruum meis nummis emi ea lege, vt eum manumittam intra certum tempus, nec manumittam, seruus ipso iure peruenit ad libertatem me cessante ex constitutione Marci ad Aufid. Victorinum, cuius saepe fit mentio in iure, & ego qui emi eum seruum meis nummis, per omnia fere pro patrono habebor, licet non ei dederim libertatem, sed lex, *l. 10. in prin. h. t. l. 3. §. 1. de suis & legit. hered. l. 3. §. 1. de legit. tutor. l. 3. inf. Qui sine manumiss.* Excipiuntur tamen actiones ingrati & operarum, quas aduersus eum libertum non habeo *l. si quis, qui & à quibus. &c. l. si quis, de oper. libert.* Dixi, si meis nummis emi Nam si nummis serui, vel amici ipsius serui, non meis, eum emi, fide ei data manumittendi, & fidem fregero, nec vltro manumisero, seruus quidem ipso iure non fit liber, sed potest me cogere vt fidem adimpleam, id est, manumittam ex constitutione Diuorum fratrum, *l. 4. & 19. de manumiss. l. qui se de iudic. l. 8. C. de liber. caus.* & hoc certe casu licet coactus eum manumiserim, nullo casu nulloque modo pro patrono habeor *l. 10. hoc tit.* vnde apparet multum interesse vtrum meis nummis seruum emerim, an nummis, & serui ea lege vt manumitterem: Nam si meis nummis, & me cessante seruus ipso iure peruenerit ad libertatem, mora & cessatio mea non adimit mihi ius patronatus, neque aequum est vt adimat, cum mihi adsit pretium serui, sed si nummis serui emerem fide interposita manumittendi, cum mihi nihil adsit, perfidia mea mihi adimit ius patronatus, etiamsi coactus eum hominem manumiserim: & hoc casu qui manumisit, pro patrono non habetur. Vt 5. sunt casus, quibus qui non manumisit, pro patrono habetur, ita per contrarium quidam sunt casus, quibus qui manumisit, pro patrono non habetur; & primus ille est quem modo exposui, 2. hic est, si patronus iureiurando adegit libertum ne vxorem duceret, quod est contra vtilitatem publicam, vel libertam, ne nuberet: Nam ex l. Aelia Sentia per omnia amittit ius patronatus & sine fraude in ius vocare potest, etiam non petita venia. Iusiurandum autem illud liberto vel libertae ipso iure remittitur: aliud est *l. Iulia. l. adigere §. vl. de iure patron.* vnde quaeritur in *l. 8. §. vlt. h. t.* an haec res noceat etiam liberis patroni, qui à liberto vel liberta, idem iusiurandum non exegerunt, & quantum ad successionem liberti vel libertae attinent, Proculus & Celsus dicebant viuo patre culpam patris qui iusiurand. exegit tale, nocere filio, Iulianus negabat qui est diuersae sectae: & huius sent. obtinuit: culpa vel nota patris non nocet filio *l. Diui, de iure patron. l. 2. §. in auo, de decur. l. crimen, de poen.* Semper est excipienda causa laesae maiestatis. Caeteroquin, nota aut culpa patris non nocet filio. Quod vtique verum est quantum ad successionem attinet, si filius non sit in potestate patris, qui

incidit in l. Æliam Sentiam *l. in seruitutem* §. *si patroni, de bon. libert.* At si filius sit in potestate patris, quandiu viuit pater, culpa eius nocet filio, nec quod suo nomine pater non habet, habeat filii nomine, iure potestatis, atque ita eludat l. Æliam Sentiam *l.* 9. *l.* 11. *l. quaeritur, eod. t.* Et ita est accipienda, vt glossa recte sentit *l. qui contra, de iure patron.* hoc est de liberis qui sunt in potestate, non de emancipatis: Et hoc quantum ad successionem attinet: Nam quantum attinet ad reuerentiam ex hoc edicto debitam liberis patronorum, vt in eo nominatim expressum est, liberi indistincte siue sui sint siue emancipati, quia innocentes sunt, cum non ipsi, sed pater eorum iusiurandum exegerit, honore priuandi non sunt debito iure naturali: sui priuantur bonis viuo patre, sed honore eos etiã priuari æquum non est *l.* 8. §. *vlt. h. t.* vbi Vlp. ita euenire ait eleganter, vt patronus in ius vocetur, filius patroni quasi innocens non vocetur in ius impune. Extremum hoc est, vt adnotemus eum qui manumisit seruum ex causa fidei commissi, cum à testatore rogatus esset manumittere, licet recte in ius vocetur, vt manumittat & possit hoc casu seruus qui alias non potest causam orare, & iudicio experiri *l. vix inf. de iudic. l. de libertate, inf. de fide. lib. l. Titius, de act. emp. l. mulier* §. *non est, ad Trebell.* Post manumissionem tamen impune in ius vocari non potest, quia etiam si non vltro, sed ex causa fideicommissi manumiserit, si libertatem non donauerit, sed soluerit; si non gratuitam, sed debitam libertatem præstiterit, nempe ex causa fideicommissi, *l.* 9. *hoc tit. l.* 24. *inf. de excusat.* & quantum ad successionẽ etiam eius quem manumisit ex causa fideicommissi, pro patrono habetur *l. qui ex caus. de bonis libert.* & quantũ ad legitimam tut. *l.* 3. *in prin. de legit. tut. l.* 13. *de tut. datis,* & quantum ad originem & patriam manumissoris *l.* 17 §. *ex. cau. ad manucipal.* non quantum attinet ad alia iura patronatus, *d. l. qui ex causa, l.* 1. *C. de libert. & eor. lib. l. si seruo, de heredib. instit. l. si seruum* §. 1. *de adq. hered. l. prox. de ritu nupt. l.* 5. §. *si quis, de lib. agnosc.*

Ad §. Patronum l. 10.

Patronum autem accipimus, etiamsi capite minutus sit: vel si libertus capite minutus, dum adrogetur per obreptionem: cùm enim hoc ipso quo adrogatur, celat conditionem, non id actum videtur, vt fieret ingenuus.

IN hoc edicto patronum accipit, *etiamsi capite deminutus sit*, quæ verba Accurs. accipit recte de minima capitis deminutione: nam qui maximam aut mediam capitis deminutionem subiit, non est patronus, hoc est capitis deminutionem maxima & media ius omne patronatus amittit, vt nec ita capite minuto saluus sit honor eius edicti, §. *sed si per pœnam, inf. l. si libertus, de iure patron.* quia scilicet ius patronatus competit tantum liberis hominibus & ciuibus Romanis: Maxima autem capitis deminutio, veluti damnatio in metallum è libero seruum facit: media autem veluti deportatio è ciue peregrinum. At minima capitis deminutione ius patronatus non amittitur: exempli gratia, filius emancipatus non amittit ius quod habet in liberto castrensi, vel quasi castrensi, cum nec id amittat emancipatione in liberto patris *l. de iure patron.* Item is qui dat se in adrogationem non amittit libertos suos, nec eos transfert ad adrogatorem, *l. libertus, inf. de bon. libert.* qui eos tamen in adrogatorem transfert quos in sua potestate habet, *l.* 15. *de adopt.* Libertos autem non habet in sua potestate: Et ita Basilica nominatim hunc locum interpretantur de adrogatione, non de emancipatione: quia vt hoc quæratur & dicatur in emancipatione raro euenit, quoniam pauci sunt filiifa. qui habeant castrenses libertos, soli nempe milites & non omnes, qui sc. postea emancipentur: idem tamen olim sæpe eueniebat, patrona conueniente in manum viri, quo genere etsi patiebatur minimam capitis deminutionem, non tamen amittebat libertos suos, & ius patronatus: Idem vero hoc loco subiicitur esse dicendum capitis deminutione, liberto contingente per adrogationem: Nam etsi iure libertus adrogari non possit, *l.* 15. *inf. de adopt. l.* 1. §. *nepos, si à parente quis manu.* tamen adrogatur quandoque libertus alienus per obreptionẽ, liberto obrepente principi celata conditione sua, cuius quidem principis auctoritate adrogationes fieri certum est: atque ita si libertus alienus per obreptionem fuerit adrogatus, patronus eius non ideo ius patronatus amittit, neque commodum eius edicti, vt ostenditur hoc loco; & *l. liberto, de bonis libert.* quia princeps cui obreptum est, non id sensit, vt ingenuus fieret. Itaque non fit ingenuus per adrogationem obreptitiam, vel subreptitiam. Et post hæc quæ hoc loco dixit Vlpianus de patrono & liberto adrogato, quæ exposui, poni debet §. *si per pœnam,* qui est de deportato: quod statim fatebitur, qui obseruauerit Vlp. hoc lib. 5. ad edictum ex ordine persequi singula verba huius edicti: ac primum agere de parentibus, tum de patronis, deinde de liberis, & parentib. patronorum, & ad extremum vlt. verba edicti interpretari *in ius sine permissu meo ne quis vocet,* quem ordinem perturbat qui postquã cœpit vult. agere de liberis, & parentibus patronorum, aliquid adiicit de patronis, quod sane facit præpostere qui infra post §. *liberos* collocat §. *sed si per pœnam,* cui suus proprius locus est post illa quæ enarraui modo de patrono vel liberto adrogato, id est, de cap. dem. minima: & congruentissimum, vt sequatur de patrono deportato, id est, de cap. deminut. maiore. Ideo autẽ libertus alienus iure non potest adrogari, quia si valeret adrogatio, & adrogaretur ab ingenuo fieret, ingenuus & M. Sabinus apud A. Gellium lib. 5. non esse permittendum ait vt homines libertini ordinis, per adoptionẽ in iura ingenuorum inuadant: non esse permittendum, nec consentientib. quidem patronis. non dubito tamen quin consentientibus patronis libertini à libertinis adoptari possint, quia ordinem non mutant. Dissentientibus autem patronis dico nec à libertinis adoptari posse, ne fiat iniuria patronis, si ex eorum familia abeant in aliam; cum non amplius quam vnam familiam habere possint: nemo potest habere duas familias. Sequitur liberto etiam ius aureorum annulorum à principe obtinente patronum ius suum vel honorem huius edicti non amittere, & habere quidem eum libertum, quod impetrauit à principe, inter cæteros homines honoris iura, munia ingenuitatis, imo quod plus est in ordinem ingenuorum transire, *l. cum ex oratione de excus. tut.* In familia tamen patroni pro liberto non pro ingenuo haberi etiam, quod notandum, si consenserit patronus, ideo ius suũ remisisse videtur, vt & consensus eius; in hoc tamen requiritur, vt ratum sit beneficium principis, nec rescindatur, *l.* 3. *de iure aur. ann.* quia, vt ait Commodus, ius annulorum datum libertis ademit, qui id acceperunt inuitis vel ignorantibus patronis. Longe alia est conditio eius liberti qui consentiente patrono, vti oportet, natalibus à principe restitutus est, & quasi renatus: his scilicet natalibus in quibus omnes homines erant iure naturali, cum seruitus & libertinitas nondum cognita erat, *l.* 2. *de nat. rest.* qui enim his natalibus, priscis hominum natalibus à principe restitutus est, in totum ingenuus efficitur, quia palam ingenuitati restituitur primæuis natalibus. Ille vero cui datur ius induendi annuli aurei pro ferreo, quo libertini vti solebant (nec enim licet eis vti aureo) ille, inquam, palam non vocatur ingenuus. Itaque nec si huic beneficio dandi annuli aurei libertino homini consenserit patronus, eum ipse patronus non habebit pro ingenuo: Ceteri homines habebunt pro ingenuo, inspecto annulo aureo quem gestat; atque ita fiet, quod est paradoxum, vt ingenuus habeat patronum, sicut ex Nou. 78. hodie omnes homines ex seruitute à domino manumissi ingenui sunt, & tamen patronum habent eum qui manumisit.

Ad §. Qui manumittitur.

POstremo notandum est ex hoc §. quod de patronis additur, seruum ciuitatis, vel corporis certi aut collegij, si manumittatur, patronam habere ciuitatem vel vniuersitatem: qui manumisit ex decreto ordinis, vt fit, patronos non habere singulos ciues, vel singulos corporatos, vel singulos collegiatos, quia nec singulorum seruus fuit pro parte, licet fuerit communis: quia non pro proprietate, sed vsu tantum fuit communis. Denique singulorum seruus non fuit pro parte, sed vniuersitatis, siue publicus seruus, vt in *l. in tantum* §. 1 *sup. de rer. diuis.* ideoque singulos impune in ius vocare potest, non etiam ciuitatem vel vniuersitatem quæ patrona est, non etiam actorem, siue syndicum & defensorem vniuersitatis, sine venia edicti impetrata: quia syndicus vice vniuersitatis fungitur, nec accipitur vt singulus homo, sed vt vniuersitas, *l. 2. inf. quod cuiusc. vniu.* dixi seruum communem siue vniuersitatis non esse singulorum pro parte, sicut seruus communis inter Gaium & Titium est singulorum pro parte, non sic seruus communis vniuersitatis est singulorum pro parte, sed vniuersitatis tantum; & idem dici potest de qualibet re communi vniuersitatis. neque obstat lex 1. *inf. de colleg. illic.* quam adfert Acc. & explicat fuse, ac perperam in *d. l.* 1. quæ lex ait, ei qui recedit à collegiis, debere præstari, quæ ex ratione communi ei competit pro rata. Ergo videntur singuli qui sunt ex eodem collegio in rebus communib. collegij habere partem, quod tamen est negandum. Nam quod ea l. ait, ei qui recedit à collegio, debere præstari quod ex ratione communi eum contingit, non hoc est partem ei debere præstari singularum rerum vniuersitatis, siue collegij, sed quæ in viros distribuenda vniuersitatis relicta sunt, quæ viritim distribuenda ciuibus aut collegiatis, vt fiebat sæpe in testamentis, debere viritim eis præstari annonas, & ei qui recedit a collegio annonas præteriti temporis, & sportulas quæ in viros distribui solent, siue in capita: de quibus diuisionib. est *l. si quid relictum*, lex *mihi*, *l. ciuitatib. de leg.* 1. *l. cum quidam, de ann. leg.* collegio quoque dissoluto aut reprobato, tunc sane certum est pecuniam communem quæ est in arca communi, esse viritim diuidendã, *l. 3. eod. t.* & hæc de patronis.

Ad §. Liberos.

Liberos, parentesque Patroni, Patronæque vtriusque sexus accipere debemus.

AIt liberos & parentes patronorum accipi vtriusque sexus: & non tantum parentes naturales patronorum, sed etiam adoptiuos, sed non etiam liberos patronorum adoptiuos, quos constitutio Græca Iust. in *l. 4. C. de bonis lib.* ait libertos esse extraneorum loco; Quamobrem nec hoc loco liberorum patroni adoptiuorum vlla mentio fit: quod obseruatu dignissimum est, & parentum patroni adoptiuorum tantum mentio fit, quia adoptiuis parentib. patroni, quem iam dixi in § *patronum* adoptione non desinere esse patronum. honor huius edicti seruandus est, ne patroni scil. parentes adoptiui vocentur in ius sine venia, quandiu adoptio durat: Nam finita adoptione parentes esse desinunt, & omnia iura perdunt, etiam hunc honorem, vt non sint amplius parentes patroni, *l. 13. & 14. de adopt.* liberos autem patroni naturalis tantum accipimus, non adoptiuos, & naturales, siue sui sint, siue emancipati, siue à patrono in adoptionem dati, vt *d. l. 4. C. de bonis lib. & l. 39. inf. de bonis liberti. l. satis, de iure patron.* Nam & liberi naturales patroni, quos patronus dedit in adopt. à liberto paterno in ius vocari non possunt, imo, nec nepotes ex eis, apud adoptiuum pártem concepti & nati: Nam etsi in aliis causis liberi in adoptionem dati, nec ciuili, nec prætorio iure in numerum liberorum patri na-

A turali computentur, quia in familia sunt, *l. non putauit* §. *in adopt. de bon. poss. contra tab. l. 1. §. in eo, de Syllan. senat. l. 2. §. sed si quis decesserit, ad Tert.* in causa tamen huius edicti, atque etiam in successione liberti patris naturalis, pro liberis patris naturalis habentur: nec tametsi in adoptiua familia sint, patrem naturalem in ius vocare possunt, *l. 8. sup. h. tit. l. 2. §. quod ait, inf. qui satisd. cogant.* neque, vt hoc loco ostenditur, in ius vocari ipsi possunt à libertis patris naturalis, licet non sint in familia patris naturalis, sed in aliena. At quod subiicit Vlp. si filius patroni emancipatus filium adoptauerit, hic nepos, id est, qui possit patrono videri nepos: non nepos, sed prorsus extraneus patrono est, quia pater patris adoptiui non est parens filii adoptiui, nec cognatus vllo modo *l. 7. sup. hoc. tit.* idcirco
B in ius vocari à liberto is filius adoptiuus filii patroni emancipati impune potest, quia non est ex liberis patroni, licet sit filius filii patroni: & hoc est quod ait: *sed si filius meus emancipatus adoptauerit filium, hic nepos in ius vocare poterit: nam mihi alienus est.* non est igitur mihi nepos. Ponit filium patroni fuisse emancipatum, quia filius qui est in potestate, non potuisset filium adoptare, quod exposui latius in *d. l.* 7. sequitur liberos, & parentes patronorum, hîc accipi in infinitum, sicut initio huius edicti dixi etiam parentes accipi in infinitum, tum ex Caii Cassii sent. quæ obtinuit contra veterum opinionem. Tum vero addit vnum casum singularem, quo mater & filius se inuicem in ius vocare non possunt sine venia, quia regulariter, pater aut mater filium quem habet, vel non habet in pote-
C state, ex causa castrensis vel quasi castrensis peculii in ius vocare potest sine venia, non contra filius matrem aut patrem. Proponit tamen hoc loco Vlp. casum singularem, quo nec mater filium suum in ius vocare potest sine venia: fac patronum ex liberta filium suscepisse, nec ipse filius libertam in ius vocare potest, quia mater sua est, nec ipsa illum, quia patroni sui filius est. Ac postremo de liberis patronorum additur hoc edicto, non contineri liberos patronorum natu maiores qui capitis accusauerunt, vel in seruitutem petierunt ex libertate libertum paternum, nec obtinuerunt, quia ex hac causa & commodum huius edicti, & omnia iura patronatus amittunt, *l. qui cum maior, & sequent. de bonis libert. l. 9. & 10. de iure patron.* &
D hac in re distant patroni à liberis patronorum: Nam patroni ex hac causa non amittunt ius patronatus, si libertos capitis accusauerint, vel in seruitutem petierint, nec obtinuerint. Liberi tamen patronorum ex hac causa, l. Iulia & Papia ius patronatus amittunt, *d. l. 4. C. de bonis lib. l. si filius §. pen. de fideic. libert.* & hæc de liberis & parentibus patronorum.

Ad §. pen.

Prætor ait. in ius nisi permissu meo ne quis vocet. Permissurus enim est, si famosa actio non sit, vel pudorem non suggillat, qua patronus conuenitur, vel parentes, & totum hoc causa cognita, debet facere. Nam interdum etiam, ex causa famosa vt Pedius putat, permittere debet patronum
E *in ius vocari à liberto: si eum grauissima iniuria adfecit, flagellis forte cecidit.*

SEquitur in §. pen. interpretatio horum verborum edicti *in ius sine permissu meo ne quis vocet*, his verbis significatur decreto prætoris opus esse, quo causa cognita permittat liberis parentes: vel libertis patronos, aut liberos parentesve patronorum in ius vocare: & permissurus vtique est prætor, si actio non sit famosa, qua conuenire eas personas desiderat is qui agit, vel si actio quam postulat, earum personarum pudorem non suggillet apud bonos mores: Nam actio ipso iure famosa, turpis, veluti de dolo, iniuriarum, aut furti non est danda aduersus parentes vel patronos, sed vtilis actio tamen verbis temperata in factum quo de agitur, ita vt doli vel furti mentio non fiat, & atrocitas rei siue actionis verbis mitiorib. in agendo sub-

ducantur, *l. non debet, de dolo l.* 11. §. 1. *de accusat. l.* 2. *C. qui & aduersus quos in integ.* inuenio, quod maxime notandum est, etiam patri è contrario aduersus filium non esse dandam famosam actionem, veluti furti, sed si patri furtum fecerit filius, dandam esse vtilem actionem, id est, in factum: Nam in iure vtilis actio, & in factum idem est. Denique ei dandam esse actionem in factum conceptam honestioribus verbis. Quod aperte ostendit *l. si quis vxori* §. 1. *de furt.* & ratio non quidem hæc est, quod vicissim filio pater reuerentiam vllam debeat: quæ ratio in filio tantum procedit, qui turpi iudicio cum patre experiri vult, sed non est etiam danda turpis actio patri aduersus filium, quod maxime ad patrem pertineat non lædi famam filii; qua ratione etiam de filio corrupto patri nulla est actio, ne traducat filium simul atque familiam suam, *l.* 14. §. 1. *de seruo corr.* Non est etiam danda in parentes vel patronos actio, quæ etsi ipso iure non sit famosa, apud bonos tamen & graues pulsat, onerat, sugillat opinionem, & verecundiam eorum, vt interdictum vnde vi, & quod vi aut clam: nullum est interdictum ipso iure famosum, *l. neque, de vi & vi arm.* onerat tamen famam quodammodo eius qui eo interdicto conuenitur apud bonos mores, scilicet, vt item condictione furtiua, quæ non est famosa ipso iure, id est, ex legibus, *l. cessat, de oblig. & act.* sed sugillat tamen pudorem eius qui ea actione conuenitur, quoniam ea tenetur solus fur. Et verum est, quod interpretes dicunt duplicem esse infamiam, infamiam iuris quæ ipso iure irrogatur, puta, ex edicto prætoris, & infamiam facti, quæ vel sola sine lege minuit apud bonos mores, existimationem nostram: & siue hoc siue illo genere infamis sit, actio quæ à prætore postulatur, aduersus parentes vel liberos deneganda est, & parcendum est omnimodo famæ earum personarum, *l.* 2. 5. *&* 7. *de obseq. parent. l. apud* §. *aduersus, de doli except. l.* 1. §. *interdictum, de vi & vi arm.* Interdum tamen magna ex causa prætor permittit famosam actionem liberto aduersus patronum, veluti iniuriarum actionem, si eum flagellis cecidit, quæ in libero homine iniuria est grauissima, sæuissima, atrocissima, *l. prætor* § *præterea, de iniur. l.* 38. *ad l. Iul. de adult.* Liberi homines non cæduntur flagellis, flagris, loris, sed fustibus, siue virgis, *l. in seruorum, de pœn.* serui soli flagellis, flagris, vnde & flagriones dicuntur. Qua ratione etiam libertus patronum iure mariti adulterii accusare potest: Nam & hæc grauissima iniuria est, *d. l.* 38. §. *pen.*

Ad §. vltim.

Semper autem hunc honorem patrono habendum, etsi quasi tutor, vel curator, vel defensor, vel actor interueniat patronus. Sed si patroni tutor, vel curator interueniat impune posse eos, in ius vocari Pomponius scribit, & verum est.

IN §. vlt. huius l. ostenditur etiam hunc honorem patrono esse seruandum, si in iudicio interueniat nomine pupilli vel adolescentis, vel furiosi quasi tutor, vel curator, agente liberto, vel si interueniat amici nomine, quasi defensor & procurator voluntarius, vel si interuenerit vniuersitatis nomine, quasi actor vniuersitatis: *semper*, inquit, *hunc honorem patrono esse habendum*, siue cum eo sc. libertus experiri velit, accipiente iudicium suo nomine, siue alio nomine. *semper*, inquit, vt similiter in *l. liberto, de obseq. parent. semper*, inquit, *liberto, & filio honestam, & sanctam personam patris videri debere*, semper ea nomina ei sacra videri debere, id est, siue iudicio, quo acturus est libertus, vel filius suo nomine intersit pater vel patronus, siue alieno nomine: & similiter ad § *aduersus l.* 4. *de doli excep.* nihil interesse patronus conueniatur ex suo contractu, an ex alieno. *Semper enim*, inquit, *reuerentiã ei habendam esse*, & quod additur in eo §. *tam eo viuo quam defuncto*, proculdubio abundat, & nihil pertinet ad rẽ propositam, & conuenit proprie §. *sequenti*, in quo ea etiam

A sunt adscripta verba, quandoque dicitur nec conuentum ab herede patroni libertum posse excipere de dolo patroni, quod tam viuo, quam mortuo patrono honorem à liberto exhiberi conueniat: Verum additur in fin. huius l. tutorem tamen vel curatorem patroni, etiamsi res pertineat ad patronum, impune in ius vocari sine venia, puto & defensorem patroni, qui se liti ad patronum pertinenti offert, non puto tamen idem esse in actore vniuersitatis, qui à liberto vniuersitatis impune in ius non vocatur, § *qui mittitur, sup. hoc tit.* quia libertus qui agit cum actore vniuersitatis, cum vniuersitate, id est, patrona sua, prorsus agere videtur; quia non est alia ratio agendi cum ea, propterea quod vniuersitas est corpus incertum. Vna est tantum ratio experiundi cum vniuersitate, si agas cum actore eius: videris ergo incessere patronam non actorem. At
B quia superest ratio alia agendi cum pupillo, vel adolescente, vel cum aduersario quolibet qui eum omittit, & eligit tutorem eius, vel defensorem voluntarium, sane non continuo videtur etiam eum incessere, vel impetere: Etiam illud est certum, patronum ipsum pupilli nomine posse in ius vocari sine venia, si libertus cum eo agat, vt tutor pupilli, & ex necessitate officii, & fide tutoria, vt ait *l. tutorem, de his quib. vt indig.* idque ostendit in *l.* 16. *h. t.* optima ratione, quia libertus non agit cum patrono suo nomine, vt libertus veluti in patronum, sed quasi in extraneum nomine alieno. Itaque non indiget veniæ petitione.

C
IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI
Recitationes solemnes.
Ad Tit. 1. De iudiciis.

HIc titulus de iudiciis libri, qui quintus est ex ordine Digestorum, secundæ autem partis primus. Septem enim partes sunt Digestorum, prima continet quatuor libros, & dicitur πρῶτα. Secunda continet libros septem, quorum primus est hic qui dicitur *de iudiciis*. Quare quidam censent hunc titulum generalem esse ad totam secundam partem.
D Idem censent de partis tertiæ titulo primo, quod ea pars contineat libros octo, qui vocantur *de rebus*. sed quæro cur hæ solæ secunda & tertia habeant generales titulos, reliquæ enim omnes singulares à Iustiniano vocantur in primo Digest. id est, in constitutione, *omnem*, quæ Digestis præposita est §. *alterutri*, §. *tertij*, §. *& ita*. Quidam ad quintam partem adscripsere titulum *de testamentis*, quasi generalem, temere. Repugnant Pand. Flor. in quibus ita habetur inscriptio *de testamentis*, sed hoc modo *qui testam. facere poss.* repugnat Iustiniani constitutio. Non est igitur, cur secundæ & tertiæ parti titulum generalem potius tribuas quam reliquis. Denique tit. de iudiciis, ad eam totam partem non potest pertinere. Iudicia enim vocamus disceptationes quæ fiunt apud iudices & adsessores intro-
E ductis litigatoribus, aut procuratoribus eorum. *Constantinus lib.* 1. *tit.* 2. ἐκ τῶν παρισταμένων καὶ συνηγορούντων καὶ παρισταμένων καὶ δικαζομένων καὶ ἑτέρων. Hi sunt procuratores & incipiunt iudicia à contestatione litis, & durant vsque ad sententiam, *l. iudex, inf. de re iudic.* Porro de iis iudiciis, eorum ratione, ordine, & de iudicibus in hoc tantum titulo tractatur non in sequentibus. Idem dicendum de *tit. de rebus credit.* nec enim ille ad sequentia, nec ad conditiones pertinet, hæ conditiones sunt ex æquo, & bono non ex contractu, *l. contra* §. *vlt. l. rerum* §. *vlt. rer. amot. l. indebiti, l. hæc condictio, l. in summa, inf. de condict. indeb.* Ideoque illæ non dantur nisi quatenus is qui accepit, factus est locupletior, *l. cum ij* §. *sane si, sup. de transact.*

Praeterea si ita generalis est is titulus, cur ei non est subiectus titulus *de pignor. de vsur. de euiction*. Dico in edicto perpetuo fuisse propositum specialem titulum *de rebus credit. si cert. pet. & de condict. indeb.* sub quo edixit Praetor de certi condictione, & de variis contractibus. Item de commodato nonnihil & pignore. Item de speciali condictione, quae ex mutuo datur, edicti verba non habemus, videndum quam ob causam huius secundae partis, libri omnes appellantur de iudiciis. Item quare tertiae partis libri omnes de rebus creditis appellentur. Hoc explicat constitutio *omnem* ex qua auditores iuris primo anno discunt Institutiones & τὰ πρῶτα. Secundo secundam partem vel tertiam, eamque discunt continua serie, nullo penitus derelicto. Tertio anno tertiam aut secundam, si tertiam priorem didicerunt, idque à capite ad calcem. Quia ergo ex ea constitutione secunda pars vno contextu traditur, ideo eius tituli *de iudiciis* vocantur, etsi non sint de iudiciis. Eadem ratione tertia pars tota de rebus appellatur, & si non sint omnes eius libri de rebus. Reliquarum partium libri auditoribus sigillatim traduntur, nec earum vlla integra, vnove tenore traditur: quod si quarta pars vno tenore traderetur, singuli eius libri nuncupationem accepissent à titulo *de pignoribus* non quasi generali, sed quasi eius partis primo, & non ex tractationis ordine. Hactenus de constitutionis ratione. Quidam putant *de iudiciis* in edicto praetoris scriptum fuisse *de vindiciis*, quia de vindicationibus tractatur, sed eorum sententia non est probanda. Nam in *C. Theod.* & sententiis Pauli, idem ordo traditur; ibi enim praecedit titulus *de iudiciis*, sequitur titulus *de vindicationibus, vbi quis agere*, id est, in quo titulus est *de foro competenti C.* forum locus est in quo exercentur iudicia, dicitur *forus* ab Isidoro, à Victorino Afro *forus & status*. Iustinianus interpretatur *forum*, κριτήριον, id est, *iudicium*: sic retro *iudicium* saepe pro *foro*. forum est ex 12. tab. ita sumendum in quibus ita erat, *in comitio vel foro*, estque proprie caussarum ciuilium, inde *forenses actiones, l. 1. de incend. ruina, nauf. Paulus 5. sent. tit. de abactorib.*

Ad L. Primam.

Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, & consentiant: inter consentientes, cuiusuis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio.

Ad L. II.

Consensisse autem videntur, &c.

IVdicum nomen generale est, No. 82. §. πᾶς δὲ δικαστής. Primo iudicum appellatione continentur magistratus qui tribunali praesunt, item qui magistratus non gerunt, sed aliquam iurisdictionem habent, vt procuratores Caesaris, *l. 1. C. de iurisd. omnium iud.* item ij quib. mandauit magistratus suam iurisdictionem, vt legatus proconsulis, quam iurisdictionem lex confirmat, *l. pen. inf. eo. l. eum qui, sup. de iurisd. omn. iud.* Item ij qui notionem habent, non iurisdictionem, vt iudices Pedanei, qui dantur à magistratib. Praeterea Pedaneis dantur δικασταί (*Gall. Espices*) No. 82. magistratibus non dantur. Ad haec magistratus plerunque erant viri militares. Pedanei periti esse debebant δικαίων ἢ νόμων d. Nou. Item iudicium appellatione continentur & ij, qui nec notionem, nec iurisdictionem habent, vt compromissarii arbitri, qui priuati sunt. de his est *tit. de arbitr.* hic locus est de iis tantum, quorum proprie iudicium est ordinarium, Constant. 1. Epit. tit. 4. ἀντὶ δὲ εἰς ὑπὸ δικαστήριον, ἤγουν ἐμβαθμῶν ἢ κυρίων. Sic Nou. 20. & 102. eo loco ordinarium κύριον appellatur. In libris nostris ordinarii iudices dicuntur Praesides, Correctores, Consules, & alii qui sunt tantum clarissimi. Ordinaria iudicia sunt tantum clarissimorum, id est, quae à clarissimis exercentur vel dantur, spectabiles & illustres extra ordinem cognoscunt, & vice sacra, *l. omn.* ... *sc. & cler. l. vlt. C. de modo mulct. l. 2. C. de prox. sacror. scrin.* Ergo ordinarij iudices sunt infimi ordinis magistratus, vt & ordinarij milites gregarij. Adde arbitrum compromissarium, semper sumi poena interposita ex compromisso. Iudex pedaneus datur à magistratu ex consensu vtriusque partis, sine compromisso, *l. ex consensu, de appellation. l. antep. inf. eod. Cic. pro Cluentio.* nec denique iudex est is quem vna tantum pars elegerit, id enim mali est exempli, *l. obseruandum, inf.* nisi hoc princeps permittat, & qui ita dabatur iudex aedilitius *Cic. pro Plancio.* Seruius in illud Eclogae 3. *in me mora non erit vlla*, id est, *contendam etiam apud aedilitium iudicem.* Adde eum qui aliquam inter partes iurisdictionem non habet, ex consensu tamen communi competentem fieri, si inter alios iurisdictionem habet *hac l. 1. & l. 1. C. de iurisd. omn. iud.* cui opponitur *l. pen. C. de pact.* sed ea lex pen. loquitur de eo qui in contractu cum alio habito renuntiauit praescriptioni fori, vt & *l. 1. sup. si quis in ius vocat.* hic enim nunquam potest mutare voluntatem. At nos loquimur de duab. partib. quae mota iam controuersia in iudicem incompetentem consentiunt, quo casu poenitentiae locus est ante aditionem, sed si vtique in eum consentiant, qui nullam iurisdictionem habet, priuatorum consensus iudicem cum non facit, *l. 3. C. de iurisd. omn. iud. l. pen. inf.* Ideo frustra consentiunt in pedaneum iudicem. *D. August. in quaest. vet. testam. compromittere quidem in eum possunt, iudicem facere non possunt.* Summa est: ex consensu litigantium eum fieri iudicem competentem, qui ex ordine est incompetens, dummodo iurisdictionem habeat. haec nostri vocant, *prorogationem*, male: prorogatio enim ad tempus *l. 2. §. si & iudex.* hic si quis sit iudicare iussus intra certum tempus, prorogari poterit, si accedat etiam iudicis consensus. At cum partes se subiiciunt incompetenti iudici, non est eius iudicis necessarius consensus, *l. 2. §. conuenire.* Ostenditur vero quando litigatores consentire videantur, si se non esse eius iurisdictioni subiectos certo sciant, qui errant non consentiunt, *l. si per errorem, sup. de iurisd. omn. iud.* errant qui putant eius se subiacere iurisdictioni quem adeũt, si non sint eius iurisdictionis, vel si putent ex eius prouincia se esse, cum sint ex aliena. Item errant qui alium pro alio adeunt, vt praetorem fideicommissarium pro tutelari, vtroque casu errant in facto: si enim in iure errant, puto eos pro consentientibus habendos, vt si tutelarem praetorem de causa centumuirali, putant posse cognoscere, pro confessis enim habentur etiã qui errant in iure, *l. 2. de confessis.* vt legatarius dum petit se quasi heredem debere, errat in iure. Qui ergo errant in facto, in hoc proposito ij sunt qui non videntur consentire. Praeterea non consentiunt, qui coguntur à iudice incompetenti ad iudicium accipiendum: nam vt error, sic vis contraria est consensui, viribus praetura, id est, vi imperij, *l. cum praetor, inf. eod.* Inter consentientes ergo, & conuenientes recte ius dicit, quilibet iudex incompetens. An & in eis iudicis consensus exigitur? non. Lex enim Iulia iudiciaria, quae hoc constituit, exigit tantum consensum litigatorum; ergo ea quae lex exigit, sufficiunt §. 1. Inter multas leges iudiciorum haec est, de qua Gellius lib. 14. cap. 2. Macrob. Satur. 1. cap. 10. vbi eam Augusti legem & edictum vocat, ea complectebatur, aliquid de diffissionibus iudiciorum, & de feriis quibusdam. Est & haec ex l. Iulia, vt inter priuatos consentientes cuiusuis sit iurisdictio, non vt iudex rei de qua iudex est arbitrium recipere & in se compromitti iubere non possit, *l. 9. §. si quis iudex, sup. de recept. arbit.* solet ei §. opponi Nouella 86. ex qua efficiũt iudicem posse compromissum accipere. Dicendum, iudicem eius rei de qua iudex est arbitrium suscipere non posse ex poena, & compromisso, at honorariam operam suam, veluti amici posse interponere, haec est sententia Nouellae 82. Tertio cognitionaliter, vtraque parte praesente, & ritibus iudiciorum solemniter peractis, qui operam honorariam interponunt à Iustiniano μάτην. Nouell. 90. de testibus à Constantino

μεσάζοντες vocantur. Ergo iudex rei, de qua iudex est, μεσίτης esse potest, non arbiter compromissarius. Id etiam cautum est l. Iulia, vt minor viginti annis iudicare non cogatur, *l. cum lege, sup. de recep. arb.* (Eo in loco multi notant, minorem viginti quinque annis, posse iudicem fieri, modo sit maior 18. annis, exigunt enim in iudice plenam pubertatem ex *l. quidam, inf. de re iudic.* Sed id negat Constantinus Harmenopulus lib. 1. tit. 4. minorem ait iudicare non posse, quod & verum est, & comprobatur 7. *Basil. tit.* 5. minor enim 25. annis non potest in curiam legi, *l. non tantum, inf. de decurionibus.* Lege Pompeia minores 30. annis. Plin. epist. 82. nostris moribus exigitur, ne sit decurio minor 25. annis, adde quod minor 25. annis non admittitur ad munera ciuilia, quæ patrimonialia non sunt, *l.* 2. §. 1. *inf. de vacat. mun.* nec ad honores, *l. ad rempub. de mun. & honor.* Interdum tamen ex causa admittuntur, & vt vrgente penuria, *l.* 2. *qui ætate se excus. lib.* 10. *C. l.* 1. *C. qui & aduers. quos in integ.* Item beneficio principis, & pro numero liberorum, pro quorum numero remittuntur anni ex l. Iulia & Papia, *l.* 1. *sup. de minorib.* item si ea sit ciuitatis consuetudo, vt etiam minores admittantur, *d. l. non tantum, in fi.* At si minor ex his causis fuerit in curia admissus, non poterit ante annum 25. suffragium ferre *d. l. ad rempub. l. spurij* §. 1. *sup. de decurionibus.* similiter dico non posse eum iudicare. nec obest *d. l. cum lege, sup. de recept.* nam ea non definit aperte minorem 25. annis posse iudicem fieri, sed si euenerit, vt minor 20. aut 25. annis, ex consensu partium iudex eligatur, aut detur, ait lex Iulia eum non cogi inuitum iudicare, alij coguntur. nec obest *d.* lex *quidam, inf. de re iud.* ea enim lex non statuit minorem 25. annis posse iudicem fieri, sed si is ex consensu partium iudex datus fuerit, tueri sententiā oportere, dummodo non sit minor decem & octo annis, qui nec ex consensu potest iudicare, nec decurio esse, *l.* 19. *C. Th. de decurion.* nec obstat *l. cum prætor inf.* in qua numerantur, qui non possunt iudices dari, pubetem illic non excipit, sed ideo loquitur de impubere, quia is nullo modo potest dari, vt nec eæ tres ibi enumeratæ personæ, pubes vero potest ex cōsensu partium. Postremo de l. Iulia, illud etiam est vt in l. Iuliam incidat reus vel accusator, qui intrat domum iudicis, *l.* 1. *inf. de ambitu,* qua de re habes constit. Valent. & Gratiani *l.* 6. *C. Th. de off. rect. prouinc. ad Ant. P. P.* ne quis domum ordinarij iudicis pomeridiano tempore accusatione secreti familiariter ingredi affectet, quod *d. l.* 1. conuenit *& l.* 1. *C. Th. de off. iud. ciuil.* vbi est ne meridianis horis, quib. sc. tempus vacuum est à iudiciis, à litigatorib. iudices adeantur. Ergo ex l. Iulia, non est necessarius consensus iudicis, aliud est si prorogetur ex consensu partium tempus præscriptum iudici, quo casu necessarius est iudicis consensus, maxime si sciat se ad tempus datum, vt ostendit §. *si & iudex,* sed hac in re necesse est, ne illa prorogatio excedat definitionem legitimi temporis, *l. si iudex,* 32. *inf. h. t.* cuius verba cum adiecta sint à Tribon. sunt interpretanda ex *l. properandum, C. eod.* Causæ ciuiles finiri debent intra triennium, in criminalib. biennium præfinitum est, olim erat annus tantum, *l.* 2. *C. Th. ad l. Corn. de fals. & tit. vt intra annum crim.* ex *l. reus, de munerib.* Species *l. si iudex* est: iudex datus à magistratu præscripto certo tempore, intra quod iudicaret, decessit: in locum eius, alius dabitur & huic subdito iudici, tanta ex integro dabuntur; quanta fuere præscripta priori iudici, tamen vt legitimum tempus non excedat: Si triennium, vt si primus iussus sit iudicare intra triennium, hoc casu dabitur tantum annus ne excedat triennium. At si primo præscripti erant sex menses, tot & subdito dabuntur: nec obest *lex properandum* §. *sin autem,* nam *l. si iudex,* loquitur de iudice dato ad certum tempus nominatim, *l. properandum* de eo qui circumscriptus est tantum legitimo tempore, qui si moriatur, subdito nunquam minus dabitur quam annus. Postremo notandum consensum iudicis requiri, si ex consensu partium cognoscat de maiori summa, quam possit iudicare, vt magistratus municipales.

A Paulus 5. *Sent. tit.* 5. *si is de maiori summa velit iudicare, necesse vt* & ipse sit conscius, *l. de qua re inf. l. inter conuenientes, inf. ad municipal.*

Ad §. Legatis.

Legatis in eo quod ante legationem contraxerunt, item iis qui testimonij causa euocati sunt, vel accersiti iudicandi causa, vel in prouinciam destinati, reuocandi domum suam ius datur. Ei quoque qui prouocauit, non imponitur necessitas circa tempora prouocationis exercendæ, Romæ vel alio loco, vbi prouocatio exercetur, aliis pulsantibus respondere. nam Celsus huic etiam domum reuocationem dandam ait: quoniam ob aliam causam venerit, & hæc senten-
B *tia vera & rationabilis est. Nam & Diuus Pius Plotio Celsiano rescripsit eum qui tutelæ reddendæ causa, Romam erat ad se euocatus, alterius tutelæ cuius causa non erat euocatus, non debere compelli iudicium suscipere.*

QVæstio est de iis, qui ius habent reuocandi domum. aliud est reuocare forum, aliud reuocare domum. Reuocant forum, qui vtuntur præscriptione fori, ratione militiæ, dignitatis, aut sacerdotii, aut qui vocati ad iudicem incompetentem, inuocant competentem. Huic præscriptioni locus est, etiam si quis conueniatur eo loci, in quo contraxit, nisi specialiter priuilegio huic renuntiarit, *l.* 1. *sup. si quis in ius vocat. l.* 7. *& l.* 49. *hoc tit.* 1. *pen. C. de pact.* Domum autem reuocat is, qui vocatur ad forum
C non omnino incompetens, sed tamen postulat litem transferri in locum sui domicilii, vt si is, qui Romæ domicilium habet, in ea prouincia conueniatur, in qua assidue versatur, non est incompetens forum, *l.* 1. *C. vbi senat. vel clariss.* Item si is, qui in prouincia domicilium habet, Romæ conueniatur. Nam Roma est communis patria, *l. Roma, ad municip.* Tull. Romam esse communem patriam Romanorum, & Italicorum, quoniam l. Iulia Italicis data erat ciuitas, nostri dicunt Romam esse patriam omnium qui sunt in orbe Romano ex constit. Antonini, *l. in orbe, de statu hom.* Rutilius in Itinerario, *vrbem fecisti qui prius orbis erat. Nouell.* 78. Si ergo communis patria, ergo & commune forum: si prouincialis conueniatur Romæ, aut romanus in prouincia, in qua assidue versatur, non est forum omnino incompetens, domum tamen reuocabit, vel
D si testimonij dicendi causa, aut iudicandi, arcessitus sit, ibique conueniatur: vel si is qui Romam venit, ob prouocationem intra tempora prouocationis ibi conueniatur. Item si Romam venit rationis tutelæ reddendæ causa aut alterius negotij. Item in prouinciam destinatus à principe, si in ea conueniatur. Postremo legatus prouincialis si Romæ conueniatur, *l.* 8. 9. *&* 28. §. *ex quibus, hoc tit.* Hæc reuocatio domus, sicut præscriptio fori, in ipso limine quæstionis ante litis contestationem opponi debet, *l. vlt. C. de except.* Nam hac allegatione id agitur, ne reus iudicium accipere cogatur. Itemque ne iurare cogatur. Nam qui non cogitur litem contestari, nec iurare cogitur, *l.* 28. §. *ex quibus, hoc tit. l. tut.* §. *vlt. de iureiur. inf.* Qui hanc alle-
E gationem habent, venire debent, ibi priuilegium allegaturi, *l.* 2. *sup. si in ius voc. non. ier. l.* 5 *hoc tit.* Is autem, ad quem ille vocatus est, debet cognoscere, an ille qui vocatus est, in ea sit causa, vt domum reuocare debeat, §. *sed si dubitatur, hac l.* 2. Et si deprehendat illum in ea causa esse vt domum reuocari debeat, differenda est contestatio litis, exacta cautione iudicio competenti sisti, eaque cautio erit nuda repromissio non satisdatio, id est, non necesse habet dare fideiussores, nam difficile est plerunque fideiussores inuenire. Plures autem sunt, qui domum reuocant. Inter eos sunt legati prouinciarum & municipiorum. Magna est autem differentia inter legatos & alios, alii enim, si Romæ contraxerint, præsenti tempore, vel alio, & ex eo contractu Romæ conueniantur, non reuocant domum. Idem est, si contraxerint extra suam ciuitatem vel prouinciam:

nam ij Romæ etiam recte conueniuntur, §. item si extra domum h. l. 2. (qui §. non est accipiendus de legatis, sed de cæteris omnib. qui reuocant) in legatis non idem est: prouinciales enim legati domum reuocant, etiam si Romæ contraxerint, vel extra prouinciam suam, dummodo ante legationem contraxerint. Cæterum non nisi durante legatione domum reuocant, ne sc. per causam litis reuocentur à munere publico; ea enim peracta, si ibi subsideant, non reuocant, sed recte conueniuntur, §. omnes, h. l. Alij quoque qui ius habent domum reuocandi, si Romæ agant cum aliquo, aduersus alios omnes se debent defendere, id est, omnes aliorum actiones debent suscipere, quasi id ipsi sibi forum elegerint, nisi agant ex delicto; nam possunt persequi suam iniuriam, l. 22. h. t. §. sed etsi agat, h. l. (qui etiam §. non pertinet ad legatos) Aliud est in legatis: nam illi Romæ nulla propria actione experiri possunt, nisi ex delicto. Denique nullis aliis negotiis quam publicis implicari possunt, l. 8. §. vlt. l. 9. 10. 11. 15 de legationib. Excipienda sunt quædam. Nam si heres rogatus sit restituere Titio hereditatem, qui nunc Romæ legatione fungatur, & nolit adire hereditatem, cogi poterit à legato, interuentu prætoris, l. 28. h. t. l. si legatus 30. ad Trebell. Ratio, quia hæc occupatio leuis est. Item legatus potest etiam contrahere tempore legationis, l. 2. inf. de legat. l. si legationis, inf. h. t. at tempore legationis litem sequi non potest. Item non potest sua vel aliena negotia procurare, vt edictum est, d. l. 8. de legat. nam hæ sunt graues occupationes. At quid dicendum, si ex contractu tempore legationis inito (quod potest) conueniatur? hoc casu non reuocabit domum, l. cum furiosus §. vlt. hoc tit. l. non distinguemus, §. item si quis Romæ, sup. de recept. quid si constituerit tempore legationis se soluturum, quod debet, an poterit conueniri ibi? distinguo. Si constituat se soluturum, quod contraxit in ipsa legatione, non reuocat domum, sed agetur cum eo de constituta pecunia. Secus est, si tempore legationis constituat se soluturum, quod ante legationem debuit, l. 8. hoc tit. l. qui id quod, inf. de donat. spectamus originem contractus, d. l. 8. Eadem distinctio locum habet, si quis tempore legationis compromittat de eo, quod contraxit in ipsa legatione, arbiter cogitur sententiam dicere: at si compromittat de eo, quod ante legationem contraxit, arbiter non cogetur. Item, si tempore legationis nactus sit possessionem alienæ rei, non reuocat domum, id est, patietur actionem in rem. At si ante legationem nactus sit possessionem, licet eandem habeat in legatione, reuocabit domum: Ratio, quia initium possessionis spectamus, non præsentem possessionem, l. non alias §. vlt. & l. seq. hoc tit. Sed l. 8. opponitur l. eum qui §. 1. inf. de constit. pecun. In l. 8. ait, eum reuocare, si constituat, quod ante legationem debuit, quod negat l. eum qui Romæ. Manifestum est illic negationem desiderari: si enim putat Iulianus agi posse de constituta pecunia, debuit dicere, conueniri posse, non, debere. Præterea subiicitur in eo §. sed etsi non cum Romæ esset, sed in prouincia adhuc, constituit se Romæ soluturum, denegatur in eum actio de constituta. subiicitur in eo §. sed et si, cum esset in prouincia, se Romæ soluturum, denegatur actio. Hæc verba, sed et si, solent similia repetere. Porro priore casu etiam denegatur actio. Sensus est non tantum denegatur actio, si Romæ constituat, quod ante legationem debuit; sed etiam, si cum adhuc esset in prouincia, Romæ constituat se soluturum: nam hoc etiam casu non conuenietur, nisi nominatim dictum sit, vt legationis tempore solueret, l. 3. inf. de legationib. Legati etiam non habent ius domum reuocandi, si tempore legationis deliquerint, l. non alias §. 1. hoc tit. Nam si ob negotium contractum tempore legationis, non reuocant domum, multo minus ob delictum reuocabunt. Deinde quid iuris est, si legatus tempore legationis hereditatem adierit, an hereditariis actionibus tenebitur, an conuentus non reuocabit domum? Et quidem dicendum videtur, cogi eum pati hereditarias actiones, quia adiit tempore legationis: ac proinde, contraxisse vi-

A detur, l. 3. inf. quib. ex c. in possess. §. heres Instit. de oblig. quæ ex quasi cont. Ergo & conueniri posse videtur. Verum aliud receptum est, & hac in re separatur aditio hereditatis ab aliis contractibus. Legatus ex vno vel altero contractu conueniri poterit: non item ex aditione hereditatis, conuenire non poterit. Nam hereditas plerunque onerosa est, nec in ea vna est res, vnusque contractus, sed multitudo negotiorum, quorum multitudine si implicetur legatus, verendum est ne ab officio legationis abducatur. Itaque adibit quidem hereditatem legationis tempore, sed non statim respondebit creditoribus hereditariis, aut legatariis. Verum satisdare eis debet, vel æris, vel legatorum nomine, & nisi id fecerit, mittentur in pos-
B sessionem custodiæ causa, l. 26. & 27. h. tit. Hac satisdatione aut repromissione parum impeditur legatio, ideo admittitur, lites hereditariæ suspenduntur. Sic etiam si legatus ædium suarum nomine non caueat damni infecti, vicinus in possessionem mittetur, l. 28. §. ædium, h. t. Idem, dicendum si legato tempore legationis ab herede ex fideicommisso restituta fuerit hereditas, nam perinde est ac si ipse adiisset, vt scilicet interim non teneatur hereditariis actionibus. Restituta quidem hereditate actiones transeunt in fideicommiss. ergo & in legatum transirent, cæterum eis non tenebitur durante legatione, d. l. 28. Poterit autem legatus durante legatione heredem cogere, vt hereditatem adeat, litem agere, vt restituat actionem ordi-
C nariam mouere non potest, eo nomine adire prætorem potest, quia leuis est occupatio. Quin etsi adierit eo nomine prætorem, non ideo subiicitur mutuis actionib. d. l. 28. Nunc videndum quid dicendum sit, si ipse legatus adierit tempore legationis, & hereditatem restituerit, an hoc priuilegium, quod habet legatus, transfertur in fideicommiss. Minime. nam hoc personale beneficium est, l. qui ita §. pen. inf. ad Treb. Eæ enim tantum actiones transeunt ad fideicommiss. quæ rei cohærent, non quæ personæ. Circa eam l. 28. fallitur Accurs. duobus in locis. Primo non adsequitur quid sit exceptio Treb. Ait lex fideicommiss. non dare exceptionem ex persona legati, id est, priuilegium, quod legatus habet, non videri transmissum
D ex SC. Treb. in fideicommiss. eoque nomine fideicommiss. non dari excep. Treb. quasi translatam: Et sic etiam actionem Treb. accipimus l. si patroni § actiones, ad Treb. Secundo fallitur, quod dicit legatum cogi tempore legationis adire, non tamen restituere, l. si legatus, ad Treb. quæ potius contrarium ostendit. Sciendum heredem legatum restituere hereditatem, si sua sponte adeat, detrahere quadrantem. Si coactus adierit amittere Falcid. Item, si heres detracta Falcidia restituerit hereditatem, onera creditorum inter heredem & fideicommissar. diuiduntur pro quadrante & dodrante. Onera legatorum solus fideicommiss. agnoscit. His positis, lex ait, legatum, qui non vult adire hereditatem sibi suspectam, cogi adire,
E deinde subiicit. Quid si legatus dicat, se velle deliberare? quomodo consuletur fideicommiss. Hoc casu nihilominus statim adire cogitur, licet non statim restituat. At cum finito tempore deliberationis cognouerit sibi expedire, detrahet Falcid. reliquum restituet. Quod si sibi non expedire putet, assem restituet, nec onera vlla patietur. Ergo hoc casu legatus adire cogitur, sed non statim restituere, nisi post completum tempus deliberationis. Verum hoc non est singulare, sed in omnib. locum habet, l. omnes, ad Treb. Summa est. Hereditario nomine legatum conueniri non posse, etiamsi tempore legationis hereditatem adquisierit. item ex contractu aut delicto commisso tempore legationis, legatus conueniri non potest, nec ex contractu habito ante legationem, eo loco, in quo legatione fungitur. Alij omnes, qui habent ius reuocandi, conueniri possunt ex contractu, etiam alio tempore eo loco habito. Huic postremæ sententiæ opponitur l. non alias in prin. h. t. Ea lex non loquitur de legatis, quos solos excipimus. Ait tamen eum, qui est Romam euocatus à principe, non aliter posse conueniri, quam si eo tempore con-

traxerit. Ergo si alio tempore Romæ contraxerit, omnino non poterit conueniri. At nos hoc tribuebamus solis legatis. Hocque pugnat cum §. *legatis*, *hac l.* in quo agitur de eo, qui tutelæ causa est euocatus à principe: & tamen traditur, eum posse conueniri, siue eo tempore, siue alio Romæ contraxit. Respon. sic. Initium *l. non alias*, non est accipiendum de eo, qui euocatur à principe priuati negotii causa, sed de eo, qui euocatur publici negotii causa. Hic non multum distat à legato. Ideoque statim in ea lege ei comparatur legatus. Intelligitur ergo de eo, qui euocatur per sacram euocationem, *l. 1. C. vt omn. iud. tam ciuil. l. vlt. C. de dignitat.* Extat formula apud Cassiodorum *lib. 7. Variarum.* huius meminit & *No.* 8.

Ad §. 7. In omnibus autem.

In omnibus autem, in quibus protelatur admonitio, hoc procedere sine temporali damno creditorum oportet.

HÆc verba, *in omnib. &c.* Vlp. non sunt, sed Tribon. protelandi verbum Iustin. id est, proferendi, *l. properandum, C. de iudic. l. cum antiquiorib. C. de iure deliber. l. 3. in princ. de damn. inf.* Protelare ibi est proferre, extendere, protrahere. Nonius, Terent. aliter accipit protelare, pro excludere. Accipitur etiam pro adiuuare, in eo loco Catonis: *protelo trini boues aratrum ducunt*, aduerbium est. Lucil. *quem iuga mularum protelo ducere non possunt.* Plin. lib. 9. c. 19. *pisces protelis boum extrahit*, id est, iunctis bobus, vbi male, *Prope is*: sic *lib.* 18. *cap.* 18. *protelis binis ternis*, vbi male, *procellis.* Admonitionis etiam verbum Iustiniani est, & accipitur hic pro conuentione executoris, pro admonitione libelli, vt *l. vlt. C. de duob. reis*, Græce ὑπόμνησις. Sensus est: domo reuocata, atque adeo rebus dilatis, ex ea prolatione nullum præiudicium fieri creditoribus circa temporum præscriptionem, videlicet, si habeant aliquam temporalem actionem: Nam interim eius actionis tempus non curret. *l. vlt. in fin. C. qui bon. ced. poss. l. vlt. §. donec, C. de iure delib. Nou.* 115. §. *pen. Nouel.* 123. §. *si vero etiam Episcopi.* Neque obstat *l.* 28. §. *sed et si dies, hoc tit.* Loquitur enim de legato, qui priuilegium habet domum reuocandi. At si creditoris actio sit tempore peritura, plerunque legatus cogitur litem contestari, & deinde eam transferre in prouinciam vbi persequetur, idque ideo, ne actio pereat. Quæritur, cur cogatur litem contestari, cum dies actionis interim non currat? Superfluum est respondere tempus actionis currere ipso iure, idque non negatur *hoc* §. sed dicitur hoc procedere sine præiudicio creditorum, qui ex hac causa facile restituuntur, *l. ait prætor* §. *vlt. & l. seq. & l. nec non*, §. *si cum, sup. ex quib. caus. maior.* videlicet si actionis tempus fuerit continuum: nam si fuerit vtile, ipso iure non currit. Nam non computatur id tempus, quo ad reuocandum domum agi non potest *d.* §. *si cum.*

Ad §. vltim.

His datur mulctæ dicendæ ius, quibus publice iudicium est, & non aliis: nisi hoc specialiter eis permissum est.

SCiendum est multas esse differentias inter pœnam & mulctam. Pœna genus est, mulcta species. Omnis mulcta pœna est, sed non contra. Præterea mulcta hodie est pecuniaria, *l. aliud est fraus, de verbor. signif.* olim fuit ouium, boum. ex *l.* Aterina vel Ateria est pecuniaria, Gell. *lib.* 11. *cap.* 10. Pœna non tantum pecuniaria, sed etiam capitalis est, *d. l. aliud est.* Item mulcta est arbitraria, nisi quandoque lege sit constitutum quantam mulctam iudex dicat, *l. ab executione, C. quor. appellat. non recip. l. 1. inf. de seru. fugit.* Est etiam mulctarum modus quidam, quem iudex non potest excedere. intra eum mul-

A ctat suo arbitratu, *l. certa, C. quando prouoc. non est nec. l. vlt. C. de mod. mulct.* Pœna autem omnis lege definita & certa est: vt furti pœna est quadruplum aut duplum, ideoque iudex eam augere, aut minuere non potest, *l.* 1. §. *sed non vtique, inf. ad Turpill.* Hocque verum est iure ordinario, si extra ordinem agatur, tunc potest. Porro hodie omnia iudicia sunt extraordinaria. Hodie ergo pœna venit ex arbitratu iudicis, *l. hodie, inf. de pœn.* Item mulctæ prouocatio est, eoque singulari casu appellatur ab interlocutione & ante sententiam, & si iudex mulcta dicta aut captis pignoribus, aut vinculis coerceat contumacem, *l. sacrilegi* §. *vlt. inf. ad l. Iul. pecul. l.* 1. §. *quid ergo, de vent. inspic.* Cicero de legib. 3. *Magistratus nec obedientem & noxium mulcta, vinculis, verberibusque coercento.* Ergo ab ea mulcta appellatur. Sunt & alij casus, quibus id fit, vt *l. & in mulctis, C. de appellat. l. cum de præscriptionib. C. Theodos. de appellat. l. nullum, Cod. Theod. quor. appell. non recip.* Pœnæ prouocatio non est: Nam legis prouocatio non est, id est, is, quem furem esse constat; quippe confessus & conuictus est, de pœna quadrupli non appellat, alioquin de iniquitate legis appellaret, *l. si qua pœna, de verbor. signific.* Verum fur aut reus quilibet de omni iudicio potest prouocare. Hodie appellatur etiam de pœna, quando extra ordinem omnia aguntur, cum ea ex arbitrio iudicis veniat. Appellabit ergo fur de pœna, dicens, grauiorem esse æquo. Postrema differentia est: Mulctam dicere is tantum potest, cui iudicatio data est, *d. l. aliud est* §. *vlt.* (quidam legunt *adiudicatio*, sed idem est) *l. 2. in fi. inf. fin. reg.* Puto in Pand. duob. aliis locis tantum legi *iudicationem*, in ea significatione. Affertur *l. in furti, inf. de furt.* male: ibi enim legitur condemnatio: item *l. qui cum vno* 4. §. *non omnis inf. de re milit.* cuius sententia est: is, qui cum litem haberet, nomen militiæ dedit, lege exauctorari iubetur. Videlicet, si eo animo militiæ nomen dedit, vt se aduersario duriorem ostenderet. Sequitur postremo, *nec tamen facile indulgendum est.* Sciendum, nostros auctores sic loqui: *Iuliani sententiam sequendum est, l. in bello* §. *facti, inf. de capt. & post. reu.* & alio loco, *aduersus eum exceptionem doli mali denegandum est, l. doli mali inf. de nouat.* Sic etiam in §. *non omnis*, legendum, *Non tamen facile indulgendum est exauctorationem, iis, qui negotium ante habuerunt*, id est, non facile exauctoratio remittenda est iis qui ante litem habuerunt.

Adiudicatio & addictio idem est: Is ergo tantum potest mulctam dicere, qui & addicere: Nam in mulctæ dictione addictio interueniebat, *Gell. loco citato.* Porro addicere tantum possunt Magistratus populi Romani, aut prouinciales. Ergo & hi soli mulctam dicunt, *d. l. aliud est* §. *vlt. l. 2.* §. 1. *si quis in ius voc.* Mulctæ dictio iurisdictionis est publicæ. Hoc ait hic §. *vlt.* Non datur ius mulctæ dicendæ procuratori Cæsaris, quia is publice iurisdictionem non habet, sed inter certas tantum personas, vt inter fiscum & priuatum, *l. 2. C. de modo mulctarum.* non est existimandum quidquam differre procuratorem Cæsaris à rationali, ideo que Græcis est ἑρμηνευτικόν non διαζευκτικόν. Curator Reipublicæ qui dicitur λογιστής, *l. vlt. de offic. adsess.* mulctæ dicendæ ius non habet, *l. 3. C. de modo. mult.* Curator Reipub. est tantum iudex, & censor rerum ad municipium pertinentium: is erat ex decurionibus, vectigalia locabat, vias curabat, causas Reipublicæ agebat apud præsidem vel principem. Præterea defensores ciuitatis, ἔκδικοι ius dicendæ mulctæ non habent (Romæ erant Senatus, Consules, & Tribuni plebis, in aliis ciuitatibus erant Duumuiri loco Consulum, Defensores ciuitatum instar tribunorum plebis, & Curia loco senatus.) Hi defensores non erant publice iudices, sed inter plebeios tantum cognoscebant, & ad certam quandam summam, *Nouella* 15. Hi mulctæ dicendæ ius non habebant, *l. defensores 2. C. de defensor. ciuit.* multo minus pedanei iudices. Sequitur in *hoc* §. *Nisi hoc specialiter*, &c. Hoc videtur Tribon. nam pedaneis & specialibus iudicibus interdum permis-

sum est mulctam dicere, *l. vlt. C. de sportul.* Ex qua hi possunt mulcta coercere executores litium qui in lite instruenda improbato more versantur. Denique poterit etiam iudex datus mulctare, si id dando illi iudex specialiter permiserit. Sed de iudice compromissario quæritur? Videtur, quod sit lege nominatim permissum, alioqui nunquam perueniet ad sententiam, *l. non ex omnib. §. 1. sup. de recept.* Constant. *lib. 1. Epit. tit. 9.* Pœnam vero irrogare potest etiam priuatus, cui huius criminis executio permissa est, d. l. aliud §. vlt. Sciendum enim merum imperium priuato dari posse, merum enim imperium non est iurisdictionis, sed legis, *l. 1. §. vlt. de off. eius cui mand.* Sic pœnæ irrogatio non est iurisdictionis, sed legis. potest quis esse priuatus cum imperio mero, vt Pompeius missus aduersus Sertorium, de quo Tull. in Phil. xj. *Clarissimo viro atque innocentissimo decreuit imperium, priuato tamen.* Sic ex diuerso, potest quis esse magistratus sine imperio mero (sine misto nunquam) vt Tribunus plebis qui nisi blandis verbis populum in turba summouere potest sic, *si vobis videtur recedite Quirites*: Eadẽ ratione tutoris datio non est iurisdictionis, sed legis, nam & priuatus tutorẽ dat.

Videndum, an legatus proconsulis possit mulctam dicere. Sic videtur: Nam is, cui mandata est iurisdictio, modicam habet iurisdictionem, *l. vlt. sup. de off. eius cui mand. l. 1. inf. quis & quo appell.* cuius legis verba expendenda. *A legatis proconsul appellari potest.* Sic Florent. quia proconsuli dabantur tres aut quatuor legati, *l. legati, sup. de offic. proconsul.* Sequitur: *Et si mulctam dixerit, &c.* Ergo possunt mulctam dicere; nec mirum, quia proconsul omnem eis iurisdictionem mandauit. Ex ea *l.* colligitur ab eo cui mandata est iurisdictio, appellari ad eum, qui mandauit, quod videtur falsum: Nam non ad eum, qui mandauit, sed ad superiorem appellatur, *l. 1. ff. Quis à quo appell.* Vt si prætor tibi mandauit iurisdictionem, à te ad illum prætorem non appellatur: tu enim vice eius iudicasti. non potest à se ad seipsum appellare. Sed dicendum est hoc speciale esse in legatis proconsulum: nam illi non deligebantur ab ipso proconsule, sed à Republica. *Cic. de petit. consul.* Et proconsul eis solis, qui ei dati sunt legati, potest mandare iurisdictionem. Prætor autem cuilibet mandat iurisdictionem, ideoque nec à datiuo ad eum appellatur. Aliud est in iudice dato: nam ab eo appellatur ad eum qui dedit: nam iudex datus non fungitur vice eius, qui dedit, quia ab eo nullam iurisdictionem habet, sed notionem tantum, idque siue ipse eum elegerit, siue partes, siue princeps, *l. 3. quis à quo app.*

Ad L. III.

Non videtur frustrandæ actionis causa latitare, qui præsens suscipere iudicium non compellitur.

IN edicto prætoris fit mentio de eo, qui latitat fraudationis causa, in cuius bona ideo fit missio, *l. eo tempore, de pecul. l. Fulcinius, inf. quib. ex caus. in poss. eat. l. 5. de reb. auctor. iud. possid.* Itaque eo loci sic legendum: *Non videtur fraudationis causa latitare,* &c. vt sit sensus: qui habet ius reuocandi domum, vocatus venire quidem debet, sed si non venerit, an auctor mittetur in bon. poss. eius? Non, quoniam qui est præsens, & non compellitur iudicium accipere, non videtur fraudationis causa latitare, *l. 3. h. t.*

Ad L. IV.

Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio.

INter patrem & filium emancipatum iudicium consistere potest; sed si filius emancipatus patrem prouocat, debet veniam à prætore deprecari. Ipse pater litigaturus cum filio emancipato, veniam petere necesse non habet. At inter patrem & filiumf. nulla lis esse potest, nisi ex castrensi

A peculio, vel quasi. Nam in iis peculiis filiusfam. pro filio emancipato habetur. Ergo ex iis poterit cum patre litigare, venia prius petita. Sic etiam est de bonis aduentitiis, quæ ei certis ex causis pleno iure adquiruntur, & in iis bonis militi filiusf. comparatur. At his exceptis nulla lis potest esse inter patrem & filiumf. nam idem videtur esse homo: secum ipse nemo litigat. Imo vero si lis fuerit inchoata aduersus eum, qui erat sui iuris, soluitur lis, si in aduersarij potestatem ille per arrogationem reciderit, *l. 11. h. tit.* patria potestas rite inchoatum iudicium soluit, multo minus patietur inchoari, Opp. *l. 4.* restitutionis in integr. causa, est lis, *l. si intra, C. de restit. in integ. l. si filius, sup. de minor.* appellatur etiam actio, *l. etiam ei, de minor.* At

B filiafam. restituitur aduersus patrem, ergo aduersus patrem litigat, *l. 3. §. ego autem, de min.* Pater cum dat filiæ nomine dotem, ex continenti recte eam stipulatur sibi, ex interuallo non recte, nisi filia consentiente. At si ea consenserit temere & imprudenter, restituetur aduersus patrem; ergo litigat cum patre. Dicendum, id fieri extra ordinem: nam restitutio est extraordinaria, est enim cognitio prætoria; deinde in ea specie filiafam. litigat ex causa dotis, quæ eius est propria effecta, sicut peculium est filiif. proprium. Dos autem dicitur propria filiæf. quamuis sit profectitia, *l. pater, inf. ad. l. Falcid. l. 4. inf. de collat. bon.* Hodie ex constit. Iustin. non datur ratione ætatis restitutio filio aduersus patrem, *l. vlt. C. qui & aduers. quos in integ.* &c. *Nou. 115.* Ex certis causis extra ordinem filius cum

C patre litigat, vt eum emancipet, *l. si cui legatum, inf. de condit. & demonstr.* Item extra ordinem filius à patre alimenta petit, cuius cognitio olim fuit consulum, *l. si quis à liberis, de agnosc. & alend. lib.* quæ lex est Vlpiani *de officio Consul.* & in ea *iudex*, id est, Consul. Summa est. Iure ordinario nulla lis est inter patrem & filium. Extra ordinem autem sæpe.

Ad Leg. V. & VI.

L. 5. Si quis ex aliena iurisdictione ad prætorem vocetur, debet venire, vt & Pompon. & Vindius scripserunt. Prætoris est enim æstimare, an sua sit iurisdictio. Vocati autem non contemnere auctoritatem prætoris: nam &

D *legati cæterique, qui reuocandi domũ ius habent, in ea sunt causa, vt in ius vocati veniant, priuilegia sua allegaturi.*

L. 6. Cæcus iudicandi officio fungitur.

LEx 5. exposita est. Sequitur 6. quæ sumpta est ex *l. 1. §. quamuis, de postul.* Cœcus senatorium ordinem retinet, id est, si, postquam lectus est in senatum, vtrisque luminibus capiatur, non ideo desinit esse senator: Non potest autem legi in senatum qui nunc est cœcus. Id ius Augustus constituit. Dio libr. 54. ἀνάπηρος non fit Senator. Sic etiam cœcus non potest ad magistratum aspirare, at certe eum retinet, *d. §. quamuis.* Nam *d. §. quamuis,* ait cæcum retinere Senatorium ordinem & magistratum. iudicandi munus eum retinere non dicit, sed iudicandi munere fun-

E gi. Et sane interpretes idem esse putant in iudice, quod quidem recte dicitur in furioso. Nam furiosus non potest iudex legi: sed si furere postquam lectus est, cœperit, non ideo dimittitur, nisi longior sit furor, *l. iudex, hoc tit.* Non ergo idem est in furioso quod cæco, nullum videtur impedimentum adferre cœcitas. Optimi iudices olim cœcitatem optabant (Alciatus in Emblem.) vt non haberent aliquem respectum personarum. Ideoque Areopagitæ noctu iudicabant.

Ad Leg. VII.

Si quis, posteaquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse cœperit, in ea causa ius reuocandi forum non habebit, quasi præuentus.

SCiendum est, certas esse personas, quæ habent priuilegium fori, vt milites, sacerdotes, scholastici, item

senatores, & qui sunt positi in aliqua dignitate, de quib. dixi *sup. l. 2. §. legatis.* Nunc quæritur, si post litem contestatam quis factus est miles, an possit reuocare forum? Resp. non. *l. pen. sup. de iurisdict. omn. iud. l. 30. h. t.* Vbi acceptum est semel iudicium, id est, vbi lis contestata est, ibi & finem accipere debet, id est, mutari forum non potest; *Nouella 90. & 123.* Ideo quoties quæritur de loco, non distinguitur inter eum, in quo lis contestatur, & quo res iudicatur. Idem enim semper locus est, *l. 3. §. vlt. inf. de action. emp.* Imo etiam is, qui in ius tantummodo vocatus est, nec dum litem contestatus, obueniente militia non potest mutare forum: sufficit enim præuentio. præuentus est qui vocatus est in ius. Oppon. huic sententiæ *l. qui autem, sup. si quis caut.* qui nouo priuilegio vtitur, non videtur in eadem causa sisti. Ergo post cœptum iudicium licet vti nouo priuilegio. Ergo etiam priuilegio militiæ. Respōd. Potest quis nouo priuilegio vti: vt si debitor impetrauit inducias anni aut quinquennii. At iudicio semel accepto, nulla est præscriptio fori. Deinde oppon. *l. 4. §. reus, de re milit.* Loquitur de eo, qui reus est capitalis criminis, & nomen militiæ dat: in eo ita ius procedit, vt si damnatus capitali crimine, militiæ nomen dederit, capite puniatur, etiamsi leuior pœna ante ei fuerit irrogata. Aliud dicendum est, si semel dixerit causam capitalem, vel si requirendus annotatus fuerit inter reos. Nam si postea nomen militiæ dederit, ignominiose missus ad proprium iudicem remittetur: ad quem post damnationem non potest remitti, quoniam desiit esse iudex, & finitum est iudicium. Sed ille §. non est bene distinctus. Sic in eo legendum, vt incipiat §. ab eo, *si dicta causa sit, vel requirendus annotatus ignominia missus.*

L. 8. Explicata est in *l. 2. §. sed & si agant.*

Ad Leg. IX.

L. 9. Insulæ Italiæ pars Italiæ sunt & cuiusque prouinciæ.

ARistot. in lib. de mundo: *Insulas alij censent proprio iure, quidem eas eximunt à iure terræ continentis: alij vero attribuunt eas finitimis patriis.* Sic hic: Insulæ Italiæ non censentur præcipuo quodam iure, sed tribuuntur Italiæ, id est, pertinent ad fora Italiæ. Insulani Italici agnoscunt commune forum Italiæ. Idem in insulanis cuiusque prouinciæ.

Ad Leg. X.

L. 10. Destitisse is videtur, non qui distulit, sed qui liti renuntiauit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. Plane si quis cognita rei veritate suum negotium deseruerit, nolens in lite improba perseuerare, quam calumniæ causa non instituerat, is destitisse non videtur.

HÆc lex pertinet ad edictum de calumniatoribus. Sumpta ex libro 10. *Vlpiani ad edict.* Eo edicto coercentur, qui à lite instituta calumniandi animo desistunt, pretio accepto. Et ideo ibi quæritur quid sit *DESISTERE.* Negotium pro lite ponitur, *l. 4. §. non omnis, D. de re milit. l. qui explicandi, C. de accusat.* Et ideo executores modo dicuntur litium, modo negotiorum. At si quis desistat à lite bona fide instituta, accepta etiam pecunia non incidit in edictum de calumniatoribus. Hanc sententiam Tribonianus accommodauit etiam ad edictum de minorib. *l. destitisse, sup. de minor.* Species est: Is qui contestatus est litem restitutionis in integrum si desistat, ad eam non potest reuerti. Et hoc est, quod dicitur per contestationem litis restitutionem non perpetuari, *l. si intra, l. Papin. §. vlt. l. si filius, sup. de minor. l. vlt. C. de temporib. in integ. restit.* In eo proposito desistere videtur, qui in vniuersum à lite desistit, non qui differt. Ideo si quis inchoauerit litem restitutionis, poterit ad eam re-

A dire, si tempora restitutionis sufficiant. Accomodari etiam potest ad Senatusconsultum Turpillianum, quo puniuntur tergiuersatores. Tergiuersatores ij sunt, qui omnino destiterunt, vt est in *l. 5. §. destitisse, inf. ad Turpill.*

Ad Leg. XII.

L. 12. Cum prætor vnum ex pluribus iudicare vetat, cæteris id committere videtur. § 1. Iudicem dare possunt, quibus hoc lege vel constitutione, vel Senatusconsulto conceditur. Lege, sicut proconsuli. Is quoque cui mandata est iurisdictio, iudicem dare potest, vt sunt legati proconsulum, item hi, quibus id more concessum est, propter vim imperij, sicut præfectus vrbi, cæterisque Romæ magistratus. §. 2. Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui B *iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur, ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, vt surdus, mutus, & perpetuo furiosus, & impubes quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus, fœminæ & serui: Non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, vt ciuilibus officiis non fungatur. §. 3. Qui possunt esse iudices, nihil interest in potestate, an sui iuris sint.*

EIus est vetare, cuius est iubere. Prætor iubet iudicare, idem vetat etiam. Et si ex pluribus vnum vetat iudicare, cæteris id committere videtur, id est, iniungere & impetrare. At videndum quis possit iubere iudicare, id est, iudicem dare. ait lex, iudicem dare posse eos quibus hoc lege datum est. Iudicis datio est legis, non iurisdi- C ctionis: nec ea competit magistratus iure. Cum hoc pugnat *l. imperium, de iurisd.* ex qua colligitur iudicis dationem esse iurisdictionis: In ea lege ponuntur exempla meri & misti imperii, non definitiones. Merum imperium lege datur, nec competit iure magistratus. Et ideo etiam priuato interdum competit, *l. 2. in fi. sup. h. tit. l aliud est fraus §. vlt. de verbor. signif.* Inde merum imperium dicitur, quia per se solum existit, & seiunctum ab omni iurisdictione à lege seorsim datur. Mistum autem imperium iure Magistratus competit, & inde nomen, quia iurisdictioni immistum est, nulla est iurisdictio sine imperio misto. Et geneneraliter sic statuendum: Quod est misti imperii, recte etiam dicitur esse iurisdictionis. Et contra. Nam hæc nunquam separantur. At quædam sunt, quæ videntur magis fieri pro imperio misto, quam pro iu- D risdictione: Vt mittere in possessionem, dare bon. possessionem, restituere in integrum, quæ denegantur magistratibus municipalibus, *l. ea quæ, inf. ad municip. l. 4. sup. de iurisd. omn. iud.* Quæ lex etiā est referenda ad magistratus municipales. Nam cur traditur ibi: Mittere in possessionem magis esse imperii, quam iurisdictionis. Vt scilicet, intelligatur, Magistratum municipalem non posse mittere in possessionē. Illic *Magis*, accipitur συγκριτικῶς, cum comparatione. Sic recte dicimus decernere, interdicere, edicere, cognoscere sumi magis pro iurisdictione, quam pro imperio. Hæc enim duo perpetuo vinculo connexa sunt. Meri imperii exemplum est ius gladii, id est, ius vitæ noxiis adimendæ, *l. illicitas §. qui vniuersas, de offic. præsid.* Lamprid. in Alexand. *honores iuris gladij nun-* E *quam vendidit:* Augustinus epist. 161. *Ius gladij nullis legibus accepisti*, Lucan. lib. 5. vocat *ius ferri.* Ius etiam deportandi, relegandi, in metallum damnandi, confiscandi, omnia hæc tribuuntur mero imperio, nec competunt mixto. Misti imperii est dare bon. possessionem, quod etiam iurisdictionis dicitur. Constant. *epit. tit. 4.* Sic etiam iudicem dare est iurisdictionis siue imperii. Nam lex ait: *Imperium iurisdictio est etiam*, id est, non tantum ius dandæ bon. possessionis, sed & dandi iudicis. Hæc etiam sunt misti imperii mulctam dicere, iubere, cauere, decernere, interdicere. Quæ sunt iurisdictionis, diuersa omnino sunt ab iis, quæ lege dantur, *l. 1. de offi. eius, cui mand. est. iurisdic.* Nam que lege dantur, non possunt trans-

trans-

transferri in alium, quæ iurisdictionis sunt, possunt. Notandum quod dicitur, *l. eum, qui, sup. de iurisd. Eum qui iudicare iubet, Magistratum esse oportet.* Magistratuum tria sunt genera: vrbani. & ii proprie: prouinciales, qui dicuntur proprie potestates: & municipales. Prouincialibus lege tantum datum est, vt possint iudices dare. Sic legati proconsulum, quibus mandata est iurisdictio à proconsule, possunt iudicem dare; sed hoc non agunt ex mandato, quoniam quod proconsul ex lege habet, non comprehenditur mandato iurisdictionis, *l. legatus sup. de off. procons. l.* 1. §. *damus, inf. de suspect. tutor.* Cognitio de suspecto tutore proconsuli lege nominatim data est. Ergo hîc cognitio non comprehenditur mandato iurisdictionis facto legatis, possunt tamen cognoscere de suspectis tutoribus. At non ex mandato, sed ex constitutione Seueri: quoniam non sunt indigni ea cognitione, cum omne officium in eos à Proconsule translatum sit. Vrbani magistratus iudices suo iure dant, & more maiorum, sic & mulctam dicunt more maiorum, id est suo iure, *Gellius lib.* 11. *cap.* 1. Dant autem iudices magistratus vrbani cuiuscunque ordinis, *l. vlt. inf. quis à quo appell.* vt prætor. præfectus vrbis, præfectus præt. iudices dat, *l.* 1. *eod. l. vlt. de off. præf. vrbi.* sic etiam quæstor iudicem dabat, ideoque in *d. l. imperium*, quæ est de officio quæstoris, *Iurisdictio*, inquit, *est iudicis dandi licentia.* Item consul, *l.* 1. §. *denique, de appell. d. l. eum qui sup. de iurisdict. omn. iud.* vbi ita est: *Magistratus autem, vel is qui in potestate aliqua sit, vt puta proconsul, prætor* (quidam legunt, *proprætor.* id in libris nostris nunquam legi) legendum *Consul, prætor.* In prouincia poterat etiam procurator Cæsaris iudicem dare, sed tantum in causa fisci, *l. ex consensu* §. 1. *de appell.* non inter priuatos, *l.* 1. *C. de pedan. iudicib.* Ipse autem qui datus est, non potest alium dare, id est, subdelegare. Inter iudicem datum, & cui mandata est iurisdictio, hæc differentia est, quod is, cui mandata est iurisdictio, iudicem dat, Iudex datus non item, nisi sit datus à principe, *l. à iudice, C. de iud. l.* 1. *C. qui pro sua iurisdict.* Item iudex datus tantum habet cognitionem, alter iurisdictionem habet. Magistratui municipali datam fuisse iurisdictionem non inuenies: hoc tantum habet, vt ipse ius dicat, vsque ad certam summam, *Paulus* 5. *Sent. tit. de effectu sentent.* habet etiam in seruos coercitionem, *l. Magistratib. sup. de iurisdict.* In liberos nullam iurisdictionem habet. Omnes autem possunt dari iudices, nisi impediantur tribus causis. 1. Natura, vt surdus, mutus. Item impubes, perpetuo furiosus. Pubes dari potest ex consensu partium, *l.* 2. Item qui habet interualla furoris, potest iudex dari, etiam eo tempore, quo furore est correptus. Nam in datione iudicis non exigimus illius sciẽtiam aut præsentiam. Absenti & ignoranti, qui potest iudex dari, comparatur, *l.* 39. *hoc tit.* vbi addicere iudicem, est dare. Addictus iudex, id est, datus, *l. iudex, & l. antepen. hoc tit. Macrob. lib.* 1. *c.* 16. magistratum posse nundinis manumittere, iudicemque addicere, litem addicere, bon. possessionem 2. *in Verrem*, id est dare. Secunda causa est lex: vt senatu motus non potest iudex dari: quia prohibetur *l. Iulia repetund. l.* 2. *sup. de Senatorib.* quæ lex loquitur tantum de eo, qui motus est propter turpitudinem. Turpitudo sordes significat, quoties quis pecuniam accepit ob sententiam in senatu dicendam, *l.* 9. § *vlt. sup. de recept.* Tertia causa est: Mos, vt seruus & fœmina iudices dari non possint, *l.* 1. *Cod. Theodos. de rap. virg.* Filiusfam. vero non prohibetur iudex dari.

Ad Leg. XIII. & Leg. XIV.

L. 13. *In tribus istis iudiciis familiæ erciscundæ, communi diuidundo, & finium regundorum, quæritur quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium prouocasset.*

L. 14. *Sed cum ambo ad iudicium prouocant, sorte res discerni solet.*

Digest.

A IN *hac l* tria iudicia dicuntur duplicia, quia in eis vtriusque litigatoris par est conditio, *l.* 10. *inf. fin. regund. l.* 2. §. *in familiæ, l. inter coheredes* §. *qui familiæ, famil. erciscū.* Ob id etiam vocantur mista, quia indiscretæ sunt personæ actoris & rei, *l actionis verbo, inf. de obligat. & act.* Tale est interdictum vti possidetis & vtrubi, *l.* 2. *inf. de interd.* § *pen. Instit. eod.* Alia iudicia sunt simplicia: in eis enim alter præcipue actor est, alter reus. Sunt quoque in his iudiciis mutuæ præstationes personales. Nam sunt tam in rem, quam in personam, & ob id mista dicuntur, §. *quædam, Instit. de act.* actio familiæ erciscundæ est in rem & personam. Nam ex ea actione partim rei, partim pecuniæ fit adiudicatio, § *si famil. de off. iud. l. item Labeo* §. *familiæ, famil. ercisc.* vel quia per eam actionem
B rem vindicamus cuius ex parte domini sumus. Item per eam actionem intendimus nobis dari oportere, puta si à nobis sumptus facti sint bona fide in rem hereditariam, si coheres res hereditarias corruperit, si is solus fructus percepit, §. *si familiæ, Instit. de off. iudic.* Item in act. finium reg. *l.* 1. *ff. fin. regund.* cuius sensus hic est, finium regundorum actio habet petitiones personales, licet rem vindicet. Notandum ob hoc fieri, vt procurator datus ad hæc iudicia duplicem cautionem præstet, de rato scilicet & iudicato soluendo, quoniam videtur datus ad agendum & defendendum, *l. si defunctus* §. *vlt. de procurat.* vbi hæc verba, *duplici cautela interponenda*, Triboniani sunt: ablatiuis enim absolutis, & cautelæ vocabulo non v-
C tuntur nostri. *cautionem* dicunt vel *cautitionem.* Idem de tribus aliis locis dicendum est, vt de *l. quamuis* §. 1. *de pign. act. l. si debitori, hoc tit. l. si plures, inf. depos.* Notandum eadem ratione fieri, vt vterque duplex iusiurandum de calumnia subeat, *l. inter coheredes* §. *qui familiæ, inf. famil. ercisc.* vbi dicitur: *Et ideo iurare debent, non calumniæ causa:* illa etiam verba sunt Triboniani: iusiurandum enim illud de calumnia primus induxit Iustinianus. Ante eum in certis quidem casibus exigebatur cautio de calumnia. Iustinian. primus introduxit, vt initio litis iuretur de calumnia, id est, vt iuret vterque actor, se calumniæ causa non agere, reus, se calumniæ causa non litigare, non inficiari, sed quod existimet se bonam causam habere. Introduxit etiam, vt aduocati iurati causam dicant, *l.* 2. *de iureiur.*
D *propter calumn.* §. 1. *Instit. de pœna temere litigant.* Adiecit idem, vt satis esset iurari de calumnia litis initio, neque repeteretur iusiurandum, vt si post litem motam & præstitum iusiurandum, calumniæ actor deferat iusiurandum reo, aut exigat ab eo cautionem, non repetat iusiurandum calumniæ, *Nou.* 49. *de his qui ingred. ad appell.* Hæc igitur iudicia sunt duplicia, sed placet hodie eum esse actorem qui prior prouocat, & iudicem postulat, sed si ambo simul postulant, tunc sorte lis decernitur, quis actor erit. Hoc si ita est, quia tamen sors facere non potest quin hæc iudicia natura sua, & reipsa duplicia sint, duplex iusiurandum semper exigetur, sors hoc non mutat, sed adhibetur tantum ordinandæ litis causa, vt sciatur, quo ordine sit
E causa agenda. Cæterum effectus actionum duplex est.

Ad Leg. XV. & Leg. XVI.

L. 15. *Filiusfam. iudex, si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.*

§. 1. *Iudex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si euidens arguatur eius vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes, vt veram æstimationem litis præstare cogatur.*

L. 16. *Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere. Quæ sententia vera non est, & à multis notata est.*

HÆc lex est de iudice, qui litem suam fecit, quod tum fit, cum ab aduersario lis in eum transfertur:

G

quod fit, si in fraudem legis sententiam dicat: (id vocant etiam causam suam facere) aut si male iudicet. Male autem iudicat aut per imprudentiam, aut do um. Cum per dolum iudicat, veram æstimationem ei, quem læsit, præstat, & infamis fit, *l. vlt. C. de pœn. iud. qui male iud.* Quod si per imprudentiã male iudicauit, hoc casu non est definitũ, vt veram litis æstimationem præstet, sed tantum quod religioni iudicantis æquum videtur, præstat, *l. vlt. D. de extraord. cognit.* idque actione in factũ, quæ tamen est ordinaria. Ille enim titulus est duplex, *de extraordinariis cognitionibus, & si iudex litem suam fecisse dicatur.* Sciendum hanc actionem in factum non dari in heredem iudicis. Nam est pœnalis, *l. 16. h. tit.* Hæc est ciuilis constitutio in *l. 1. de priuat. del.* vt pœnales actiones in heredes non transeant, nisi ante mortẽ fuerint cum reo contestatæ. At qui si filiusfam. iudex litem suam fecit, quis tenebitur & quatenus? Huius legis verba sic interpretantur quidam, vt pater teneatur de peculio, quod falsum est. Nam ex pœnali causa pater non tenetur de peculio, sed tantum ex contractu & quasi, *l. ex pœnalib. de reg. iur.* Præterea si pater teneretur de peculio, non teneretur pro quantitate quæ est tempore, quo filiusfamil. iudicauit, sed pro quantitate, quæ est tempore, quo in eum de peculio sententia dicitur. Nam in actione de peculio spectatur, quantum sit in peculio rei iudicatæ tempore, non quantum fuerit retro, *l. quæsitum, inf. de pecul. leg. l. Fulcinius §. si quis actione, quib. ex caus. in possess. eat.* Ergo non possumus dicere, patrem teneri de peculio. Nec vero dicere possumus, filiumfam. teneri in solidã quantitatẽ sui peculii. Nam peculium non est in iure filiifam. sed patris; patris est proprietas. Frustra ergo filiusfam. in peculium damnaretur, quod in suo iure non habet. Præterea certum est, filiumfam. qui male iudicauit, teneri in solidum. quærat vnde soluat, alioquin in carcerem detrudetur, *l. pen. C. qui bon. ced. poss. § si filiusfam. de oblig. quæ quasi ex delicto nasc.* Quidam male legunt, *filiifamilias*, non *filiusfam.* & interpretantur hoc modo: si iudex litem de peculio institutam aduersus patrem filiifam. nomine suam fecit, damnabitur in veram æstimationem litis. Ergo damnabitur in tantam quantitatem, quanta fuit in peculio rei iudicatæ tempore. Nam iudex debuit patrem damnare in tantam quantitatem, quanta fuit in peculio sententiæ tempore: id quoniam iudex non fecit, ipsemet iudex litem suam faciens in eam quantitatem tenebitur. vide Obser. lib. XIII. c. 18.

Ad Leg. XXVII.

Iulianus ait, si alter ex litigatoribus iudicem solum heredẽ, vel ex parte fecerit: alius iudex necessario sumendus est: quia iniquum est, aliquem suæ rei iudicem fieri.

IVdicium soluitur, si iudex datus vni ex litigatoribus, heres extiterit, quoniam res facta est iudicis. Nemo autem iudex est in re propria. plus est ius dicere, quam iudicare, sicut plus est esse Prætorem, quam iudicem datum. Pater in causa filii iudicare potest, ius dicere non potest, *l. in priuatis, hoc tit. l. qui in iurisdictio. sup. de iurisd. omn. iud.* In re propria nec ius dicere, nec iudicare quisquam potest: sic in re sua nemo arbitrari, aut testis esse potest: sic si in re de qua agitur, iudex heres fiat, ex parte vel in solidum iudicium soluitur.

Ad Leg. XVIII.

Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet prætor, hoc est, si forte occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare, incidente infirmitate vel necessaria profectione, vel rei suæ familiaris periculo. §. 1. Si filiusfam. ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit, A *qui patris nomine agat: nam & Iuliano placet: si filiusfamil. legationis vel studiorum gratia aberit, & vel furtum vel damnum iniuria passus sit, posse eum vtili iudicio agere: ne, dum pater exspectatur, impunita sint maleficia: quia pater venturus non est, vel dum venit, se subtrahit is, qui noxam commisit. Vnde ego semper probaui, vt si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere vtili iudicio, forte depositum repetens, vel mandati agens, vel pecuniam quam credidit petens: si forte pater in prouincia sit, ipse autem forte Romæ, vel studiorum causa, vel alia iusta ex causa agat, ne si ei non dederimus actionem, futurum sit, vt impune fraudem patiatur, & egestate Romæ laboret viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinauerat. Et finge senatorem esse filiumfamil. qui* B *patrem habet in prouincia, nonne augetur vtilitas per dignitatem?*

SVnt aliæ etiam causæ ex quibus iudicium soluitur: vna hac lege proponitur: morte iudicis, quoniam alium dare necesse est. Item, vetante eo, qui illum dedit. Idem est vetante eo, qui maius imperium in ea iurisdictione habet, *l. iudicium, hoc tit.* vt vetante proconsule, si legatus iudicem dederit. Item si iudex datus à præside, succedat præsidi in ea iurisdictione, iudex esse desinit. Neque enim potest quis esse præses & iudex pedaneus in eadem prouincia. Sic enim idem videretur & dare & dari. Soluitur etiã, si ex aliqua iusta causa non possit iudex operam iudicio da- C re, vt si incidat morbus sonticus, vel si necessario alio proficiscatur, vel ob occupationem propriorum negotiorum, *l. iudex, inf. h. tit. l. pen. C. de ped. iudicib.* Notandum quod iudex dicitur *operam dare.* Iudicis enim id proprium est. *Cicero. 4. Verrina: Equitem Rom. quem in consilio habet, iubet operam dare, quod rei priuatæ iudex esset.* Item 7. Epist. ad Galbam. *Is ad me venit, dixitque iudicem sibi operam dare constituisse eo ipso die.* Sic in *l. pen. inf. de vacat. & excus. muner.* quæ lex cum hac coniungenda est, sunt ex *lib. 33. Vlpiani ad ed.* in quo Vlpian. exposuit edictum Prætoris de iudicibus datis. In ea *l. pen.* additur iudicium solui, si iudex datus sacerdotium nactus sit, vt discedere ab eo sine religione non possit, vbi videtur legendum, salua religione, sicut *l. vlt. de mort. infer.* D nisi exponas *sine religione*, id est, sine piaculo. Nam alias *sine religione*, sine respectu, sine delectu, significat. Cic. 2. Agraria.

Ad §. 1.

QVæritur de actionibus quibus filiifam. experiri possunt sine patre. Regulariter filiusfam. suo nomine nullã actionẽ habet, præterquã de castrensi peculio, quoniam omnem actionem patri adquirit confestim, ἐν ἀκαρεῖ, quoniam ne momento quidem in eius persona consistit, *l. placet, de adquir. her.* Hoc ita verum est ipso iure. Verum si pater absit, vel si nullus sit, qui patris nomine agat, E dantur filiisfam. actiones vtiles, & accipit ille procuratorem. Sic furti vtiliter agit cessante vel absente patre, si quid ex peculio ei surreptum sit. Sic datur illi vtilis actio iniuriarum, item legis Aquiliæ, *l. 9. de obl. & act. l. sed si vnius §. filiofam. de iniur.* Vtile enim est & æquum, vt filiusfam. absente patre actionem habeat de maleficiis, Idque ne impunita sint maleficia, & nota hæc verba: *Vnde ego semper probaui*, non esse Vlp. sed Iuliani, cuius hac in re auctoritatem semper auctores sequuntur, *l. Iulianus I. depos. d. l. 9.* Hoc autem etiam in actionibus ex contractu locum habet, ne, dum non agit pater, ipse filiusfam. damnum ferat. Dabitur ergo illi actio mandati, commodati, depositi, itemque condictio ex mutuo vtilis. Item vtile interdictum, quod vi aut clam. Vt si in re peculiari vetante filiofam. aliquid factum sit, absente aut vetante patre, vtetur interdicto, quod vi factũ sit, non autẽ

vti potest interdicto, quod clam: Nam clam eo, qui nullum ius habet, fieri non possit quidquam. Sicque accipi debet *l. denique, §. 1. & 2. quod vi aut clam.* Si filiusfam. cuius pater est in prouincia, Romæ viaticum suum mutuo det, *l. cum filiusfam. inf. de reb. cred.* Sic definiendum generaliter: *filiusfam. ex omnibus causis vtiles actiones habet*, id enim vtilitas exigit, ne fraudem patiatur ob absentiam patris, cuius proprie actio. Appellantur actiones extraordinariæ (quoniam omnes actiones vtiles extraordinariæ sunt) *d. l. cum filiusfam.* cui coniungenda est *l. in factum, de oblig. & act. In factum actiones*, id est, vtiles actiones ex omni causa exerceri possunt: non enim ibi de specialibus in factum actionibus loquitur. Omnis enim actio vtilis est in factum, vt actio vtilis legis Aquiliæ sæpe appellatur in factum. Sic actio in factum præscriptis verbis vtilis dicitur, *l. cum mota, C. de transact. l. 3. C. de donat. quæ sub modo, l. 1. C. de pact. conuen.* Sic quæ dicitur vtilis in *l. quidam, in fi. de hered. instit.* in factum appellatur in *l. si vero non remunerandi §. si à filiofam. Mand.* vtilis actio quæ sit docet *§. vlt. huius l.* quo dicitur patre agente in prouincia filiofamil. Romæ agenti dari actionem vtilem, maxime si sit Senator: augetur enim vtilitas dignitate, id est, vtiliores sunt actiones quæ ei dantur. Vtiles ergo vocantur, quod vtilitate summa & æquitate suadente dentur. Vtilitas opponitur stricto iuri, *§. recte, Instit. de mand. l. seruitutes §. si sublatum, inf. de seru. vrb. præd. l. quia actionum, 1. de præsc. verb.* Iustin. in *l. vlt. de bon. quæ liber.* ius acquisitionum aliquatenus mutauit. Vult enim, vt aduentitia proprietatis iure filiofam. acquirantur, & vt patri vsusfructus tantum. Quod autem ad profectitia attinet, nihil mutauit: nam in profectitiis causis filiusfam. habet actiones vtiles absente patre, ex aduentitiis causis aut pater vsumfr. amplectitur, aut non. si non amplexus est, filius agit consentiente patre, *d. l. vlt. §. & filius, C. de bon. quæ lib.* Quod si amplexus est, pater aget consentiente filio, *d. l. vlt. §. sancimus, & seqq.* Denique ex causis aduentitiis cōmunes sunt actiones patris & filij, sicut olim actio de dote fuit communis patri & filiæ: nam pater de dote non potuit agere sine voluntate filiæ, nec contra. Itaque vtrinque cautio de rato exigitur, idq; e generale est in omni actione communi vt vtrinque ratihabitio exigatur. Quod autem dicitur in *l. 2. §. vlt. sol. matrim.* de dote profectitia actionem esse communem, id etiam in aduentitia locum habet ex iure Iustiniani & antiquo apud Vlp. *tit. de dotibus.* Itaque vtriusque consensus & ratihabitio exigitur.

Ad Leg. XIX.

Heres absens ibi defendendus est, vbi defunctus debuit, & conueniendus si ibi inueniatur, nulloque suo proprio priuilegio excusatur. §. 1. Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, vnde obligatio oritur, certo loci administrauit: & si ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere: & si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur. §. 2. Proinde & si merces vendidit certo loci, vel disposuit, vel comparauerit, videtur, nisi alio loci vt defenderet, conuenit, ibidem se defendere. Nunquid dicimus eum, qui à mercatore quid comparauit aduena, vel ei vendidit, quem scit inde confestim profecturum, non oportet ibi bona possideri, sed domicilium sequi eius? At si quis ab eo qui tabernam vel officinam certo loci conductam habuit in ea causa est, vt illic conueniatur? Quod magis habet rationem. Nam vbi sic venit, vt confestim discedat, quasi à viatore emptis, vel eo, qui transuehebatur, vel eo qui παραπλεῖ, id est, præternauigat, emit: durissimum est, quotquot locis quis nauigans vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi. At si quo constitit, non dico iure domicilij, sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, egit, defendere se eo loci debebit.

A §. 3. *Apud Labeonem quæritur, si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat, quod cum eo seruo contractum est, ita habendum, atque si cum domino contractum sit. Quare ibi se debebit defendere. §. 4. Illud sciendum est, eum qui ita fuit obligatus, vt in Italia solueret, si in prouincia habuit domicilium, vtrobique posse conueniri, & hic, & ibi. Et ita & Iuliano, & multis aliis videtur.*

HÆc lex pertinet ad edictum, quo absentis indefensi bona possideri iubentur. Regulariter eo tantum loci quis defendi debet, vbi domicilium habet, in quo nisi defendatur, bona eius possidebuntur rei seruandæ causa. Ab hac regula heres excipitur. Nam is eo loco defendi debet, quo defunctus debuit, licet ibi domicilium non habeat, B & nisi ibi defendatur, eius bona possidebuntur. Eodem loci heres etiam conueniri potest, si præsens sit, & generaliter, quo quisque loci absens defendi debet, eo etiam præsens conueniri potest. Heres ergo si conueniatur, à creditoribus hereditariis forum defuncti sequetur, non suum, vt si defunctus domicilium habuit Romæ, & ibi mutuam pecuniam accepit, heres eo nomine Romæ conuenietur, si ibi inueniatur, & si in prouincia domicilium habet. Vel si heres eo nomine in prouincia condemnatus fuerit, conuenietur Romæ actione iudicati, *l. argentar. in fi. hoc tit.* Ac generaliter qui successionis iure in locum alterius succedunt, defuncti partibus omnimodo funguntur, eius forum & iudicem prorsus sequuntur, *l. quædam §. nihil inte*- C *rest, inf. de edend.* Quo loci defunctus litem contestatus est, eodem debet heres litem peragere, *l. si is qui Romæ, inf. h. t.* nec potest reuocare domicilium. Excipiendus est etiam à regula proposita, qui alio loci contraxit, quam quo domicilium habet: nam hic se debet defendere eo loci, quo contraxit, aut bona eius possidebuntur. Eodem etiam loco conueniri potest, si inueniatur, idem est, si quasi contraxit. Quærit hic Accurs. quomodo fieri possit, vt quis tutelam administret alio loci, quam quo domicilium habet. Nam is excusationem habet, *l. vlt. de excus. tut.* Sed fingendum est, eum omisisse excusationem, vel mora eam intercidisse. Nam allegari oportet excusationem intra præfinita tempora. Nam ipso iure nemo excusatur, *l. neque §. vlt. sup. de procur. l. 1. C. Vbi de ratiocin.* D *tam publ. l. interdum §. vlt. inf. hoc tit.* Senator Romanus qui in prouincia gessit aliena negotia, in ea suscipiet actionem negotiorum gestorum. Ad eum §. male obiiciuntur quædam de legato: Nam quod ibi ponitur in senatore, in legato fieri non potest. Nam legatus non potest se offerre alienis negotiis, *l. 8. §. vlt. inf. de legation.* Ad eam sententiam pertinet *l. argentarium hoc tit.* his verbis: *Vbi contractum est*, id est, vbi mensam exercuit. Argentarii omnium negotiorum rationes conficiebant, & ex scriptura mensæ nascebatur obligatio. Eas rationes edere coguntur per modum actionis in factum, quæ in eos datur. Edunt autem vbi mensas exercuerunt, *l. 4. §. vlt. sup. de eden.* In edendis rationibus nulla dilatio datur, nisi iusta ex causa, scilicet, vt codices ex prouincia adferan- E tur: illa lex proprie ad titulum de edendo pertinet.

Eo autem loco, quo quis contrahit, defendere se debet, nisi conuenerit, vt se alibi defenderet. Hæc enim conuentio iusta est. Exigitur etiam, vt quis se cogatur defendere, quo loci contraxit, vt ibi constiterit, conducta forte taberna id est apotheca (nam non opus est, vt domicilio constiterit ibi) aut officina, aut armario, aut horreo, vn *magasin*, vel pergula. pergula est, vbi appenduntur merces venales, vt solent pictores, l. 4. *§. vlt. inf. de his, qui deiec. vel effud. l. vlt. C. Theod. de excusat. artif. pictores pergulas & officinas in locis publicis sine pensione obtineant.* Sic etiam dicuntur pergulæ Magistrales. Vopiscus in Saturnino: *Frequentauerat pergulas magistrales*: nam magistri litterarum, vel artium liberalium pergulis appensa tabula respondebant, quid docerent. Plaut. in Pseud. *Pergula meretricum.* Seneca 2. *cont.* 2. *cont. Iuuen. sat. 6. Sed nec structor erit cui cedere debeat omnis*

Pergula. Si ergo quis vendiderit aliquid, vbi tabernam A
conductam habuit, ibi conuenietur. Verum si aduena confestim discessurus in transitu vendiderit aliquid, aut emerit, non ibi defendere se debet: Nam necesse est, vt eo loci constiterit: Alioquin esset absurdum quemque vbi vendidit conueniri, ne quot locis quisque iter facit, tot locis se defendere cogatur, quod durum esset. Ait lex 161. *conueniatur.* scilicet is, qui tabernam conductam habuit & vendidit. Viator est qui suis pedibus iter facit, transuehitur, qui equo *l. 2. sup. de in ius. voc.* ἀναβάτης dicitur qui nauigio transuehitur. Consequens est superioribus, vt si quis prouincialis habuerit Romæ seruum institorem, vt Romæ se defendat institoria actione. Opponitur iis quæ dicta sunt *l. 1. C. de nund.* Sed si subtilius aspiciamus, ea
lex pertinet tantum ad certum tempus, ad certas perso- B
nas: id est, ad nundinas, & qui eas exercendi ius habent. hoc ius olim princeps dabat etiam priuatis, vel senatus. Plin. X. epist. *l. 1. C. de nundinis,* in qua constituitur ne qui habent ius nundinarum exercendarum, eo tempore debitores concurrentes conueniant, & ne quid ex mercibus aut venalitiis, vel eorum quæstu detrahatur. Separat autem merces à venalitiis, *l. 1. de tribut. act.* Addendum etiam, *Contraxisse* videri eum non tantum quo loci tractatus habitus est, sed etiam quo loci soluere debet. Ideo si in prouincia contraxerit, & promiserit se Romæ soluturum, vtroque loco recte conuentũ iri exemplo arbitrariæ actionis. Quid enim si nunquam veniret Romam? *l. si duo §. 1. inf. de constit. pec. l. contraxisse, inf. de oblig. & act. §. vlt. hui. leg.* Contraxisse etiam videtur, qui qualem C
qualem obligationem contraxit, quamuis in creditũ itum non sit nullusque contractus habitus, vt mutui, depositi: crediti nomen generale est *l. 3 §. vlt. l. 4. inf. quibus ex caus. in possess. eat.* Vt si adierit Romæ hereditatem, aut si miscuerit se hereditati, *l. 20. hoc tit.* quæ cum *d. l. 2. & 4.* coniungenda est. Excipiendus est ab hac sententia legatus prouincialis: Nam is si in legatione contraxerit, potest ibidem conueniri. Verum si tempore legationis hereditatem adierit, sustinentur actiones, quoad peracta sit legagatio, *l. de eo, hoc tit.* Eo excepto, quicunque prouincialis adit Romæ, ibi conueniri potest: nam hæc obligatio pro contractu habetur.

L. XX. vide sup. ad l. 2. sed & si, & l. prox. inf.

D

Ad L. XXI.

Si debitori meo velim actionem edere: probandum erit, si fateatur debere, paratumque dicat soluere, audiendum eum, dandumque diem, cum competenti cautela ad soluendum pecuniam. Neque enim magnum damnum est in mora modici temporis. Modicum autem tempus hic intelligendum, quod post condemnationem reis indultum est.

SCiendum est, confessis & iudicatis eadem tempora ad soluendum dari, *l. 6. §. vlt. de confess. Paulus 5. Sent. tit. 5.* Loquimur autem de confessis in iure vel iudicio. Si extra confiteantur, pro iudicatis non habentur, *l. post. rem, inf. de re iudic. Nouel. de testib.* ex *l. 12.* tab. Iudi- E
catis dabantur 30. dies, postea ex alia quadam lege dati sunt duo menses, *l. vn. Cod. Theodos. de vsur. rei iudic.* in qua legendum, *per leg. solutionis,* non, *per legis solutionem,* *per legem* fieri dicitur in *l. intra inf. de re iud.* constitutio *solutionis grati* in *l. cum militi §. vlt. inf. de compensat.* Ex constit. Iustiniani sunt quatuor menses, *l. 2. C. de vsur. rei iud.* Eadem tempora confessis dantur. Id autem tempus datum dicitur humanitatis causa *d. l. cum militi.* πρὸς φιλανθρωπίαν, vt aiunt Græci. Ideo si quis tecum agat, non potes compensare, quod in diem tibi debet. Verum illud poteris, quod debet is ex causa iudicati, licet dies nondum venerit: Nam aliud est, non venisse diem obligationis, aliud indulgeri tempus humanitatis causa, *d. l. cum militi, §. cum intra.* in qua dies datur iudicato, non contra iudicatum, ideoque potest intra id tempus se liberare. At hodie non dubitatur, vt olim inter interpretes 12. tab. ex quib. 30. dies iusti præscripti sunt. Itaque damnatus non videtur sententia teneri ante dies 30. & ante eos dies non videtur obligatus iudicati nomine: proinde non videtur liberari posse, cum non sit obligatus. Hæc ex veteri prudentia. Hodie autem constat inter omnes, hoc tempus pro condemnato constitutum. Vnusquisque potest contemnere ea quæ pro se constituta sunt. Quæritur, an hoc tempus à iudice coarctari aut prolõgari possit? Potest ex iusta causa à prætore, vt si sit lis de alimentis, l. 2. *inf. de re iud.* Et ideo in *l. 1. Cod. Theod. de vsur. rei iud.* recte dicitur nonnunquam concedi duorum mensium dilationem: qui à prætore tempus non semper sequitur. A pedaneo autem iudice non potest coarctari, ideoque si iubeat solui intra mensem ex *l. 4. §. si quis, de re iudic.* reliquum tempus constitutum adiungitur; at prorogare id tempus etiam pedaneus potest. In causis fiscalibus constitutum est, non posse debitoribus in maioribus summis tempus vltra tres menses prorogari, in minoribus vltra duos, *l. in fraudem §. fiscalibus, de iure fisci.* Harmenop. 1. Epitom. notat Patricium quendam distinguere inter diuitem & pauperem. In diuite condemnato tempus legitimum obseruari ad soluendum. Pauperi autem breuius μικρὸν προθεσμίαν: quoniam verendum est ne interim omnia absumat. In hac re æris iudicati & confessi eadem est ratio: ex vtriusque enim causa pignora capi distrahiq; possunt, *l. debitor, inf. de re iud. l. vlt. C. de execut. rei iudic.* Est tamen quædam differentia inter confessum & iudicatum: Iudicati enim actio est: & ideo res quodammodo iudicato nouatur. Nam in locum institutæ actionis succedit iudicati actio, quæ grauior est, quoniam admittit centesimas & duplices vsuras. At actio confessi æris nulla est, *Paul. 2. Sent. tit. 1.* At confessus post legitimum tempus conuenitur ea ipsa actione de qua est confessus, *l. 6. de confessis.* Sententia legis nostræ hæc est. Quidam edidit actionem scil. in iudicio apud Prætorem debitori, debitor confessus est se debere, petitque diem sibi ad soluendum dari. dabitur ei modicum tempus, nam mora modici temporis parum nocet: verum exigetur cautio, id est, debitor, qui dilationem petit, cauere debet, se statuta die soluturum.

Cum competenti cautela) Verba sunt Triboniani, nostri dicunt cautionem, cauitionem, vt causa cauessa, vt Terentianus Scaurus in Orthographia. *Competens* vero *cautela* nisi pro qualitate personarum definiri non potest: est enim vel satisdatio vel repromissio, vel iuratoria cautio.

Modicum tempus est, quod iudicatis datur. Idem tempus confessis & iudicatis datur. Notandum, quod dicitur *modicum tempus hic,* id est, in proposito. Nam alias modicum tempus est 30. dierum, *l. 1. §. hoc interdicto, de itin. act. priu.* alias 10. dierum, *l. promissor §. 1. inf. de constit. pecun.* Constantinus Harmen. *tit. vlt. Epit. §. 37.* μέτριος χρόνος δέκα ἡμέραι, id est, *Modicum tempus decem sunt dies.* Hic vero modicum tempus duos menses interpretabimur, vel ex constit. Iustiniani quatuor. Adfertur, *l. quod dicimus, inf. de solution.* quæ tradit vulgare quiddam, heredem statim debere soluere, quod fideiussor testatoris pro eo soluisset: sed eo loco, pro *debere,* legendum, *deberet* vt in aliis lib. Ex eo intelligitur heredem adita hereditate non posse statim exigi à creditorib. hereditariis. Puto non fuisse vllas datas à lege heredi inducias, sed dabantur à Prætore conquirendæ pecuniæ causa argumento *leg. si domus §. in pecunia, inf. de legat. 1.* Excipiendus erat fideiussor qui sua pecunia hereditatem, seu defunctum liberauit, cui statim solui debet, id est, cum aliquo spatio: non enim debet adire heredem cum sacculo, quasi mox accepturus pecuniam: ea lex, quod dicimus est ex lib. singulari Pauli *ad l. Falcidiam,* & iungenda est cum *l. 1. §. item si ita, inf. ad leg. Falcid.* Testator ita legauit: *Titio penum dato, si non dederit, decem dato.* Quæritur vtrum legatum videatur, an in ponenda ratione Falcidiæ penum adscribemus rebus legatis? Non

vtique: sed si heres penum in continenti soluerit, legata A videtur. *Incontinenti autem*, id est, *cum aliquo spatio*: hoc adiecit *Paul. in d. l. quod dicimus*, *statim* etiam sic accipi in illa vulgari sententia de herede qui debet statim soluere fideiussori testatoris: id est, cum aliquo temperamento temporis.

Ad L. XXII.

Vide supra l. 2. §. Legatis.

Ad L. XXIII. Non potest videri.

Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est.

IVdicium, quod acceptum est inter aliquos, de ea controuersia acceptum videtur, quæ ab initio fuit inter partes, non quæ post superuenit, quod & de arbitrio dicitur *in l. de iis rebus, sup. de recept.* Finge: acceptũ est inter nos iudicium tutelæ, postea inter nos orta est controuersia de negotiis gestis: hæc controuersia noua nihil ad eum iudicem pertinet, sed opus est noua interpellatione, & addictione iudicis. Nihil obstat quod adfert Accurs. Si ego egi in rem vel peculium, vel depositi aut mandati, vna est controuersia. verum an eius actionis causa sit iusta, rei iudicatæ tempore potissimũ apparet: atque inde sequitur absolutio aut condẽnatio: vt si in rem egi contra te quasi possessorem, vna est controuersia, rei iudicandæ tempore iudex spectat, an tu possideas, si possides, condemnat te, si non, absoluit. Condemnat autem te, etsi non possides, si iudicii accepti tempore possederis: idem in aliis actionibus locum habet. Verum in hac specie legis nostræ ponimus duas controuersias: vnam, de qua lis accepta est, alteram, quæ post accidit. De controuersia, quæ post superuenit, iudicium acceptum non est. Itaque noua interpellatione opus est. Prioris autem cognitio iudici iniuncta est, non posterioris, nec potest iudex iudicare, nisi quod sui iudicii est. In hanc l. male affertur, *l. non quemadmodum, inf. hoc tit.* quasi proponat eandem sententiam. Nam in ea l. hoc tantum ostenditur, de futura obligatione iudicium accipi non posse. Id cum nostra sententia nihil habet commune. Fideiussor quidem futuræ obligationi accedere potest. At iudicium de futura obligatione non accipitur. Hæc est differentia inter legem & iudicem, quod iudex statuit de præteritis & præsentibus, lex de futuris: Cic. in Part. Neque huic sententiæ *d. leg. non quemadmodum* obstat *l. in leg. Aquil. inf. ad leg. Aquil.* Quidam deleuit chirographum, ex quo debebatur mihi pecunia sub conditione. Ergo nondum plane debebatur. Quæritur, an mihi competat actio leg. Aquiliæ? ait competere: Ergo competit de obligatione futura, sed in ea specie ob iam deletum chirographum, datur actio l. Aquiliæ. Verum in ea etiam specie non vtique semper agitur lege Aquilia pendente conditione, sed ita recte agitur, si metus sit, ne testes interim moriantur, quibus id probari potest. & qui deleuit damnabitur. Sed damnatio nulla erit, si conditio deficiat, quia damnum nullum datum intelligitur. Vide *l. Antheus, in fi. inf. de aqua & aqua pluuiæ arc.*

Ad LL. 24. 25. 26. 27. 28. *Vide sup. l. 2. hoc tit.*

Ad L. XXVIII. §. vlt.

§. Vlt. l. 28. Si paterfam. mortuus esset relicto vno filio & vxore pragnante, non recte filius à debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamuis postea vnus filius natus sit: quia poterant plures nasci: cum per rerum naturam certum fuerit, vnum nasci. Sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse: quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura vtique fierent: sed nostram inscientiam aspici debere.

QVidam decessit intestatus, relicto vno filio & vxore prægnante. Quæritur, nondum nato postumo, filius ille qua ex parte heres intelligatur, vt sciatur, qua ex parte possit vindicare, aut qua ex parte possit debitores paternos conuenire? In hoc dissentiunt Proculiani & Sabin. Proculiani rerum naturam spectant. In rerum natura, quæ futura sunt, certa sunt ex Diodori sententia. incerta tamen sunt ex Chrysippi sententia, Tullius lib. de fato. Hanc sententiam Paulus hic sequitur, diximus de ea *ad tit. de verb. oblig. in fi. Instit.* Nunc si vnus tantum sit in vtero vxoris, filius interim intelligitur heres ex dimidia parte, quoniam per rerum naturam certum est, vnum nasciturum. verum si gemini sint in vtero, non petet nisi tertiam partem, aut si plus petiit, non adsumet sibi, nisi tertiam partem, si sint tres, non nisi quartam: extat huB ius opinionis vestigium in *l. cum quidam §. suum, de acquir. hered.* vbi id refertur ex Pomponio qui Proculianus fuit: quod autem est in præsenti §. id ex Sabini sententia dicitur. Sabiniani putabant in hac specie non rerum naturam sequendam esse, sed inscientiam nostram. Ideoque filius nondum nato postumo, non potest petere dimidiam, licet vnus tantum sit in vtero: Nam id nos nescimus. At iidem Sabiniani permiserunt filio, vt interim peteret quartam partem, quia possunt tres nasci. At possunt etiam nasci quatuor, cur ergo non quintam potius petit? *l. 3. si pars hered. pet.* quæ cum hoc §. coniungenda est. Hæc traduntur ex Lælio Iurisconsulto apud Tertull. *lib. de anima.* Augustinus de fato, ait posse nasci septem. Paulus Monachus de gestis Longobard. posse nasci nouem. Cur ergo ei C potius datur ius petendæ quartæ quam quintæ? Hac de re Gell. *lib. 10. cap. 2.* Sabiniani mediam viam secuti sunt, & non spectarunt id, quod raro admodum fieri potest, vt nascantur quinque, sex, aut septem. At non admodum raro fieri potest, vt tres nascantur, ideo filius non est heres interim nisi ex quarta. sed si post vnus tantum nascatur, non videbitur perdidisse totam dimidiam, sed solum quartam, quam potuit petere, *l. si pater 36. de solut.* Hac in re veteres dissenserunt: ideoque pugnat §. *suum* cum hoc §. Verum consenserunt omnes in eo, quod si quis decesserit relicto filio, qui existimabat falso matrem esse grauidam, filius interim, inspecta natura rerum, intelligitur ex asse heres; ideoque, si interim totum petat, totum sibi adsumit, *l. illud, si pars heredit. pet.*

D

Ad L. XXIX.

Qui appellat, prior agit.

HÆc est ambigua oratio: Ambiguitas est in distinctione. an scil. *qui appellat prior, agit*, an vero, *qui appellat, prior agit.* Deinde est ambiguum verbum *appellat.* Nam reus appellatur, cum ad iudicem vocatur. Iudex appellatur, cum propter iniuriam inferioris iudicis ad eum appellatur. Sic vero interpungendum: *qui appellat, prior agit.* Id est, qui appellat iudicem; prior agit, *il est premierement admis* vt qui in priori iudicio fuit reus, & secundo loco causam egit, si appellauerit, in iudicio apE pellationis priore loco causam agat, id est, actor sit. Quod Accurs. adfert de reconuentionibus, petitionibus mutuis, nihil ad hunc locum, neque ad præiudicia pertinet.

Ad L. XXXI. Si petitor.

Si petitor plures heredes reliquerit, vnusque eorum iudicio egerit: non erit verum, totam rem, quæ in priore iudicio fuerit, deductam esse. Nec enim quisquam alienam actionẽ in iudiciũ, inuito coherede, perducere potest.

ACtor vel qui coeperat agere, decessit pluribus relictis heredibus: vnus eorum litem cœptam à defuncto peregit & vicit, sibi tantum & pro sua parte vicisse intelligitur: nam pro sua tantum parte egisse intelligitur,

quia non potuit actionem coheredum in iudicium deducere, inuitis coheredibus. Inuitus autem hic intelligitur, non solum qui nominatim contradicit; sed qui tacet, aut ignorat, Sic is, qui non est procurator, non potest rem alienam in iudicium deducere. si agat nulla erit lis, nulla actio, nulla sententia, nullum iudicium, nisi dominus ratum habuerit. nam ratihabitio mandato comparatur, *l. licet, hoc tit.* Alieno nomine non possum agere sine mandato, exceptis certis quibusdam personis, de quibus *tit. de procur.* Defendere vero possum. At quid, si plures coheredes simul litem contestati sint (qua ex re dicuntur consortes litis, an poterit vnus ex eis pro sua parte agere, vel respondere, reliquis cessantibus? sic videtur, *l. 1. C. de consort. eiusd. lit. l. non idcirco, inf. hoc tit.* Species hæc est: Pupillus egit tutelæ aduersus omnes tutores. omnes iudicium acceperunt. postea quidam ex eis abesse cœperunt Reipublicæ causa, an ob absentiam quorundam interrumpitur iudicium? minime: Nam cum præsentium & absentium administratio diuidi possit, id est, pro parte possit discerni, & pro parte æstimari, præsentes pro parte sua litem persequentur. Denique absentia consortium litem non interrumpit: imo vero præsentes in solidum agere possunt, modo caueat de rato vel iudicato absentium nomine: de rato, si agant; de iudicato si cum eis agatur, *l. 2. C. de consort.* Consortes litis non dicuntur, etiamsi res, de qua agitur, communis sit: sed ij, qui simul litem contestantur. Consortes dicuntur fratres, qui commune patrimonium pro indiuiso habent, *l. si is qui tres §. vlt. de excusat. tut.* Cic. 4. *in Verrem: cum ex agris tres fratres consortes profugissent.*

Ad L. XXXIII.

Non videtur in iudicem consensisse qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis.

PRius est velle litigare, deinde sub quo iudice. Sic etiam prius est, edi actionem, postea litem contestari. Edita actione nondum lis est, sed controuersia. Contestatio sola litem facit. In iudicem autem videntur consentire, qui apud eum litem contestantur, non qui apud eum edi actionem postulant, & sic magna est differentia inter actionem editam & litem contestatam, *l. 1. de lit. contest.* Edita actio speciem futuræ litis tantũ demonstrat, *l. edita, C. de eden.* quæ est coniungenda cum *d. l. 1.* Exigimus autem, vt consentiatur in iudicem, si sit incompetens, aut à magistratu detur non partium consensu, *l. antepen. inf. hoc tit.*

Ad L. XXXV.

De ea diximus in *l. 23. sup. eodem.*

Ad L. XXXVI.

Interdum ex iustis causis, & certis personis sustinendæ sunt cognitiones: veluti si instrumenta litis apud eos esse dicantur, qui Reipublicæ causa aberunt. Idque D. fratres in hæc verba rescripserunt: Humanum est, propter fortuitos casus dilationem accipi, veluti quod pater litigator filium vel filiam, vel vxor virum, vel filius parentem amisit, & in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri.

§. 1. Senator, si negotiis alienis se obtulerit in prouincia, non debet iudicium recusare negotiorum gestorum: sed actionem eum excipere oportere, Iulianus respondit: cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.

CErtis ex personis aut causis causarum cognitio differtur. Cognitionum sunt quatuor genera, quæ explicat *l. cognitionum, inf. de extraord. cognition.* nam aut agitur de re pecuniaria, quæ sunt ciuiles: aut de existima-

A tione: vel de capite: vel de muneribus & honoribus: hæ suspenduntur interdum pro ratione rerum & personarum. Vt si instrumenta litis penes absentem sint, exspectandus est eius reditus. Item si litigator patrem amiserit, vel filium, vel coniugem, æquum est ob eam rem litem sustineri, id est, suspendi, vt scil. ducere possit funus defuncto, aut iusta facere. Huc pertinet *l. 3. sup. de in ius voc.* vbi citatur hoc rescriptum Diuorum fratrum, cuius est pars in hac l. ne in ius vocentur qui cadauera prosequuntur.

Ad L. XXXVII.

Si de vi & possessione quæratur, prius cognoscendũ de vi, quam de proprietate rei, D. Hadrianus τῷ κοινῷ τῶν Θεσσαλῶν, id est, communi seu Reipub. Thessalorum, *Græce rescripsit.*

B ADrianus, id est, Diuus Pius, *l. 5. inf. ad l. Iul. de vi publ. l. 1. de appell. inf.* Ex hac lege colligitur, mota quæstione proprietatis & possessionis, prius esse, vt de possessione cognoscatur, *l. incerti, C. de interd.* Sed ad hanc rem nihil hæc lex pertinet, vt putatur: nam lex ait, *si de vi & possessione quæratur,* nõ ait, *de possessione & proprietate.* De vi autem quæritur duobus modis. Vno ciuiliter, per interdictum vnde vi, *l. 4. C. vnde vi, l. 1. §. 1. inf. de vi. & vi arm.* altero criminaliter, *l. 1. C. quand. ciuil. act. crimin.* Cum ciuiliter quæritur, etiam de possessione restituenda quæritur. tunc ergo est vna quæstio de vi &
C possessione. At cum agitur criminaliter, diuersæ sunt quæstiones. Nam possessorium iudicium cum criminali nihil habet commune, *l. si quis, C. ad Iul. de vi.* Hic ergo fingendum est, quæri de vi criminaliter: nam facit duas quæstiones, vnam de vi, alteram de possessione, quod non potest nisi de vi quæratur criminaliter, de possessione ciuiliter vel de proprietate. Sicque hæc lex & *d. l. 5.* accipiendæ sunt: nam in eis libris ex quibus hæ duæ LL. sumptæ sunt, tantum tractatur de criminalibus cognitionibus. Non quæritur autem in *hac l.* mota quæstione de proprietate aut possessione, vtra prior expedienda sit; sed hoc quæritur, mota de vi criminali quæstione, & de possessione aut proprietate ciuili, vtra prior expedienda: Prius de criminali agendum. Ait *si de vi & possessione*, addendum &
D proprietate ex *d. l. 5.* Sic ergo maior quæstio puta criminalis, præfertur minori, *l. vlt. C. de ord. cognit.* Si ita hæc lex accipiatur, pugnabit cum *l. 1. C. de appellat.* & cum *l. si quis, C. ad l. Iul. de vi.* vbi ostenditur manifeste, prius agi ciuiliter de possessione & proprietate, quam de vi criminaliter. Dicendum ergo: Adrianum ita tantum decreuisse, & solum ipsius decretum referri in hac lege. Non dicitur, quid sequendum sit. Itaque posteriores leges sequendas esse. Nec enim omnia quæ referuntur in Pandectis sequenda sunt, vt *l. non putabam, inf. de cond. & demonst.* ex *l. qui filium §. Fabius, inf. ad Trebell.* In quibus diuersa pugnantiaque rescripta adferuntur.

Ad L. XXXVIII. L. LI. LII.

E *L. 38. Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, vbi est: nisi dolo malo heredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet, vbi petitur. Præterea quod pondere, aut numero, aut mensura continetur, ibi dari debet, vbi petitur, nisi si adiectum fuerit:* Centum modios ex illo horreo, *aut* vini amphoras ex illo dolio. *Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, vbi res est. Et si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum herede poterit, vt exhibeat rem: sic enim vindicari à legatario poterit.*

L. 50. Si fideicommissum ab aliquo petatur, isque dicat, alibi esse maiorem partem hereditatis, non erit ad præstationem compellendus. Et ita multis constitutionibus cauetur, vt ibi petatur fideicommissum, vbi maior

pars hereditatis est, nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum præstari, vbi petitur.

§. 1. Tractatum est de ære alieno, si in ea prouincia, vbi fideicommissum petitur, plus esset æris alieni, an quasi maior pars alibi esset, præscriptio locum haberet? Sed & hic placuit, nihil facere æris alieni nomen, cum non loci sit æs alienum, sed vniuersarum facultatum. Æs enim alienum patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates. Quid tamen si forte certis oneribus destinatum sit id patrimonium? vt puta alimentis præstandis, quæ Romæ præstari paterfamilias iusserat, vel tributis, vel quibusdam aliis inexcusabilibus oneribus, an possit præscriptio locum habere? hic putem iustius dici, locum habere.

§. 2. Sed & rescriptum est, vt illic fideicommissum petatur, vbi domicilium heres habet. Quotiens autem cœpit quis fideicommissum soluere, non potest hac præscriptione vti.

L. 51. Quamuis ad eum hereditas fuerit deuoluta, qui domicilium in prouincia habet. Sed & DD. Seuerus & Antoninus rescripserunt, si consenserit fideicommissarius, alio loco dare, necesse habere secundum consensum dare, vbi consenserit.

L. 52. Sed etsi suscepit actionem fideicommissi, & aliis defensionibus vsus hanc omisit: postea quamuis ante sententiam, reuerti ad hanc defensionem non potest.

§. 1. Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit, quamuis maior pars hereditatis in prouincia sit, tamen Romæ debere fideicom. solui, dicendum est, cum apparet, id testatorem sensisse ex genere comparationis.

§. 2. Sed etsi proponas, quibusdam clarissimis viris argenti vel auri pondo relicta, & sit sufficiens ad huiusmodi fideicommissa Romæ patrimonium, licet maior pars totius patrimonij in prouincia sit, dici oportet, Romæ esse præstandum. Nec enim verisimile est, testatorem, qui honorem habitum voluit his quibus reliquit, tam modica fideicommissa in prouincia præstari voluisse.

§. 3. Si ea res, quæ per fideicommissum relicta est, eo loci sit, dicendum est, non debere præscribi ei, qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit.

§. 4. Sed si non fideicommissum petatur eo loci, sed fideicommisso satis: videndum est, an hæc præscriptio locum habeat? Et non puto habere. Quinimo & si nihil sit eo loci, attamen iubendum satisdare. Quid enim veretur, cum si satis non dederit, mittatur aduersarius in possessionem fideicommissi seruandi causa?

IN hisce ll. quæritur, vbi legatum vel fideicommissum peti oportet? Creditores cum herede ibi agunt, vbi cum defuncto agere potuerunt, *l. heres absens, hoc tit.* At legatarij vel fideicommissarij ibi agunt, vbi est maior hereditatis pars, vel tota hereditas, *l. 1. C. vbi fideicommiss. peti oport.* Si alibi petatur, obstat agenti exceptio, quasi maior pars hereditatis ibi non sit. Hinc quæritur, quid in hac specie dicendum: Defunctus habuit bona in Italia & in prouincia: in prouincia est maior pars si non deducatur æs alienum, minor autem est si deducatur, quo loci peti fideicommissum debet? In prouincia. Nam æs alienum defuncti certo loco non concluditur: licet enim illud sit contractum in prouincia, minuit non solum prouincialia, sed etiam Italica bona. Denique æs alienum in vniuersis bonis & vniuersis locis spectatur, *l. 50. hoc. tit.* neque æs alienum minuit solum bona prouincialia, sed omnia bona pro rata minuit. Cum ergo æstimandum est vbi sit maior pars hereditatis, non deducitur æs alienum. Hac in re æs alienum valde distat ab onere, quod rei cohæret: Nam æs alienum certam rem non minuit. At onus quod rei impositum est, minuit eam rem, vt si stipendium prædiis prouincialibus sit impositum. stipendium est, quod penditur populo: hinc prædia stipendiaria dicuntur: aut si tributum sit impositum, tributum est, quod penditur principi Theoph. *§. per traditionem tit. de rer. diuis.* hinc prædia tributaria, aut si solarium impositum sit, id est, id quod pro solo penditur, vt si quis ædificauit in solo alieno: aut si

A cloacarium impositum sit, *l. cum seruus §. 1. de legat. 1. & l. 7. §. pen. de vsufr.* Vbi legendum, *solarium*, non *salarium*: Hæc vero onera ea bona tantum minuunt, quibus imposita sunt: Ideoque ea bona æstimantur illis oneribus deductis. Et si illis deductis appareat in prouincia esse minorem partem hereditatis, petenti obstabit præscriptio, quasi non sit maior pars, *d. l. 50. §. quid tamen.* Inter onera prædiorum est etiam præbitio alimentorum: Nam certa prædia assignari solent ad alimenta, *d. l. 7. & d. l. 50.* in qua hæc verba, *Quæ Romæ præstari paterfam. iusserat.* supposititia sunt, & ex margine in contextum irrepsere. Quod ait, *Si forte ceteris oneribus id patrimonium,* loquitur de prouinciali, de quo superius egit. Deinde ait, *vel tributis.* Roma autem & tota Italia à tributis immunis

B erat. Tributaria & stipendiaria erant tantum prouincialia prædia. Deinde, *quæ paterfamil. Romæ præstari iusserat,* hoc satis est, vt illa præscriptio inhibeatur, *l. 52. §. 1. hoc tit.* neque necesse est, vt illud onus sit impositum prædio Romano.

Peti ergo legatum debet, vbi maior est pars hereditatis; item vbi heres domicilium habet, licet ibi non sit maior pars hereditatis; nec obstabit præscriptio. At si fideicommissum alibi petatur, quam his duobus locis, obstat præscriptio incongrui & incompetentis fori. Verum ea cessat certis casibus. Primus est, si heres fideicommissi partem alio loco soluit, *§. vlt. h. l. 50.* Item si heres consenserit alio loco dare, *l. quamuis hic.* (vbi notandum, *heredem* appellari *fideicommissarium.* Non est similis locus in Pand.

C idem est *Nou. 108.*) Hæc autem præscriptio initio litis opponenda est: Nam est dilatoria. Post litem contestatam non potest opponi, *l. exceptionem, C. de probat. l. pen. & vlt. C. de except. l. 52. h. t.* Petitur etiam fideicommissum, vbi testator solui voluit, *d. l. fideicommiss. in princ. l. cum res §. 1. de leg. 1.* vel vbi verisimile est eum voluisse. Cuius rei duo sunt exempla in *hac l. 52.* Primum si voluit libertis emi tesseram frumentariam, hoc casu verisimile est, eum voluisse id fideicommissum Romæ præstari: nam tesseræ frumentariæ non vendebantur nisi Romæ, vt ostēditur in *Nouel. 88.* vbi Iustin. eas vocat ψήφους. Erant enim symbola siue calculi, in quibus erat inscriptus modus frumenti præbendi, & qui talem tesseram habebat, ad præfectum annonæ singulis mensibus afferebat. Tesseræ illæ

D dabantur tantum ciuibus, non prouincialibus. Item, si testator clarissimis viris, id est, senatoribus Romanis legauerit certa pondo auri vel argenti, verisimile est, eum voluisse ea Romæ præstari. Nam id legatur illis honoris causa, idque etiam semper dicitur modicum, quantumcunque sit, quia honoris causa legatur. Omnia honoraria sunt modica, *§. sed etsi proponas, h. l. 52. & l. item si verberatum, de rei vindic.* Non debent senatores in prouinciam ire, maxime si sufficiat patrimonium quod est Romæ. Cum hoc §. coniunge *l. fœminæ sup. de senatorib.* in qua quæritur, quæ sint clarissimæ: quare sumenda est ratio ex hoc §.

Postremo petitur etiam fideicommissum, vbi res erat tempore mortis testatoris, licet heres ibi domicilium non habeat, *§. pen. h. l.* At finge, legatum vel fideicommissum

E alibi petitur, quam vbi res est. An ibi præstari debet? minime. Nam si alibi petatur, non præstabitur vbi petitur, sed vbi est, nisi scilicet legatarius velit eam rem sua impensa & suo periculo eo perduci, vbi petitur, *l. cum res §. 1. & 2. & l. si seruus legatus, de leg. 1.* Sed hoc ita accipiendum, nisi heres eam rem dolo malo alio transtulerit: tunc enim cogitur eam præstare, vbi petitur, ne suus dolus ei prosit, vt docet l. 38. hic. Et hæc locum habent, siue agas legati nomine in rem, siue in personam. (Nam datur actio ex testamento, quæ est in personam) Item si certum corpus sit legatum: nam si legata sint, quæ constant pondere, numero aut mensura, certum corpus non legatur, *l. cum Stichus inf. de solut.* nisi & dicatur, 100. nummi ex illa arca, aut 100. amphoræ illius vini. Hæc ergo ibi præstantur, vbi petuntur. Non possunt enim præstari certo loco, quia nullo certo loco sunt, cum in genere debeantur. Res etiam, quæ

non est in præsentia, vindicari potest, aut de ea ad exhibendum agi. Verum ibi debet restitui, vel exhiberi, vbi est. Ergo alibi petetur, alibi restituetur: nisi dolo malo subtracta sit à possessore, aut nisi actor eam suis sumptibus velit restitui, vbi agit, *l. si res, sup. de rei vind.* Nunc ergo videndum, vbi legatorum vel fideicommissor. causa cautio exigatur, an eodem loco, quo ipsa legata petuntur? Petitur cautio eo loco, vbi est hereditas aut maior pars, aut vbi heres domicilium habet, *l. postquam §. vlt. vt legat. vel fid. seru. cau.* Item illa cautio petitur vbi res est, & petenti non potest præscribi, quasi alibi maior pars hereditatis sit, *l. 52. §. vlt. inf. hoc tit. eo loci*, id est, vbi res est per fideicommissum relicta, *sed fideicommisso satis*, id est, *satisdatio.* Recte etiam *eo loci* petitur cautio, licet ibi nihil præterea hereditarium sit. Ratio, quod si nulla sit alia res hereditaria, non est quod vereatur heres, à quo satisdatio exigitur. Nam is, qui non satisdat, hac tantum pœna afficitur, quod fideicommissarius mittitur in possessionem rerum hereditariarum. Non mittitur in res heredis proprias, nisi certis modis ex constitutione Antonini, *l. is cui §. qui in possessionem, inf. vt in possess. legator. l. cert. C. eod. l. de eo, hoc tit.* Ergo si eo loci nullæ sint res hereditariæ, nihil est quod heres vereatur.

Ex hoc loco colligitur, eum qui iubetur possidere Romæ, vel in vna prouincia, non posse mitti in possessionem in altera prouincia. Nam etiam iure nostro sententia, quæ dicta est in vna prouincia, exequi non potest in alia, nisi princeps iubeat. *l. à Diuo Pio. §. 1. inf. de re iud. Si missi sint à principe*, inquit, scilicet Romani magistratus non habent iussum in prouincia. Aliter vulgo traditur ab interpretibus ex *l. cum vnus §. pen. inf. de rebus auctoritate iudic. possid.* Verum, *ille §.* potius contra eos facit. Nam ait eum, qui iussus est possidere, eo loci videri iussum, cuius cura ad iubentem pertinet: Ergo alio loco nec videtur iussus possidere, nec mittetur in possessionem.

Præterea mouentur *l. argentarium §. vlt. hoc tit.* vbi dicta sententia in prouincia, executio fit Romæ. Verum hoc fit ratione contractus, quoniam qui condemnatus est, contraxerat Romæ. Ergo ratione contractus habiti Romæ agam Romæ actione principali, vel iudicati. postremo ex *l. properandum §. sin autem reus, C. de iudic.* vbi dicitur absentem contumacem condemnari, & executionem fieri à iudice, si id facere possit ex sua iurisdictione, vel ex relatione facta ad maiorem iudicem, videtur inde cuiuslibet loci iudicem quamlibet posse exequi sententiam per relationem ad eum factam. Verum non sic accipi debet ille locus: Iudicem, qui iurisdictionem habet, per se sententiam exequi. At iudex pedaneus sententiam à se pronunciatam quidem non exequitur, sed eam refert ad maiorem iudicem. Qui dedit ergo pedaneum iudicem, eius sententiam exequitur.

Del. 39. dictum est *in l. 12. §. 2. supra hoc tit.* de §. 1. vide l. 2. §. *legatis.*

Ad L. XL.

Non quicquid iudicis potestati permittitur, id subijcitur iuris necessitati.

§. 1. *Iudex si quid aduersus legis præceptum in iudicando dolo malo prætermiserit, legem offendit.*

PLerunque verbum, *potest*, significat necessitatem, & accipitur pro debet. Paulus 4. *Sentent. tit. de leg. Fus. Canin.* Tullius *pro domo sua*: *senatus aliquid consilij capere potest.* Sic cum dicitur iudicem posse aliquid facere, significatur, eum debere, vt cum princeps rescribit alicui iudici: *potes hoc facere*, id est, debes. At non sequitur, potest iudex hoc facere, ergo id ius exigit. Vt si princeps rescribat præsidi hoc modo: Potes de ea re cognoscere, non cogitur suscipere eius rei cognitionem, sed existimare debet, vtrum cognoscere, an iudicem dare velit, *l. sæpe, & l. generaliter, sup. de offic. præsid.* Ideo si iudex id prætermiserit, quod scriptum est eum posse facere, non semper legem offendit, quoniam non semper *potest* significat necessitatem. Iudex duobus modis legem offendit, & ideo litem suam facit, *l. filiusfamilias, sup.* si id quod facere debuit, prætermisit, aut si quod facere non debuit, fecit, sic in *l. 1. inf. de vsur. ita tamen vt legem non offendat.*

Ad L. XLI.

In omnibus bonæ fidei iudicijs cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.

ANte diem vel conditionem res debita peti non potest: verum plerunque recte petitur cautio de præstando debito, cum dies venerit, vel conditio extiterit, & si petatur ex iusta causa, fit condemnatio. Ait in omnibus bonæ fidei iudiciis, id est, siue generalia, siue specialia sint, *l. pro socio, inf. pro soc.* Generalia sunt vt pro socio, negot. gest. specialia, vt mandati, commodati, depositi. Idem locum habet in actionibus arbitrariis. In iis enim tantum potest clausula arbitrij, quantum in bonæ fid. iudiciis, *l. grege §. pen. de pignor. l. quod si in diem §. 1. de petit. hered.* In strictis hoc locum non habet. Huc pertinet *l. Seia, de mort. caus. donat.* vbi est bonæ fidei actio, nō quidem sui natura & origine, sed constituta per exceptionem doli: nam exceptio doli actionem strictam facit bonæ fidei. Et ideo quæritur de huiusmodi cautione præstanda. Verum in ea specie non præstatur hæc cautio, quoniam nondum suberat causa vel obligatio. Notandum ad hanc sententiam non pertinere leg. *inter, sup. qui satisd. cogant.* Primo enim cautio, de qua hic agitur, est de soluendo debito, cum dies venerit, cum conditio extiterit. in *l. inter* agitur de cautione, quam institutus sub conditione præstat substituto: eaque est de non deminuendo, quoniam is, qui est institutus sub conditione, etiam nondum veniente conditione potest accipere bonorum possessionem secundum tabulas, sed cauet de non deminuendo. Hæc cautio est prætoria, *l. Paulus notat, de prætor. stipula. t. Paulus 5. Sentent. tit. de stipulationibus.* Cautio, de qua hic agitur, est iudicialis, *d. l. quod si in diem §. 1.*

Nec ad hanc legem pertinet cautio de qua in *tit. si cui plus quam per leg. Falc.* hanc cautionem legatarius præstat heredi, cuius conceptio hæc est: *Quando amplius, quã per l. Falc. liceat, cetera reddat.* Illa specialis est cautio proprio edicto proposita, *l. ex facto 2. de hered. instit.*

Nec huc pertinet cautio *tit. vt legatorum.* Nam hæc cautio est de seruando, non de soluendo, itemque prætoria. Nec huc pertinet lex 2. *inf. de euict.* quæ lex duplicem sensum habet. Primo, vt si non caueatur dupla euictionis nomine, vt agatur ad eam cautionem interponendam, & in hunc sensum adfertur *l. quod si nolit. §. quia assidua de Ædilit. edic.* Secundo, vt si non promittatur dupla, re euicta nihilominus agatur ex empto in duplum, *l. si edictum, de euiction.* qui sensus magis conuenit. Nam ait lex dupli condemnandum reum, non condemnandum vt caueat.

Nec huc pertinent cautiones de requirenda, & persequenda, & restituenda re amissa sine dolo & culpa, vt heres legatario cauet de requirendo seruo fugitiuo, quia heres operam dare debet, vt res præstetur legatario: Alij cauent tantum de restituenda amissa re, si in potestatem forte eorũ redeat, *l. si à bonæ fid. §. 1. de rei vindic.* Alij vero, nec de restituendo cauent, vt depositarius, cuius culpa res non periit. Nam pro beneficio nullus cautionis præstandæ oneri subiiciendus est, *l. si sine, inf. depos.* Obstat huic le. *l. 1. §. 1. de vsur.* vbi agitur etiam de bonæ fidei iudiciis. Nostra lex ait, ante diem, auctoritate iudicis, cautionem præstari, quod *d. l. 1.* negat. Nam ait, iudicem post sententiam non posse exigere cautionem ob vsuras rei iudicatæ.

Sciendum sententiam inhibere cursum vsurarum, etiam si A antea debitum fuerit vsurarium. verum cum rursus currant post tempus iudicandi faciendi, de eis præstandis iudex non exigit cautionem. Verum in ea specie iudex perfunctus est suo officio: Nam condemnauit reum in sortem & in vsuras vsque in diem sententiæ. Post condemnationem desiit esse iudex. Ergo nihil ad eum pertinet ratio vsurarum futuri temporis. Itaque earum nomine cautionem non exigit. Nec obstat *l. 1. C. de sentent. quæ sine certa quantitate prof.* Verum in ea *l.* fingendum est, iudicem fuisse addictum actioni iudicati. Is ita pronuntiauit: *quoad iudicato satisfeceris, vsuras pendito.* Hæc sententia incerta non est, ideo lex ait, eam valere, quia pecunia condemnationis certa est, & quia vsuræ rei iudicatæ certæ sunt. Opponitur lex *2. C. de hered. vend.* Ait lex, emptorem here- B ditatis non cogi satisdare se satisfacturum creditoribus hereditariis, sed eum compelli quidem cauere, id est, repromittere, non vero dato fideiussore. At satisdare non compelli, quia ea sit natura emptionis, ne satisdationes mutuæ interueniant, nisi id conuenerit, *l. pacta, C. de contrah. empt.* Cautiones de emptione itemque de euictione sunt, nec est omnino eadem species *d. l. 2.* & huius. Hic enim cauetur de eo soluendo quod debetur cum dies venerit, aut conditio extiterit. Nihil simile in *d. l. 2.* ideoque in hac l. putem etiam exigi satisdationem pro qualitate personarum. in *d. l. 2.* solum cautio ponitur.

Ad L. XLII.

Si vxor à legato Romæ diuerterit, dotis nomine defendendum Romæ virum, responsum est.

HÆc lex ad legatos pertinet de quibus *l. 2. sup.* Legati sunt prouinciales, vel municipales Romam missi, vel in sacrum comitatum, *l. tutor, in fi. ff. de iureiur. l. ἀξιοῦσι, de tut. & cur. dat.* nisi Romæ conueniantur, reuocant domum: nec Romæ iudicium pati coguntur, etiam de eo quod ante legationem contraxerunt. at si in legatione contraxerint, aut deliquerint, Romæ conueniri: Hinc est ratio legis. vxor legati ab eo Romæ legationis tempore diuertit, legatus Romæ iudicium de dote sustinebit, non ob priuilegium dotis, sed quia ipse videtur Romæ in legatione contraxisse, in *l. iurisgentium §. vt puta, sup. de pact.* Diuortium contractui comparatur: pacta quæ fiunt ex interuallo, non formant actionem, vt quæ ex continenti. Si ergo post diuortium fiat pactum de statim reddenda dote, non ideo id pactum format actionem, quia ex interuallo sit appositum. Si vero in ipso diuortio fiat, format actionem: diuortium enim pro contractu habetur.

Ad L. XLIII.

Eum qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus E *est, eo finito, quocumque loco agere posse in id quod interest, constat.*

PRomisit quis se Capuæ ædificaturum insulam intra certũ tempus, an potest eo nomine alibi conueniri? si congruo loco conuenitur, vbi domicilium habet, vel vbi promisit, recte ibi actione ex stipulatu arbitraria conuenietur, quæ sic facta commemoratione Capuæ proponetur, *si paret Titium insulam facere oportere.* circumscripto loco non recte agetur ita, *si paret Titium insulam facere oportere:* sed adiecto certo loco sequetur condemnatio in id quod interest. Sic in stipulatione incerta venit in condemnationem id quod interest. Ait, *eo finito.* Ergo priusquam alibi agatur, finitum esse insulæ ædificandæ tempus conuenit: semper enim inest tacitum tempus quo Capuam perueniatur. antequam id exierit, alibi frustra agetur *l. si testamento §. vlt. inf. de fideiuss.* quę coniungenda est cum hac l.

Ad L. XLIIII.

Non idcirco iudicis officium impeditur, quod quidam à tutoribus post litem aduersus omnes inchoatum reipublicæ causa abesse cœperunt: cum præsentium & eorum, qui non defenduntur administratio discerni, & æstimari possit. 1. §. Cum postea seruus apparuit, cuius nomine per procuratorem fuerat actum, absolui debitorem oportet. quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit.

EX contractu serui actio domino quæritur. ipse vero seruus agere non potest: soli ergo liberi homines in iu- B dicio consistunt, serui nec per se nec per procuratores *l. seruum, sup. de procurat.* Ait, erit iudicium, & debitor ex contractu serui absoluetur, id est, ab obligatione παραστάσεως, id est, ab obseruatione iudicii, non à sortis obligatione liberabitur. Ideo domino serui in debitorem erit actio. Certi casus sunt quibus serui in iudicio consistunt, vt agit seruus de momento, quoties possessio domino erepta est, *l. 1. C. si per vim vel alio modo. l. 1. C. qui legit. person. standi in iud.* Actio momenti est, qua possessio vi, aliove modo turbata repetitur: seruus principis recte quacunque ex causa agit, *l. 1. C. vbi causa fiscal.* In his seruis hoc singulare est *Nou. Leonis* 38. vt possint testamentum facere, vt alienare, quæ suo labore parauerunt. Olim etiam seruus C publicus testari potuit de media parte quæsitorum, Vlp. *de testamentis, in tit.*

Ad L. XLVIII.

PArs litterarum D. Hadriani: τοὺς ἄρχοντας ἐν ᾧ ἄρχουσιν ἐνιαυτῷ μὴ τε εἰσιέναι δίκην ἰδίαν, μήτε διώκοντας, μήτε φεύγοντας, μήτε περὶ ὧν ἐπίτροποι, ἢ κουράτορές εἰσιν, κρινέσθωσαν· ἐπειδὰν δὲ ἐξέλθῃ ἡ ἀρχὴ, καὶ αὐτοῖς πρὸς τοὺς φεύγοντας, καὶ τοῖς φεύγουσι πρὸς αὐτοὺς, ἀπαγωγίμους εἶναι τὰς δίκας. Id est, *magistratus, quo anno cum imperio sunt, neque propriam, neque eorum, quorum tutelam, vel curam gerunt, causam in iudicio, vel agendo, vel defendendo, su-* D *stinento. simulac vero magistratus dies exierit, non ipsis tantum aduersus reos suos; sed etiam aliis aduersus ipsos litem intentare ius fasque esto.*

Ait τοὺς ἄρχοντας, non est specialiter accipiendum de Atheniensium magistratibus, accipe generaliter magistratus, vel præsides. Magistratus quo anno gerunt magistratum, propriam actionem non introducunt persequendo, vel fugiendo, & de iis quorum tutores curatoresve sunt non iudicant: vbi vero magistratu exierint, tam ipsis id licet in alios fugientes, quam aliis in eos. Fugientes dicuntur rei, *l. properandum §. sin autem, C. de iudic.* φεύγοντες. ait εἰσαγωγίμους εἶναι τὰς δίκας, competere actionem: inde præscriptio μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι δίκην. Nota magistratum in sui pupilli causa iudi- E care non posse: magistratus esse tutor potest si se non excusarit, aut si ante magistratum tutor fuerit, quia dominus quasi est rei pupilli, nec potest litigare nisi expleto anno, *l. 2. de in ius voc.* hoc vero est intelligendum de magistratibus qui imperium habent. magistratus municipales iurisdictionem habent non imperium, hi in ipso magistratu conueniri possunt, *l. nec magistratibus, inf. de iniur.* hos & ἄρχοντας vocat, sed peculiariter, στρατηγούς. Præses est, ἄρχων ἀρχόντων, *Nouel.* 15. Ædiles plebis imperium non habuerunt, nec vocationem prehensionemve, ideoque conueniri poterant, *l. eumque inf. de peric. & comm. rei vend.* Gell. *lib.* 13. *c.* 13. quilibet etiam magistratus postulari potest crimine repetundarum, *l. 4. C. ad leg. Jul. repetund. No.* 86. male hic Accurs. inter maiores & minores magistratus distinguit. nostri auctores illam differentiam non statuunt. Olim enim magistratus maiores & minores erant ex auspiciis, dum maiora minorave auspicia fierent, Gell. *lib.* 13. *cap.* 14. & distinguitur an imperium habeant, vel non.

Ad Leg. XLIX.

Venditor ab emptore denuntiatus, vt eum euictionis nomine defenderet, dicit se priuilegium habere sui iudicis. Quæritur an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem & emptorem cœpta est, ad suum iudicem reuocare. Paulus respondit, venditorem emptoris iudicem sequi solere. §. 1. Iudices à præside dati solent etiam in tempus successorum eius durare, & cogi pronuntiare, easque sententias seruari. in eundem sensum etiam Scæuola respondit.

Duæ proponuntur sententiæ: prima est, venditor non tenetur de euictione, nisi emptor ei denuntiauerit, ibi litem moueri de re empta, idque vt rem defendat, vt liti subsistat. venditor non nisi laudatus tenetur de euictione vel denuntiatus.

Denuntiatus hic dicitur laudatus, id est, cui facta est denuntiatio. venditor illaudatus non tenetur de euictione. Cum verò venditori denuntiatur, non potest is vti priuilegio sui fori, sed emptoris forum sequi debet, *l. 1. C. vbi in rem actio.* Nam lis principaliter est cum emptore. Ergo quale sit emptoris forum spectamus: venditor tantum liti subsistit.

Secunda est §. 1. Iudex datus à magistratu, etiam finito magistratu, iudex manet & cogitur iudicare, & valet sententia. At præses non potest dare iudicem in eum diem, quo est magistratu abiturus, *l. eum qui, de iurisdict. omn. iudic.* quæ huic *l.* alias opponitur. Vt præses magistratu est exiturus Cal. Martiis: Iudex potest ex die dari. an ergo poterit Cal. Martiis iudicem dare? Sic est, *d. l. eum qui.* At iudex pure datus in ipso magistratu, etiam finito magistratu permanet. Finitur magistratus tempore. Erant enim olim plerunque annui. Verum necesse est, vt successor venerit. Obseruari ergo præsentia successoris debet, *l. meminisse, de off. proconsul. l. 1. de off. præf. August.* Neque obstat *l. vlt. de offic. proconf.* Proconsul portam Romæ ingressus deponit imperium. Ergo tunc tantum deponit, cum ingreditur vrbem, non statim atque successor venit. Verum in ea *l.* imperium accipitur pro insignib. imperij quæ non deponit ante ingressum vrbis. Sic etiam cum præses Roma egressus est, statim assumit insigne, nondum tamen est in magistratu, *l. 1. de offic. proconf.* Insignia erant vehiculum ex argento. Item stola purpurea, quam Iustinianus vocat in *Nou.* 103. 123. τήβεννον. Item Fasces sex, *l. antepen. de off. proconf.* Fasces indicant eum habere merum imperium: sic & Prætorem vocat Polyb. ἑξαπέλεκυν. Rutilius: *Fascibus & senis credita iura dedi*, id est, proconsul fui. Hæc insignia cum ipso magistratu non deponit, donec vrbē ingressus sit.

Ad L. LIII.

Vix certis ex causis aduersus dominos seruis consistere permissum est, id est, si qui suppressas tabulas testamenti dicant, in quibus libertatem sibi relictam adseuerant. Item arctioris annonæ populi Romani; census etiam & falsæ monetæ criminis reos dominos detegere seruis permissum est. Præterea fideicommissam libertatem ab his petent. Sed & si qui suis nummis redemptos se, & non manumissos contra placiti fidem adseuerent. Liber etiam esse iussus si rationes reddiderit: arbitrum contra dominum rationibus excutiendis rectè petet. Sed etsi quis fidem alicuius elegerit, vt nummis eius redimatur, atque his solutis manumittatur, nec ille oblatam pecuniam suscipere velle dicat, contractus fidem detegendi seruo potestas tributa est.

Vix hoc loco significat difficultatem, id est, prope fuit, vt non permitteretur seruis consistere aduersus do-
A minum. sic *l. 1. C. de precib. Imp. offer.* Seruus non facile est capax offerendi libellos, *l. 1. C. quibus ex caus. seru. pro præm. libert. accip.* quæ cum *d. l. 1.* coniungenda est. ibi ostenditur non facile audiri seruum supplicantem, nisi vt vindicet mortem defuncti, reumque cædis deferat. Item si reo peracto pro præmio libertatem petat: eam enim ipso iure non habet. Sic dicimus, seruum non facile consistere aduersus dominum. Sunt tamen quædam causæ, ex quib. consistit, quas Martian. refert 2. *Instit.* ex quo lib. hæ quæ sequuntur leges sunt, *l. 5. inf. de manumiss. l. nullo ad leg. Corn. de fals. l. 1. ad l. Iul. de annona.* seruus potest dominum accusare l. Corn. testamentaria ob suppressas tabulas, in quib. ipsi libertas relicta est. l. Iul. de annona, quod
B fecerit, quo egestas esset annonæ, *l. ideo 17. inf. de compensat.* Seruus etiam dominum potest accusare census fraudati, quod scil. dominus omnia, quæ habuit, in censum non retulit. Nam olim censebantur ciues Rom. id est, sua & se profitebantur, & qui quid prætermiserat, accusabatur census fraudati, *l. 1. C. de quæst.* Item si quis non profiteatur apud publicanos omnes merces, quas attulit, tenetur de publicis fraudatis, *l. fraudati, inf. de publ.* Hoc etiam crimine tenebatur, qui alias pro aliis merces profitebatur. Seruus potest dominum accusare l. Corn. nummaria de falsa moneta. Seruus potest à domino iudicio petere fideicommissariam libertatem. Itemque hereditatem, *l. mulier §. non est, inf. ad Trebell.* Species est, ab herede seruo relicta est libertas. ante aditam hereditatem, nec potest directam vindicare, nec fideicommissariam petere: potest ergo co-
C gere heredem, vt adeat hereditatem & restituat. Item, si seruus suis nummis se à domino redemerit, nec sit manumissus, aget aduersus dominum, vt manumittatur, *l. 5. de manumiss.* At quomodo fieri id potest, cum seruus nihil proprium habere possit? Verum id fit conniuente domino, *l. 4. de manumiss.* Nam ipse quidem seruus seipsum non emit, ne idem sit emptor & emptus, sed alius eum redimit: & si eum redimat, seruus videtur sua pecunia redemptus, id est, ex eo, quod sua parsimonia comparauit, quod ex demenso suo comparsit. Seneca 11. *Epist. Peculium suum quod comparauerunt ventre fraudato, pro capite numerant.* Verum necesse est, vt probent se pecuniam numerasse, & si temere ea de re querelam instituerint, in metallum
D dantur, aut domino redduntur sub pœna vinculorum, *l. si quis aliquid §. qui se, inf. de pœn.* frequens est vt serui illa pœna teneantur, *l. in seruorum, l. capitalium §. solent, inf. de pœnis.* At si seruus probauerit, manumittendus est: Nam ex eo, quod numerauit, non liber pronuntiatur, sed cogitur dominus manumittere, eaque manumissio retrotrahitur ad tempus, ex quo redemptus est, *l. qui se, inf. hoc tit.* Quod si dominus latitet, tunc seruus liber pronuntiatur, exemplo senatusconsultorum pertinentium ad fideicommissam libertatem. Item si seruus sit manumissus, *si actus sui rationem reddiderit*, ex hac causa aduersus dominum consistet, & petet dari arbitrum rationibus discutiendis, *d. l. 5. inf. de manumiss.* Sic si seruus sit redemptus nummis emptoris, interposita fide manumittendi, poterit postea
E offerre nummos emptori, atque ita eum cogere ad se manumittendum. Regulariter autem serui in iudicio consistere non possunt, causamve orare.

Ad L. LIV.

Per minorem causam maiori cognitioni præiudicium fieri non oportet. Maior enim quæstio minorem causam ad se trahit.

Quæstio maior est, quæ est de re vel pecunia maiori: minor quæ de minori. Nonnunquam minor quæstio cum maiori aliquam communionem habet, quod cum accidit, quæritur tum, vtra prius disceptari debeat? Tum prius iudicatur quæstio maior, ne scilicet ei fiat præiudicium. Iu-

dicium enim minoris rei, præiudicium est maioris, *l. scio, inf. de in integ. restitut. l. rei maioris, inf. de exception.* In hanc rem comparatæ sunt exceptiones præiudiciales, quibus hoc modo vtimur, vt si de re minori agatur, quæ communis est quæstioni de re maiori, actori obstet exceptio, *quod præiudicium non fiat quæstioni de re maiori.* Et hæ exceptiones competunt nomine futuri maioris iudicij, non iam cœpti vel constituti. Denique minor quæstio maiorem ad se trahere non potest, at maior minorem ad se trahit, sed contra fieri non potest. ait *maiori*, quæ scilicet futura est, supplendum ad finem, *non minor maiorem.* Finge: inter nos est controuersia de hereditate, lis tamen nondum est, ago ex ea hereditate vindicando res singulas, repellor exceptione præiudiciali, actio enim de reb. singulis minor est ea quæ est de hereditate. At è contrario si egi prius de hereditate, deinde recte agam vindicatione rerum singularum, *l. si post litem, inf. de except. l. si bonæ fidei, inf. de petit. hered.* Item, inter me & te est controuersia de proprietate fundi, quem tu possides. hæc maior est quæstio, scilicet de proprietate. Est etiam inter nos controuersia de via in fundo debita, quoniam dico in eum fundum viam mihi deberi. Hæc minor est: & tamen hæ quæstiones communionem inter se habent, nec potest de vna iudicari sine præiudicio alterius: nam non potest mihi via deberi in eum fundum, nisi is meus sit. Ergo prius agens de via repellor exceptione præiudiciali, *l. fundum, inf. de except.* At è contrario: Ego egi prius de fundi proprietate, deinde ago de via. iam nulla obstabit exceptio: nam hæc datur ob futurum iudicium maius, non ob id, quod iam ante inchoatum est, *l. sed si ante, inf. de except.* Sed in ea *l.* verba transposita sunt: nam ita legendum: *Sed si ante fundum Titianum, deinde viam petam:* alioquin eadem proponetur species in *l. sed. si*, quæ in *l. fundum*, cum particula, *sed*, diuersitatem significet. Item, inter nos est controuersia de proprietate fundi, quem tu possides. Hæc est maior quæstio: si ago prius de fructibus à te perceptis, quam de proprietate (condico enim fructus, quasi ex re mea sine causa perceptos) repellor exceptione præiudiciali. At contra, si prius de fundo actum sit, deinde recte agetur de fructibus. Item si est inter nos controuersia de proprietate partis fundi, quam tu possides, ego tamen velim prius agere communi diuidundo, aut familiæ erciscundæ, repellor except. præiudiciali, quia speratur vindicatio secutura. Non sic fiet si conuerso ordine actum sit, *l. fundi, inf. de except. l. 1. inf. famil. ercisc.* His obstat *l. si quis libertatem, de pet. heredit.* Ex ea colligitur post litem contestatam de petitione hereditatis non posse agi liberali iudicio, quod tamen minus est iudicium. Sciendum in ea *l.* tractari de iudiciis liberalibus, quæ ex testamento pendent, scilicet, de libertatibus relictis, quæque differuntur, si ruptum testamentum dicatur, *l. 3. §. si quis, de Carbon. edic.* Eadem iudicia differuntur, si speratur iudicium de inofficioso, ne fiat præiudicium petitioni hereditatis. Item post litem contestatam de inofficioso, ea iudicia differuntur quoad illa cognitio finiatur. Verum si in contestanda querela fiat longior mora, non differuntur. Eius leg. species est: Licinianus quidã testamento liber & heres esse iussus possessor est hereditatis. filius exheredatus est: filio exheredato datur actio de inofficioso: Ideoque non agit quidem querela statim, sed Licinianum in seruitutem petit: Licinianus non vult ire in iudicium libertatis, sed ait prius esse iudicandum de testamento: & ait, *se id iudicium, libenter suscepturum* (sic enim legendum est) At si agit de inoff. hereditatem petit semper, *l. si quis filium, C. de inoff. test. l. pen §. sed quoniã, de bon. poss cont. tab.* Quid ergo hoc casu fiet? an differetur liberale iudicium? Lex ait, liberale iudicium differri, quoniam in arbitrio filij est agere de inofficioso. Verum an liberale iudicium in quinque transferetur annos (nam tamdiu actio de inoff. durat.) Respon. Minime. Sed à iudice modicum tempus statuetur, intra quod contestetur querela inofficiosi. Ergo si fiat longior mora in contestanda querela, non differtur liberale iudicium, *l. vlt. C. de petit. hered.* Iustin. constituit, vt libertates relictę anno sustineantur numerando à tempore mortis testatoris, post annum competant, etiamsi de hereditate lis nondum contestata sit. Sed vt componatur hæc lex cum superioribus, vtendum est hac distinctione. Duo sunt genera quæstionum, quædam ex testamento pendent, quædam incurrunt extra testamentum. Ex testamento pendet quæstio libertatis testamentariæ, item quæstio legatorum & fideicommissorum. Inter has etiam est differentia: Nam quæstiones libertatum differuntur eo modo, quo diximus. At quæstiones legatorum aut fideicõmissorum non differuntur inuitis legatariis: statim exiguntur ab herede scripto, licet heres litiget de testamento, sub cautione scilicet *euicta hereditate legata reddi*, ex eaque cautione reddi pecuniam cum vsuris quadrantib. fundum cum fructib. domum cum pensionib. deductis impensis, *l. 3. §. si legat. & §. vlt. inf. si cui plus quam per leg. Falc.* Libertates differuntur ideo, quod legata facile reuocari possunt, libertates non item. Aliæ sunt quæstiones extra testamentum, & hæ etiam non differuntur, vt quæ sunt ex contractibus defuncti, & ideo creditores hereditarij agunt statim vel in petitorem, vel in possessorem. Verum quod eo nomine solutum est creditoribus, id victor victo restituit, *l. vlt. §. sin autem, C. de petit. hered.* nec obstat *l. apud, C. de iure fisci*: quoniam ibi est fauor fisci. Similiter petitor vel possessor hereditatis agit in debitores hereditarios, vel vindicat res singulas à possessoribus, non quidem dum speratur petitio hereditatis, sed post litem contestatam de petitione hereditatis. hæc est sententia *d. l. si post litem.*

Ad L. LV. LXVIII. LXIX. & quæ seq. vsque ad LXXIV.

L. 55. Edictum quod ab antecessore datum est, in numero trium edictorum connumerari debet. Plane licet omnis ab antecessore numerus finitus sit, solet successor vnum edictum dare:

L. 68. Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur: vt primo quis petat post absentiam aduersarij edictum primum, mox alterum.

L. 69. Per interuallum non minus decem dierum.

L. 70. Et tertium. quib. propositis, tunc peremptorium impetret: quod inde hoc nomen sumpsit quod perimeret disceptationem, hoc est, vltra non pateretur aduersarium tergiuersari.

L. 71. In peremptorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diuersa parte cogniturum se & pronuntiaturum.

L. 72. Nonnunquam autem hoc edictum post tot numero edicta, quæ præcesserint, datur: nonnunquam post vnum, vel alterum: nonnunquam statim, quod appellatur vnum pro omnibus. Hoc autem æstimare oportet eum, qui ius dixit: & pro conditione causæ, vel personæ, vel temporis, ita ordinem edictorum vel compendium moderare.

L. 73. Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies eius superuenerit, tunc absens citari debet, & siue responderit, siue non responderit, agetur causa & pronuntiabitur, non vtique secundum præsentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet. §. 1. Quod si is, qui edictum peremptorium impetrauit, absit die cognitionis: is vero aduersus quem impetratum est, adsit, tum circumducendum erit edictum peremptorium, neque causa cognoscetur, nec secundum præsentem pronuntiabitur. §. 2. Circumducto edicto videamus, an amplius reus conueniri possit: an vero salua quidem lis est, verum instantia tantum edicti periit. Et magis est, vt instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit. §. 3. Sciendum est, ex peremptorio absentem condemnatum, si appellet, non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur.

QVæstio est de ordine edictorum, quibus euocantur rei vel actores, qui litem institutam deseruerunt. Hæc

edicta proponuntur, id est, publico loco affiguntur, vnde recte legi possunt, *l. sed etsi pupillus §. de quo, de institor. act. l. si quis id quod, de iurisdict. om. iud. l. cum in plures §. locator, loc.* In qua *propositum* ita sumitur, & huius ita conscripsit summam Bartolus: *Propositum in mente retentum partim non expressum non releuat.* accipit *propositum*, pro animi destinatione, & tradit institutum nostrum, cuius expers sit aduersarius, non eximere nos obligatione. Verum in eo §. *propositum*, id est, proscriptum. Qui erant locaturi ædes vel horrea, id exprimere quib. conditionib. solebant, & id etiam *proponere* vocabant: si locator horreum proposuerit aurum, argentum, margaritas suo periculo se non recepturum: sed postea sciens eas res à conductore inferri in horreum passus est, sicque earum rerum tacite custodiam recepit, obligatur earum rerum nomine perinde ac si *propositum* remisisset, id est, illud proscriptum. Illa etiam edicta proponuntur post litem contestatam. Nam ante aduersarius in ius vocatur, tum litem contestatur apud prætorem, tum postea si reus abest vel actor, hæc edicta proponuntur, μετὰ προκατάρξιν, Constant. *epit.* 1. *tit.* 4. & in l. 70. dum ait, *tergiuersari, & l. contra* §. 1. *de re iudic. si litem incohatam deseruit.* Illi desertores dicuntur *contrahere eremodicium*, id est, desertionem litis. Proponuntur autem tria edicta, intermisso in singulis spatio 10. dierum, *l.* 69. *properandum* §. *& siquidem C. eod. Constantinus ait*, δέκα ἡμέρας ἔχει προθεσμίαν. Hodie autem octo dierum intermissio fit, sed ex *Nouella de litig.* tribuitur spatium 30. dierum post singula edicta, post hæc impetratur quartum edictum peremptorium, quod tollit disceptationem, *l.* 7. *hoc tit.* (Sic olim *fulgura peremptalia* dicebantur, quod superiora portenta perimerent, id est, tollerent. sic Nouella *Valent. de præscript.* 30. *ann.* vocabulum, *Omnia*, est peremptorium, cum dicitur, præscriptionem triginta annorum omnia tollere) Verum hic ordo non semper obseruatur: hoc enim pendet ex arbitrio iudicantium: interdum enim post primum aut secundum edictum datur peremptorium; interdum statim ab initio, quod vocatur vnum pro tribus, vel omnibus: interdum contenti erant tribus edictis, nec dabant peremptorium, tria enim edicta erant vice peremptorij, *l.* 1. *l. consentaneum, l. tres C. quom. & quand. iud. &c. l. nonnunquam* 71. *h. tit l. contumacia, de re iudic.* contumax est qui tribus edictis vel litteris, ita legendum vt apud Paulum *lib.* 5. *Sentent. tit.* 5. Plerunque etiam non proponebant edicta, nec litteras ad absentem mittebant, sed vtebantur trinis denuntiationib. quæ fiebant per executores post edictum peremptorium. edicti die adhuc solet, qui vocatus est in foro, citari voce præconis, *l.* 73. *hic l. Diuus, sup. de restit. in integr.* proprium munus præconum est citare litigatores in foro amplo boatu. Iustin. vocem præconis, vocat vocem legis, interprete Iuliano. si respondeat præconi, causa agitur, sin minus, agitur μονομερῶς, quod regulariter non fit. Non est autem contumacia, nisi præcesserint illa edicta, quæ retulimus. Pronuntiatur autem vel secundum præsentem vel absentem si videatur meliorem causam habere, *l.* 7. *& l. properandum.* Contra hæc opp. Accurs. *l. contumacia, de re iud.* contumacia litis damno coercetur, id est, contumax litem amittit. Sciendum, eum, qui condemnatus est ex contumacia, litis damno vere coerceri: nam non potest appellare, non potest ex integro causam agere, *l. ex consensu, l. vlt. inf. de appellat. l.* 1. *C. quor. appell. non recip. & hac l.* 73. *in fi.* Sic ergo litis damno coercetur: ad eam enim litem nulla via reuerti potest. Ceterum iis verbis non negatur, quin possit vincere. Opp. etiam *l. certum* §. *si quis, de confess.* Non solet quis absenti condemnari: ergo absens vincere non potest. Sed absens ex contumacia potest damnari. At quid, si die postremi edicti venit, qui vocatus est, & qui edictum impetrauit, abfuit? Respondeo: tunc non agetur causa, sed circumducetur & delebitur edictum peremptorium, id est, pro eo erit, ac si non fuisset vocatus, denuo erunt edicta proponenda. Denique qui vocatur, absoluitur ab obseruatione iudicij. verum potest ex integro conueniri. diuersa sunt circundu-

A ci, edictum *& sententiam* proferri, *l. Diui. inf. de liber. cau. & l.* 73 §. 1. *h. t.* Nunc hæc est sententia *l.* 55. Præsidi datus est successor. hic vnum edictum dederat, successor peraget ordinem edictorum: aut si antecessor dedit omnia edicta, adhuc successor nouus dabit vnum edictum. Sed hæc edictorum datio est in arbitrio iudicantium.

Ad L. LVII.

Tam ex contractib. quam ex delictis in filiumfam. competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem, transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio, & quod in rem eius versum est. Certe si quasi procurator alicuius filiusfamilias iudicium acceperit: mortuo, in eum quem B *defenderit, transactio, vel iudicati datur.*

HVc pertinet *l. etsi condemnatus, de noxal. act.* Filiusfam. obligatur in solidum ex delictis & contractibus, & ex eis cum eo agitur in solidum. Duæ tantū sunt causæ, ex quib. cum eo non agitur, nisi ad quantitatem peculij castrensis vel quasi, quoniam in iis peculiis vice patrisf. fungitur. Verum vltra eam quantitatem, vel si nec peculium habet, cum eo non agitur. Vna causa est mutui, quæ quidem Senatusconsulto Macedon. excepta est. Nam cum filiosam. mutui nomine non agitur, nec etiam cum patre, idque in odium creditorum introductum est, *l. qui exceptione, in prin. de condict. ind.* quoniam plerique filiisfam. credebant incertis nominibus, *l.* 1. *inf. ad Maced. Incertis* C *nominibus*, id est, tacitam pecuniam. Tacite credi dicitur, quod in rem turpem creditur. Plerunque autem sumebant filiifam. pecuniam in res turpes. incerta & tacita nomina suspecta sunt. Altera est causa, voti sponsione filiusfam. non obligatur, *l.* 2. *inf. de pollicit.* Hic quærit Alciatus, cur ex voto filiusfam. non obligatur, 5. *Parerg. cap.* 9. quæ vero causa facit, vt non possit filiusfamil. testamentum facere, etiam vetat filium quicquam vouere. Ea autem causa est, quoniam nihil suum habet de quo testari possit, sic etiam nihil habet, quod voueat. Verum hac in re differentia quædam est: nam filiusfam. testamentum, ne ex voluntate quidem patris facere potest, puta de profectitio, aut re patris: at votum nuncupare potest ex voluntate patris, *d. l.* 2. vt donare causa mortis ex voluntate patris, *l. in ædib.* §. *pen. de donat.*

D Ratio differentiæ, quod ius testandi tribuitur non nostro iure, sed publico & legibus, vt patronus liberto non dat testamenti factionem, *l. Paulus* §. *patroni, de bon. libert.* Si pater filiofam. idem ius non dat, *l.* 6. *qui test. fac. poss.* Nemo etiam sibi sumit ius testandi suo arbitrio, vt pater dat filio ius donandi & vouendi, quilibet nobis hæc iura dat; ius testandi à priuato non accipitur, sed l. 12. tab. *paterf. vti super re sua legassit, ita ius esto.* Addit Accurs. hodie ex causa aduentitia agi cum patre, non cum filiofam. videlicet si pater vsumfructum amplexus sit, *l. vlt.* §. *vbi autem in vnum, C. de bon. quæ lib.* Hoc sic explico. Si filius acquisiuerit aliquid aliunde, quam ex re patris, ex constitut. Iust. eius rei pater vsumfructum tantum habet: proprietatem retinet fi- E liusfamilias. Et si amplectatur vsumfructum, eius rei nomine actiones mouebit & suscipiet, vt si filiofam. ex donatione vel emptione res tradita sit & acquisita, eiusque rei pater vsumfructum amplexus sit, agetur cum eo ex vendito pretij nomine, vel condictione, si lex addita sit donationi. Ipse autem pater aget eo nomine, adhibito consensu filij: nam actio ex aduentitia causa est communis patris & filij, vt olim in dote: nec enim potest pater agere inconsulto filio, aut ignorante: ideoque si pater agat sine consensu filij, de rato cauere debet exemplo dotis, *l.* 2. §. *vlt. inf. sol. matrim.* Verum non ita dicendum est, si aliquid sit commodatum filiofam. vel depositum: ex hac enim re patri nihil acquiritur. Ideoque tunc cum filiofam. agitur ex his contractibus in solidum, cum patre de peculio duntaxat, *l.* 3. §. *si filiusfam.* & ibi Accurs. *inf. de pecul. l.* 1. §. *filiumfamil.*

mil. depos. Idem si filiusfam. deliquerit, ex quo etiam patri nihil acquiritur: Ergo cum eo in solidum agetur: cum patre nullo modo, nisi post condemnationem agetur aduersus patrem actione iudicati de peculio. Ergo hodie ex plerisque causis cum filiofamilias agitur in solidum. Ad has causas referenda est hæc lex, quæ ostendit patrem post condemnationem filii in solidum teneri de peculio & de in rem verso: nam actioni de peculio semper inest clausula de in rem verso. plerumque separatim agitur de in rem verso, sed cum de peculio, tacite etiam de in rem verso agitur, §. *licet, Inst. quod cum eo, l. 3. §. idem scribit, inf. de pecul. l. si pro patre, in prin. de in rem vers.* præterea, si post litis contestationem mortuus sit filiusfam. hoc iudicium cœptum transfertur in patrem: sed non condemnatur pater nisi de peculio & de in rem verso. Idque verum est, etiamsi B lite contestata ex causa delicti filius decesserit, idque fit exemplo heredum in quos post litem contestatam cum defuncto, ex causa delicti iudicium transfertur, *l. constitut. l. omnes, l. sciendum, l. res, de obligat. & action.* Huic rei simile est, quod hîc dicitur. Filiusfamilias, quasi procurator accepit iudicium alterius nomine, post condemnationem actio iudicati datur in eum quem defendit: vel si filiusfamilias mortuus sit post litis contestationem, iudicium transfertur in eum, quem defendit. Verum hoc postremum obtinet etiam in patrefamilias, *l. Plautius, de procurat.* Si mortuus sit defensor post litem contestatam, iudicium transfertur in dominum, id est, eum, quem defendit (Accursius hoc loco recte explicat quasi procurator, hoc est, reuera procurator) Nam si quis se liti alienæ obtulit, eamque egit sine mandato, actio iudicati datur in eum, qui C defenditur, nec in aliũ fit eo defuncto translatio, *l. si procuratorem meum, in fin. sup. de procurat.* Itaque hic oportet procuratorem proprie accipere, pro eo qui mandatum habet.

Ad L. LX.

Mortuo iudice, quod eum iudicare oportuerat, idem eum, qui subditus est, sequi oportet.

IN hac lege *subditus* dicitur, qui in locum mortui datur. Subdito iudici ad iudicandum idem tempus præscriptum videtur, quod mortuo, *l. 32.* Item ei videtur eadem formu- D la præscripta, quæ mortuo.

Ad L. LXI.

Solemus quidem dicere, id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes. Sed Celsus ait: periculosum esse, ex persona rei hoc metiri, qui semper, ne condemnetur, hoc dicet, non conuenisse. Quid ergo? melius est dicere, id venire in iudiciũ, non de quo actum est, vt veniret: sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret. §. 1. Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest.

VVlgo dicitur, *id videri in iudicium venisse, de quo actum est inter litigantes*, τὸ κεχινημένον. Verum omnis E sententia sæpe fallit nos, & periculosa est. Nam circumstantiæ nunc ratas, nunc irritas regulas efficiunt, vt hîc contingit, si hoc metiamur ex persona rei: dicet enim reus iudicii vitandi causa se ea de re nunquam sensisse, atque ita iudicium erit lusorium ἢ ἄπρακτον. finge ex consensu partium, de Sticho iudex datus est: lite longius progressa cum essent duo Stichi eiusdem, actor dicit, se de hoc sensisse, reus de altero. Hic nullum iudicium esse potest, si verum sit, hoc tantum in iudicium venisse, de quo actum inter litigatores sit. Itaque melius est, vt actori credatur, & is Stichus petitus videatur, de quo actor sensit, *l. inter stipulantem §. Stichum, de verbor. obligat.* Potius ergo dicemus? Id non venit in iudicium, de quo nominatim actum est, ne veniret: hæcque definitio nunquam fallit. Huc pertinet *l. 66. hoc tit.* in qua *intentionem* vocat formulam, orationem, narrationem causæ, Græci ἀγόγην. petitus est Stichus: duo sunt Stichi: Ambigua hic est intentio, sed is petitus videatur, de quo actor sensit. Harmenop. 1. *Epit. tit. 5.* tale proponit exemplum: si apparet, numeratos esse centum nummos, hæc intentio ambigua est: nam duobus modis accipitur: si apparet me tibi, aut, si apparet, te mihi numerasse. Sed verba hæc ita accipienda sunt, vt quod vtilius est actori, id consequatur. Sic ergo si apparet, me actorem tibi numerasse (ὁ φαίνεται κατεβλήθη, & contra, μὴ κατεβλήθη) Aliud. In narratione negotii, quæ fit contestando litem, *l. 1. C. de lit. cont.* actor dixit: Inter nos actum est de mutuo, & ducentos aureos numerauimus. Hîc quæritur, vter numerauerit: accipietur hæc oratio, vt actor numerasse intelligatur, *l. in contrahenda, de reg. iur. Latrunculator.*] qui latrones prosequitur, ληστοδιώκτης *Nou.* 8. Haloander interpretatur, *vn preuost.* is de re pecuniaria non potest iudicare.

Digest.

Ad L. LXII.

Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit. Esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur.

PRius iudicatum est de possessione, quam proprietate, *l. incerti, C. de interd.* quia alias non posset expediri quæstio proprietatis: Constare enim ante omnia debet, quis sit petitor, quis possess. Petitori enim onus probandi incumbit, hocque est commodum possessoris, vt nullas probationes præstare cogatur, & vt in pari causa possessoris melior sit conditio, *l. exitus, inf. de acq. possess.*

Ad LXIII.

Recte defendi, hoc est, iudicium accipere, vel per se, vel per alium, sed cum satisdatione. Nec ille videtur defendi, qui quod iudicatum est, non soluit.

REcte videtur defendi quis, si per se iudicium accipiat, & si iudicato satisfaciat: qui enim iudicium detrectat, aut iudicati solutionem, non recte defenditur. Item si iudicium per alium suscipiat. Necesse autem est, vt qui pro pupillo iudicium suscipit, satisdet iudicatum solui: hanc satisdationem qui detrectat, non videtur recte defendisse pupillum, vt *l. 3. & 5. inf. quib. ex causs. in possess. eat.* Cum pupillo agitur nomine patris defuncti, is non defenditur, tunc missio fiet in possessionem rei seruandæ causa, dum pubes fit. Post pubertatem quilibet admittetur ad defensionem eius, & si tum recte defendatur, qui missi sunt in possessionem, discedere iubentur interdicto quodam speciali, quo missi in possessionem discedere iubentur, *l. si legatarij, vt legat. caus. caueat.*

Ad L. LXIV.

Non à iudice doli æstimatio, ex eo quod interest, fit, sed ex eo, quod in litem iuratur. Denique & prædoni depositi & commodati ob eam causam competere actionem, non dubitatur. §. 1. Si quis alio iudicio acturus, iudicatum solui satis acceperit, deinde in alio iudicio agat, non committetur stipulatio, quia de alia re cautum videtur.

GRauius est damnari, quanti actor iurauerit in litem, quam quanti actoris interest, *l. qui restituere, de rei vind.* Iusiurandum in litem nihil aliud est, quam æstimatio eius quod interest. Ceterum grauius est damnari arbitrio aduersarii, quam iudicis. Damnamur autem ex arbitrio aduersarii, cũ ex æstimatione eius iurata damnamur, *l. 1. inf. de in lit. iur.* Hoc autem iusiur. defertur à iudice, *l. videamus §. deferre, de in lit. iur.* Defertur autem ob dolum aduersarii, qui scilic. dolo rem non restituit, vel etiam qui dolo rem desiit possidere. Denique iureiurando in litem doli tantum æstimatio fit, culpam æstimat iudex, dolum æstimat actor, *l. 1. l. videamus §. vlt. l. in action. de in lit.*

H

iur. Iudice æstimante, in id, quod reuera intereſt ſit condemnatio: actore æſtimante, grauior fit condemnatio: nam fit in id plerumque, quod actor iurauit, etiamſi excedat id, quod reuera intereſt, ſicque dolus rei punitur. Iuratur autem in litem in actionibus arbitrariis, quæ rei æſtimationem continent, in actionibus in rem, ad exhib. de dolo & metus cauſa. Item in interdictis reſtitutoriis, *l. qui reſtituere, in fin. de rei vind.* Item in actionibus bonæ fidei, quibus agitur de re reſtituenda, vt depoſiti, commodati, tutelæ, pigneratitia, locati, de dote, non etiam de donatione inter vir. & vxor. facta, *l. 36. ff. de donat. inter vir. & vxor.* Lex ait: ob dolum depoſitarii vel commodatarii non reſtituentis, etiam prædoni dari actionem depoſiti & commodati. Datur etiam furti, *l. ita vt, inf. commod.* quæ eſt ex *lib. 5. decretorum Marcelli*, citaturque in *l. 1. §. 5. Si prædo, inf.* vbi pro lib. 6. legendum 5. At in his actionibus ob dolum iuratur in litem. ergo iis verbis ſignificatur, prædonem etiam iurare in litem, quaſi dominum litis, & ex eo, quod is iurauerit, condemnationem ſequi, quod valde notandum eſt. In actionibus autem bonæ fidei, quibus de re tradenda agitur, non iuratur in litem. Similiter in actionibus ſtrictis, quibus de re danda agitur, id eſt de dominio transferendo, non iuratur in litem, niſi in actione ex ſtipulatu, re extincta poſt moram, ſcil. ſi iudici difficile ſit, eam rem exſtinctam æſtimare *l. in actionib. inf. de in lit. iur.* Item in condictione furtiua & rerum amotarum iuratur in litem, *l. ſi cum dos §. vlt. rer. amot. l. cum furti, de in lit. iur.* vbi actio furti condictionem furtiuam ſignificat, non actionem pœnalem, vt in *l. ſi is cui, inf. de furt.*

Ad §. 1.

QVæritur, quis ſatiſdet, iudicatum ſolui: Reus id ſatiſdat in actionibus in rem, non autem in perſonam, *l. 2. inf. de prætor. ſtipul. l. ſi eum hominem, inf. de fideiuſſ. l. in cauſæ §. ſed & hæ, de procurat.* & *in tit. iudicat. ſol. l. pen. ſup. de dolo.* Hodie ex conſtitutione Iuſtiniani reus non ſatiſdat, iudicatū ſolui, ſed tantum ſe in iudicio adfuturum, ſcil. vel ſatiſdat, vel iurat pro diſtinctione perſonæ. Defenſor autem rei omnibus actionibus ſatiſdat iudicatum ſolui. Hæcque ſatiſdatio præſtatur ante iudicium acceptum, *l. ſi ante, l. ſi petitor, inf. iudic. ſolui.* Nunc finge: ego cum defenſore tuo acturus ex ſtipulatu ſatis accepi iudicatum ſolui. Deinde egi cum eo ex teſtamento, non ex ſtipulatu: Stipulatio non committitur, quoniam, qua de re cautum eſt, etiam actum non eſt, ſed de alia actum eſt, de alia cautum, *l. cum quærebatur §. vlt. iudic. ſolui.* Not. aliud iudicium eſſe, ſi alia ſit actio, & de alia re. Verum idem dicendum erit, non committi ſtipulationem, ſi ſatis accepi quaſi aditurus Caium iudicem, & deinde egero apud Seium, quoniam fideiuſſores non ſe ſubiecerunt ſententiæ Seii, ſed Caii, *l. 3. in princ. inf. iudic. ſol.*

Ad Leg. LXV.

Exigere dotem mulier debet illic, vbi maritus domicilium habuit, non vbi inſtrumentum dotale conſcriptum eſt: Nec enim id genus contractus eſt, vt & eum locum ſpectari oporteat, in quo inſtrumentum dotis factum eſt, quam eum, in cuius domicilium & ipſa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.

VVlgo dicitur, conueniendum quem eſſe, vbi domicilium habet, eundem etiam poſſe conueniri, vbi contraxit. Ergo poteſt quis vtrobique conueniri. Cum hac ſententia pugnat hæc lex. Quæritur enim de repetitione dotis, quæ mulieri competit ſoluto matrimonio, vbi repetat: Conſtat eam repetere, vbi diuortium factum eſt. Diuortium enim pro contractu habetur, *l. ſi vxor, ſup. h. tit.* Præterea mulier dotem repetit, vbi maritus domicilium habet: nam vxor ſequitur domicilium mariti, idque vidua retinet, quoad alteri nupta ſit, *l. filii § 1. l. ea quæ, deſponſatib. inf. ad municip. l. penult. ſup. de iuriſd. omn. iudic.* Quæritur, an dotem etiam poſſit repetere, vbi matrimonium contractum eſt, vbique inſtrumentum dotale deſcriptum eſt: Reſp. id quidem dicendum videtur: nam dotis datio contractus eſt, *l. contractus, de diuerſ. reg. iur.* Denique in his quæſtionib. de foro competenti omnis obligatio pro contractu habetur *l. omnem, ſup. h. t.* Verum hoc negatur hac *l.* Rationem lex ipſa adfert. Quia id quidem pro contractu habetur: ſed ex eo contractu mulier migrauit in alium locum, id eſt, talis eſt contractus, vt ex eo mulier ſtatim migret in alium locum. Ergo non is locus ſpectatur, ſed ille, in quem fit migratio. Hac ratione mulier non agit vbi contraxit matrimonium, ſed vbi ex matrimonio migrauit, vel vbi diuertit, aget.

Ad L. LXXIV.

De qua re cognouit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit.

§. 1. *Iudex, qui ad certam ſummam iudicare iuſſus eſt: etiam de re maiori iudicare poteſt, ſi inter litigatores conueniat.*

D*E qua re iudex datus cognouit, pronuntiare quoque cogitur.* Cognitionem enim neceſſario ſequitur pronuntiatio. Qui iudex datur, etiam inuitus datur, & cogitur iudicare, ſed ſi habeat excuſationem euidentem, ſuperſedere poteſt, *l. vlt. §. iudicandi, de muner. & honor. l. pen. de vacat. mun.* Cogitur ergo pronuntiare, alioquin fruſtra cognoſceret, aut ſemper pronuntiatio eſſet remittenda ad eum qui iudicem dedit. Cogitur autem pronunciare de re principali, non de incidente: poteſt tamen ſi velit: nam dum pronuntiat de principali, tacite etiam de incidente pronuntiat. Huc pertinet *l. 1. C. de ord. iudic.* quæ explicanda. Petebatur hereditas ab herede ſcripto: nam teſtamentum ruptum dicebatur agnatione poſtumi. petentibus heredibus princeps ita reſcribit: *Adite præſidem prouinciæ, & ruptum eſſe teſtamentum docete,* ſi moueatur quæſtio ſtatus, vt ſi, qui hereditatem petunt, negentur agnati, ea res non impediet cognitionem iudicis, quamuis iudex non poſſit ea de re principaliter cognoſcere, *l. 2. C. de iudic.* vt latrunculator de re pecuniaria non cognoſcit. at ſi pecuniæ quæſtio incidat in latrociniorum diſceptationem, de ea cognoſcit. Sic prætor de crimine non cognoſcit, niſi incidat in quæſtionem. Additur: *qui de hereditate cognoſcit.* Incidentem ergo quæſtionem examinat iudex, de principali tantum pronuntiat. Videtur illa *l.* dicere, præſidem non poſſe de ſtatu cognoſcere, ſed videnda eſt *l. non diſtinguemus, §. Iulianus, de recept. l. 2. C. de pedan. iudic. l. iamdudum, C. vbi cauſa ſtatus agi.*

Docete.] id eſt, docete iudicem datum à præſide, qui iudex etiam ſtatus quæſtionem examinabit, etſi ad eum non pertineat.

Ad §. Cum abſentem.

Cum abſentem defendere vellem, iudicium mortuo iam eo accepi, & condemnatus ſolui. quæſitum eſt, an heres liberaretur. item quæ actio mihi aduerſus eum competeret: reſpondi, iudicium quod iam mortuo debitore per defenſorem eius accipitur, nullum eſſe, & ideo heredem non liberari: defenſorem autem ſi ex cauſa iudicati ſoluerit, repetere quidem non poſſe: negotiorum tamen geſtorum ei actionem competere aduerſus heredem, qui ſane exceptione doli mali tueri ſe poſſit, ſi ab actore conueniatur.

SCiendum debitores liberari, etiam inuitos & ignorantes, ſi alius pro eis ſoluerit, aut iudicium acceperit, id eſt creditori litigare volenti ſeſe offerat, & litem ſuſcipiat, *l. ſolutione, inf. de ſolutionib. l. ſi pro patre, inf. de in rem verſo.* Ideoque actio iudicati datur in eum qui ſe liti obtulit, *l. 4. inf. de re iudic.* Ergo liberamur ſi alius litem excipiat, quæ nobis intendebatur. Nunc finge: volens defendere Titium quaſi abſentem, me liti obtuli: erat vero Titius, me ignorante, iam mortuus, ego vero quaſi abſentem

defendi, mox condemnatus solui, quoniam nullum est illud iudicium, nulla est defensio, heredem non liberaui. Defensor enim absentis rei esse potest, non item iam mortui, quandoquidem is obligationem omnem transmisit in heredem. cum ergo quasi absentem defendi, nec eum mortuum, nec heredem defendi. sic beneficium quod viuenti princeps dedit, non transit in heredem, *l. Neratius, inf. de reg. iur.* poterit ergo heres ab hoc creditore conueniri: sed is ita excipiet de dolo, quod iam actor à me sit pecuniam consecutus. Ego autem non possum ab eo pecuniam quam solui, condicere aut repetere. Cur ergo non repeto quod ex ea sententia solui? quia quasi ex causa iudicati solui. quæ autem ex causa iudicati soluuntur ab eo qui scit se iudicatum etiamsi sententia nulla dicatur, non condicuntur, idque fit propter auctoritatem rerum iudicatarum, *l.* B *2. C. de condict. ind. l. 2. C. de compensat. l. cum putarem, inf. famil. ercisc.* Iudicium famil. ercisc. redditur inter solos coheredes. egi hoc iudicio cum eo quem putabam coheredem, qui tamen non erat, nullum est iudicium. Ex ea sententia, ei à me quasi iudicatum solutum non repetam: in præsenti casu agam actione negotiorum gestorum aduersus heredem quem liberaui beneficio exceptionis doli mali, si à creditoribus hereditariis conueniatur, *l. si præcedente, in princ. inf. mand.* hac ergo in specie heres non ipso iure, sed per exceptionem liberatur. Alius est casus in quo decretum factum de mortuo quasi viuente, in heredem eius transfertur, & valet, idque speciali rescripto est proditum in *l. cum quasi, inf. de fid. lib.* qui debet fideicommissariam libertatem, & in ea præstanda moram facit, C si abest ex iusta causa, seruus liber fit conseruato illi iure patronatus. Sed tum necesse est pronuntiari eum abesse ex iusta causa. si iam pronuntiatum est, de eo qui erat mortuus, heredi ius patronatus seruabitur, *d. l. cum quasi.*

Ad L. LXXV.

SI prætor quem condemnauit absentem edicto peremptorio, in condemnatum datur actio iudicati, huic actioni iudex specialiter addicitur, sed is de hac tantum cognoscit an iudicatum sit, non etiam an recte iudicatum, alioquin nullus esset litium finis. hoc proponitur in hac lege ex Iuliano, in quem scripsere notas Marcellus & Paulus: ideoque ex iis notæ hic Iuliano subiiciuntur. Primum D si ex falsis allegationibus prætor absentem damnauerit, idque aperte probetur, iudex eius rei querelam admittet, si liquido probetur falsis probationibus elicitam sententiam. huc pertinet titulus *si ex falsis instrum.* C. præterea si condemnatus ex edicto peremptorio iusta ex causa abfuerit, hoc casu prætor nec actionem iudicati, nec iudicatum exequi debet, sed potius damnato iudicati lis restituitur, *l. 1. C. quib. ex cau. maior.* adde, iudicium aliud esse si mutetur actio, vel si res: idem enim sunt, *l. non à iudice §. 1. l. proponebatur §. 1. sup.* non est vero aliud iudicium alio iudice in demortui locum subdito. iudicem dicimus dare & subdere, consulem facere & sufficere, viatorem legere & sublegere, vt & decurionem. si vnus pluresve dati, ex eo sequitur manere stipulationem iudicio sisti & iudicatum solui. E non manet vero si alius pro alio adeatur, at manet iudice deficiente, alioque subdito: ideoque eadem formula & idem tempus spectantur, *l. 32. & 60. sup.* sic eadem est legio, licet singuli milites mutati sint.

Ad L. in priuatis LXXVII.

In priuatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere potest.

IN priuatis negotiis, id est, litibus. cur id ait? quia priuatarum tantum litium iudices dabantur, publicarum vero quæstio vel cognitio erat populi vel magistratuum, qui merum imperium habebant, *l. quinetiam, sup. de recept. arb.* Actio iniuriarum ex l. Cornelia est priuata lis, *l. licet* A *§. 1. sup. de procuratorib.* sed in ea actione nominatim additum est ex l. Cornelia, ne addicatur iudex actoris gener, vel vitricus, aut sobrinus, aut propiore gradu, vel patronus, *l. lex Cornelia, inf. de iniur.* Quod ergo l. Cornelia in ea actione prohibetur, id indicat in aliis actionib. iudicium coniunctarum personarum permissum videri. Opponitur *l. qui iurisdictioni, sup. de iurisd. omnium iud.* ait enim magistratum sibi ius dicere non posse vel vxori, vel libertis, vel comitibus. ea lex non loquitur de iudicante: plus enim est ius dicere, sicut plus est magistratum esse quam iudicem. magistratus iurisdictionem habet, iudex non item. magistratus est honor, iudicis autem officium onus, iudices sententiam pronunciant, magistratus exequuntur, *l. a. Diuo Pio, inf. de re iudic.* Sed cum quod dicitur in hac *l.* sit accipiendum tam de iudice dato quam de magistratu, quem iudicem appellari frequentissimum est, nec quidquam in hac re sit inter iudicare & ius dicere, dico patrem filio, & filium patri ius dicere posse, sed tamen non debere: sic enim loquitur *d. l. qui iur.* sic *l. SC. sup. de off. præs.* ait libertis & comitibus parcissime ius esse dicendum. non ergo districte hoc prohibetur vt iudicent. Præterea *d. l. qui iur.* loquitur tantum de parente, patrono, marito, de filio non idem inuenitur scriptum, imo in *l. à quo §. vlt. inf. ad Trebell.* inuenitur tantum non posse, si pater suspectam hereditatem dicat. filiusfam. prætor coget eum adire & restituere, hoc ius dicere esse docet Vlp. in § *pen.* eiusdem *l.* postremo qua ratione potest pater in persona filij iudicare, potest & ius dicere: potest enim iudicare, quia id muneris publici est, *l. seq.* hic in actionibus publicis potestas, vel auctoritas patris non spectatur: qui paret filio magistratum gerenti, non vt filio paret, sed vt personæ publicæ. Eadem ratione poterit ius dicere: potestas enim publica est iurisdictio. Poterunt igitur inuicem ius dicere, sed parce facere debent.

Ad L. LXXIX. Eum.

Eum quem temere aduersarium suum in iudicium vocasse constiterit: viatica litisque sumptus aduersario suo reddere oportet.

DEfinitur hic, vt temerarius litigator victori reddat viatica, τὰ τῆς ὁδοῦ δαπανήματα, id est, sumptus viæ & litis. Ait *temere:* si enim aliqua ratio ei fuit litigandi, ideo non condemnabitur nomine sumptuum, *No. 82.* vbi ait Iustinian. plerumque vt eo nomine neuter damnetur. Ideo *l. qui solidum §. etiam, de leg. 2.* impensarum rationem haberi ait, si rationem litigandi non habuerit, *l. omnes §. vlt. C. de episc. & cler.* debet iudex exprimere in sententia vt reddat, aut non reddat, *d. Nou.* si enim in sententia de fructibus nihil dixerit, post eam non repetentur à victore, *l. 3. C. de fructib. & lit. exp.* sed si iudex rationem impensarum non habuit perperam, ab eo non à victo sumptus repetentur, *l. properandum §. sin autem, C. eod.* si iudex pronunciarit ne reddantur impensæ, an victus saltem præstabit quid nomine δικαιικῶν? certe dimidiam.

Ad §. vltim.

Iudicibus de iure dubitantibus præsides respondere solent: de facto consulentibus non debent præsides consilium impertiri: verum iubere eos prout religio suggesserit, sententiam proferre. Hæc enim res nonnunquam infamat & materiam gratiæ vel ambitionis tribuit.

DVo sunt genera quæstionum: facti, si quæratur an transactum sit, & iuris, an lis finita transactione restitui possit. Quæstio facti dirimitur arbitrio iudicis, *l. ordine, inf. ad municipal.* quæstio iuris ex legum auctoritate pendet. In facti quæstione multa potest iudex, per sordes aut gratiam constituere, non ita in quæstione iuris: ius enim certum & finitum est, *l. 2. inf. de iuris, & facti ign.* nec à

iudice conuelli potest. Ex quibus hæc sequuntur, quod iudex datus si præsidem consulat, de iure respondere solet, id enim facere potest. At in quæstione facti præses respondere non debet. Male enim respondere possent cum hæ quæstiones omnino sint in potestate iudicantium. *Ait per gratiam aut ambitionem.* ijs verbis eædem res significantur, *ambitiose reprehendere*, Cic. ad Att. Iudex datus maiore religione adstringitur quam præses: non est enim in tanta potentia. præses iudiciorum auctor est & magister. Itaque in singulis causis quæstiones facti potius permittendæ sunt iudici quam præsidi, id est, vni vnius litis quæstio permittenda est potius, quam vni omnium litium quæstiones.

Ad L. vltim.

Nonnunquam solent magistratus populi Romani viatorem nominatim vice arbitri dare, quod raro & nonnisi re vrgente faciendum est.

EST Vlpiani ex libris *de officio Consulis*. Consul plerumque dat arbitrum rationibus discutiendis, bonis distrahendis, item causis audiendis. arbitrum hic sumamus latissime, *l. si cui libertas, inf. de condit. & demonst. l. si magistratus, de priuil. cred.* quæ sunt ex eodem lib. Additur, consulem nonnunquam arbitrum facere viatorem suum, quanquam eo præcipuè vtatur nuntiandi & renuntiandi causa: viator est qui litem instituit: verum hoc raro, nec nisi desit alterius copia, consul id faciet.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI

Recitationes solemnes.

Ad Titul. II. De inofficioso testamento.

Ad L. 1. 2. 3. 4. 5.

L. 1. Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas. Omnib. enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare: Cognati enim proprij, qui sunt vltra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.

L. 2. Hoc colore de inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerunt, vt testamentum ordinarent. & hoc dicitur non quasi vere furiosus, vel demens testatus sit: sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum.

L. 3. Inofficiosum testamentum dicere, h. e. allegare, quare exheredari vel præteriri debuerit. Quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant, vel prætereunt.

L. 4. Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam aduersus liberos suos testamento inducunt. Quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium nouercalibus delinimentis, instigationibusque corrupti.

L. 5. Nam & his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi: cum & de matris testamento agant, & obtinere adsidue soleant.

§. 1. Huius autem verbi de inofficioso vis illa (vt dixi) est docere immerentem se: & ideo & indigne præteritum, vel etiam exheredatione summotum. Resque illo colore defenditur apud iudicem, vt videatur ille, quasi non sanæ mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.

A PAVL. *lib. 4. Sent. tit. de in offic. querela*, ita definit: Inofficiosum testamentum est, *quod frustra liberis exheredatis non ex officio pietatis videtur factum.* Vellem etiam addidisset, *vel parentibus.* Nam inofficiosum testamentum id etiam est, in quo parentes frustra exheredati sunt. Aliud est testamentum improbum, aliud inhumanum, vt Cicero loquitur in prætura Vrbana. Improbum est, in quo turpes personæ heredes institutæ sunt. Qua ex causa datur fratribus exheredatis querela, & fratri germano, etiamsi consanguinitas soluta sit emancipatione: non autem vterino, *l. fratres, C. de inoffic. testam.* Datur etiam fratribus querela alia ex causa contra testamentum patris, si liberti fraterni instituti sint, ipsi autem exheredati: nisi illi liberti maximis beneficiis prosecuti
B sint testatorem, *d. l. fratres.* At si ingenui sint instituti, nec turpes, nec famosi, vel etiamsi liberti alieni, nec turpes, nec famosi, fratribus exheredatis non datur querela. Denique datur querela fratribus exheredatis, si improbum sit testamentum, hoc est, si turpis persona scripta sit, vel etiam si liberti testatoris instituti sint. Ex eadem causa improbi testamenti patri manumissori prætérito datur totorum bon. poss. contra tab. non legitimæ tantum partis, quod explicatur *l. 3. inf. si à par. quis manum.* Inhumanum autem testamentum id esse videtur, in quo amici vel cognati bene de nobis meriti exheredati vel omissi sunt, quod etiam dicitur ingratum testamentum. Suetonius in Caligula, *testamenta primipilarium vt ingrata rescidit.* Verum
C ingrati & inhumani testamenti nulla est querela: ideoque amici vel cognati bene meriti non possunt queri de testamento nostro quasi inofficioso aut ingrato, vel inhumano, ac ne frater quidem nisi supradictis casibus, *l. 1. hoc tit.* Et si forte per obreptionem aliquis amicus vel cognatus admittatur ad querelam inofficiosi, & casu vincat, hoc est, si rescindat testamentum, non sibi vincit, sed heredibus legitimis, hoc e. legitimi veniunt ab intestato, ille non veniet ex re iudicata, *l. 6. §. si quis ex ijs, h. tit.* Itaque de testamento quasi inofficioso vel ingrato, vel inhumano, vel improbo, nemo queri potest, nisi sit ex liberis vel parentibus. Fratres etiam non possunt, nisi sup. dictis casibus. Itaque in definitione satis est addi, *liberis vel parentibus exheredatis.* Ait in ea definitione, *frustra*, hoc est, immerito & sine cau-
D sa. Ideoque in iudicio de inofficio testamento quæritur de meritis filij exheredati, aut patris, vel matris etiam exheredatæ, *l. filius §. 1. h. tit. l. 3. §. si emancipatus, de bon. poss. cont. tab.* Denique inofficiosum testamentum, id est, quod est contra pietatem & merita, non quidem omnium personarum, sed liberorum tantum vel parentum. Merito exheredati carent remedio querelæ inofficiosi *l. quidam, de verbo. oblig. Remedio*, h. e. querela. Immerito exheredati habent querelam inofficiosi: Et quidem probare debent immerito se exheredatos, hoc est, se semper gratos fuisse erga parentes vel liberos, nullo suo vitio factum, se disciplinam illæsam domi seruasse semper, *l. 5. §. vlt. hoc tit.* Contra heredes scripti, si velint obtinere hereditatem, probare debent illos ingratos fuisse, qui potiores sint tandem si
E iudex iudicabit, *Nouel. 115.* Vtrinque præstari in hac causa probationes ostendit *l. liberi, C. de inoffic. testam.* ait *exheredatis*, quia scilicet plerumque exheredatis competit querela inofficiosi testamenti. Interdum tamen datur institutis, vt si heres institutus seruare sibi non possit quartam, hoc est, si hereditas sit absumpta legatis & libertatibus, ex quibus non possit deduci quarta, *l. Papin. §. quarta, hoc tit.* vel etiam filius sit institutus ex minore parte quam lege debeatur, & extraneus scriptus vel coheres adiectus, *argum. l. 3. C. de inoff. test.* & sententiæ cuiusdam Pauli, quæ incipit, *filius, lib. 4. Sentent. tit. de inoff. querela.* Interdum etiam datur institutis; præteritis proprie nunquam datur querela. Sciendum est hoc loco duo esse exheredatorum genera: Alij exheredantur nominatim, vt filij à patre silentio omissi, nec instituti, nec nominatim exheredati, dicuntur proprie præteriti, nec silentium patris pro exheredatione habetur, alioqui præteritio nunquam infirmaret te-

stamentũ, si haberetur semper pro exheredatione: Alij autem exheredãtur silẽtio, vt filius à matre, vel ab auo materno, vel à proauo, quẽ mater nec instituit, nec exheredauit nominatim, exheredari videtur. Mater potest exheredare tacite, pater non potest: sic exheredantur parentes à liberis, ita etiam fratres à fratribus. Præteritio illorum exheredatio est. Vlpianus dixit silentio exheredare, *l. si patronus, de bon. libert.* Nunc sic statuamus. Silentio præteritis ab auo materno, vel matre datur querela inofficiosi, quia habentur pro exheredatis, *l. 5. hoc tit. in princip.* datur & patribus præteritis à liberis, *l. pater, hoc tit.* & in *l. 5.* quod ait, *nam*, non est referendum ad *leg. 4.* præcedentem, quod tamen tentauit Accursius, sed ad verbum, *prætereunt*, quod est *in l. 3.* quæ ait exheredatis dari querelam, quod intelligitur de exheredatis à patre, vel auo paterno. Ait etiam querelam dari præteritis. hoc *l. 5.* ostendit intelligi de præteritis à matre vel auo materno, quoniam præteritio illorum pro exheredatione habetur. Addendum etiam silentio præteritis à liberis, eadem ratione dari querelam, *l. pater, h. tit.* Item silentio præteritis à fratribus datur querela certis casibus. At silentio præteritis à patre non datur querela, sed datur bonor. possess. contra tabul. Testamentum, in quo filiusfam. est præteritus à patre, iure ciuili non valet, iure prætorio valet, dummodo sit obsignatum 7. testium signis, sed rescinditur per bon. poss. contra tab. quæ datur præteritis tantum, non exheredatis: Testamentum autem, in quo filius est exheredatus à patre, iure ciuili valet, & prætorio iure, sed rescinditur per querelam inofficiosi testamenti, si appareat immerito exheredatum: quæ quidem querela inofficiosi introducta est l. Glicia, quod indicat inscriptio. *l. 4.* quæ est sumpta ex lib. *ad leg. Gliciam.* Et in ea l. dum redditur ratio dandæ querelæ inofficiosi testamenti, palam est reddi rationem ferendæ legis Gliciæ. Populum eam introduxisse Græci scribunt. Additur etiam in *l. 2. 3. & 5.* huius actionis de inofficioso hunc esse colorem, quasi testator non fuerit sanę mentis. non existimatur fuisse furiosus, alioquin non valeret testamentum. Leges nihil introducunt sine ratione aut colore aliquo: opus hic fuit maximo colore, quia testamentum omni iure valet, in quo exheredatus est filius vel parens, nisi aliud vitium subsit, non igitur rescindi debet temere. Lex Glicia vtitur hoc colore, quasi testator non fuerit sanæ mentis: nam furor est non agnoscere proprium sanguinem, succensere naturæ & sanguini suo. Non existimatur quidem fuisse furiosus, alioquin testamentum esset nullum, sed quasi furiosi testamentum rescinditur. Quod traditur in *l. mater & in l. Titia, hoc tit. l. nec fideicommissa*, alias est *l. patronus §. vlt. de leg. 3.* Ideoque Asinius apud Quintil. lib. 6. *furiosum non inofficiosum testamentum reprehendimus.* Nam testamentum inofficiosum valet, & iustum est, testamentum est perfectum, sed quasi furiosi infirmatur. Et ob hunc etiam colorem hæc actio inofficiosi testamenti totum testamentum infirmat, hoc est, legata, fideicom. libertates & tutelas, & substitutiones, quia infirmatur quasi dementis vel à demente testamentum factum. Verum ex *Nouel.* 115. querela rescindit solum institutionis caput, cetera firma manent. Id etiam sciendum est, non esse specialem quandam actionem, quæ dicatur actio inofficiosi testamenti, & vtuntur Græci hoc exemplo: Nulla est specialis actio creditæ pecuniæ, quæ hoc proprium nomen habeat, quæque ita appellatur sæpe, sed est certi condictio ex mutuo. Sic etiam nulla est specialis actio, quæ dicatur inofficiosi testamenti, sed hæc actio est petitio & vindicatio hereditatis, quæ ex causa inofficiosi testamenti datur, *l. 3. C. de petit. hered.* Petitio hereditatis datur variis ex causis, *l. 5. in fi. tit. seq.* Datur petitio hereditatis, quod deferatur ex testamento, vel lege 12. tab. ab intestato, vel Senatusconsulto Tertyll. aut Orphitiano, vel quod testamentum sit inofficiosum, & quasi à demente factum, & quod testamento illo sublato, actor sit proximior ab intestato. Hæc igitur actio est petitio hereditatis de inofficioso testamento, atque ita appellatur in *l. si quis filium, C. de inoff. te-*

A *stam. l. 20. inf. hoc tit. l. pen. in prin. vers. sed quemadmodum, inf. de bonor. poss. contra tab.* Et ob id etiam inofficiosum appellatur centumuirale iudicium, *l. Titia, hoc tit.* Nam hæc appellatio est communis omnium petitionum hereditatis. Agebatur sane apud centumuiros de inofficioso, *l. qui repudiantis, hoc tit.* vel potius apud septemuiros, delectos scilicet ex centumuiris, vt cognoscerent de iure testamenti, & meritis exheredatorum. Neque enim omnes centumuiri cognoscebant, sed ex illis 7. Et ideo hæc etiam actio dicitur Septemuirale iudicium in lib. singulari Pauli de Septemuirali iudicio, ex quo lib. sumpta est *l. 7. l. 28. l. 31. eod.* Omnes illæ ll. sunt (vt Flor. est scriptum) ex Septemuiralib. iud. Alij male habent centumuiralibus. Igitur hæc petitio hereditatis de inofficioso est rescissoria: nam

B rescindit testamentum, & testatorem intestatum facit, atque ita actor locum facit sibi, si sit proximior ab intestato; vel ex proximioribus, *l. 6. §. si quis ex ijs, l. nam & si §. vlt. & l. qui repudiantis, hoc tit.* Et sic etiam vindicatio rerum singularum sæpe est rescissoria alienationis, *§ rursus, Inst. de action.* Actio ex edicto, *ex quibus causis maiores*, est rescissoria vsucapionis, vtraque vindicatio. Sic etiam hæc vindicatio, quæ proponitur de vniuersitate, est rescissoria testamenti. Verum multum distat hæc petitio hereditatis, à petitione hereditatis, de qua sequenti titulo agitur; Et ideo separati sunt tit. Nam petitio hereditatis de inofficioso datur aduersus eum, qui iuste possidet hereditatem, vt aduersus heredem scriptum, qui ex iusto testamento possidet. Datur etiam aduersus fideicommissarium, *l. 1. C. de*

C *inoff. testam.* Datur etiam aduersus præteritum, qui cum re accepit bon. poss. cont. tab. *l. pen. inf. de bon. poss. cont. tab.* At petitio hereditatis, quæ datur ex aliis causis de qua tit. sequenti, datur aduersus eum qui iniuste possidet, vt pro herede, cum heres non sit, vel pro possessore, h. e. contra prædonem, *l. regulariter, tit. seq.* Verum qui potest inofficiosum testamentum dicere, potest etiam proponere hereditatis petitionem, de qua agitur tit. sequenti. Et si obiiciatur ei, quod non proponatur illa petitio hereditatis aduersus eum, qui iuste possidet, dicet se etiam queri de inofficioso testamento. Atque ita est accipienda est *l. 1. C. de inoffic. testam.* Ita est accipiendum quod ait Paul. *lib. 4. Sentent. qui inoffic. testam. dicere potest, petere heredita-*

D *tem non prohibetur*, h. e. vel ex hoc titulo, vel ex sequenti, petet hereditatem etiam ab eo, qui iuste possidet. Igitur ex tit. sequenti, petet hereditatem etiam ab eo, qui iuste possidet. Igitur ex tit. sequenti datur petitio hereditatis aduersus eum, qui iuste possidet, quod est contra *d. l. regulariter.* Si modo is agat, qui de inofficioso queri potest, qui hanc querelam in modum replicationis inducere potest.

Ad L. VI. Postumus.

Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in vtero fuerit mortis eorum tempore. Sed & cognatorum, quia & horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere.

E *Quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserant? Sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare. Non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit. Potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula, de ventre in possessionem mittendo. Item natus secundum tabulas haberet. Simili modo & eum, qui post testamentum matris factum, exsecto ventre, extractus est, posse queri dico.*

§. 1. *Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) & casu obtinuerit, non ei proficit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem: Nam intestatum patremfamilias facit.*

POstumus inofficiosum testamentum potest dicere, si sit exheredatus, & querela inofficiosi testamenti, siue petitio hereditatis de inofficioso testamento non tan-

tum natis datur, ſed etiam poſtumis. Natis hæc actio datur, qui ſui futuri erant heredes, ſi exheredati non fuiſſent, vt filiis ſuis, vel nepotibus, qui patri vel auo ſui heredes futuri erant: exheredatione enim ius ſui abſcinditur, *l. 9. § ſi filium, de liber. & poſt. l. ſi filium §. videamus, de bonor. poſſ. contra tab. l. 1. §. poſt, de ſuis & legit. hered.* Reſciſſo autem teſtamento per querelam, reſtituitur ius ſui, vel ius legitimi, vel ius bonorum poſſeſſoris. Datur etiam querela eis qui ab inteſtato legitimi heredes futuri erant, à quo ſunt exheredati vel præteriti, vt fratrib⁹ certis, caſibus. Item filiis datur contra inofficioſum teſtamentum matris, qui matri legitimi heredes futuri eſſent ex Senatuſconſulto Orphitiano. Datur etiam eis, qui quaſi cognati ab inteſtato bon. poſſeſſores futuri erant, vt puta filiis in adoptionem datis, quibus ſcil. datur ex parte edicti bon. poſſeſſ. vnde cognati, qua ſuccedunt patri *l. 1. vnde cog.* Itemque nepotibus ex filio dato in adoptionem, conceptis poſt adoptionem. Datur ergo ſuis, agnatis & cognatis, liberis ſcil. vel etiam parentibus. A latere non datur niſi fratribus, certis caſibus. Nunc de poſtumis. Poſtumi exheredati inofficioſum teſtamentum dicere poſſunt eorum, quibus ſui heredes eſſe, aut fieri potuiſſent, veluti filij poſtumi ex iuſta vxore, poſſunt dicere inofficioſum teſtamentum patris defuncti, ſi in eo ſint exheredati. Item poſtumi poſſunt dicere teſtamentum inofficioſum eorum, quibus potuiſſent fieri legitimi heredes, vt poſtumi fratres, à fratre turpibus perſonis vel libertis fraternis heredibus inſtitutis. Item eorum, quibus quaſi cognati ab inteſtato bon. poſſeſſores fieri potuiſſent. Et in ſumma, non tantum eis, quibus heredes fieri potuiſſent, ſed etiam quibus bon. poſſeſſores extitiſſent: hæc actio datur, vel natis iam, vel poſtumis, *l. Papin. §. pen.* Dedi exemplum poſtumi ſui, & etiam dedi legitimi, non dedi cognati poſtumi. Accurſ. non ſatis recte ponit exemplum in nepotibus ex filia natis, qui vocantur ad ſucceſſionem aui materni: nam hi ſunt auo materno cognati, ſed tamen ex Conſtitut. inter ſuos vocantur, & eis datur bon. poſſ. vnde liberi, non vnde cognati, *§. item vetuſtas, de hered. quæ ab inteſt.* Item heredibus qui ab inteſtato veniunt. Igitur quaſi ſui, non quaſi cognati ponit exemplum. Igitur veniunt quaſi ſui heredes, non quaſi cognati. Ponit etiam Accurſ. male exemplum in poſtumis nepotibus ex filio emancipato poſt emancipationem filii conceptis: Hi etiam vere ſunt cognati, ſed iure prætorio inter ſuos vocantur, vt filius emancipatus, iiſque datur vnde liberi, non vnde cognati: itaque veniunt vt ſui, non vt cognati, & cognatis præferuntur atque adgnatis. Græci ponunt exemplum in poſtumis pronepotibus, qui vocantur ad ſucceſſionem proauiæ, iam antequam ipſi naſcerentur defunctæ. Hi etiam vere ſunt cognati, ſed ex Conſtit. inter ſuos vocantur, *d. § item vetuſtas.* Filius matri ſuccedit ex Orphitiano quaſi legitimus, cum tamen ſit cognatus tantum, non poteſt ſuccedere quaſi ſuus, quia fœmina nunquam habet ſuum heredem. Item nepos ſuccedit auiæ maternæ quaſi legitimus *§ 1. de SC. Orphit. l. ſi defunctis 9. C. de legit. hered.* Sic etiam ex Conſtitutionibus licet *in eo §. 1.* fiat tantum mentio auiæ, tamen etiam proauiæ paternæ, vel maternæ ſuccedunt pronepotes quaſi legitimi, non quaſi ſui. Itaque habent & bonorum poſſeſſionem vnde legitimi, non vnde cognati. Verum demus exemplum quo ſint cognati tantum & habeant bon. poſſeſſ. vnde cognati. Exemplum eſt in poſtumis nepotib. ex filio dato in adoptionem, poſt adoptionem conceptis: hi non vocantur vt ſui, nec vt legitimi, nec iure prætorio, nec Conſtitutionibus, ſicut etiam filii dati in adoptionem nullo iure ſunt legitimi vel ſui, *l. ſi emancipatus §. ſi filius, & l. non putauit §. ſi in adopt. de bon. poſſ. contra tab. §. at hi qui, & §. admouendi, de hered. quæ ab inteſt. defer.* Hi igitur nepotes poſtumi, ſunt poſtumi cognati, & habent tantum bonorum poſſeſſ. vnde cognati ab inteſtato. Si ſint exheredati ab auo paterno, habebunt querelam de qua hic agitur. Igitur ſumma hæc eſt, querelam inofficioſi dari non tantum poſtumo ſuo, ſed etiam alieno: poſtumus legitimus,

A & poſtumus cognatus ſunt alieni poſtumi. Verum hoc ita procedit, dari querelam poſtumis, aut poſtumo ſuo, vel legitimo, vel cognato, inquit lex 6. *Si in vtero fuerit mortis eorum tempore*; vulgo male legitur, *ſi non fuerit.* Rectius Floren. affirmatiue: ita etiam Græci legunt, ἐὰν δηλονότι κατὰ τὸν καιρὸν τοῦ τεστάτωρος τελευτῆς ἐν γαστρὶ ὄντες ἐτύγχανον, id eſt, *videlicet ſi tempore mortis teſtatoris in vtero fuerit.* Nam concepti poſt mortem teſtatoris, neque quaſi ſui, neque quaſi legitimi, nec quaſi cognati ſuccedere poſſunt. qui poſt mortem noſtram concipiuntur, nullo iure nobis ſunt cognati, *l. Titius, de ſuis & leg. l. Paulus §. Paulus, de bonis liber.* Itaque exigimus vt poſtumi qui ad ſucceſſionem noſtram vocantur, fuerint concepti mortis noſtræ tempore. Et ita etiam *l. vlt. de ven. in poſſ. mitt.* ait, *Po-*
B *ſtumus, qui tamen mortis teſtatoris tempore conceptus iam erit.* Ad hæc ſciendum & notandum *ex l. 6.* tria omnino deſiderari eis, quib. datur querela inofficioſi. Primum hoc eſt, vt rem ab inteſtato obtinere poſſint quaſi ſui, vel quaſi legitimi, vel quaſi cognati, & vt ſint proximiores cæteris, & præferantur omnibus: alioqui, ſi non ſint proximiores, venient ad ſucceſſionem ab inteſtato, & ſi agant querela, & forſitan vincant, atque ita teſtatorem inteſtatum faciant, quia hæc querela eſt reſciſſoria & teſtamentum reſcindit: ſibi locum non faciunt reſciſſo teſtamento, ſed iis quibus iure res defertur ab inteſtato. Res quidem iudicata tenet, quia effectu reſcinditur teſtamentum, ſed hereditas tranſit ad legitimos, non ad actorem *§ ſi quis ex his, hac l. 6.* Verum id ita procedit, ſi is qui egit querela, cum non poſſit
C venire ab inteſtato, egerit in totum. h. e. ſi totum teſtamentum reſciderit, vel ſi egerit aduerſus omnes heredes ſcriptos, tum vocantur ab inteſtato, quos lex aut prætor vocat, non is qui egit querela. Aliud tamen eſt, ſi egerit pro parte, nam tum actori proficiet victoria, non aliis *l. 25. §. vlt. hoc tit.* Finge: quidam teſtator duos habebat filios, & duos fratres, duos extraneos ſcripſit heredes; vnum honeſtum hominem, alterum turpem, puta mimum aut arenarium, duos filios exheredauit, duos fratres præterijt, quod etiam eſt pro exheredatione, fratres non poſſunt agere querela, ne aduerſus turpem quidem heredem ſcriptum, quia eos excludunt filij qui potiores ſunt ab inteſtato. Verum dum filii exheredati non habent querelam, quia agnoſcunt forte ſe ſuo merito exheredatos, ſi agant fratres aduer-
D ſus turpem perſonam, atque ita ſi agant pro parte, pro parte reſcindent teſtamentum & eam partem hereditatis tenebunt, atque ita eis proficit victoria, quia præcedentes perſonæ h. e. filii, excluſi ſunt. Illud, *excluſi*, male interpretatus eſt Accurſ. Græci recte, *excluſi ſunt*, ſcil. exheredatione, quæ ſuſtinetur aditione vnius heredis, licet alter repellatur à fratribus, & licet ea exheredatio non reſcindatur, cum taceant filii: Secus eſſet ſi illi duo heredes ſcripti fuiſſent turpes perſonæ, & egiſſent fratres aduerſus omnes, atque ita præuertiſſent filios, & totum teſtamentum infirmaſſent, non ipſis victoria proficeret, ſed filiis, quia filiorum exheredatio reſciſſa eſt, & ab inteſtato ſunt proximiores. Itaque notandum *§. ſi quis ex his*, ita accipiendum, ſi is, qui erat potior ab inteſtato, egerit in totum, non pro parte tantum, proficere victoriam aliis tan-
E tum, non actori. Secundo exigimus in perſona eius, cui datur querela, vt ſit immerito exheredatus, alioqui hoc iudicio iure non vincet, ſi ſcil. ſit merito exheredatus. hoc iudicio reſcinditur teſtamentum, quod eſt contra merita. Tertio exigitur, vt is qui agit querela inofficioſi teſtamenti, heres inſtitui potuerit: non tamen exigitur, vt ab inteſtato heres exiſtere potuerit: alioqui non eſt, cur agat querela. Nam cur datur querela? an quod teſtator teſtamentum fecerit, quod non deceſſerit inteſtatus? Minime. Sed hoc teſtatori imputatur, quod eum heredem non inſtituerit, quem potuit inſtituere, h. e. quod eum fruſtra & temere præterierit vel exheredauerit quem poterat inſtituere. teſtamenti factio non accuſatur, ſed exheredatio iniqua: quapropter recte diximus, poſtumo etiam alieno exheredato, recte dari querelam inofficioſi te-

stamenti: nam postumus alienus institui potest, non quidem iure ciuili, sed prætorio. §. 1. *de bon. pos.* potest etiam ab intestato succedere, vt *in l. pen. inf. de leg.* item potuit immerito exheredari. Cum ergo illa tria concurrunt quæ exigimus, merito datur querela. Dico iure prætorio eum posse institui, non iure ciuili: nam institutus postumus non poterit adire hereditatem, sed prætor nato dabit bon. pos. secundum tab. Et si nondum natus sit, prætor matrem mittet in possessionem ventris nomine, vice bon. poss. secund. tab. ita ostenditur in *d.* §. 1. Et ita est accipiendus §. *postumus, de leg.* sic lex 1. §. *si filius, de ventre in poss. mitt.* lex 3. *in fi. de bonor. possess. secund. tab.* Et aperte hæc lex 6. quæ loquitur de hac missione in possess. ventris nomine. Ex omnibus partibus edicti prætorij, venter nondum editus mittitur in possessionem, *l. vlt. de vent. in poss. mit.* Si postumus sit præteritus, mittitur venter in possessionem bonorum vice primæ partis bonorum possessionis contra tabulas. Si institutus, vice secundæ partis, id est, vice bonor. possessionis secundum tabulas. Ab intestato mittitur ex parte vnde liberi, vnde legitimi & vnde cognati: si exheredatus, non fit missio ventris nomine, sed nato datur querela, dummodo ab intestato potuerit venire, vel institui prætorio iure. At qui institui non potuerunt, veluti improbi intestabilesque, non habent querelam: nam non potest imputari testatori, quod eos non instituerit, cum non potuerit. Non habent etiam bonor. poss. contra tab. si præteriti sunt, *l. 3. §. liberti, de bonor. possess. cont. tab.* Ait postremo, *postumum posse queri de testamento matris.* Postumus est is, qui post mortem testatoris nascitur, & ita accipitur semper hac *l.* 6. Quomodo potest mulier habere postumum? hoc l. explicat. Si mortuæ exsecto vtero partus extrahatur; de quo tamen dubitari potuit, quia eum non peperit mater, sed extrahitur. verum habetur in toto iure pro partu, & ei datur querela quasi postumo cognato, si sit omissus in testamento matris. Est autem vere cognatus, sed ex Senatusc. Orphitiano est legitimus, & ab intestato petet bonor. possess. vnde legitimi, non vnde cognati, *l. 1. §. si qua prægnans, vnde cogn. l. 1. § sed & si matris, ad Tertyll.* Præteritus à patre rumperet testamentum quasi natus, licet extractus sit, *l. quod dicitur, de lib & postum.* Exheredato à patre datur querela: itaque habetur pro iusto partu. Et hoc solo modo mulier habet postumum legitimum. Velleianum postumum constat eam habere, qui est is, qui nascitur post testamentum factum viuo testatore. Ex his apparet postumos exheredari potuisse, & quidem merito nonnunquam: itaque non semper agebant querela cum effectu, vt in hac specie: Filius duxit vxorem iniussu patris, & quidem turpem & famosam, qua ex re familiæ ignominia infligitur. pater decessit nuru prægnante, & postumum qui erat in vtero exheredauit, secundum ius antiquum merito exheredauit, & merito repellitur postumus, quia Centumuiri non spectant tantum merita seu delicta exheredati, sed etiam merita patris, atque ita merita patris nocebunt postumo, *l. 3 § si emancipatus, de bonor possess. cont. tab.* Sed hodie ex *Nouella* 115. non potest exheredari, quia exheredatio sine elogio, h. e. sine causa nulla esse potest: postumo nullum elogium adscribi potest eorum quæ habentur in ea *Nouella* 115. & ideo exheredari non potest.

Ad §. vlt. & ad L. VII. & ad princip. L. VIII.

Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? Papin. respondit (quod & quibusdam rescriptis significatur) si post agnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Etsi non sit petita bonorum possessio, iam tamen cœpta controuersia vel præparata, vel si, cum venit ad mouendam inofficiosi querelam decessit, puto ad heredē transire.

L. 7. Quemadmodum præparasse litem quis videatur, vt possit transmittere actionem, videamus. Et ponamus

A *mus in potestate fuisse eum, vt neque bonorum possessio ei necessaria & aditio hereditatis superuacua sit. Is si comminatus tantum accusationem fuerit, vel vsque ad denuntiationem, vel libelli dationem processerit, ad heredem suum accusationem transmittet. Idque D. Pius de libelli datione & denuntiatione rescripsit. Quid ergo si in potestate non fuerit? an ad heredem actionem transmittat? Et recte videtur litem præparasse si ea fecerit, quorum supra mentionem habuimus.*

L. 8. Papinian. lib. 5. quæst. recte scribit, inofficiosi querelam patrem filij sui nomine instituere non posse inuito eo: ipsius enim iniuria est. Sequenti loco scribit: si filius post agnitam litis ordinandæ gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querelam, quæ
B *non patri, sed nomine dabatur filij.*

§. 1. Si quis post rem inofficiosi ordinatam, litem dereliquerit, postea non audietur.

§. 2. Si Imperator sit heres institutus, posse inofficiosum dici testamentum, sæpissime rescriptum est.

§. 3. Papin. lib. 2. Respons. ait, contra veterani patrisfamilias testamentum esse inofficiosi querelam. & si ea sola bona habuit, quæ in castris quæsierat.

§. 4. Si quis in militia fecerit testamentum, & intra annum post militiam decesserit: dubito, an, quia ad hoc vsque temporis iure militari testamentum eius valet, querela inofficiosi cesset, & potest dici querelam inofficiosi cessare.

C QVæstio est, an exheredatus filius vel præteritus querelam vel petitionem hereditatis transmittat ad heredem? Quæ vt definiatur, sciendum est, acturum de inofficioso solere prius adire hereditatem, vel bonor. poss. petere, quasi heredem, vel quasi bonor. possessorem ab intestato: si sit suus, petere bonor. poss. vnde liberi: si sit legitimus petere bonor. poss. vnde legitimi: si cognatus, vnde cognati. Non est autem specialis quædam bon. poss. quæ specialiter appellatur litis ordinandæ gratia, quod tamen hic §. innuere videtur, & l. seq. & *l.* 8. quam petat specialiter acturus de inofficioso testamento, sed litis futuræ de inoffic. testa. ordinandæ & præparandæ causa, h. e. vt pateat ingressus ad iudicium & querelam inofficiosi
D testamenti, acturus de inofficioso adit hereditatem, vel petit bonorum poss. ab intestato vnde liberi, vel vnde legit. vel vnde cognati: tum deinde hoc tit. fretus, agit petitione hereditatis ciuili, si adierit, vel prætorio, si agnouerit bonorum possess. qua tamen si non vicerit, illa aditio, vel bonorum possess. sine re constituetur. Imo & antequam vicerit, illa bonor. possess. est sine re, sine effectu, *l. 2. C. eod.* Quoniam potior est interim heredis scripti causa: & hæc aditio vel bonor. possess. hoc tantum demonstrat, exheredatum prætendere ius ab intestato successionis, quo tamen non fruetur, nisi vicerit querela. h. e. resciderit testamentum & repulerit heredem scriptum litis ordinandæ gratia, vt ait *l.* 8. h. e. futuræ litis de inofficioso præparandæ gratia. lis ordinabatur, *l. 20. inoffic. de probat.* &
E præparabatur, in *l. liberis §. vlt. de liber. causa.* Et ita etiam litis de inofficioso ordinandæ causa, tutor à patre datus filio exheredato, decreto prætoris confirmatur, & eo auctore agitur de inofficioso, *l. iure §. vlt. inf. de test. tut.* Et si exheredatus filius vicerit, inutilis erit illius tutoris datio testamento facta, vtilis confirmatio, isque tutor permanebit quasi datiuus, non testamentarius. si non vicerit, inutilis erit confirmatio, vtilis datio, eritque tutor testamentarius: interim tamen sub incerto confirmabitur tutor litis de inofficioso testamento præparandæ causa, ne sine tutore agi videatur querela de inofficioso. Eodē modo qui dicturus est falsum vel iniustum testamentum, quique prætendit ius ab intestato successionis, prius petit bonor. poss. quam dicat falsum vel iniustum. sed hæc bonor. possess. est sine re, nisi vicerit in accusatione falsi vel iniusti. Sic in proposita specie est sine re, nisi vicerit in accusatione inofficiosi. Illud non est omittendum hanc aditionem

vel bonor. possess. suis heredibus. h. e qui sui heredes existere potuissent, nisi exheredati fuissent, non esse necessariam, *l. 7. hoc tit.* quia ipso iure heredes existunt sui, ius habent ab intestato successionis ἀνυπαιτίως, *l. in suis, de lib. & post. sui heredes*, vt græci dicunt, habent ἀναφαίρετον ius, hoc est, existentiæ: Nam sui non dicuntur heredes fieri, sed existere, ideoque illis non est necessaria aditio, vel bon. poss. Extraneis tamen est necessaria secundum ius antiquum: secundum ius nouum non est necessaria illa solemnitas, sed agnitio est necessaria: sufficit autem qualecunque indicium adeundæ hereditatis, vel agnoscendæ bonorum possess. *l. 1. Cod. Theod. de cretionibus vel bonor. possess. §. vlt. Instit. de bon. poss. & §. vlt. de hered. qual. & differ.* Constat vero hereditatem non aditam, vel bon. poss. non agnitam, hodierno vel antiquo iure, h. e. solemniter, vel nuda voluntate, in heredem non transmitti, & consequenter petitio hereditatis antequam adeatur hereditas, vel agnoscatur bonor. possess. non transmittitur in heredem. quia hereditas non transmittitur; ergo nec actio. Quod locum habet non tantum in petitione hereditatis de inoffic. testam. sed & in qualibet petitione hereditatis. Paul. *lib. 1. Sent. tit. 13.* Igitur petitio hereditatis in heredem non transmittitur, nisi adita sit hereditas, vel bonor. possess. agnita, vel nisi defunctus ex ea litem contestatus sit, alioqui non transmittitur. Et ideo in *l. 1. §. si impubere, de collat. bon.* dum Iurisconsultus ait, adrogatum in heredem transmittere quartæ actionem, scilicet Antonianæ, vtitur hac ratione, quia personalis est, id est, quia non est petitio hereditatis, sed actio in personam, ideo transmittitur: Itaque si litem contestatus sit defunctus, procul dubio transmittetur petitio hereditatis in heredem. Plus dico: ex sola etiam denuntiatione, vel libelli datione petitionem hereditatis de inofficioso in heredem transmitti, *l. 7.* Denuntiatio fit aduersario, cum lis ei denuntiatur, & dies condicitur. Libellus offertur Magistratui, dum preces ei offeruntur. Ita Græci *in l. 7.* nescio an recte. Malim accipere libelli dationem pro edita actione aduersario, *l. 1. §. 1. sup. de edend.* Item eam actionem de inofficioso in heredem transmitti ex sola comminatione, videlicet si is, qui comminatus est se acturum de inofficioso, vel si is, qui denuntiauit, vel is, qui libellum dedit, ex suis heredibus fuerit, vel potuerit esse, nisi fuerit exheredatus. At in extraneis aliud est, qui hanc actionem non transmittunt in heredem, nisi adierint hereditatem, vel petierint bonor. possess. vel nisi litem contestati sint, vel nisi causam agere cœperint & præparare, facta aduocatione forte, vel nisi iam adierint Centumuiros, ita præparatam querelam licet non contestatam transmittent in heredem, *l. 5. C. eod.* extranei ex sola comminatione vel denuntiatione non transmittent. De vtrisque ita concludi generaliter potest: Et suos & extraneos heredes querelam non suo quodam modo (suum quique habent modum, sui suum, extranei suũ) ad heredem non transmittere quo pertinet. *l. si quis affirmauit, §. item si tabulæ, sup. de dolo.* Hæc conclusio ita procedit in suis si habeant heredem extraneum, h. e. in extraneum heredem non transferunt querelam non præparatam, sed si habeant suum heredem, puta filium in potestate constitutum, & decesserint deliberante herede scripto, in eum transferunt querelam etiam non præparatam, *l. si quis filium, & l. pen. §. vlt. C. eod. ex Constit. Iustin.* Notandum quod dixi, si decesserint deliberante herede scripto. h. e. non adita hereditate ab eo. Nam si decesserint post aditionem scripti heredis, sequemur ius antiquum, non Constitutiones illas Iustiniani, quæ hunc casum non complectuntur, & dicemus eos non transmittere in suum heredem querelam non præparatam, cum cœperit quidem (nam incipit ab aditione) & eam mouere cessauerit, vel non mouerint ipsi cum viuerent. Hic deinde quæritur, an querela transmittatur ad patrem post agnitam bon. possess. litis de inofficioso præparandæ & ordinandæ causa? Finge: filius matris testamento præteritus est, extraneus scriptus: mortua matre filius petiit bon. possess.

A quasi legitimus, idque vt præparet sibi litem de inofficioso, deinde filius decessit ante litem cœptam, quæritur, an eius pater possit exequi litem de inofficioso testaméto? Respondetur, non posse, *l. 8. §. 1. h. t. l. lex Cornel. de vulg. & pup.* quia non est heres filiusfam. heredem non habet, nisi testamentum sibi faciat de castrensi peculio, vel quasi castrensi quod habet, quod proponitur *in §. 1.* Igitur decessit hic filius sine herede. Ergo etiamsi agnouerit bon. possess. non transmittit in heredem, quem non habet. At dices, videtur querela patri acquisita patria potestate? id negabo patri acquisitam querelam, quam pater nondum cœpit instituere viuo filio: nam prius debet inquiri volũtas filij, an velit queri de inofficioso, an sit dignus exheredatione illa, necne, quoniam iniuria est filij, *l. 8. in*

B *princ.* Indignatio est filij, *l. filius h. t.* si indignetur filius, tunc non aget filius, sed pater aget voluntate filij. Exheredatio est quædam nota & ignominia, ita appellatur sæpe, quæ vt aboleatur, agitur de inofficioso. Ideoque hoc iudicium de inofficioso est iudicium de meritis exheredati. Et docere debet exheredatus, vel pater qui agit, eum immerentem & indigne exheredatum, & sui compotem testatorem non videri, qui talem exheredationem fecit. Itaque indignatio tota est filij. eius itaque voluntas in primis exquirenda est. Eo inuito pater non aget querela, vt si agnoscat filius, se male meritum de matre, non aget pater. Sed si pater semel egerit de inofficioso volente filio, nec peregerit litem, & pendente lite filius decesserit, non dubium patrem litem peracturum post mortem filij: sed si lis

C dum cœperit, licet filius agnouerit bon. poss. non inchoabit litem pater, quinimo morte filij exstinguetur querela. Illud etiam sciendum, querelam præparatam non transmitti ad heredem, si exheredatus eam dereliquerit, quia ipse exheredatus ad eam redire non potest, videturque acquieuisse iudicio defuncti hac in re. Hæc actio imitatur actionem iniuriarum, quæ aboletur facile dissimulatione & remissione qualibet. Sic actio hæc de inofficioso testam. & iniuria exheredationis aboletur nuda voluntate qualibet, atque ita licet inchoata fuerit, non transit ad heredem, *l. 8. hoc tit. l. nam & si §. 1. hoc tit.* Illud etiam notandum querelam inofficiosi dari aduersus Imperatorem heredem scriptum, quod proponitur in *d. l. 8. §. si Impe-*

D *rat.* Et à Paul. *lib. 4. Sent. tit. de inoffic.* qui rationem addit. Igitur etiam Imperator patitur querelam inofficiosi, iniusti, vel falsi testamenti. Item datur querela inofficiosi contra testamentum veterani patrisfam. iure communi factum: contra testamentum militis non datur, licet exheredauerit vel præterierit filium, siue factum sit iure communi, siue militari, *l. si instituta §. 1. de inoffic. hoc tit. l. 9. & l. 24. C. eod.* At contra veterani patrisfam. testam. iure communi factum, datur querela, etiamsi habuerit tantum ea bona, quæ adquisiuit in castris, rescindetur eius testamentum querela inofficiosi. Non datur tamen contra testamentum veterani patrisfam. factum iure militari, priusquam mitteretur, intra ann. missionis: Nam intra eum

E annum valet iure militari, nec rescindetur querela inofficiosi, post annum missionis testamentum euanescit, nec opus est querela, cum ipso iure euanescat, *d. l. 8. §. Papin.* in quo recte ait, *Veterani patrisfamilias.* Nam aliud est in filiofam. veterano: Nam veteranus filiusfam. si testamentum fecerit (non potest autem facere nisi de castr. peculio) idque iure communi non poterit rescindi à patre per querelam inofficiosi, *l. vlt. C. eod.* Idemque est in eo qui testam. fecit de quasi castr. peculio: nam id etiam non patitur querelam patris, *l. vlt. C. qui testam. fac. poss. l. cum lege C. de Episc. & cler.* Quasi castrense peculium habent præsides prouinciarum. h. e. salaria eorum & annonæ sunt in quasi castrensi peculio; salaria aduocatorum, professorum liberalium artium, salaria archiatrorum, hoc est, Medicorum principis, aut vrbium duarum Romanæ & Constantinopolitanæ: item salaria agentium in rebus h. e. magistrianorum: salaria memorialium, item salaria proconsulum vel consulum, vt quidam Codices habent.

Sed ſubiicit *d. l. vlt. C. eod.* præfectis etiam legionum data ſalaria eſſe in quaſi caſtrenſi peculio: hoc eſt falſum: nam præfecti legionum ſunt milites, *l. 2. de his, qui not. infam.* *In ea l. vlt.* corrupte ſcriptum eſt, *proconſulibus & præfectis legionum*: nam præfecti legionum milites ſunt. ſi habeas, proconſulibus, legendum eſt proconſulibus, legatis, vt in *l. abeſſe, ex quib. cauſ. maior.* ſi habeas, *conſulibus*, legendum poſtea, & præfectis prætorio. Græci legunt, *conſulibus & præfectis prætorio*, ἀνθυπάτοις καὶ τοῖς ἐπάρχοις. Igitur ſi teſtentur filiifam. de caſtrenſi vel quaſi peculio, teſtamentum eorum non patietur querelam inofficioſi teſtamenti. Id mutatum videtur *Nouella* 115. & 123. vt tradit Accurſ.

Ad §. 5. Sed neque impuberis.

Sed neque impuberis filij mater inofficioſi teſtamentum dicit, quia pater ei hoc fecit. Et ita Papinianus reſpondit. Nec patris frater, quia filij teſtamentum eſt. Ergo nec frater impuberis, ſi patris non dixit. Sed ſi in patris obtentum eſt, nec hoc valebit, niſi ſi pro parte patris reſciſſum eſt: tunc enim pupillare valet.

§. 6. Si quis mortis cauſa filio donauerit quartam partem eius, quod ad eum eſſet perventurum, ſi inteſtatus paterfamilias deceſſiſſet, puto ſecure eum teſtari.

§. 7. Si quis impuberi filio ſubſtituit, ſecundas tabulas faciendo, non ob hoc admittemus ipſum impuberem ad inofficioſi querelam.

HIc §. eſt de ſubſtitutione pupillari, an contra eam moueri poſſit querela inofficioſi. Subſtitutio pupillaris eſt teſtamentũ filii impuberis, quod pater ei fecit: ipſe impubes teſtamentum ſibi facere non poteſt, ſed pater ei facit, quo heredem ei dat, & ab eo legata aut fideicommiſſa relinquit, videlicet ſi filium impuberem heredem inſtituerit, & deinde ſubſtituerit: Nam pater poteſt facere teſtamentum filio impuberi, non tantum inſtituto heredi, ſed etiam exheredato §. *non ſolum, Inſtit. de pup. ſubſtit.* ſed à ſubſtituto exheredati legata non relinquit, *l. ab exheredato, de leg. 1.* puberi autem filio teſtamentum facere pater non poteſt, etiamſi miles ſit, *l. Centurio, de vulg. ſubſtit. & l. 1. C. de teſt. milit.* Sed ipſe filius pubes teſtamentum ſibi facit, cum ſit pubes, ſi ſit in poteſtate, ſcil. de caſtrenſi peculio vel quaſi caſtrenſi dumtaxat, quod per querelam inofficioſi non poteſt reſcindi, niſi *ex Nouel. conſtit. Iuſtiniani.* Si ſit emancipatus, ipſe ſibi teſtamentum facit de omnibus bonis, quæ habet, etiam de paganis: Ac tum parentibus præteritis datur querela inofficioſi teſtamenti. Ergo pater puberi teſtamentum non facit more populi Rom. nec tamen cuilibet filio impuberi: nam emancipato in ſecundo gradu non ſubſtituit, nec teſtamentum facit, ſed ei tantum, quem habet in poteſtate, iure poteſtatis patriæ, quæ etiam moribus introducta eſt, *l. pater, de his, qui ſunt ſui.* Et ei quidem teſtamentum facit, non tantum de bonis profectitiis, ſed etiam de aduentitiis, id eſt, quæ filius ſibi poſt mortem patris acquiſiuit aliunde, quam ex re patris. Denique omnibus eius bonis præſentibus & futuris heredem dat per ſubſtitutionem pupillarem. verum ſubſtitutio pupillaris non valet ante mortem patris. Non valet etiam niſi valeat teſtamentũ principale ſiue authenticũ. h. e. paternum, quoniam paterni teſtamenti pars & ſequela eſt teſtamentũ pupillare, ſicut codicilli ſunt pars teſtamenti. Denique pater filio nõ poteſt facere teſtamentũ. Et quod ſibi fecit, ſi corruat, corruet & ſequela, id eſt, pupillare teſtamentũ, niſi ſibi etiam faciat teſtamentũ, §. 5. *de pupill. ſubſtit.* His cognitis, quæ ſunt principia, fingamus: pater filio impuberi heredi inſtituto vel exheredato teſtamentum fecit, in quo extraneum heredem ſcripſit, matrem heredis ſcripti præteriit in ſecundis tabulis. Mortuus eſt pater, deinde filius ante pubertatem, & ita ſubſtitutioni pupillari locus fuit, quæ finitur pubertate: Ceterum, ſi impubes moriatur ante pubertatem, tunc locum habet ſubſtitutio: Subſtitutus adiit filii hereditatem, quæſtionis eſt, an mater poſſit agere querela de inofficioſo teſtamento pupillari, in quo eſt præterita, extraneo ſcripto? Reſpondetur, non poſſe, quia ipſe ſibi filius hoc teſtamentum non fecit, ſed pater id ei fecit: Non poteſt autem vxor queri de teſtamento, quod maritus fecit; igitur mater non habet querelam contra ſubſtitutionem pupillarem. Quid dicemus, ſi pater turpem & famoſam perſonam heredem ſubſtituerit filio impuberi, & præterierit ſuum fratrem, hoc eſt, patruum impuberis, an omiſſus frater patris, hoc eſt patruus impuberis contra ſubſtitutionem pupillarem poſſit mouere querelam eo quod ſit frater? Et reſpondetur etiam huic non dari querelam, hac ratione, quia illa ſubſtitutio non eſt teſtamentum fratris, licet à fratre factum

B ſit, ſed eſt teſtamentũ filii fratris: vltra fratrem autem & ſororem non datur querela contra teſtamentũ adgnatorum & cognatorum, *l. 1. hoc tit. l. 21. C. eod.* Illud etiam quæritur: Finge in eodem §. in teſtamento pupillari pater ſubſtituit impuberi turpem perſonam, & alterum filium ſuum fratrem impuberis omiſit, an hic poteſt queri de inofficioſo teſtamento fratris impuberis? In hac ſpecie adhibetur diſtinctio quædam, quæ priuſquam explicetur à Iuriſconſulto, ita reſpondet: *ergo nec fratris impuberis, &c.* Quid ſignificat illud *ergo?* an illud accipiemus, vt vulgo accipitur, vt, qua ratione mater repellitur à querela contra ſubſtitutionem pupillarem, eadem ratione repellatur frater impuberis, quia ſcil. ipſe filius illud teſtamentum ſibi non

C fecit: An dicemus, fratrem non poſſe queri de teſtamento fratris, etiam turpi homine ſcripto, quia ipſe ſibi teſtamentum frater non fecit? Minime. Non eadem ratione repellimus fratrem impuberis, qua matrem: nam frater poteſt accuſare teſtamentum, quod fecit pater vel frater, turpi perſona ſcripta: at mater non item: Nam mater quidem poteſt accuſare teſtamentum, quod ſibi filius fecit, non quod maritus ſibi fecit, vel alius, qualecunque ſit. Itaque inter matrem & fratrem magna eſt differentia: Mater non poteſt accuſare factorem teſtamenti, cum ſit maritus, frater poteſt accuſare factorem teſtamenti, cum ſit pater. Igitur adhibenda eſt hæc diſtinctio, & dicendum: Aut frater dicit inofficioſum teſtamentum patris ſui principale, aut non: Si principale teſtamentum non dicit in-

D officioſum, quod forte in eo ſit inſtitutus, non dicet etiam inofficioſum teſtamentum fraternum. Sed ſi patris teſtamentum inofficioſum dicat, rurſus diſtinguemus: aut per querelam id reſcindit in totum, aut pro parte: ſi reſcindit principale in totum, per conſequentiam reſcindetur etiam pupillare, non querela quadam propria: ſed cum querela contra teſtamentum patris id reſcindat in totum, conſequens eſt & pupillare tolli. Verum ſi reſcindat paternum pro parte duntaxat, ſubſtitutio pupillaris facta fratri impuberi valet, cum conſiſtat paternum, vel pro parte, quod eſt ſatis, vt ſequentia maneant. Itaque non reſcinditur per conſequentiam, ſed reſcinditur propria querela & actione propoſita in ſubſtitutionem pupillarem, & in totum: Atque ita reſcindit frater patris teſtamentum pro par-

E te: fratris teſtamentum non reſcindet, quia valet, niſi ſpecialiter in id teſtamentum agat querela: poteſt ergo contra vtrumque teſtamentum experiri. Græci hoc nominatim ſenſerunt, quod notandum, cum factor teſtamenti fraterni ſit pater, qui accuſari poteſt æque vt frater; ſed exigimus ſemper, vt ſubſtitutus ſit turpis perſona, vel libertus. Quandoque vero frater reſcindit totum teſtamentum paternum, quandoque ex parte. Sic ſtatuo: ſi frater pubes exheredatus agat querela inofficioſi teſtamenti paterni contra fratrem impuberem inſtitutum, cui facta eſt ſubſtitutio pupillaris, pro parte auocatur hereditas, ſiue paternum teſtamentum reſcindit, & ſubſtitutio pupillaris valet, & eget ſpeciali querela: Sed ſi vterque filius ſit exheredatus, & impuberi ſubſtitutus datus, extraneo ſcripto fratre pubere agente de inofficioſo teſtamento principali contra extraneum impubere omittente querelam, hoc caſu totum

testamentum rescinditur, licet non tota hereditas vindicetur: Nam impubes exheredatus, qui omittit querelam, facit partem fratri, §. *quarta, h. leg.* 8. nisi scil. omittat querelam ipse vel tutor animo repudiandi, *l.* 17. *inf. eod.* Atque ita ex illo apparet, quando testamentum rescinditur in totum & pro parte; si in totum, rescinditur & sequela, nec opus est querela: At cum nullo modo accusatur pater, nec accusabitur frater impubes, qui ipse sibi testamentum non fecit. Notandum maxime, in totum rescisso testamento paterno per querelam inofficiosi, tolli etiam tabulas pupillares, non tam quia sequela est testamenti paterni, quam quod omnia præsumuntur esse hominis male sani iudicia; Et ideo etiam libertates, legata, tutelæ, & omnia, quæ in testamento scripta sunt, corruunt. Sed aliud est ex *Nouel.* 115. Nam conseruantur legata, tutelæ, libertates, fideicommissa, tabulæ pupillares, sola institutio corrumpitur & vitiatur. Igitur hodie rescisso paterno testamento in totum, manet pupillaris substitutio, & si substitutus sit turpis homo, fratri opus est speciali querela contra testamentum fraternum. Eam Nouellam 115. Alciatus male trahit ad bonorum possessionem contra tab. cum tota sit accipienda de querela inofficiosi testamenti. Igitur in bon. possessione contra tab. sequemur ius vetus & dicemus recisso testamento ex causa præteritionis à patre factæ, & per bon. possess. cont. tab. libertates & legata non deberi, nisi exceptis certis personis ex titulo *de leg. præst.* Dicemus tabulas pupillares valere & veteri & nouo iure, valere & legata in eis relicta. *l. ex duobus* §. *vlt.* & *l. seq. de vulg. subst.* Igitur bonorum possess. contra tab. non infirmat omnia, & est ex iure prætorio: querela infirmat omnia, & est ex iure ciuili. In ea Nou. præteritio semper accipienda est pro ea præteritione, quæ fit à matre vel ab auo materno, vel liberis, vel fratribus, quæ habetur pro exheredatione. Ex causa huiusmodi præteritionis sola institutio principalis corrumpitur: tab. pupillares & cetera omnia firma manent. Addendum, si impubes sit exheredatus, eique sit substitutus datus in secundum casum, querelam ei dari, quod ei substitutus datus sit, licet plerunque substituatur mala mente, *l. cum quidam, C. de legat.* in qua hic articulus scil. accipitur ironice. Et hoc ostenditur *in* §. *si quis impuberi, inf.* multo minus dabitur querela filio eo nomine, si fuerit institutus ex portione legitima, *l. ex tribus, C. eod. tit.* Addendum querelam excludi, si filius exheredatus acceperit quartam debitæ portionis, puta si eam acceperit donatione mortis causa § *si quis mortis, inf.* Idemque dicemus sub modo quodam, si eam acceperit donatione inter viuos, *l.* 25. *inf.* quam quartam vocant Græci semper νόμιμον μέρος, hoc est, *portionem legitimam*. Verum hæc Iustiniani Nouellis mutata sunt, primum ex *Nouel.* 18. alius est modus legitimæ, neque est quarta, sed tertia vel dimidia. Item ex *Nouella* 115. quarta non excludit querelam, si accepta sit ex donatione vel alio tit. sed sola institutio vel elogium exheredationis testamento adscriptum & probatum ab herede, hoc est, causa exheredationis. Sunt autem certæ causæ ex ea *Nouella*, quæ sunt probandæ ab herede. Olim erant incertæ, sed æstimabantur arbitrio septemuirorum. Igitur in *l.* 7. *de bon. damn.* male quidam Cod. habebant, *certis de caussis filium exheredari.* Florent. rectius scriptum est *meritis de caussis*, quæ hodie certæ sunt definitæ post Pandectas & post Cod. enucleatum Iust. Est etiam mutila d. l. 7. in fine. ita ait, *cum filiafamilias veneno necasse conuinceretur eum, à quo heres instituta erat: quamuis iussu patris, cuius in potestate*, supplendum est, *esset, hereditatem adierit, fiscus hereditatem vindicat.* Basilica: ἢ κελεύσει τοῦ πατρὸς ὑπεισῆλθε τὴν κληρονομίαν, ἐκδικεῖ τὴν κληρονομίαν ὁ δημόσιος. id est, *&* *iussu patris adierit hereditatem, fiscus hereditatem vindicat.*

Ad §. Quoniam autem.

Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam: videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur. vt puta sumus duo filij exheredati. Et vtique faciet, vt Papinianus respondit. & si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex vno plures, tres puta, ex vno vnus, vnicum sescuntia, vnum ex illis semuncia querela excludit.

Initio §. id repetitur, quod traditum est *sup.* §. *si quis mortis*, quartam excludere querelam inofficiosi testamenti: ei, cui reliquitur quarta, satisfit, nec iam queri potest de iudicio defuncti. Plinius 5. *Epist.* 1. *si mater*, inquit, *te parte quarta scripsisset heredem, num queri posses?* significatur institutũ ex parte non habere querelam; idemque obtinuit ante Nou. Iustin. si quolibet alio titulo fuisset relicta quarta, quamuis exheredaretur aut præteriretur immerito. Sed hodie ex *Nouel.* 115. relinquenda est titulo institutionis, non quod institutio sit honor: nam & legatum & fideicommissum & donationes causa mortis honores sunt: sed hoc ideo constitutum est à Iustiniano, ne quis exheredatione aut præteritione temere notetur: Nam exheredatio est nota, quam notam non delet honor legati, aut fideicommissi, aut donationis causa mortis. Itaque exheredandus filius aut pater cum elogio certo & probato, aut instituendus in legitimam portionem. Hæc legitima portio, hoc est, quarta, qua lege definita sit, quæritur: nam necesse est, lege aliqua taxata sit. Male ab interpretibus appellatur quarta naturæ, vel quarta debita naturæ: Nam natura quidem liberis vel parentibus debetur hereditas, sed natura non taxauit quartam. itaque naturalis non appellatur, sed est quarta legitima. Et à Græcis non appellatur φυσικὸν μέρος, sed νόμιμον μέρος, & alio modo νόμιμον λέγει. & *lib.* 39. Basil. νόμιμον τεταρτημόριον. & *lib.* 45. *tit.* 4. *ad l.* 6. *C. de bonis, quæ lib.* in interpretatione quadam Theodori Heruetus legit μετὰ τὸ δίκαιον τεταρτημόριον, legendum autem est, μετὰ τὸ νόμιμον τεταρτημόριον, hoc est, *legitimam portionem.* Qua igitur lege taxata est quarta? Loquor de ea quarta, quæ debetur filiis ex testamento patris, vel contra, & de ea, quæ debetur fratribus, quando turpes personæ instituuntur: Nam matri ex testamento filij deberi quartam ex Senatusconsulto Tertulliano Zonar. scribit in Pio, & consequenter filio ex testamento matris quartam deberi ex Senatusconsulto Orphitiano Nicephorus scribit, quibus Senatusconsultis etiam ab intestato inuicem sibi succedunt. Verum qua lege filio ex testamento patris debetur quarta, aut contra? Plerique aiunt ex lege Falcidia, quod hæc quarta sæpe appelletur Falcidia. sed hæc ratio non est idonea. Nam generaliter Falcidiæ nomine significatur qualibet quarta, licet non omnem quartam Falcidia introduxerit. Et sane si filius habeat quartam ex leg. Falc. nullam aliam quartam habebit; nec querelam vllam, duas non deducit quartas. Plinius *in* 5. *Epist.* 12. significat etiam illo loco, eum qui habet quartam ex leg. Falcidia non posse queri, ait *satisfactum ei esse.* Et hoc iure vtimur. Ceterum si filius sit rogatus restituere hereditatem, non vtimur eodem iure. Ius quidem ciuile idem est, vt si habeat quartam ex SC. Trebell. nihil præterea requirat, sed hodie hoc casu duas quartas detrahet: vel secundum definitionem Iustiniani detrahet trientem, & præterea quartam Senatusconsulti Trebelliani, vel Pegasiani. Exemplo est opus. Filius heres institutus est in vniuersum, & rogatus est restituere hereditatem. secundum definitionem Iustin. detrahet sibi vnciam pro legitima, & quinque alij fratres habebunt quinque vncias, hoc est, singuli vnciam: nam necesse erit, vt consistat testamentum, quinque alios filios institui in quinque vncias, hoc est singulos in vnam vnciam, hic autem institutus in ius vniuersum, habebit vnciam; atque ita semis erogabitur sex illis filiis pro legitima. Ex altero semisse deinde heres detrahet sescunciam ex Trebell. atque ita fideicommissarius non habebit, nisi quadrantẽ & sescunciam. Nunc ad rem. An hæc quarta definita est lege Glicia, quæ dedit querelam filiis forsitan sub hac exceptione, *nisi quarta eis relinquatur*? Hoc est probabilius, sed

tamen incertum. An possit quis ita dicere, sicut quo SC. mater vocatur ad successionem filij ab intestato, vel contra, eodem Senatusconf. relinquenda est ex testamento filio aut matri quarta; An ita etiam dicemus, qua lege filius succedit patri ab intestato, vel contra, succedit autem ex leg. 12. tabul. eadem lege filio ex testamento relinquendam esse quartam? Hoc non probo: Nam leg. 12. tabul. filius potuit impune exheredari, nec fuit querelæ locus, & sæpe alia lege vocatur quis ab intestato, alia lege pars ei ex testamento debetur, vt patronus ab intestato vocatur ad successionem liberti ex leg. 12. tabul. ex testamento semis ei debetur, edicto prætoris, & hodie ex constitut. Iustinia. triens: De illo semisse accipiendæ sunt semper LL. Pandectarum, & fit mentio de eis certis locis. De eo semisse accipiendum est, quod Sueton. in Nerone cap. 32. scribit, A B *constituit, vt ex libertorum defunctorum bonis pro semisse dodrans peteretur*, pro semisse scil. quæ erat portio legitima patroni. Vtut sit, hæc quarta, quæ excludit querelam, est quarta debitæ partis, sic vocatur *in hoc* §. quarta legitimæ partis, & in §. *sed hæc, Inst. de inof. test.* hoc est quarta eius partis, quæ ab intestato debetur, § *si quismortis, sup. l. parentibus, C. eod.* Exemplo opus est. Si sit vnus tantū filius ab intestato, habiturus est assem: ex testamento satis est, si habeat quadrantem omnium bonorū vt repellatur à querela, etiamsi immerito exheredatus sit: Si sint duo filii, singuli ab intestato habent semissem; ex testamento singulis debetur quarta tantum semissis, hoc est, vncia & semis. Si sint tres filij, singuli ab intestato habent trientem, ex testamento singulis debetur vncia, quam si habeāt, non possunt C agere de inofficioso, licet exheredati sunt, aut præteriti. Similiter si defuncto promixiores sint duo nepotes ex filiis iam ante defunctis, ex vno vnus, ex altero autem filio tres nepotes, hi ab intestato auo succedunt in stirpes, non in capita, §. *cum filius, Instit. de hered. quæ ab intest.* Et vnus ille nepos ab intestato habet semissem: alij tres habent alium semissem, hoc est, singuli sextantem: Ex testamento igitur vni illi nepoti relinquenda est sescuncia, hoc est, quarta semissis, quarta legitimæ partis, tribus reliquis reliquenda est semuncia, hoc est, quarta sextantis ad excludendam querelam. Et hæc species proponitur in *hoc* §. Proponitur & alia: Duo sunt filij exheredati, primus & secundus. extraneus heres scriptus est: primo legauit sescunciam, quæ est quarta legitimæ partis, secundo nihil le- D gauit, atque ita satisfecisse videtur primo, non secundo. Secundus non agit querela, primus agit querela, dicens sibi non esse relictam quartam debitæ partis. Nam cum secundus frater exheredatus, qui omisit querelam, habeatur pro mortuo, *l.* 1. §. *sed etsi patruus, de coniungend. cum emancip* consequens est, primo quasi soli filio deberi quadrantem bonorum omnium, nec sufficere dimidiam quadrantis, hoc est, sescunciam ad excludendam querelam. Ita contendebat primus sibi non esse satisfactum, sibi relinqui debuisse quadrantem, non sescunciam. Contra respondetur, sufficere sescunciam: Nam secundus partem facit primo, hoc est, in partibus faciendis, secundi, licet taceat, persona spectatur & numeratur, quo iure vtimur. Ergo primus non potest agere querela, cum habeat quantum satis est: sed si pater nihil etiam legauit primo, vel si E minus ei legauit quam sescunciam, primus aget querela, per quam rescindet testamentum in totum, repellet extraneum in totum, *d.* § *sed nec impuberis*, sed eadem ratione non vindicabit nisi dimidiam partem hereditatis, alteram dimidiam relinquet fratri suo. Atque ita querela & victoria primi proficiet secundo fratri suo tacenti, & quodammodo acquiescenti iudicio defuncti: secus erit, si secundus repudiarit querelam, vel si repudiantis animo tacuerit. Nam tunc primo sescuncia non sufficit, & vindicat hereditatem totam, *l.* 17. *inf.* Hodie liberi, parentes, fratres, ita demum querela excluduntur, si exheredentur certis de causis, vel si instituantur non in quartam, sed in trientem vel semissem pro numero personarum. Vt si sit vnus filius, olim ei relinquendus erat quadrans omnium bonorum, hodie instituendus est in trientem omnium bonorum: si sint duo filij, olim singulis erat relinquenda sescuncia, hodie singuli sunt instituendi in sextantem, hoc est, duas vncias: si sint tres filij, olim singulis erat relinquenda vncia, hodie instituendi sunt in vnciam & duellam: si sint 4. olim singulis erat relinquenda semuncia, & sicilicus, hoc est, quarta pars vnciæ, hodie sunt instituendi in vnciam: si sint 5. filij, olim singulis erat relinquenda semuncia & semisextula & semisextulæ quinta pars, hodie singuli instituendi sunt in vnciam, & vnciæ quintam partem: si sex sint, olim singulis reliquenda erat semuncia, hodie singuli sunt instituendi in vnciam. Et in summa, si sint quatuor, vel pauciores, eis debetur triens bonorum omnium. Si sint quinque vel plures, eis debetur semis bonorum omnium ex Nouella Iustiniani. Et si duo sint filij, quorum vnus instituatur heres vniuersalis, alterum satis est institui in sextantem, nec debet institui in trientem: nam institutus heres in vniuersum ius alteri partem facit, sicut & exheredatus qui omittit, non repudiat querelam. Ideoque si sint 6. filii, vnus instituatur heres vniuersalis, alii instituantur in legitimam, hoc est, singuli in vnciam, heredi vniuersali restant 7. vnciæ, quod Harmenop. in *tit. de l. Falc.* alio exemplo declarat. Sic igitur & exheredatus, qui non repudiauit querelam, institutus est in vniuersum ius, partem facit fratribus.

Ad §. IX. Quarta autem accipietur.

Quarta autem accipietur, scilic. deducto ære alieno & funeris impensa. Sed an & libertates quartam minuant, videndum est, & nunquid minuant. nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam: Falcidia autem libertates non minuit, potest dici deductis libertatibus quartam inesse eundam. Cum igitur placet quartam minui per libertates, eueniet, vt qui seruos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludat, nisi forte hic filius, si non fuit in potestate à patre heres institutus, merito omittit hereditatem, & ad substitutum transmittens, querelam inofficiosi instituet, vel ab intestato, citra edicti pœnam, habeat hereditatem.

Sicut quarta accipitur ex l. Falcid. ex eo quod superest deducto ære alieno, & deductis funerū impensa, & libertatibus, hoc est, ex pura substantia quarta Falcidia deducitur, §. *vlt. de leg. Falc. Inst.* Nam his deductis diuiditur inter heredē & legatariū id quod superest, quadrantē aufert heres, dodrantē legatarius. Idque ex leg. Glicia siue qua alia lege, quarta legitimæ partis, quæ excludit querelā inofficiosi, accipitur etiam ex eo quod superest, deducto ære alieno, & deducta funerum impensa, vt si illis deductis supersint 100. duntaxat, & vnus sit filius, qui exheredetur, ei sunt relinquenda 25. vt repellatur à querela, si duo sint filii, singulis duodecim, & semis. An etiam hæc quarta accipitur deductis libertatibus, an libertates hanc quartā minuant? Et inquit Iurisconsultus: *& nunquid minuant, &c.* Videtur accipere, *nunquid*, pro, *quid ni*, vt sequentia ostendunt, *nam si cum quis, &c.* vt recte Florentin. quibus verbis comprobatur, quartam accipi deductis libertatibus. Argumentum tale est: si filius heres institutus ex asse deductis libertatibus, ex eo quod superest habeat quartam, ex lege Falcidia satisfactum ei est, nec queri de testamento potest. ergo satisfiet etiam ei exheredato, si ex eo quod superest, deductis libertatibus, quarta ei relinquatur. Itaque vtramque quartam æs alienum minuit, funeris sumptus minuunt, libertates minuunt: nam eo minor quarta ad heredem, vel exheredem pertinet, vel heredi vel exheredi relinquenda est. At quid si illis omnibus deductis in ineunda æstimatione quartæ nihil supersit? quid si illa absumant hereditatem, quid fiet? proculdubio cessabit querela inofficiosi testamenti. Et sicut, si nihil supersit, institutus heres non habet

legis Falcidiæ commodum, ita etiam, si illis deductis nihil superfit, exheredatus non habet legis Glciæ beneficium, id est, non habet querelam, extraneo herede scripto adeunte, qui tamen heres potius eam hereditatem est repudiaturus, cum sit hereditas sine re: namque æstimatur illis deductis, illa autem absumunt assem, & tum repudiante herede scripto, exheredatus filius veniet ad hereditatem ab intestato, non proposita illa querela: institutus etiam heres filius hoc casu, si velit sibi consulere, repudiabit hereditatem. Itaque ponamus speciem hoc pacto: Quidam qui tantum seruos habebat in patrimonio, filium emancipatum heredem instituit, & ei vulgari modo substituit: Deinde omnibus seruis suis libertatem dedit. Filio igitur nihil superest, ne Falcidia quidem, quinimo non potest deduci ex libertatibus Falcidia: est igitur heres sine re. Ceterum, vt sibi consulat, debet repudiare hereditatem (qui est voluntarius heres, quia est emancipatus) vt ea hereditas veniat ad substitutum ex substitutione vulgari, cui substituto, si adierit, ea hereditas non erit sine re, cum serui, qui erant in patrimonio testatoris, acceperint libertatem à primo gradu, non à secundo, *l. 25. de manum. testam.* Nam dici potest libertates non videri repetitas à substituto. Et ideo deserto primo gradu, à quo libertates relictæ sunt directo, iam non posse eas competere à substituto, vel à secundo gradu, hoc est, à substituto, vel etiam si repetitæ videntur libertates à secundo gradu, hoc est, à substituto, quod est verius, ex rescripto Antonini, *l. licet 74. de legat. 1.* & generaliter siue repetitæ censentur libertates, siue non, filius qui repudiauit hereditatem, aget querela inofficiosi testamenti aduersus substitutum, qui adierit, quia non habet quartam, & institutio primi gradus nullum ei commodum adferebat: & ita proponitur in hoc §. Atque ita *Paul. 4. Sentent. eod. tit.* ait, *heres institutus habens substitutum, &c.* Sic igitur institutus aduersus substitutum agit querela, si obtinuerit libertates, quæ à substituto relictæ sunt vel repetitæ, directo non competunt, vt ostendit *l. seq. inf.* atque ita hic filius qui vicit querela, rem obtinebit ab intestato. Hac igitur via filius sibi consulet repudiata hereditate & transmissa ad substitutum. Quid si hic filius non habeat substitutum vulgarem? hoc etiam casu filius debet repudiare hereditatem ex testamento, cum sit sine re, & ab intestato debet amplecti bonorum possessionem, qua ex re libertates intercidunt, cum hereditas non sit adita, *l. 23. de manumiss. testam.* nec locus erit edicto, *si quis omissa causa testamenti*, quo conseruantur libertates & legata, fideicommissa, si heres institutus omisso testamento ab intestato agnoscat hereditatem: Hoc enim casu non est edicto locus & intercidunt libertates, quia dolo malo non omittit testamentum in fraudem legatariorum vel libertatum, hoc est, quia id non agit principaliter, vt fraudet manumissos, sed id agit, vt excludat fraudem testatoris, qui eum instituit heredem sine re, absoluta tota familia: Itaque non incidit in edictum, *l. cum pater §. Titio, de legat. 2.* Speciem posui de filio emancipato. Nunc quæramus de suo: hac in re plus habet emancipatus quam suus: filio suo & necessario herede instituto, ei subueniri eadem ratione non potest, qua subuenitur emancipato, quoniam inuitus & ignorans statim heres existit, hoc est, apparet, nec potest repudiare: qui heredes extiterunt, non repudiant, sed delata hereditas tantum repudiatur: ergo statim directæ libertates seruis competierunt, nec intercidunt, etiamsi filius abstineat se prætoris beneficio, *l. sciendum est, inf. de manumiss. testam.* quia abstentione non desinit esse heres, licet soluatur oneribus hereditatis beneficio prætoris, sed semper heres appellatur defuncti, semper habet ius illud incorporale exsistentiæ, quod Græci δίκαιον ὑπάρξεως vocant. Plus ergo habet emancipatus quam suus: & si suus habeat substitutum vulgarem, non ideo desinit esse suus, vt possit repudiare. Nam falsum est, quod interpretes dicunt, ratione vulgaris substituti tolli suitatem, sed abstentione sui heredis substituto locus fit: Nam in suo herede hæc substitutionis vulgaris verba; *si heres non erit*, sic accipiuntur, si non miscuerit se, si abstinue-

A rit: alioqui non potest non esse heres, cum exsistat statim: Si igitur filius suus habuerit substitutum, & abstinuerit se, ad substitutum veniet hereditas sine re, quia libertates iam vires acceperunt à primo gradu: Itaque filio suo non potest ea via subueniri, qua filio emancipato. Videamus an alia via subueniri possit. Videtur dici posse in eadem specie filio herede instituto, tam suo quam emancipato, etiam hac ratione subueniri posse, quod libertates datæ sint in fraudem, quo minus ad filium legitima portio perueniret, hoc est, nil præter nudum nomen heredis: hac ratione nullæ videntur esse libertates, & substitutus est rem habiturus, quoniam eadem ratione libertates datæ in fraudem patroni nullæ sunt, id est, quo minus patronus habeat portionem legitimam, *l. si pariter, inf. de liber. causa* qui locus est

B singularis, & quasi reconditus in illam legem. Ad quam notandum est, illud esse ex leg. Ælia Sentia, quæ non tantum vetat manumittere in fraudem creditorum, sed etiam in fraudem patroni, Caius *libro 1. Institut. tit. 1.* & Vlpianus in *frag. tit. de libert.* Cur ergo nullæ etiam sunt libertates datæ ab ingenuis in fraudem filiorum? Respondetur, quia nulla lege id cautum est de libertatibus datis in fraudem filiorum: & alia est conditio ingenuorum, puta parentum, alia longe libertorum, *l. 1. inf. si quis à parent.* Si libertus inter viuos vel testamento aliquid alienauerit in fraudem patroni, patrono competit actio Fabiana vel Caluisiana, quæ est rescissoria, Fabiana testato liberto, Caluisiana intestato, *l. 1. C. si quid in fraud. patr. l. 3. §. si intestatus, inf. eod. tit.* Verum si quid pater alienarit in frau-

C dem filiorum, vel contra filij, non est actio Fabiana vel Caluisiana, non est etiam quasi Fabiana vel quasi Caluisiana, excepto casu filij impuberis adrogati, *l. vlt. inf. si quid in fraud. pat.* de quo dicitur *§. si quis impub.* Verum filio tum datur querela inofficiosi testamenti, si immerito exheredatus sit, non si institutus sit: Datur & querela inofficiosæ donationis, & querela inofficiosæ dotis, nulla alia actio vel querela ei datur. Itaque non eadem est causa ingenuorum & libertorum: Ingenui liberius alienant sua quam liberti, etiam in fraudem. Itaque hac ratione non potest filio subueniri: posset tamen alia ratione filio subueniri, tam instituto, quam exheredato, tam suo quam emancipato, quod scilicet, manumissa sit tota familia, quod est contra legem Caniniam. Nam ea lex certum tantum numerum seruo-

D rum testamento manumitti iubet, aliorum libertates irritas facit. Non consistunt igitur libertates datæ in fraudem filiorum, ex lege Caninia, quæ semper obtinuit, vsque ad Iustin. vt constat ex Paul. Sentent. & Caij Instit. & Vlp. frag. & *l. si Iudæi, C. Th. de Iudæis. & l. potestatis, de verb. signif. & l. si quis eum, inf. de condit. & demon.* quæ duæ ll. sunt ex lib. Pauli *ad leg. Fusiam Caniniam*, vt est Florent. scriptum. Alij vocant Furiam, non Fusiam, vt Vlp. & Theoph. quod videtur rectius. Nam Fusia separatur à Caninia, *ad l. Portiam, Caniniam, Fusiam, Furiam*, vt ait Plaut. in Comed. Querulo. Itaque impediente Caninia libertates omnium seruorum, potuit filius institutus rem habere, vel filius exheredatus queri aduersus scriptum, quia Caninia facit vt supersint quidam serui, quibus non competit li-

E bertas. Puto etiam hoc Vlpian. *in hoc §.* non prætermisisse, sed à Triboniano omissum, quod à Iustiniano sublata esset lex Caninia. Nam hodie potest testator omnem suam familiam testamento manumittere. Hodie igitur hoc etiam remedium deficit, & illa tantum remedia duo supersunt, quæ sunt data filio emancipato in hoc §. quæ tamen olim non erant necessaria propter leg. Caniniam, nisi cum dominus duos tantum seruos habebat in patrimonio: nam poterat ambos manumittere: hoc tantum casu poterat totam familiam liberare, tum deficiebat l. Caninia, & emancipato duo hæc remedia valde erant necessaria, vt perueniret ad rem testatoris.

Ad §. XI. si conditioni.

Si conditioni parere testator heredem iussit in persona filij.

filij, vel alterius, qui eandem querelam mouere poteſt, & ſciens is accepit, videndum ne ab inofficioſi querela excludatur: agnouit enim iudicium. Idem eſt, & ſi legatarius ei, vel ſtatuliber dedit. Et poteſt dici excludi eum, maxime ſi heredem ei iuſſerat dare. Ceterum ſi legatarium, nunquid ſemel natam inofficioſi querelam non perimat legatarij oblatio? Cur ergo in herede abſolute diximus, quoniam ante aditam hereditatem nec naſcitur querela. Ego euentum puto ſequendum in hac re, vt ſi forte, antequam iudicium moueatur, oblatio ei fiat eius, quod relictum eſt: quaſi ex voluntate teſtatoris oblato eo ſatis ei factum videatur.

HI duo §§. pertinent ad ſententiam ſuperius propoſitam, quæ dictat quartam ſufficere ad excludendam querelam inofficioſi teſtamenti, & vt inſtitutio, legatum, fideicommiſſum, mortis cauſa donatio querelam excludit, ita etiam oſtenditur mortis cauſa capionem querelam excludere. *Mortis cauſa capitur* quod ab herede vel legatario, vel ſtatulibero datur conditionis implendæ cauſa, vt ſi heres ſub hac conditione inſtituatur *heres eſto, ſi filio exheredato* 100. *dederis*, vel ſi ſub eadem conditione Titio legetur, vel Sticho libertas detur. Hoc caſu filius exheredatus capiet illa centum mortis cauſa. Inſtitutio quidem eſt mortis cauſa capio: ſic quoque legatum & fideicommiſſum: nam occaſio adquirendi naſcitur ex morte alterius; ſed illæ adquiſitiones habent proprium nomen inſtitutionis, legati, vel fideicommiſſi. quæ dantur implendæ conditionis cauſa non habent proprium nomen. Et cum *mortis cauſa capionem* dicimus, hanc intelligimus, quæ caret proprio nomine & titulo: atque ita mortis cauſa accipimus ſtricte, non generaliter. Igitur ſi filius ſciens capiat ab herede vel legatario mortis cauſa, ſiue conditionis implendæ cauſa, excluditur à querela: hæc querela inofficioſi teſtamenti naſcitur ab adita hereditate, *l. ſi quis filium, in fi. l. pen. l.* §. *illud. C. de inoffic. teſtam.* Quoniam querela inofficioſi datur contra heredem: non eſt autem heres niſi adierit: non datur autem (ſicut bonorum poſſeſſio contra tabulas) contra lignum, hoc eſt, contra teſtamentum, etiamſi nemo heres extiterit, *l. illud, & l. quod vulgo, de bonor. poſſeſſ. contra tab.* At querela non datur contra lignum, ſed contra heredem ſcriptum primo vel ſecundo gradu. Nunc ſi ante aditam hereditatem, filius exheredatus accipiat mortis cauſa capionem, vt ſi ab herede capiat qui non poteſt adire, antequam conditionem impleuerit, poſtea adita hereditate, non naſcetur querela. quod ſi poſt aditam hereditatem, filius exheredatus accipiat mortis cauſa capionem, atque adeo iam nata querela, an dicemus ei dari querelam inofficioſi teſtamenti? Vlpianus concludit ei etiam non dari querelam, & eam exſtinctam eſſe, *l. nihil* §. *à ſtatuliberis, hoc tit.* Dummodo filius ceperit mortis cauſa capionem ante querelam inſtitutam in iudicio: quod ſi filius poſt inſtitutam quæſtionem capiat à legatario, vel ſubſtituto ſtatulibero, non animo deſerendæ litis, ſed quia offertur, & ipſe non vult obſtare legatario, quo minus conditionem impleat, tunc cœptum iudicium de inofficioſo non ſoluetur, ſed eadem actio perſeuerabit. Concluſio huius §. hæc eſt: Mortis cauſa capionem excludere querelam inofficioſi teſtamenti, ſi ſciens exheredatus ceperit, antequam moueret in iudicio querelam inofficioſi teſtamenti. Quid ſi id, quod cepit non ſufficiat ad quartam debitæ portionis? Reſp. Græci recte, ſcientem ſibi præiudicare, quia contentus eo eſſe, & id capiendo ex voluntate defuncti, omne iudicium defuncti comprobare videtur. Idemque de legatario & fideicommiſſario reſponderi debet, *l. parentibus, C. eod.* Quinimo mortis cauſa capio non imputatur in quartam legitimæ portionis, aliter quam ſi ſciens acceperit & agnouerit iudicium defuncti: Nam mortis cauſa capio non imputatur etiam in quartam, quæ lege Falcidia deducitur ex legatis, *l. id autem, & l. in quartam, inf. ad leg. Falcid.* Non imputatur etiam in Trebellianam *l. in ratione,* §. *tametſi, eod.* Quod tamen videtur pugnare cum *d. l. in quartam* in verſu, *ſed & quod implendæ* qui non eſt in archetypo Florent. nec in libr. βασιλικῶν. Sed etiamſi retineatur, facile ei reſponderi poteſt ex verbo, *fideicommiſſum*. Igitur mortis cauſa capio non imputabitur etiam in quartam Gliciam, niſi cum ſciens accepit & agnouit, quantum in ſe eſt, iudicium defuncti. Idem dicemus in legato & fideicommiſſo, niſi ſciens acceperit. Quod ſi nihil acceperit ex legato, fideicommiſſo, vel mortis cauſa donatione, proculdubio aget querela inofficioſi teſtamenti, qua tamen ſi non obtinuerit, poſtea non poterit legatum, vel fideicommiſſum, vel mortis cauſa capionem amplecti, hoc eſt, licet maneat teſtamentum, tamen ex teſtamento non petit legatum, aut fideicommiſſum, quod ſcilicet reſcindere conatus eſt. Ex eo etiam teſtamento non capiet mortis cauſa capionem, in §. *meminiſſe*.

Ad §. 12. Vnde ſi quis.

Vnde ſi quis fuit inſtitutus forte ex ſemiſſe, cum ei ſextans ex ſubſtantia teſtatoris deberetur, & rogatus eſſe poſt certum temporis reſtituere hereditatem, merito dicendum eſt, nullum iudicium mouere, cum debitam portionem & eius fructus habere poſſit. Fructus enim ſolere in Falcidiam imputari, non eſt incognitum. Ergo & ſi ab initio ex ſemiſſe heres inſtitutus rogetur, poſt decennium reſtituere hereditatem nihil habet quod queratur: qui facile poteſt debitam portionem, eiuſdem fructus medio tempore cogere.

INſtitutio ex aſſe vel ex ſemiſſe excludit querelam inofficioſi teſtamenti, quoniam etiam ſi hereditas ſit exhauſta legatis, habet Falcidiam, vel ſi rogatus ſit reſtituere hereditatem illam, habet Trebellianam quartam; itaque non poteſt queri, nam ſufficit vna quarta. Hoc iure duarum quartarum deductio non eſt, ſed fieri poteſt vt quarta Falcidia, vel quarta Trebellianica minor ſit quarta legitimæ portionis: vt ſi filius ſit heres inſtitutus ex ſemiſſe, cuius quarta eſt ſeſcuncia, id eſt, vncia ſemis, & quarta legitimæ portionis ſit ſextans, id eſt, duæ vnciæ, vt pote quia filius hic ab inteſtato erat habiturus beſſem: ergo ex teſtamento debet habere quartam beſſis, id eſt, ſextantem, cuius rei exemplum (quod erat ſatis inueſtigatu difficile) Accurſius poſuit optimum, ſed non conueniens huic legi, ex §. *item vetuſtas, Inſt. de her. quæ ab inteſt.* Ante Conſtitutionem Iuſtin. cum defuncto erat filius & nepos ex filia iam mortua, non ſuccedebant ex æquo ab inteſtato, ſed habebat filius beſſem, nepos ex filia trientem, hoc eſt, parti nepotis filius adimebat ſextantem, hoc eſt, tertiam partem, atque ita auferebat beſſem: ex Conſtitutione Iuſtin. ſuccedunt ex æquo. Hoc igitur caſu quarta legitimæ portionis eſt ſextans, quia ab inteſtato filio debetur bes: Quarta autem Falcid. vel Trebell. eſt ſeſcuncia. Ergo minor quarta legitimæ portionis. Quid fiet? Hoc caſu filius inſtitutus ex ſemiſſe, & eum rogatus reſtituere non detrahet ſeſcunciam, ſecundum rationem Trebell. ſed detrahet ſextantem, ſecundum rationem leg. Gliciæ, quia hæc portio amplior eſt, *l.* 1. §. *vlt. ſi cui plus quam per l. Falcid.* ſed *ille* §. loquitur de portione debita patrono. Recte Accurſius adiicit idem eſſe in filio inſtituto & grauato ſupra legitimam portionem. Igitur in præſtandis legatis, vel in reſtituenda fideicommiſſaria hereditate, non ſemper habetur ratio leg. Falcid. Trebell. &c. Sed interdum habetur ratio legis Papiæ, ſiue edicti prætoris, vt cum patronus eſt inſtitutus; & maior eſt portio legis Papiæ, quam Falcidiæ. Interdum habetur ratio leg. Gliciæ, vt cum filius eſt inſtitutus exemplo patroni. Exemplum Accurſij eſt optimum, ſed id ſumptum eſt ex Conſtitutione quadam Valentiniani & Theodoſij: *l. ſi defunctus C. de ſuis & legit.* de quo Vlp. non cogitat. Præterea in hac ſpecie, ſi attente legatur hic §. Vlpian. debitam portionem & Falcid. hoc eſt, Trebell. (vt accipitur hoc loco) parem, hoc eſt, eandem facit, vt non debeat fingi debitam portionem ampliorem eſſe Falcid.

Itaque error videtur esse aliquis in verbo, *sextans*, & legendum potius *sescuncia*. Nam ex iure veteri nemo poterit adferre exemplum, quod conueniat. At si *sescuncia* legatur, recte: Cum sunt duo filij ab intestato, singuli habent semissem, ex testamento debetur sescuncia, hoc est, quarta semissis, *l. filium, de leg. præstan.* Ait autem Vlpian. in hanc Falcidiam siue Trebell. imputari fructus perceptos iudicio testatoris, puta ex fideicommisso hereditatis in diem, vel conditionali. Nam cum heres rogatus est restituere hereditatem post decennium, medio tempore percipit fructus iudicio testatoris, & eos imputat in Falcidiam, *d. l. in fideicommissarium, l. mulier §. si heres, Ad Trebell.* & non tantum in Falcidiam eos imputat, sed etiam in Falcidiæ fructus: Nam constat heredi instituto deberi & quartam, & quartæ fructus pro rata, reliquum venire in restitutionem fideic. sed hoc non potest hodie ita poni in filiis. Nam ex Constitutione Zenonis filij rogati restituere hereditatem & onerari legatis, Falcidiam detrahunt ex corporib. hoc est, rebus ipsis, & fructus non imputant in Falcid. sed lucrantur, & sibi habent, neque in Trebell. ex Constit. *l. iubemus, C. ad Trebell.* At reliqui liberi fructus imputant in Falc. hoc tantum datum est filiis: itaque *hic* §. hodie de reliquis liberis accipiendus erit, non de filiis, quoniam dicit fructus imputari in Falcidiam. Male autem Accurs. notat in quartam, quæ ex lege Falcidia deducitur ex legatis vel fideicom. singularibus, fructus non imputari in Falcidiam, sed in Trebellian. Hoc pugnat cum *l. quod bonis §. quod fructus, inf. ad leg. Falcid.* Et § *quantitas, Institut. de lege Falcidia*, non loquitur de fructibus perceptis iudicio testatoris ex legatis in diem, vel conditionalibus, de quibus loquimur, qui absque dubio imputantur in Falcidiam, sed de iis, qui accesserunt hereditati post mortem testatoris, antequam heres eam adiret, quæ non minuunt Falcidiam, quoniam spectatur quantū fuerit in bonis tempore mortis testatoris. Hisce cognitis ponenda est species ad §. *hunc.* Nepos heres institutus est ex semisse & rogatus restituere hereditatem post decennium, medio tempore quartam legitimæ portionis, & eius quartæ fructus facile colligere & retinere potest ex fructibus hereditatis: Et ideo hæc institutio eum repellit à querela inofficiosi, quia ei satisfactum videtur, cum medio tempore sit percepturus quartam & eius quartæ fructus. Igitur post decennium restituet integrum semissem, nec queri poterit, vel quicquam amplius exigere. Ex quo apparet vnius tantum quartæ ex hoc iure deductionem esse, *l. 12. C. eod.*

Ad §. si filius.

Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem: filius vero in modum contradictionis querelam inducat: quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

IN §. *si filius*, nihil est, nisi quod querela inofficiosi proponi potest in modum exceptionis, vt si filius exheredatus possideat hereditatem, & scriptus petat eam, possessor, hoc est, exheredatus inducet querelam in modum exceptionis: atque ita repellet heredem scriptum, hoc est, actorem.

Ad §. 12. Si quis & irritum.

Si quis & irritum dicat testamentum, vel ruptum & inoffic. conditio ei deferri debet, vtrum prius monere volet.

QVidam & irritum & inofficiosum testamentum esse dicit. vtramque actionem exequi non potest, alioqui secum ipse pugnare videtur. Nam irritum qui dicit, non valere testamentum dicit. Inofficiosum qui dicit, valere dicit: & ita secum pugnaret. Itaque eligere debet vtra querela potius, & prius vti malit; Et si illa non obtinuerit, tum non prohibetur altera vti, *l. 3. C. de petit. her.* Petitio heredi-

A tatis infeliciter instituta ex vna causa, hoc est, quæ non successit, potest repeti ex alia causa, *d. l. §.* Igitur qui proposuit querelam inofficiosi, si ea actione non obtinuerit, deinde non prohibetur inducere querelam irriti testamenti & petitionem hereditatis ex ea causa. Idem est etiam, si quis & ruptum & inofficiosum testamentum dicat, vt proponitur etiam in hoc §. Vtrumque iudicium simul non exercebit. Sed si vnum prius exercuerit & non obtinuerit, vt si de rupto egerit primum, tum poterit transire ad quæstionem inofficiosi. Idem est etiam, si iniustum dicat & inofficiosum, *l. contra, C. eod.* Idem si & falsum dicat & inofficiosum, *l. eum, C. eod.* Idem si & falsum dicat & iniustum, si in quæstione falsi non obtinuerit, transibit ad quæstionem iniusti, *l. Lucius, inf. de pet. her.* At (quod pu-
B gnare videtur maxime) cur etiam patronus qui testamentum falsum dixit liberti, nec obtinuit, non potest postea transire ad bon. poss. contra tab. *l. si patronus ex minore, inf. de bon. libert.* Quænam est ratio differentiæ? An quia patronus ita à seipso dissentit, quod Accursius tentauit dicere, in *d. l. Lucius*, sed nihil adfert probabile. Qui dicit falsum testamentum, nullum testamentum dixit; nunc patronus qui petit contra tab. esse testamentum fatetur, sed rescissionem postulat, itaque à seipso dissentit: Sed an ideo repellitur? Minime. Nam à seipso etiam dissentit, qui post accusationem falsi, instituit accusationem inofficiosi: nam falsum testamentum, nullum est testamentum: inofficiosum testamentum est perfectum, iustum, legitimum, rescissionis egens. Sed vera ratio *l. si patronus* hæc est, quia patronus fuit heres scriptus ex minore parte quam legitima,
C hoc est, dimidia, vel hodie tertia. Eo casu habet patronus petitionem contra tabulas, portionis implendæ causa; igitur testamento relictam portionem persequitur, dum agit de ea supplenda, petita bonor. possessione contra tab. Verum si patronus maluerit prius falsum testamentum dicere, postea non petet bonor. poss. contra tab. quia captat lucrum ex testamēto quod oppugnauit, nec expugnauit. Qui autem dixit falsum testamentum, nec obtinuit, si postea dicat inofficiosum, nihil lucri ex testamento captat, & ideo non repellitur. Sciendum est hanc bon. poss. contr. tab. quæ datur patrono, multum distare ab ea, quæ datur liberis: Hæc quæ datur liberis, est omnium bonorum, illa quæ datur patrono, est dimidiæ partis, vel hodie tertiæ, vel de ea supplenda. item quæ datur liberis, est contra lignum, quæ
D datur patrono, non est tam contra lignum, quam contra heredem, in *l. illud, inf. de bon possess. cont. tab.*

Ad §. Meminisse.

Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit, & non obtinuit, id quod in testamento accepit, perdere: & id fisco vindicari, quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui vsque ad sententiam iudicum lite improbe perseuerauerit. Ceterum si ante sententiam destitit, vel decessit, non ei aufertur quod datum est. Proinde & si absente eo
E *secundum præsentem pronuntietur: potest dici conseruandum ei quod accepit. Eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet. Ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. Vnde non male Papinianus libr. 2. Respons. refert, si heres fuit institutus & rogatus restituere hereditatem: deinde in querela inofficiosi non obtinuit, id quod iure Falcidiæ potuit habere solum perdere.*

§. 15. *Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quæ & citra adoptionem & emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto remouendum à querela, cum habeat quartam ex constitutione Diui Pij. Quod si egit, nec obtinuit, an quartam perdat? Et puto aut non admittendum ad inofficiosum: aut si admittatur, etsi non obtinuerit, quartam ei, quasi æs alienum concedendam.*

SEntentia §. hæc est: Eum qui egit de inofficioso in totum vel pro parte, nec obtinuit, perdere legatum sibi testamento relictum (quo neglecto elegerat querelam) perdere fideicommissum, mortis causa capionem, & hereditatis portionem, si qua relicta sit: nam id omne ei aufertur quasi indigno, cum testamentum oppugnarit, nec expugnarit, & ideo fisco vindicatur, nec proficit heredi scripto. Hoc ita est, si in hac improba lite inofficiosi testamenti per calumniam perseuerauerit vsque ad sententiam, non si destiterit, non si decesserit ante sententiam (si modo & heredes eius causam executi non sint) hic non censetur indignus, quia non exspectauit sententiam. Non est etiam indignus is, qui egit de inofficioso, si eo absente secundum heredem præsentem pronuntiatum sit, quia hic litem, bonam forsitan amittit suo vitio, hoc est sua contumacia potius quam iure, hoc est ex eremodicio potius, quam ex merito causæ. Qua ratione etiam herede scripto absente per contumaciam, si secundum actorem pronuntiatum sit, testamentum in totum non rescinditur, *l. qui repudiantis* §. *vlt. inf. hoc t.* At is qui in lite inofficiosi perseuerauerit vsque ad finem, & non obtinuit, hic sane amittit omne id quod testamento accepit, quod conatus est euertere, perdit etiam Falcidiam, *l. 5. §. pen. inf. de his, quæ vt indig.* hoc est, Falcidia confiscatur, ablata ei quasi indigno. Dodrans non confiscatur ne fideicommisso fiat iniuria, Paul. *libro 4. Sentent. tit. de inoffic. quer.* quod etiam *hoc* §. proponitur à Papiniano. Ideoque si heres institutus & rogatus restituere hereditatem Titio, omittat hereditatem & aduersus Titium agat querela inofficiosi, quod fit recte, *l. 1. C. eodem.* si non obtineat, Falcidia, hoc est, quarta Pegasiana siue Trebelliana, quam habere potuit, fisco vindicatur, reliqua hereditas Titio conseruatur, atque ita fideicommisso non fit iniuria. Et idem Paulus eodem loco ostendit substitutioni directæ iniuriam non fieri, videlicet cum heres institutus temere agit querela aduersus substitutum, repudiata institutione, & cum non obtinet: Nam hereditas non confiscatur, sed seruatur substituto qui nihil tentauit contra iudicium defuncti. Eadem ratione ei, qui temere egit de inofficioso, legatum relictum sub onere fideicommissi, fiscus non aufert, ne fiat iniuria fideicommissario, qui nihil commisit, argumento *leg. in seruitutem* §. *nonnunquam, de bon. libert.* Notandum etiam eum, qui temere egit de inofficioso, amittere quidem illa omnia, quæ diximus, sed non amittere mortis causa donationem, si quid ei testator donauerit, quæ hac in re legato non comparatur, *l. 5. §. qui mortis, de his, quæ vt indign.* quia ea proprie non debetur ex testamento, ideoque ea non confiscatur. Non aufertur etiam ei quarta debiti ex Constitutione Diui Pij, siue quarta Antoniana, vt in specie §. *si quis impubes.* Olim non poterat adrogari nisi vesticeps, hoc est, pubes. Hodie etiam pupillus potest causa cognita ex Constitutione Diui Pij, *Vlpian. in frag. tit. de adopt.* Ex eadem Constitutione qui adrogauerit impuberem, si eum exheredauerit, vel emancipauerit sine causa, adrogato impuberi debetur quarta pars bonorum adrogatoris, quæ habet mortis tempore. Et hæc est quarta Antoniana. Verum hæc quarta multum distat ab ea quarta, quæ est ex leg. Glicia, hoc est, quæ excludit querelam inofficiosi: nam quarta Glicia non debetur nisi ex iudicio defuncti, hoc est, nisi relicta sit; sed si non sit relicta, competit querela: petitio querelæ non competit in personam, sed vindicatur hereditas ab intestato, & rescinditur totum testamentum: quartæ specialis petitio non est, nisi cum eam relinquit testator. At quarta Antoniana debetur vt æs alienum, non ex iudicio defuncti, sed ex beneficio Constitutionis Antonini, & eius quartæ petitio est, etiamsi relicta non sit. Et hoc ait *d. §. si quis impubes, l. 2. famil. ercisc.* Præterea querela ob non relictam quartam Gliciam, in heredem non transmittitur, nisi præparata. Quartæ Antonianæ petitio in heredem transmittitur, etiamsi non sit præparata, *l. 1. §. si impuberi, de collat. bonor.* Quia illa petitio quartæ Antonianæ est actio in personam, hoc est,

Digest.

A quia petitur quarta vt æs alienum, non est petitio hereditatis. Qui petit illam quartam, æs alienum petit, non hereditatem. Denique, qui petit quartam adrogatus, non censetur esse heres, non bonorum possessor, sed quasi creditor, *l. 2. §. 1. famil. ercisc.* Præterea in quartam Gliciam institutum heredem constat posse substitutum accipere in secundum casum, *l. ex tribus, C. eod.* Idem etiam receptum est in quarta Antoniana, vt possit in ea directo dari substitutus impuberi. sed id fuit receptum non sine controuersia: videbatur enim non posse dari, quia debetur vt æs alienum. Quomodo autem potes in eo, quod mihi debes, mihi heredem dare? Receptum tamen est ita, ne impubes sine herede moriatur, *l. si adrogator, de adopt. l. sed etsi plures §. in adrogato, de vulg. & pupill. subst.* Igitur
B alienata in fraudem quartæ Gliciæ, non reuocantur actione Caluisiana vel Fabiana, *§. quarta, sup.* At alienata in fraudem quartæ Antonianæ reuocantur vtili tantum Caluisiana & Fabiana, *l. vlt, si quid in fraud. pat.* quia adrogatus, est quasi creditor, & ideo reuocatur. Postremo quartam Gliciam amittit, qui temere agit de inofficioso. Quartam Antonianam non item, quia est æs alienum. Finge igitur: ego impuberem adrogaui, qui erat ex eis personis, quæ de inofficioso agere possunt, etiamsi non fuisset adrogatus, puta nepotem ex filia impuberem, qui potuisset etiam queri de inofficioso: deinde eum exheredaui, & nihil penitus ei reliqui. an aget querela? Minime. Quoniam omnimodo est habiturus quartam ex Constitutione Diui Pij. Sicut quarta Glicia, quarta Falcidia, quarta
C Pegasiana, ita etiam quarta Antoniana excludit querelam, nec vnquam duarum quartarum deductio est. At quid dicemus, si ille adrogatus & exheredatus temere egerit de inofficioso, & non obtinuerit? Illas quartas priores amittit, sed quartam Antonianam non amittit. ergo semper habebit hanc quartam, etiamsi temere accusarit testamentum, cum ea non debeatur ex testamento, sed ex beneficio Imperatoris, quasi æs alienum. Ex superioribus recte colligimus, aliam esse differentiam inter quartam Gliciam, & quartam Antonianam: & ita dicemus, filio impuberi instituto ex quarta debitæ portionis, posse substitui precariis verbis, hoc *est*, potest rogari, vt illam quartam restituat. An substituitur ei in quartam? Sic sane. Nec potest queri,
D si tantundem possit colligere ex fructibus, vel aliunde, alioqui queri potest, sed fideicommissum valet, substitutio precaria valet. At filio adrogato impuberi potest substitui directo, intra pubertatem in secundum casum, sed post pubertatem non potest ei substitui precario in quartam Antonianam, quia est pro ære alieno: In eo, quod mihi debes, non potes me onerare fideicommisso, *d. l. adrogator.* Cum hoc ita sit in adrogato, hoc est, in quarta Antoniana, consequens non est, idem esse in quarta Glicia, quod valde notandum, nam dissentiunt interpretes. Ait, *adoptionem & emancipationem*, veluti nepos ex filia, qui etsi non sit emãcipatus, vel adrogatus ab auo materno queri potest.

Ad §. 16. & 17.

E 16. §. *Si ex causa de inofficioso cognouerit iudex & pronuntiauerit contra testamentum, nec fuerit prouocatum: ipso iure rescissum est, & suus heres erit secundum quem iudicatum est, & bonorum possessor si hoc se contendit: & libertates ipso iure non valent, nec legata debentur: sed soluta repetuntur, aut ab eo qui soluit, aut ab eo, qui obtinuit. Et hæc vtili actione repetuntur. Vere autem si ante controuersiam motam soluta sunt, qui obtinuit repetit. Et ita D. Adrianus & Diuus Pius rescripserunt.*

§. 17. *Plane si post quinquennium inofficiosum dici cœptum est ex magna & iusta causa, libertates non esse reuocandas, quæ competierunt vel præstitæ sunt, sed viginti aureos à singulis præstandos victori.*

SI contra testamentum pronuntietur vt inofficiosum, ipso iure testamentum rescinditur, & paterfamilias, qui

vicit, aut qui egit querela inofficiosi, occupat hereditatem, ab intestato, legata non valent, nec fideicommissa, nec libertates: igitur ipso iure testamentum rescinditur, si contra testamentum, iudicatum sit vt inofficiosum, testator intestatus fit statim ex sententia lata, victor heres fit, aut bonorum possessor ab intestato. Ergo legata non debentur ex hoc testamento, quia intestatus est, nec fideicommissa debentur. Item libertates, tutelæ, tabulæ pupillares non valent, & si legata forte soluta sint, condicuntur quasi indebita, & condicuntur vel ab herede scripto, qui ea legata soluit, vel à filio exheredato, qui obtinuit in querela inofficiosi. A scripto directa actione condicuntur: à victore vtili actione ex Constitutione Adriani. Atque ita condicit, quod non ipse soluit, sed non directo condicit, *l. 2. in fi. inf. de condict. indeb. l. militis §. miles in supremis, de milit. testam.* *Fere autem*, vt ait *hic* §. plerunque hæc condictio, hoc est, indebiti legati soluti non datur heredi scripto, sed victori, maxime si scriptus legata soluerit de hereditate, non de suo: nam si de suo, tum scriptus condicet, si de hereditate, victor, hoc est, legitimus heres condicet. *Si* inquit, *ante motam controuersiam* de inofficioso scriptus heres legata soluit; quia scilicet ea soluit bona fide ex testamento iusto, & nihil potest ei imputari à filio exheredato, quod legata soluerit, quia debebat nondum mota controuersia, sed exheredatus ea legata repetet, eo nomine nihil exiget à scripto herede, quia bona fide ea soluit. Sed si post motam controuersiam heres scriptus legata soluit, id heredi scripto imputabitur, quia mala fide soluit, & veniet in petitionem hereditatis de inofficioso, quia non debuit soluere post motam controuersiam, *l. hic autem §. vlt. Si cui plus quam per l. Falc.* itaque hoc casu condictio indebiti non datur in legatarium, cum id iam scripto reputauerit. Non dabitur etiam condictio scripto qui soluit, quia sciens soluit, in ea iam causa esse legata, vt non debeantur, vt euentus indicaturus sit non deberi. Et hoc valde pertinet ad interpretationem *vers. fere*, quem male Accurs. accipit. Hæc querela inofficiosi finitur quinquennio, quod numeratur ab adita hereditate: nam ab adita hereditate hæc actio competit: de hoc quinquennio est *l. 2. C. in quib. caus. restit. non est necess. l. si quis filium, in fi. & l. pen. §. illud, C. de inoffic. testam.* Interdum hæc actio datur etiam post quinquennium, sed non nisi ex magna & iusta causa, *l. contra, C. eod.* Nunc ita distinguamus: aut intra quinquennium agitur querela, aut post quinquennium ex iustissima causa. si intra quinquennium agatur, & intra suum tempus, per querelam non tantum institutio, sed cætera etiam omnia rescinduntur, quia dementis esse testamentum intelligitur, itaque quæcumque scripsit aut nuncupauit, irrita sunt, veluti legata, fideicommissa, tutelæ, secundæ tabulæ, libertates directæ non competunt, fideicommissariæ etiam non præstantur, vel præstitæ ab herede scripto non retinentur: præstantur tamen aut retinentur fideicommissariæ libertates, si redimantur pecunia, hoc est, si singuli serui manumissi verbis precariis victori dent viginti aureos pro libertate, *l. seq. hoc tit. l. 4. C. eod.* Itaque facilius conseruantur fideicommissariæ libertates, quam directæ; quia fideicommissariæ sunt in præstatione, & non sunt inuidendæ oblata pecunia. Directæ autem sunt in vindicatione, hoc est, ex testamento valent, & vires capiunt, & dicuntur competere, non præstari; Non possunt autem competere ex testamento, quod suo tempore tempestiue rescissum est. Si agatur querela inofficiosi post quinquennium, hoc est, post finitam querelam ipso iure, restitutam tamen ex iusta causa, tunc placet libertates conseruari tam directas, quam fideicommissarias, dummodo singuli serui victori dent pro libertate viginti aureos. Idem dicemus, si post quinquennium de iniusto testamento agatur: nam eis qui fuerunt in libertate per quinquennium, non aufertur libertas. Sed hoc ipsum ne eis auferatur libertas, redimendum erit pecunia, *l. vxori, in fi. de manumiss. test.* Ergo concludamus: si post quinquennium agatur querela inofficiosi, & institutio, & cætera omnia infirmantur,

A libertates solæ valent redemptæ pecunia. Quod etiam puto esse ex Constitutione Adriani. Sicut quod dictum est supra de condict. indebiti sic etiam in specie, *l. 2. C. de fideicomm. libert. & l. cum ex falsis, de manum. testam. & l. pen. in fi. inf. de iure patron.* cum heres per errorem ex falsis codicillis soluit, & præstitit libertates, vel cum ex eisdem codicillis præstitit legata seruorum, qui postea manumissi sunt à legatariis, an reuocabitur libertas? Minime sed ne reuocetur redimendum est pecunia datis 20. aureis heredi scripto ex Constitutione Adriani. Idem est scriptum in specie *l. 26. inf.* quæ species etiam proponitur in *d. l. si cum ex falsis.* cum heres institutus conditionis implendæ causa seruum suum manumisit, vt adiret hereditatem, quoniam erat scriptus sub hac conditione, si seruum suum ma-

B numitteret, deinde contra testamentum pronuntiatum est, vt inofficiosum, atque ita euicta ei est hereditas, an reuocabit libertatem? Minime; sed petet pretium, hoc est, viginti aureos, *d. l. 26.* Idem non est receptum, si heres scriptus, præstitis libertatibus, postea restitutus in integrum sit, abstinendi causa, *l. si mulier, sup. de minor.* Hoc casu manumissi non soluent pretium sui heredi scripto, aut legitimo heredi, quia scilicet, libertatem consecuti sunt optimo iure ex testamento iusto nec destituto, quod scriptus adiit, nec rescisso. Legata tamē soluta reddentur legitimis per condictionem vtilem, *l. 5. inf. de condict. indeb.* Hæc de libertatibus Quod autem proposuimus initio per querelam inofficiosi rescindi omnia, quæ in testamento scripta sunt, hoc ita procedit, si in totum actum sit de inofficioso: Aliud est, si actum

C sit pro parte & rescissum: Nam si actum sit de inofficioso pro parte tantum, & pro parte tantum rescissum fit officio iudicis, secundæ tabulæ valent, *§. sed nec impubes, sup.* Libertates directæ competunt sine pretio, quoniam satis est vnum heredem existere, & ab vno herede ex parte sustineri testamentum. Fideicommissariæ etiam libertates præstantur vel retinentur, hoc est, decem tantum aureis victori præstitis: legata etiam debentur relicta ab eo, qui heres manet, non etiam relicta ab eo, qui victus est querela inofficiosi, *l. cum duob. C. eod. l. indicatæ, inf. de except. rei iud.* Aliud etiam est, si heres scriptus defunctorie & lusorie causam egerit, & se defenderit in iudicio de inofficioso: atque ita passus sit sibi hereditatem auferri: nam hoc casu non fiet iniuria legatariis aut manumissis, heres victus te-

D nebitur legatariis, *l. si seruus plurium §. 1. de leg. 1.* Aliud etiam est si heres scriptus damnatus sit ex eremodicio potius, quam ex contumacia sua, quo casu libertates competunt vel præstantur à victore sine pretio illo viginti aureorum, *l. si perlusorio, inf. de appell. l. 17 §. vlt. & l. seq. hoc tit.* His igitur casibus querela inofficiosi alia omnia non rescindit. Aliud est etiam hodie ex *Nouella* 115. nam solam institutionem querela corrumpit: superior disputatio de libertatibus hodie est superuacua. Superiori sententiæ Accursius opponit *l. 1. inf. de except. rei iudic.* In ea specie non fuit actum petitione hereditatis, sed actum fuit actione ex testamento de legato, & legatarius victus fuit: victo vno ex legatariis hoc aliis non nocet, nec manumissis testamento, etiam si legatarius victus sit, quod allegaretur

E vitium rupti, iniusti, aut irriti testamenti: sed si heres scriptus, cum quo agebatur petitione hereditatis, ab herede legitimo victus sit illis rationibus, hoc est, ob vitium rupti, iniusti, aut irriti, hæc sententia nocet legatariis & manumissis: Nam cætera omnia corruunt etiam hodie. Secus est si heres scriptus vincatur ex causa inofficiosi testamenti, hoc non nocet legatariis: nam cætera omnia firma manent ex Nouella Iustiniani. Ante Nouellam nocebat etiam cæteris. Igitur dicendum in ea *l. 1.* non fuisse victum heredem, sed legatarium tantum.

Ad §. vlt. L. X.

Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra

testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet; humanius erit sequi eius partis sententiam quæ secundum testamentum spectauit, nisi si aperte iudices, inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit.

CEntumuiri iudicabant de inofficioso, *l.17.inf.* Et ideo, inquit, *si pars iudicantium* : Et in §. *meminisse, sup. vsque ad sententiam iudicum*, inquit, sic Florent. recte & Basilica, ἐὰν μέχρις τῶν δικαστῶν. Alij male, *vsque ad sententiam in iudicium*, vt in *l.* 15. §. *vlt. h. tit.* & *l. cum filius, in princ. de leg.* 2. Finge: pars iudicum iudicat pro testamento, pars contra testamentum, hoc est, pars pro herede, pars contra pro exheredato : pares sunt sententiæ iudicum, quid fiet? An adsumentur alij, qui dirimant litem? Adsumuntur aduocati, qui dirimant litem. Adsumuntur aduocati, qui dirimant hanc controuersiam, vt hodie fit, & in quam partem adsumpti transierint, ea valet. Verum non opus erit in hac causa alios assumi, sicut in aliis causis, vbi paris numeri sententiæ sunt, eam partem sequimur, quæ pro libertate facit, vel eam quæ pro reo facit, *l. inter pares, de re iud. l. lege, de manumiss.* Ita etiam in hoc proposito sequimur eam partem, quæ pro testamento facit, inclinamus in causam testati potius, quam intestati, nisi euidens iniquitas appareat. Et sic sequimur, quod pro reo facit, non abs re: nam actor venit paratus ad agendum, non ita reus. Si igitur pars iudicum sit pro reo, præsumimus eum meliorem causam habere, qui cum non ita venerit paratus, atque actor, tamen tot calculos tulit quot actor: est in potestate actoris, quando agat, non est in potestate rei quando conueniatur, & ideo non ita paratus venit, *l. pure*, §. *vlt. inf. de doli except.* Denique satius est, nocentem absolui reum & vtilius, quam damnari innocentem, hoc est, plus delinquit, qui innocentem damnat, quam qui nocentem absoluit. Itaque absolutio condemnationi præfertur, quoties pares sunt sententiæ in paribus causis, *l. absentem* §. 1. *de pœn.* Itaque nullo alio adsumpto iudice, in paribus sententiis melius erit reum absoluere: quod proponitur initio *huius l.*

Ad §. 1.

§. 1. *Illud notissimum est, eum, qui legatum percepit, non recte de inofficioso testamento dicturum, nisi id totum alij administrauit.*

AD quæstionem *huius* § pertinet *lex* 12. & *l. vlt.* & *quædam aliæ LL. inf.* quæ simul explicabuntur. Hæc proponitur regula: filium exheredatum, qui legatum ex testamento accepit, non posse agere de inofficioso, quia scilicet iudicium defuncti agnouit & probauit. Idem est, si accepit mortis causa capionem, *l. Papin.* §. *si conditioni, sup.* & ostendit *l.* 12. § *si à statulibero, h. tit.* quæ huic §. iungenda est. Et hoc iure verum est, etiamsi quod accepit, non sufficiat ad quartam legitimæ portionis, excludetur à querela, quasi satisfactum ei videatur: Sed ex constitutione Iustiniani, nisi specialiter scripserit vel dixerit se eo contentum esse, quod accepit, nec quicquam aliud desiderare, vt suppleatur quarta, datur actio, *l. si quando* §. *vlt. C. eod. tit.* hoc iure res ita se habet generaliter, vt qui legatum accepit, postea non possit agere de inofficioso. Vnde quæro, cur tamen is, qui legatum accepit, possit agere de falso testamento, vel de testamento iniusto, *l.* 5. *inf. de his, quæ vt indig.* Vbi proponitur hæc differentia inter actionem inofficiosi & act. falsi vel iniusti testamenti. Ratio differentiæ hæc est: quia qui legatum accepit, non potuit ignorare inofficiosum esse testamentum, hoc est, se esse exheredatum, quia cernebat alium heredem, à quo legatum accipiebat: nam solius heredis est legata præstare. sciens igitur accepit & probauit iudicium defuncti, & ideo repellitur. At potuit ignorare falsum esse testamentum, quo casu etiam solo non repellitur ab accusatione falsi, *l.* 3. *ff.* & *C. ad leg.*

A *Cornel. de falsis.* Item potuit ignorare, non iure factum esse testamentum, hoc est, potuit ignorare factum, vel etiam ius testamentorum : quæ ignorantia plerosque excusat, vt mulieres & rusticos : Et ideo, si cum ignoraret, accepit legatum, postea non repellitur, *d. l.* 5. *l. postquam, tit. seq.* Potuit etiam accipiens mortis causa capionem exheredatus ignorare inofficiosum esse testamentum, vt si accepit à legatario, vel à statulibero (legatum à solo herede præstatur & capitur, non à legatario vel statulibero, vel à fideicommissario) vel si heredem sibi dantem conditionis implendæ causa legatarium esse existimabat, & se heredem esse. Et ideo in *d.* §. *si conditionis, l. Papin. sup.* ait, & *sciens, is accepit*, quod cum de legato agitur, non adiicitur, quia non potuit nesciens, se non esse heredem, legatum accipere. Ad propositam regulam additur in hoc §. hæc exceptio,

B *nisi id totum alij administrauit*, vt si tutor ex necessitate officij sui, pupilli nomine legatum petiit & accepit, suo nomine postea non prohibebitur dicere inofficiosum, quia legatum, quod accepit prius, id non sibi, sed pupillo administrauit, §. *si tutor, Institut. de inoffic. testam.* & ideo integra ei est querela: quo exemplo Græci interpretes vtuntur hic rectissime. An etiam is, qui legatum accepit, vt id alii restitueret ex causa fideicommissi, postea possit suo nomine agere de inofficioso, quasi scilicet, quod accepit legatum, id administrauerit alii: quo exemplo hoc loco Accursius vtitur, de hoc videndum est: Et illud in primis constituendum, exheredatum, qui petenti legatario legatum, aduocatus adfuit, vel procurator in ea lite, non posse postea

C suo nomine agere de inofficioso testamento, quia videtur agnouisse iudicium defuncti, cum id in iudicio ex testamento defenderit, aut ex testamento agentem, *l. vlt. in princ. eod.* & nihil obstat *l. inter, de rei vindic.* Nam recte Accursius in *d. leg. vlt.* hic sciens inofficiosum esse testamentum, legatario adfuit aduocatus: hoc *lex vlt.* non dicit, sed intelligitur satis, quia cernebat alium esse heredem à quo legata petebantur. Sed in *leg. inter*, id palam exprimitur: ignorans rem suam esse, cum eam vindicanti aduocatus adfuit, an ideo amittit suum dominium seu actionem? Minime. Differentia est euidens; Igitur sic dicamus. tutor, qui pupillo petenti legatum adest, sibi non præiudicat, hoc est, non amittit querelam, quia adfuit legatario inuitus ex necessitate officii: Tutoris officium est necessarium & munus

D publicum : Aduocati officium est voluntarium & procuratoris: nemo inuitus aduocationem suscipit. Igitur cum volens vltro accessit ad legati petitionem, testamentum comprobasse videtur, & ideo iam postea non potest queri de inofficioso. Præterea excluditur etiam à querela is, qui iure hereditario legatum petiit ex testamento patris vel matris, in quo est exheredatus, vt puta, qui legatario heres extitit, hic etiam excluditur à querela, *d. l. vlt.* §. *vlt.* Idemque est, si legatum, quod legatarius accepit ex testamento, in quo exheredatus sit, quod quasi inofficiosum accusare possum, si id mihi legatarius legauerit, & ego id agnouero, iam non potero accusare testamentum vt inofficiosum, *l. pen.* §. *vlt. inf. hoc tit.* Aliud tamen est, quod proponitur etiam in *d. l. penult.* si, verbi gratia, à Titio herede scripto te-

E stamento patris, in quo exheredatus sum, & ideo possum queri de eo, heres institutus fuero, & hereditatem eius, in qua erant bona paterna, adiero, maxime si ex ea aditione bona paterna non possideam, sed reliqua bona Titii, vt ait, *d. l. penult.* si bona paterna iure suo, hoc est, quasi heres patris ab intestato possideam, ego in hac specie non potui adire hereditatem Titii, quin adirem etiam bona paterna ob indiuisam aditionis causam : nam aditio non potest scindi. Nec vero fuit causa, cur omittere deberem hereditatem Titii, cum non tota constaret ex bonis paternis. legatum quod omne erat ex bonis patris, debui omittere, si de testamento queri decreueram. Igitur quia coactus adiui bona paterna, vt & reliqua bona Titii haberem, & ea bona paterna non possideo, vel proprio iure possideo, merito non repellor à querela: quia vero legatum mea sponte agnoui, repellor, siue id possideam, siue non. Hæc est eui-

dens differentia inter hereditatem, & legatum. Conſequenter vero à querela etiam excluditur is, qui hereditatem paternam ab inſtituto emit. hic etiam videtur probare teſtamentum, vel qui emit res ſingulas, quas ſcit eſſe paternas, vel etiam, qui prædia paterna conducit ab herede, vel permutatione accepit. hic etiam quaſi approbato teſtamento paterno excluditur à querela, *l.* 23. §. 1. *hoc tit.* Item à querela excluditur non tantum, qui ſibi, ſed etiam qui filio aut ſeruo relictum legatum accepit, *l.* 12. *ho. tit. in princ.* Et multo magis, ſi ſeruum heredem inſtitutum teſtamento patris, in quo ipſe eſt exheredatus, iuſſerit adire, atque ita adquiſierit hereditatem, excludetur à querela. Imò verò is etiam excludetur à querela, oſtenditur in *l.* 12 §. 1. cuius ſeruus fuerit inſtitutus à patre vel matre, ſi cum non reſpueret portionem hereditatis adſcriptam ſeruo, eum ſeruum non iuſſerit adire, ſed manumiſerit, vt ſuo arbitrio adiret, fraudulento conſilio, puta, cum ſeruus eſſet inſtitutus ex parte, adiecto herede extraneo, vt poſtea agens querela inofficioſi totam hereditatem euinceret, quod vtique fieret, ſi iure ageret; ſed non iure agit, cum non appareat, eum initio partem relictam ſeruo reſpuiſſe, imo probaſſe inſtitutionem ſerui ſui, hic etiam repelletur à querela. Itaque varij ſunt modi, quibus exheredati videntur agnoſcere iudicium defuncti, & ideo excluduntur à querela inofficioſi. Nunc ita colligo, ſi filius exheredatus excluditur à querela, qui non directo, ſed per alium, veluti hereditate, legato, emptione, permutatione, conductione aliquid ex bonis paternis conſecutus eſt, vel etiam per filium aut ſeruum: Si excluditur qui legatario ex teſtamento agenti procurator aut aduocatus adfuit, cur etiam non excludetur à querela, qui directo ſibi legatum relictum petiit, licet id alii reſtituere rogatus ſit ex fideicommiſſo? Hoc argumentum videtur in dubium vocari. Exemplum traditum ſupra ab Accurſio, non eſt reiiciendum, cum probetur contextu βασιλικῶν, ſed oſtendenda ratio differentiæ, quæ obſcura eſt: in dicto loco βασιλικῶν, εἰ μὴ ἐπὶ τῷ ἀποκαταστῆσαι τὸ λεγάτον ἔλαβεν, *niſi vt alij reſtitueret legatum accepit.* Primum enim hic exheredatus, qui legatum accepit, vt reſtitueret alteri, nihil ex bonis paternis conſequitur. & recte in *l.* 51. *de regul. iur. Non videtur quiſquam cepiſſe, quod neceſſe habet alij reſtituere,* quæ lex optime refertur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, in qua idem eſt, quod in querela, vt præteritus, qui accepit, legatum ſibi relictum, vt id alii reſtitueret, non repellatur à bonorum poſſeſſione contra tabulas, quia nihil videtur ſibi accepiſſe. Deinde fateor, eum petendo legatum ſibi relictum comprobare iudicium defuncti, ſicut & qui alii petenti adeſt, & patrocinatur: ſed cum hic legatarius legatum ſibi relictum, quod petit, ſtatim reſtituere alteri neceſſe habeat ex iudicio defuncti, eſt aliquid, quod imputatur defuncto, cum nihil honoris vel commodi apud eum manere voluerit, & ideo merito non repellitur à querela inofficioſi, cum ſit aliquid ſemper, quod imputet defuncto. Sic etiam qui petiit legatum ſibi teſtamento relictum, probat teſtamentum; ſed ſi ſubmoueatur à petitione legati, quod legatum ſit ademptum codicillis, non repelletur à querela, quoniam eſt aliquid, quod imputet teſtatori, quod ademit, quod dedit, *l.* 11. § *pen. h. t.* At qui adſtitit legatario aduocatus, & defendit teſtamentum, nihil conſequitur: at ſane probauit teſtamentum, nec tamen aliquid reſtat, quod imputetur teſtatori: ex ea cauſa itaque non habet. Additur etiam in §. *vlt. l.* 12. filium emancipatum & exheredatum non excludi à querela, ſi cum Titio erat debitor patris, hoc eſt, ſi ipſe & Titius patri erant duo rei debendi, & quidem ſocii (ſic enim ponendum) & legata fuerit liberatio Titio teſtamento patris, non filio. Hoc caſu Titius, quia ſocius eſt filii, ex legato liberationis non liberabitur pacto, quoniam maneret obligatus ſocius, atque ita etiam ipſe per conſequentiam: nam ſocio conuento ipſe conueniri videretur. Itaque, quia ſocii ſunt, liberabitur acceptilatione, & tunc per conſequentiam liberabitur etiam filius. Itaque videbitur liberatus filius ex teſtamento patris, & tamen non repelletur à querela quod vi-

A detur pugnare cum *l.* 3. (alias eſt 4.) §. *conſequenter, de liber. leg.* vbi in eadem ſpecie ſocius eius, cui legata eſt liberatio & conreus dicitur eſſe legatarius; hic ergo filius eſt legatarius, licet nihil ſit ei relictum nominatim, ſed Titio tantum. Cum ergo ſit legatarius, & legato fruatur, videtur excludendus? Reſpondetur. Filius quidem eſt legatarius, at ipſe non agnouit legatum: quod ſim legatarius non repellor, ſed quod agnoſcam legatum: at ipſe non agnouit, ſed legati commodum ad eum rediit ſine agnitione, hoc eſt, ipſo iure & neceſſitate, non electione aut facto ſuo.

Ad Leg. XI.

B *Etiamſi querela inofficioſi teſtamenti obtinuerit, non ideo tamen donationes, quas viuus ei perfeciſſe proponitur, infirmari. Neque in dotem datorum partem vindicari poſſe reſpondi.*

FRater exheredatus agit querela inofficioſi aduerſus ſororem & fratrem emancipatum heredes inſtitutos, & obtinuit. partem teſtamenti reſcindit, partem hereditatis vindicat, reliquas partes reliquit ſorori & fratri. an vindicat etiam partem rerum donatarum filio emancipato à patre inter viuos: an vindicat partem rerum in dotem datarum filiæ? Minime. querela reſcindit teſtamentum in totum, vel pro parte: donationem inter viuos non reſcindit:
C in dotem dationem non reſcindit, ſed eſt propria quædam querela inofficioſæ donationis, & inofficioſæ dotis, ſi ſit immenſa, de quibus agitur in *C. de inoff. donat. & inoff. dot.* At querela inofficioſi non complectitur querelam inofficioſæ dotis, & inofficioſæ donationis. Igitur hac actione de inofficioſo teſtamento conſequimur tantum partem hereditatis, non dotis, aut donationis.

Lex. XII. expoſita *ſup. in l.* 10.

Ad L. XIII.

D *Titia filiam heredem inſtituit: filio legatum dedit: eodem teſtamento ita cauit:* Ea omnia, quæ ſupra dari fieri iuſſi: ea dari fieri volo ab omni herede, bonorumve poſſeſſore, qui mihi erit etiam iure inteſtato, item quæ dari iuſſero, ea vti dentur, fiantque fidei eius committo. *Quæſitum eſt, ſi ſoror centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommiſſa ex capite ſupraſcripto debeantur?* (*Reſpondi*) *Si hoc quæratur, an iure eorum, quos quis ſibi ab inteſtato heredes bonorumve poſſeſſores ſucceſſuros credat fideicommittere poſſit? Reſpondi poſſe. Paulus notat, probat autem, nec fideicommiſſa ab inteſtato data deberi, quaſi à demente.*

QVerela inofficioſi teſtamenti omnia reſcindit, quæ in teſtamento ſcripta ſunt. an etiam fideicommiſſa ab
E inteſtato relicta, vt ſi teſtator teſtamento relicta voluerit etiam ab inteſtato præſtari, ſi forte deſtitueretur teſtamentum, vel ſi reſcinderetur, vel ſi iniuſtum pronuntiaretur? Conſtat fideicommiſſa poſſe relinqui ab inteſtato, hoc eſt, à legitimis heredibus, vel à bonorum poſſeſſoribus, *l. ſi Titio pecunia* §. *vlt. de leg.* 1. Conſtat etiam adiecta hac clauſula, vt teſtamento relicta debeantur etiam ab inteſtato, ſi vincant legitimi teſtamentarios, fideicommiſſa & legata iure fideicommiſſi deberi ab inteſtato, deficiente teſtamento, *l. ex teſtamento, C. de fideicomm.* puta ſi teſtamentum deſtituatur, ſi ſcripti repudient, vel ſi teſtamentum iniuſtum pronuntietur, non ſi inofficioſum, quia is, cuius teſtamentum inofficioſum pronuntiatur, creditur quaſi furioſus non habuiſſe teſtamenti factionem, *l.* 17. §. *vlt. hoc tit.* Fideicommiſſa autem ab inteſtato non poteſt relinquere, niſi teſtamentum facere potuerit, *l.* 2. *de legat.* 1. Itaque ſi teſtamentum inofficioſum dicatur, & obtinuerit actor, reſcinduntur omnia, etiam quæ ab inteſtato re-

licta sunt, quia testator pro furioso habetur: furiosus enim, si quid reliquerit ab intestato, non valet, *l. nec fideicom. de leg.* 3. *& l.* 13. *h. tit.* Cuius species est: mater filium heredem instituit (sic legendum, non *filiam*) & filiam exheredauit, & ei filiæ legatum dedit (sic etiam legendum hoc loco, *filia*, sunt permutata verba) & rogauit heredem legitimum, vt testamento relicta ab intestato præstaret. filia exheredata egit querela inofficiosi, & obtinuit contra fratrem: pro parte rescinditur testamentum. filius est heres ex testamento pro parte, filia est heres ab intestato pro altera parte, quæritur an pro ea parte filia præstare debeat fideicommissa ex illa clausula codicillari? Minime, quia defunctus pro ea parte intelligitur non habuisse testamenti factionem: igitur querela non tantum rescindit fideicommissa, quæ ab intestato relinquuntur, sed etiam quæ ex testamento relinquuntur. Hodie cætera omnia valent, præter institutionem, quæ sola non valet, sed rescinditur vel in totum, vel pro parte, *Nou.* 115.

Ad Leg. XIV.

Pater filium emancipauit & nepotem ex eo retinuit. Emancipatus suscepto postea filio duobus exheredatis patre præterito vita decessit. In quæstione de inofficiosi testamenti præcedenti causa filiorum patris intentio adhuc pendet. Quod si contra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur, & suam intentionem implere potest.

Dvo præcipue ex hac leg. notanda sunt. Primum est, querelam inofficiosi testamenti etiam parentibus præteritis dari, de testamento filiorum. Alterum est, in querela inofficiosi locum esse successioni. Quod ad primum, id intelligitur de filiis emancipatis: Nam filiifamil. non faciunt testamentum, quod possit impugnari querela inofficiosi: quia non testantur nisi de castrensi, vel quasi castrensi peculio, quæ testamenta non possunt impugnari, nisi ex Nouella Iustiniani. Igitur, si filius emancipatus patrem præterierit, patri dabitur querela inofficiosi, quia hæc præteritio pro exheredatione habetur: Silentio filius exheredat patrem. Itaque patri exheredato datur querela, & vt ait Papin. in *l. seq.* licet patri non debeatur hereditas filij, propterea quod ordo naturæ, & patris affectio, & patris votum, hoc est, vt filius superuiuat & succedat patri. Et ideo cum pater & filius simul pereunt in eadem naue, suggerente ordine naturæ, fingimus filium superuixisse, *l. qui duos* § *cum pater, &* §. *vlt. de reb. dub.* Attamen hic ordo naturalis sæpe turbatur, cum scilic. præmoritur filius: atque ita eisdem verbis in monumento eiusdem Papiniani est scriptum, *turbato ordine in senio Papiniano parentes monumentum fecisse.* Horat. ait, *fatis male iudicantib.* & alia quædam inscriptio vetus Italiæ, *præposteritatem naturæ vocat*; his fere verbis. INFELICISSIMVS PARENS AFFLICTVS PRÆPOSTERITATE NATVRÆ FILIVM HOC TVMVLO CONDIDIT, QVEM IMPORTVNA MORS ADEMIT, PRÆCEPITQVE SENII BACVLVM, CVI IAM DEFESSA ÆTAS ADNITENS PER BREVES ANNOS SVOS ALLEVABAT. NVNC ANTE MORS ADSEQVITVR QVAM TRISTES LACHRYMÆ DESERVERINT. Cum vero ita turbatur ordo naturæ, ratio pietatis & miserationis exigit, vt patri relinquatur quarta portionis legitimæ. Et ideo si non sit relicta, de inofficioso testamento actio patri competit. Competit etiam patri hoc casu bonorum possessio contra tabulas, videlicet si in emancipatione manumissor extiterit, hoc est, si contraxerit fiduciam: nam pater dum emancipat filium, eum mancipat, hoc est vendit, & filius manumittitur ab emptore, & sic fit sui iuris. Interdum etiam non ab emptore, sed à patre manumittitur, qui eum vendidit contracta fiducia, hoc est, ea lege, vt ad se filius venditus redeat, quo pacto reuersum ad se filium pater manumittit: Non est igitur idem filius emancipatus & manumissus,

A quoniam potest esse mancipatus à patre, nec tamen manumissus, si emancipatus tantum sit à patre, non manumissus, patri non datur bon. poss. contrab. sed si etiam sit manumissus, patri præterito non tantum querela datur, sed etiam bon. poss. con. tab. Hodie pater semper habetur pro manumissore, ex constitut. Iustiniani semper videtur contracta fiducia manumisisse. Nunc sic dicamus: patri, qui filium emancipauit & manumisit, si prætereatur à filio, vt manumissori, hoc est, quasi patrono datur bon. poss. contra tab. certæ partis, *l. si à milite* §. *vlt. inf. de milit. testam. l. filio* §. 1. *hoc tit.* vt patri naturali datur querela, siue fuerit manumissor in emancipatione, siue non, vt hac *l.* ostenditur, *& l.* 1. §. *vlt. inf. si à parent. quis manum.* in qua *l.* querela inofficiosi testamenti appellatur ius antiquum, vt
B recte Viglius in *Instit.* §. 1. *de inoff. test.* exposuit, cuius singuli versus singula sunt testimonia. Ius patris est antiquius iure manumissoris: Antiquior querela bon. poss. cont. tab. Itaque patri manumissori præterito, duplici iure defertur successio. Ex prima parte edicti, hoc est, *contr. tab.* Secunda ex parte, *vnde legitimi*, si malit eam. bon. poss. amplecti querelæ de inofficioso ordinandæ causa: vnde commode exemplum apponi potest ex *l. quoties duplici, inf. de reg. iur.* Sumamus exemplum ex hac specie. Ius antiquum est querela, ius nouum est bon. poss. contra tab. Hoc ius nouum ante defertur, quam querela, quæ est petitio hereditatis ab intestato. Nam bon. poss. cont. tab. est prima pars Edicti, sequentibus partib. Edicti defertur successio ab intestato: Ideoque repudiata bon. poss. contra tab. no-
C uo iure, quod primum defertur patri manumissori, superest ius vetus, hoc est querela & bon. poss. *vnde legitimi* ordinandæ querelæ causa. Potest etiam commodissime ad eam legem apponi exemplum ex Senatusc. Tertull. & Orfitiano, quæ noua iura vocantur in *l. tutelas, sup. de cap. min.* Ex his Senatusc. matri & filio deferuntur hereditates inuicem quasi legitimis, cum tamen non sint legitimi, & ideo eis datur bon. poss. vnde legitimi *l.* 2. §. *vlt. inf. vnde legit.* Olim dabatur tantum eis bon. poss. *vnde cognati*, cum non sint nisi cognati, hoc ius nouum, si repudiauerint, hoc est, si repudiarint bon. poss. *vnde legitimi*, quæ ante defertur, supererit ius vetus, hoc est, bon. poss. *vnde cognati*, & sibi ipsi succedent, hoc est, repudiato vno capite successionis, succedent ex alio, *l.* 1. §. *sed videndum, de success. edic.* Male autem in *d. l.* 1. §. *vlt. si à par. quis ma-*
D *num.* ius antiquum accipiunt pro bon. poss. *vnde* 10. *personæ.* Nam hæc bon. possessio non dabatur facto testamento, qualis est species nostra, sed ab intestato: hæc bon. poss. dabatur patri, non manumissori, vt præferretur manumissori emptori, patri autem manumissori dabatur bon. poss. vnde liberi, §. *sunt autem*, *Instit. de bon. poss. l.* 2. *C. ad Tertyl. l. si ad patrem, inf. de suis & legit.* Hodie bon. poss. *vnde decem personæ* est sublata, quoniam pater semper habetur pro manumissore, & sic ei datur vnde legitimi. Sic etiam facto testamento, indistincte ei datur bon. poss. contra tabulas, vel querela inofficiosi testamenti. Id ad primum caput. Quod attinet ad secundum, scilic. in querela successioni locum esse, hoc præcipue ponitur *hac l.* Finge: quidam emancipatus à patre, filios suos te-
E stamento exheredauit, patrem præteriit: filii præferuntur in querela patris: itaque agentibus filiis exheredatis, non aget pater præteritus, sed si filij non obtineant in querela inofficiosi, pater tum aget querela: atque ita in querela est successio, hoc est primis gradibus succedunt sequentes, *l. pen. in princ. hoc tit. & l. si non mortis.* §. *vlt. inf.* Ad quem §. posuimus speciem in *l.* 6. *sup.* vel etiam filiis exheredatis non obtinentibus, pater petet bonorum poss. cont. tab. Quid fiet, si pater prius in hac specie egerit querela inofficiosi quam filij, & obtinuerit, quia querela inofficiosi testatorem intestatum facit? patris victoria ei non proficiet, sed filiis, hoc est, vocabuntur filij ab intestato rescisso testamento, *l.* 6. §. *si quis ex his, sup.* Aliud est, si prius petierit bon. poss. cont. tab. nam hæc non rescindit testamentum, & hæc pro parte tantum competit: itaque pro parte

tantum minuit omnimodo testamentum. Querela in totum datur patri, ideoque cum pater prius petierit bon. poss. con. tab. hoc nihil proficit filiis, & ideo necesse est vt filij agant querela, si voluerint ad ius suum peruenire, quasi agant & obtineant, illa bon. poss. ad irritum deducetur, hoc est sine re constituetur, *l. filio*, §. 1. *inf.* Et cogetur pater qui anteuertit, filiis exheredatis rem restituere cum fructibus. Agent filij querela in hac specie & aduersus heredem scriptum, & aduersus patrem, id est, auum paternum, qui petiit contra tab. quoniam partem habet scriptus heres, partem auus. Et sic exheredati filij agunt querela aduersus patrem præteritum, qui petiit bon. poss. cont. tab. *l. filium* §. *sed quemadmodum, de bon. poss. cont. tab.* Denique querela datur contra heredē scriptum, contra substitutum, contra fideicommissarium vniuersalem, & contra filium, vel patrem defuncti præteritum, qui rem habet iure bon. poss. cont. tab. Et sic datur etiam contra eos, qui iusto titulo possident.

Ad L. XV. initium expositum est sup. & §. 1. expositus est in l. 8. sup.

Nam & si parentib. non debetur filiorum hereditas propter votum parentum & naturalem erga filios caritatem, turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet. §. 1. *Heredi eius qui post litem de inofficioso præparatam mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querela, non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseueres.* §. 2. *Filius qui de inofficiosi actione aduersus duos heredes expertus diuersas sententias iudicum tulit, & vnum vicit, ab altero superatus est: & debitores conuenire, & ipse à creditoribus conueniri pro parte potest: & corpora vindicare & hereditatem diuidere. Verum enim est familiæ ereiscundæ iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, & ideo pars hereditatis in testam. remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.*

Simul explicabimus, *l. 16. in princ. & l. 19. & l. 24.* species §. *vlt.* hæc est. Duo sunt heredes scripti ex æquis partibus, extraneus & filius, & alius filius exheredatus, qui egit querela inofficiosi aduersus extraneum & fratrem scriptum, extraneum vicit, à fratre victus est, & quidem iure: nam non auditur, qui agit aduersus fratrem. pro parte rescissum est testamentum, & frater, qui exheredatum vicit, est pro parte heres ex testamento, exheredatus pro altera parte est heres ab intestato, & potest conuenire debitores hereditarios pro ea parte, & vicissim ille conuenietur à creditoribus hereditariis, sed non à legatariis & fideicommissariis: nam legata nulla sunt pro ea parte, *l. cum duobus. C. eod.* licet libertates valeant in solidum & secundæ tabulæ, *l. 8.* §. *vlt. sup. eod.* puto & tutelas valere, *l. si nemo, inf. de testam. tut.* Denique hic exheredatus qui egit & obtinuit pro parte, res singulas hereditatis vindicabit pro parte. Item habebit actionem familiæ erciscundæ cum fratre, atque ita actio famil. erciscundæ est inter heredem legitimum & heredem testamentarium. Nam in hac specie testator pro parte intestatus efficitur, pro parte testatus manet. Non potest quis pro parte testamentum facere, pro parte non, vt de quibusdam bonis testari, & de quibusdam non, nisi sit miles, *l. 7. de regul. iur.* Sed testamentum, quod fecit miles de omnibus bonis, potest pro parte rescindi, & in eam partem legitimus heres vocari, & pro parte manere per querelam inofficiosi, non per bon. possessionem cont. tab. Nam hæc in totum datur liberis: patronis in partem: Atque ita quæ datur liberis, totum testamentum rescindit iure prætorio, non iure ciuili: totum testamentum manet, nec rescinditur iure ciuili, vel potius iure ciuili iniustum censetur totum: rescindi non dicitur, nisi iure prætorio: atque ita bonorum possess. contra tabul. intestatum non facit iure ciuili. Quamobrem ii, qui petierunt contra tab.

A possunt conueniri querela. Igitur per querelam fit quis intestatus, vt in specie proposita. Et sic etiam cum frater fratrem præteriit, & duos extraneos scripsit, vnum honestum, alterum turpem, per querelam rescinditur pro parte aduersus turpem. Ita ponenda species ad *l. 24.* & ad *leg. 25.* §. *vlt.* quam etiam exposui in *l. 6. supr.* Sic etiam cum frater agit querela aduersus fratrem heredem institutum ex asse, agit tantum pro parte, & ideo patrem vel matrem pro parte tantum intestatum facit, quæ est species *l. 16.*

Ad Leg. XVI.

Alio, qui de inofficioso matris testamento contra fra-
B *trem institutum de parte ante egit & obtinuit, filia quæ non egit, aut non obtinuit in hereditate legitima fratri non concurrit.* §. 1. *Contra tabulas filij possessionem iure manumissionis pater accepit, & bonorum possessionem adeptus est: Postea filia defuncti, quam ipse exheredauerat quæstionem inofficiosi testamenti recte pertulit. Possessio quam pater accepit ad irritum recidit: nam priora iudicio de iure patris, non de iure testamenti quæsitum est. Et ideo vniuersam hereditatem filiæ cum fructibus restitui necesse est.*

Finge: mater habet tres filios, primum, secundum & tertium: primum & secundum præteriit, tertium instituit ex asse. primo & secundo competit querela inofficiosi: si primus agat, querela aget pro triente tantum, quia secundus ei partem facit, licet nondum agat: sed si secundus
C omittat querelam repudiandi animo, vel etiamsi vincatur, vt si excludatur præscriptione quinquennij, primus autem ea non excludatur, quod scilicet abfuerit Reip. causa, nam & querela post quinquennium datur ex magna causa, *l. 8.* §. *vlt. sup.* Primus habet iustam causam agendi: ideo secundus excluditur post quinquennium, vel excluditur hac præscriptione, quod iudicium defuncti accipiendo legatum agnouit. primus aget pro semisse, & secundus habetur pro mortuo, *l. 17. inf.* Vel etiam si primus primum egerit pro triente, cum nondum esset exclusus secundus, si postea secundus excludatur vel repudietur querela, tantum abest
D vt primus secundo repudianti, vel excluso communicet trientem, quem abstulit, vt potius secundi pars adcrescat primo pro rata. Nam adcrescet vtrique portio secundi, primo exheredato, & tertio scripto. Atque ita singuli habebunt semissem, ac si secundus in rebus humanis non fuisset, *l. 16. hoc tit. l. si ponas infr. eod.* Rursus finge, & hæc erit species l. 19. Mater heredem extraneum scripsit ex dodrante, filium vel filiam ex quadrante, aliam filiam præteriit: Filia præterita agit querela aduersus extraneum & sororem heredes institutos. Non debuit quidem admitti aduersus sororem, sed ponamus egisse illam aduersus sororem & obtinuisse per obreptionem vel gratiam iudicis, & ita fuisse pronuntiatum vt Plinij 5. *Epist. Videri matrem iustas causas irascendi filiæ non habuisse.* Quæritur an hæc filia præterita vindicabit solidam hereditatem, quasi in totum rescisso testamento, cum & aduersus sororem obtinuerit? quod tentari potest hoc argumento. Filia præteri-
E ta id debet vindicare ex hereditate materna, quod matre intestata habitura esset. at habitura esset assem, si altera soror repudiasset hereditatem ab intestato: sicut in hac specie soror instituta agnito testamento, videtur repudiasse hereditatem legitimam ab intestato. Igitur filia debet vindicare assem & totum testamentum rescindere. Sed negandum est agnito testamento à sorore herede scripta, omissam videri successionem ab intestato. Nam qui adiit ex testamento, quod putat valere, hoc est rescissum non iri, non videtur eam hereditatem repudiare ab intestato, cum nesciat hereditatem sibi deferri ab intestato, *l. legitimam, inf. tit. sequ.* Quinimo vt ait *l. 19. Et ij, qui ius suum sciunt.* Sic enim legendum, vt Florent. & Greci, οἱ γινώσκοντες τὸ ἴδιον δίκαιον. Quidam male habent, *nesciunt.* Hi, inquam, qui ius suum sciunt, id non amittunt, licet aliud ius eligant,

quod putant falso sibi competere, vt patronus qui scit sibi competere bonor. possess. contr. tabul. liberti, si putans sibi relictum legatum testamento liberti id agnouerit, vel etiam si putans falso sibi adscriptam portionem quandam hereditatis, eam adierit, nihil sibi præiudicat, hoc est, non ideo amittit bonorum possess. contra tabulas, licet sciens eam habere, aliud ius elegerit ex testamento, *l. Paulus 1. inf. de bon. libert.* Cui Accurs. dum opponit *l. 3. in princ. si quid in fraud. patr.* male respondet in ea *l.* patronum ius ignorasse, quod quidam codices habent *an succurri debeat patrono ius ignoranti*, sed castigatiores vt Florent. habent, *an succurri debeat eius ignorantiæ*. Fuit autem ignorantia facti non iuris, quia ignorabat libertum quædam alienasse in fraudem sui. Respondere debuit Accursius *d. l. 3.* Ibi patronus falso non putabat se heredem scriptum, sed vere fuit scriptus ex debita parte, & adiit, dum ignoraret libertum quædam alienasse in fraudem. Hæc ignorantia non restituet patrono bonorum possessionem contra tab. quia adiit vere sibi hereditatem relictam ex testamento, hæc est ratio *leg. 3.* Ergo in hac specie, etiamsi dixeris à filia præteritæ in totum testamentum rescindi, tamen solidam hereditatem ab intestato non habebit, sed semissem tantum: in alium semissem veniet soror heres instituta, iure legitimo, iure intestati, sicut præterita: quoniam rescisso testamento in totum, institutæ, licet adierit, saluum est ius adeundi ab intestato, quoniam elegit ius testamenti, putans rescissum non iri, ignorans vere ab intestato ei hereditatem delatam iri, rescisso testamento in totum. Notandum non idem esse omnino in bon. possessione cont. tab. quæ datur filio præterito testamento patris. Nam si, exempli gratia, testamento patris filius sit heres institutus ex vncia, & extraneus ex deunce, & si alius filius præteritus commisso edicto, hoc est, commissa prima parte edicti contra tabul. per præteritum, licet non tantum præterito, sed & filio heredi instituto petere bonorum possess. cont. tabul. qua petita ab vtroque singuli filij habebunt semissem, *l. 8. §. pen. & vlt. de bon. poss. cont. tab.* At si filius institutus ex vncia, prius adierit hereditatem, vel petierit bon. poss. secundum tab. vel miscuerit se, & deinde præteritus petat bon. poss. cont. tab. quam etiam eo casu institutus non potest petere, cum iam ex testamento adierit, tunc filium heredem institutum prætor non tuebitur, nisi ex vncia ex qua institutus est: deunx pertinebit ad præteritum, *l. si duobus §. 1. de bon. poss. cont. tabul.* Ratio est, quia filius hereditatem adiit sciens testam. non valere, & fratrem esse præteritum: hoc si nesciat, ignorantia iuris est, quæ non excusat, quæ non toleratur. Aliud accidit in specie proposita de querela: Nam soror instituta egit ignorans in ea causa esse testamentum, vt rescindatur in totum. Quinimo existimare debuit, nunquam fore vt rescindatur in totum: nam rescissum est per obreptionem, h. e. inique. Si speciem ponamus ex diuerso, si filius sit à patre vel matre institutus ex dodrante, extraneus ex quadrante, & alter filius præteritus, siue filius præteritus à matre agat querela, & in totum rescindat testam. siue præteritus à patre petat bonor. poss. cont. tab. & siue heres institutus adierit, vel secundum tabulas petierit, siue non, ex dodrante non est habiturus nisi semissem. Et hoc casu nulla est differentia inter querelam & bon. poss. cont. tab. *d. l. si duobus, & l. filium §. videamus, vers. & hæc, de bon. poss. cont. tab.* Verius tamen est in proposita specie pro parte rescindi debere testamentum non in totum, & non audiendam esse sororem, quæ agit aduersus sororem institutam ex quadrante. Itaque aduersus extraneum institutum ex dodrante est actio inofficiosi, qua per eam filia præterita vindicat semissem. Quadrans qui restat, pertinebit ad sororem institutam, vt recte Basilic. notant optima ratione, quia institutio extranei in totum rescinditur, ne præterita plus habeat, quam si mater decessisset sine testamento: ex institutione extranei præterita non feret, nisi semissem, quadrans pertinebit ad institutum iure legitimo, h. e. intestati, atque ita præterita habebit semissem ab intestato, instituta quadrantem ex testam. & quadrantem ab intestato. Atque ita

A querela non tantum facit, vt vnus veniat ab intestato, alter ex testamento, sed etiam vt vnus idemque veniat partim ab intestato, partim ex testamento.

Ad L. XX. & XXI.

L. 20. Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere. Toties enim ea indulgenda est, quoties, si vere filius esset, heres esset, aut bonorum possessor: vt interim & possideat & alatur, & actionib. præiudicium non patiatur. Qui vero de inofficioso dicit, nec actiones mouere debet, nec aliam vl- B *lam quam hereditatis petitionem exercere, nec alij, ne vnquam melioris sit conditionis, quam si confitetur aduersarius.*

L. 21. Eum, qui inofficiosi testamenti querelam instituit, & fraude heredis scripti, quasi tertiam partem hereditatis tacite rogatus esset ei restituere, reliquit eam actionem, non videri deseruisse querelam: & ideo non prohiberi eum repetere incohatam actionem.

§. 1. Item quæsitum est an heres audiendus est, ante de inofficiosi querelam actam, desiderans restitui sibi ea quæ soluit. Respondit ei qui sciens indebitum fideicommissum soluit, nullam repetitionem ex ea causa competere.

§. 2. Idem respondit, euicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia obseruari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: & ideo & C *petitionem integram debiti heredi instituto, aduersus eum, qui superauit, competere, & compensationem debiti.*

QVæstio *l. 20.* hæc est, an exheredato detur bon. poss. Carbon. & cui detur ea. Itaque totus tractatus huius l. erit de bonorum possess. Carbon. de qua id inprimis statuendum est. Primum, quod si puberi petenti bon. poss. cont. tab. vel bon. poss. vnde liberi, fiat controuersia status, vt si negetur esse filius, & dicatur esse seruus, & fiat ei controuersia bonorum paternorum, gratia successionis filii, prius agenda est causa status, quæ præiudicialis est, quam ei cum re detur bon. poss. cont. tabul. vel vnde liberi, quam petit vt filius, nec ei, nisi sit filius, dari debet cum re: Igitur D prius sciri oportet an sit filius quam cum re detur. Dabitur quidem bon. poss. sed erit sine re, antequam constet de statu ex edicto de plano: hæc de pubere. Sed si impubes sit, qui petit bon. poss. cont. tab. vel vnde liberi, & fiat ei controuersia status, vt si negetur esse filius, ac simul fiat ei controuersia bonorum paternorum, quæstio status non statim agitur, sed differtur in tempus pubertatis, causa cognita, & interim ei datur bon. poss. *decretalis*, non *edictalis*, non de plano, sed pro tribunali, non ordinaria, sed extraordinaria, quæ dicitur Carboniana à Carbone prætore, qui primus dicitur eam introduxisse, quæ finitur pubertate: Ius quidem tribuit, sed non perpetuum, post pubertatem incipit quæstio status, *l. 1. de Carbon. edic.* Dixi impuberi Carbonianam bon. poss. dari, si simul ei fiat quæst. bon. paternorum & status. Nam si fiat ei quæstio status tantum, vt si dicatur seruus, si negetur filius defuncti, ea quæstio etiam E non differtur in tempus pubertatis ex edicto Carboniano, *l. de bonis §. ita demum, de Carbon. edic. l. ei qui de statu, inf. de tut. & cur. datis.* lex ait ei, qui de statu suo litigat, tutorem dari: ergo impubes litigat de statu suo, & quæst. status non differtur in tempus pubertatis, cum sola scilicet mouetur sine successionis controuersia: neque enim tunc differtur quæstio status ex Carboniano, sed tamen ex constit. quandoque sola quæstio status differtur in tempus pubertatis, causa cognita, *l. 3. §. quamuis, de Carbon. edic.* Huius bonor. possess. Carbonianæ triplex est effectus. primus vt qui eam agnouerit solus possideat, nisi & aduersarius sit ex liberis: nam tunc possidebit cum aduersario. Secundus, vt alatur interim: Tertius, vt exerceat interim actiones hereditarias tempore perituras, & h. e. quod ait *l. 20. vt interim actio &c.* vt scilicet agere ei liceat hereditario iure, hoc

eſt, ne dum differtur actio, pereat. Nam tempora actionis, atque etiam bon. poſſ. currunt etiam aduerſus pupillum (licet aliud ſit ex conſtit. quadam Iuſtin.) ſed hoc ita procedit, ſi qui accepit Carbonianam, ſatiſdet aduerſario ſe reſtituturum ſi vincatur: nam ſi non ſatiſdet, ſolus non poſſidet, ſed cum aduerſario, & interim non alitur, niſi ex cauſa magna & iuſta, & interim non exercet actiones hereditarias. de hoc paſſim agetur in tit. de Carbon. edicto. Rurſus Carboniana hæc habet tria effecta, ſi mulier prægnans ea obſeruauerit, quæ comprehenſa ſunt in edicto de ventre inſpiciendo: Nam illud edictum derogat Carboniano, quia ſi mulier prægnans mortuo marito denuntiarit cognatis ſe eſſe prægnantem, & cuſtodes petierit ſibi apponi, deinde nato dabitur Carboniana cum re, cum illis effectibus. verum ſi non petierit cuſtodes, nato non dabitur Carboniana cum re, *l. 2. C. de Carbon. edic. l. edictum, de vent. inſpic.* Carboniana igitur bon. poſſ. eſt cum re, ſi ſatiſdederit, ſed finitur tempore, h. e. pubertate. Qui accipere poteſt Carbonianam, poteſt etiam accipere ordinariam bon. poſſeſſ. ſed illam ſine re: vt rem habeat cum re, interim opus eſt decreto, h. e. Carboniano, & ſi petierit ſimul ordinariam, ſicuti poteſt, *l. 2. §. vlt. & l. 4. inf. de Carbon. edic.* ordinaria in hoc tantum ei proficit, vt poſt pubertatem finita Carboniana, ſi obtinuerit in cauſa ſtatus, perpetuo rem habuiſſe intelligatur, perpetuas actiones habuiſſe intelligatur: ſi non obtinuerit, inanis eſt ordinaria: atque ita rem tantum habebit intra pubertatem vi Carbonianæ. In hoc etiam proficit ordinaria, vt poſt pubertatem finita Carbon. non poſſit heres ſcriptus petere bon. poſſeſſ. ſecundum tabulas, quia filius iam agnouit bon. poſſ. cont. tab. ordinariam, quæ eſt prima in edicto, vel etiam ſi filii aduerſarius ſit legitimus heres defuncti, vt poſt pubertatem finita Carboniana, non poſſit petere ſtatim bon. poſſeſſ. vnde legitimi, quoniam filius amiſit quidem Carbon. ſed habet adhuc ordinariam bonor. poſſeſſionem vnde liberi, quam ſimul agnouit. Ideoque obſtat legitimo venienti ex parte vnde legitimi, *l. ſi impubes §. vlt. & l. ſcriptus, de Carbon. edic. l. 1. §. ſed & ſi, inf. ſi tab. teſt. nul. exſtab. l. 2. §. ſed ſi quis deceſſiſſe, inf. ad SC. Tertull.* Igitur ordinaria ad aliquid proficit: extraordinaria, h. e. Carboniana in totum proficiet, ſed non niſi vſque ad pubertatem. Dixi Carbonianam dari filio impuberi petenti bon. poſſ. contr. tabul. vel vnde liberi: atque ideo datur præterito, vel venienti ab inteſtato. Quæritur an detur Carboniana inſtituto? an etiam detur exheredato? Primum inſtituto non datur bonor. poſſ. Carbon. h. e. petenti bon. poſſ. ſecundum tab. ſed ipſa poſſ. ſecund. tab. ordinaria ei dabitur ſtatim cum re, etiamſi negetur eſſe filius. Nam etiamſi non ſit filius, inſtitutio omnino valet. Vbi eſt bon. poſſ. ordinaria cum re, fruſtra petitur extraordinaria. Sed ſi filius ſit omnino inſtitutus quaſi filius, vel quaſi poſtumus, non aliter (& apparet id maxime, quod non aliter teſtator fuiſſet ſcripturus, niſi filium vel poſtumum ei fuiſſe putaret) & negetur eſſe filius vel poſtumus, non dabitur bon. poſſ. ordinaria cum re; ſed ſi ſit impubes, dabitur Carboniana vſque ad tempus, ſed interdum inſtituto datur bon. poſſ. Carbon. ſecundum tab. *l. 1. §. Pomponius, & §. pen. l. 3. in princ. l. cum ſine, inf. de Carbon. edic.* Bonor. poſſ. Carboniana non eſt propria quædam bonorum poſſeſſio, ſed eſt, τῶν πρός τι, veluti Carboniana cont. tab. Carbon. vnde liberi, Carboniana vnde legitimi, vnde cognati, *l. de bonis §. 1. de Carbon. edic.* Et interdum eſt Carboniana ſecund. tabul. & ſic dicere debemus in actione de peculio, eam non eſſe propriam actionem, ſed τῶν πρός τι, vt actio de peculio mandati, actio de peculio commodati, actio de peculio depoſiti. Igitur bonor. poſſeſſ. Carbon eſt τῶν πρός τι, decretalis & temporaria. An datur etiam exheredato Carboniana, h. e. acturo de inofficioſo teſtamento, qui negatur eſſe filius? Oſtenditur in *hac l.* ei non dari Carbonianam, quoniam etiamſi aduerſarius fateatur eſſe filium, conſtat eum interim ali non debere, ante reſciſſam exheredationem, ante finitam querelam inofficioſi, conſtat eum interim nihil

A poſſidere, etiam eum non exercere act. hereditarias, & tantum habere petitionem hereditatis de inofficioſo, hoc eſt, executionem querelæ, qua quæretur, non, an ſit filius, ſed an merito ſit exheredatus, de iure teſtamenti, an ſit inofficioſum, non de iure filij, *l. ſi impubes §. 1. de Carbon. Edi.* Igitur, etiamſi aduerſarius fateatur exheredatum eſſe filium, pendente querela, ex hereditate nihil habet: igitur cum aduerſarius eum negat eſſe filium, interim etiam non debet ali, aut poſſidere, nec act. hereditariis experiri. Denique non debet habere Carbonianam poſſeſſ. nam illa ſunt effecta Carbonianæ bonorum poſſeſſionis: cum illa denegantur, denegatur & Carboniana. Quid igitur fiet? debet quæſtio ſtatus, quæ ſit exheredato cauſa cognita differri in tempus pubertatis, cum ſit impubes, nec ante quæſt.
B finitam debet agere de inofficioſo, quæ non datur, niſi ei qui ſucceſſurus eſt ab inteſtato, vel etiam ſi ſtatim velit agere de inofficioſo teſtam. & petere hereditatem ex cauſa inofficioſi, ſi ſtatim eius litis ordinandæ gratia velit agnoſcere bon. poſſ. ordinariam vnde liberi, quæſtio ſtatus non differetur, quinimo eodem iudicio peragetur & excutietur prius, cum præiudicium ſit, & interim, h. e. antequam vtraque quæſtio finita ſit, nempe de iure filii & teſtamenti, id eſt, de ſtatu & teſtamento, illa bon. poſſ. erit ſine re. Carboniana nunquam eſt ſine re, licet perpetuo rem non tribuit, *l. 3. §. miſſum, inf. de Carbon. l. 1. C. de ord. iud. l. liber, C. de petit. hered.* Igitur exheredato acturo querela inofficioſi non datur Carboniana, ordinaria datur, ſed ſine
C re, querelæ præparandæ cauſa. At exheredato datur interdum contra tab. vel vnde liberi, & tunc exheredato impuberi petenti non contra tabulas, ſed vnde liberi, datur Carboniana, quæ nunquam datur vice querelæ, ſed vice bonorum poſſeſſionis contra tabul. vel vnde liberi: exheredato datur bonor. poſſeſſ. cont. tab. ſi neget ſe rite, id eſt ſolemniter exheredatum. Rite exheredatus habet querelam tantum: exheredato datur vnde liberi, ſi neget teſtamentum legitime factum, vt ſi dicat deeſſe 7. teſtes. *l. ſi impubes §. interdum, inf. de Carbon. Edic.* Et hoc iure venienti ab inteſtato exheredato impuberi datur Carboniana, non venienti per querelam inofficioſi. Poſtremum eſt ex *l. 21.* eum qui litem de inofficioſo dereliquit, poſtea non audiri, *l. 8. §. ſi quis poſt, ſup.* niſi fraude heredis ſcripti litem inofficio-
D ſi teſtamenti inchoatam deſeruerit, vt ſi heres ſcriptus exheredato perſuadeat, ſe rogatum tacite, vt reſtituat tertiam partem hereditatis, & hoc putans verum eſſe, exheredatus litem reliquerit de inofficioſo, & maluerit fideicommiſſum eligere, quam euicta hereditate omni, omnia onera hereditaria ſubire: nam hac fraude cognita, poterit poſtea redire ad querelam inofficioſi, & ſicut in patrono dictum eſt, patronum, qui ſciens ſe habere ius petendæ bon. poſſ. contr. tabul. maluit agnoſcere legatum, quod falſo putabat ſibi relictum teſtamento liberti, eum non videri repudiaſſe bon. poſſ. contra tab. licet, electo legato, eam quodammodo reliquerit. Ita etiam exheredato, qui ſcit ſe habere querelam & eam inſtituit, ſi malit fideicommiſſum accipere quod falſo perſuaſus ſibi relictum exiſtimat, non videtur
E deſeruiſſe querelam: itaque ad eam reuerti poteſt. Pone igitur: filius exheredatus accepit quaſi fideicommiſſum tertiam partem hereditatis quod ſcriptus heres perſuaſit, teſtatorem ei reliquiſſe, cum non reliquerit: atque ita litem de inofficioſo dereliquit, ſoluto fideicommiſſo, modo eam litem repetit, quid fiet? An heres ſcriptus, qui ſoluit fideicommiſſum exheredato, quod non fuerat relictum, quaſi indebitum condicet? Minime, quia ſciens ſoluit, excludendæ querelæ cauſa, vt ſibi relicta bona ſeruaret; item peracta querela non condicet fideicommiſſum, quod ſoluit, ſi obtinet filius (quemadmodum obtinendo euincit totam hereditatem) ſiue non obtinuerit ſuperiore ratione. Quia ſcriptus ſciens indebitum ſoluit: ſcienti non datur condictio indebiti, ſed erranti in facto; item victo herede ſcripto per querelam inofficioſi, actiones confuſæ aditione, quas habuit cum teſtatore, ei reſtituuntur, & vt ab exheredato, qui obtinuit in querela, exigat, quod defunctus ei debuit: vel

etiam compensabit, si vltro citroque fuerint debitæ, *l. 21. hic* & in *l. 22. C. eod. tit.*

Ad L. XXII.

Filius non impeditur quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet, vel adisset hereditatem, quanquam in eius esset potestate. Nec prohiberi patrem dixi, iure filij accusare. Nam indignatio est filij.

§. 1. *Et quærebatur, si non obtinuisset in accusando, an quod patri datum est, publicaretur, quoniam alij commodum victoriæ parat. Et in hac causa nihil ex officio patris sed totum de meritis filij agitur. Et inclinandum est, non perdere patrem sibi datum, si secundum testamentum pronuntiatum fuisset.*

§. 2. *Multo magis si mihi legatum testator dedit, cuius de inofficioso testamento filius agens decessit, me herede relicto, egoque hereditariam causam peregi, & victus sum, id quod mihi eo testamento relictum est, non perdam, vtique si iam defunctus agere cœperat.*

§. 3. *Item, si adrogaui eum qui instituerat litem de inofficioso testamento eius, qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filij, nec obtinuero, perdere me legatum non oportet: quia non sum indignus, vt auferatur mihi à fisco id, quod derelictum est, cum non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi.*

IN hoc tit. duo principia occurrunt sæpe. Primum est, eum, qui legatum agnouit ex testamento, vel qui hereditatem adiit, vel qui alio quouis modo probauit iudicium defuncti, non posse agere querela inofficiosi, *l. 10. sup. hoc tit.* Finge; pater ex testamento vxoris, in quo vxor communem filium præteriit, legatum agnouit vel hereditatem, an deinde potest filiifam. præteriti nomine agere de inofficioso testamento vxoris? Sic videtur, quia agendo filiifam. nomine, non suam, sed filii iniuriam persequitur, quam & sine voluntate filii persequi non potest, *l. 8. in princ. sup.* Licet alias vulgo in exercendis actionibus per filium patri quæsitis, non exigatur filii voluntas. Nam regulariter quæsitas actiones exercet pater etiam inuito filio, non querelam. Et quidem pater nomine filiifamil. quasi coactus de inofficioso testamento matris, monente & vrgente officio pietatis, siue τῆ στοργῆ, vt Græci aiunt in l. 10. Et ita etiam tutor, qui sibi relictum legatum accepit, non prohiberi agere de inofficioso testamento nomine pupilli, ex quo tamen lucrū iam cœpit: quinimo cogitur agere, id exigente officio tutoris. Potest etiam in specie proposita filiusfam. in testamēto matris præteritus agere suo nomine, licet pater in cuius est potestate, ex eo testamēto legatum acceperit, & licet regulariter filiifamil. suo nomine actionem non habeant, *l. filiifam. de obl. & act.* Sed hæc inofficiosi actio est communis patris & filii, sicut actio de dote. Et ideo nec pater ea vtitur sine voluntate filii aut filiæ, vel cautione de rato; nec filius ea vtitur sine voluntate patris, aut cautione de rato. Alterum principium hoc est, eum, qui non obtinuit in querela inofficiosi, qui temere accusauit testamentum quasi inofficiosum, repelli à legato ei relicto, & legatum fisco vindicari, quod tractauimus in *l. 8. §. meminisse.* Hoc ita procedit, si suo nomine egerit de inofficioso, & non obtinuerit, amisit hereditatem, amittet & legatum testamento relictum, vel fideicommissum, vel mortis causa donationem. Idem dicemus, si alieno nomine egerit, vt si accusatori testamenti adstiterit aduocatus, vel procurator, quoniam, nisi vicerit, amittit legatum, cum scilic. sua sponte accessit ad defensionem accusatoris, *l. 5. §. sunt qui, inf. de his quæ vt indig.* Aliud tamen est in tutore, qui cogente officio tutoris egit nomine pupilli, & non obtinuit: neque enim amittet legatum sibi relictum, quia coactus accusauit testamentum, *l. aduersus §. vlt. inf. eod. l. tutorem, de his quæ vt indig.* Aliud etiam est in patre qui nomine filiifamilias egit de inofficioso testamento matris: Nam licet hoc iure

A bona materna per filiumfamilias patri adquirantur pleno iure, vt ostendit lex 1. § *qui operas, inf. ad Senatusc. Tertullian. l. 6. in princ. & l. filiusfamil. de adquir. heredit.* quod deinde primus Constantinus mutauit, & postea Iustinianus ampliauit ad omnia bona aduentitia. Igitur, licet hoc iure secus sit, tamen actio de inofficioso testamento matris, non tam est de bonis maternis, quam de nota & iniuria exheredationis, quæ soli filio inusta est. Hæc nota vt aboleatur, vt rescindatur, de inofficioso testamento est actio, in qua etiamsi pater agat nomine filij, non de patris, sed de filij officio & meritis disputatur, dignus sit ea nota exheredationis, nec ne: Ideoque hoc iudicio per hanc querelam inofficiosi non patri, sed filio parari videtur victoria: Nam licet bona materna adquirantur patri, tamen dolor & B indignatio est solius filij, qui dolor tunc hoc iudicio mitigatur. Et hoc est, quod ait hæc *l. filio parari victoriam.* Neque ex eo est colligendum, maternam hereditatem filio, non patri adquiri. Itaque cum tota hæc actio instituatur nomine filij, cuius solius dolor & indignatio est, quod filii nomine egerit pater, vrgente officio pietatis, nec obtinuerit, non ideo repellitur à legato sibi relicto: Et ideo, etiamsi litem cœptam à filio exheredato de inofficioso, ego iure hereditario executus fuero, cum essem specialis heres testamento filii, & non obtinuero, non amittam legatum mihi testamēto relictum: quia non directo egi meo nomine, sed peregi, iure scilicet successionis, cogente heredis onere & officio. Et sic etiam, si cœpta lite de inofficioso ab exheredato, ego eum adrogauero, quo genere omnia bona eius & iura mihi acquiruntur, veluti quasi quodam iure successionis. C Adrogator est quasi successor vniuersalis, & adrogatio est mors ciuilis, *l. actione § societas, inf. pro soc. & Institut. de adquisit. per adrogat.* Et ideo, si cœptam litem ante adrogationem, ego post adrogationem peregero, nec obtinuero, non amittam legatum mihi relictum, quod & hæc l. ostendit. Itaque in hac l. proponuntur vitia supradicti principii. Sed illud sciendum est, in hac re differentiam esse quandam inter patrem & heredem: Nam pater naturalis vel adoptiuus, si agat filii nomine de inofficioso, & non obtineat, siue filius ipse eam litem inchoauerit, siue non, non repellitur à legato sibi relicto, pater egit voluntate filii & superstite filio: Et ideo, licet ipse sit auctor litis, non filius, non repelletur à legato ob temerariam accusationem. Heres repelletur, si non cœptam litem à defuncto inchoauerit, & non obtinuerit, vt puta, si suus heres fuit is, cui querela D competebat, quam transmittit in heredem ex sola comminatione, etiamsi nondum agere cœperit, *l. 7. sup.* Finge: non cœpit agere exheredatus, sed transmisit querelam in heredem, heres cœpit agere, nec obtinuit, amittet legatum quasi indignus, quia non debuit inchoare temere accusationem quam non inchoauit defunctus, vt dicitur hac *l. vtique si iam defunctus, &c.* non dicit ob transmissionis causam: nam quandoque trāsmittit, etiamsi non cœperit. Non tamen è contrario is, qui suo nomine primum egit de inofficioso & non obtinuit, prohibetur legatum petere iure hereditario, quasi defuncto relictum, non sibi, licet lis de legato à defuncto cœpta non fuerit: Nam qui suo nomine egit de inofficioso, & victus est, postea indistincte legatum petet iure hereditario, siue cœperit defunctus, siue non *l. 5. §. qui accusauit, & l. qui Titij, inf. de his, quæ vt indig.* E

Ad L. XXIII. & XXIV.

L. 23. Si ponas filium emancipatum præteritum, & ex eo nepotem in potestate retentum, heredem institutum esse, filius potest contra filium suum testatoris nepotem, petere bonorum possessionem, queri autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri, & ita iungetur filio suo, & simul cum eo hereditatem obtinebit.

§. 1. *Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt, vel res singulas, scientes eos heredes esse, aut con-*

duxerunt prædia, aliudve quid simile fecerunt, vel soluerunt heredi quod testatori debebant, iudicium defuncti agnoscere videntur, & à querela excluduntur.

§. 2. *Si duo sint filij exheredati, & ambo de inofficioso testamento egerunt, & vnus postea constituit non agere, pars eius alteri adcrescit. Idemque erit, & si tempore exclusus sit.*

L. 24. Circa inofficiosi querelam euenire plerunque adsolet, vt in vna atque eadem causa diuersæ sententiæ proferantur. Quid enim si fratre agente, heredes scripti diuersi iuris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.

LEx 23. pertinet ad edictum nouum, siue Iulianum, sic appellatur in *l.* 1. §. *si pater nuru, de vent. in possess. mit. & l. qui duos, inf. de coniung. cum emancip. liber.* hoc est, ad edictum de coniungendis cum emancipatis liberis: Et edicto in successione aui patri emancipato, h. e. filio defuncti aui coniungitur filius ex eo susceptus, h. e. nepos retentus in familia aui, vt cum auus filium emancipauit, nepotem ex eo retinuit in potestate, hoc est, pater, qui est in potestate patris sui excludit nepotem, h. e. filium suum. At pater emancipatus non excludit nepotem, h. e. filium suum, sed concurrit in eandem hereditatem, vel eandem partem. Idque ita fit ex illo edicto nouo, non tantum ab intestato in admittenda bonorum possessione vnde liberi, sed etiam in admittenda bonorum possessione contra tabulas, vt si nepos ille sit institutus, pater præteritus, quemadmodum proponitur in hac *l.* 23. Vel contra, si pater sit institutus, nepos præteritus, vel si vterque sit præteritus, vel si vterque sit institutus, & alter committat edictum de bonorum possessione contra tabul. In amplectenda hac bonorum possess. iungetur patri filius in eundem assem, eandemve partem. Idem fiet in querela inofficiosi, vt si vterque sit exheredatus, & extraneus scriptus, singuli auferent extraneo semissem per querelam, nec pater excludet filium, sed simul vocabuntur in eundem assem, vel etiam, si vterque sit exheredatus, patruus scriptus, hoc est, alter filius testatoris, per querelam singuli auferent patruo & fratri quadrantem, patruus retinebit semissem: Nam hoc casu agent querela in partem tantum, non in assem. Idem etiam fiet, si nepos sit heres institutus, pater exheredatus. Quemadmodum proponitur in hac lege: nam pater aget duntaxat in semissem: semissem habebit nepos, qui ei coniungitur, vel etiam, si sit alius filius, h. e. patruus nepotis exheredatus vel præteritus, hic feret semissem, in alium semissem concurrent pater & nepos, & sic quisque habebit quadrantem, *l. vlt. de legat. præstand.* vel etiam, si pater sit merito exheredatus, nepos feret integrum semissem, pater alterum, quia merito exheredatus habetur pro mortuo, nec facit partem, *l.* 1. § *sed & si patruus, de coniung. cum emancip. liber.* vel etiam, si non sit patruus, & pater sit merito exheredatus, nepos institutus ex asse, assem obtinebit, vel institutus ex parte cum extraneo, integrum assem. Summa hæc est: *Edicto nouo locum esse, non tantum in bonorum possessione contra tabul. sed etiam in petitione hereditatis de inofficioso.* Hoc edictum nouum Accursius & alij existimant, esse sublatum *Nouel.* 118. Cum scil. Iustinianus constituat, in ordine liberorum venientium ab intestato nihil interesse, an sint sui, an emancipati. Ergo aiunt, cum nihil intersit, præferri debet proximior sequenti: proinde emancipatus filius, qui proximior est, præferri debet nepoti, quia habetur pro suo, nec refert an sit in potestate, vel non. Hæc collectio est vitiosa, quia iure etiam prætorio nihil refert, vtrum liberi sint emancipati, an sui: nam idem defertur emancipatis, quod suis, sed tamen iure prætorio non tollitur ius nouum. Quinimo hoc edictum nouum adiunctum est iuri prætorio, quasi non dissentaneum à Iuliano, quasi non absonum. Præterea ex ea *Nouel.* filius emancipatus hodie non succedit iure ciuili, sed vt olim prætorio iure, h. e. non est heres, sed bonorum possessor. Quod Alciatus defendit lib. 3. *Parad. cap.* 10. Igitur emancipatus hodie succedit prætorio iure, non ciuili: Igitur cum filius emancipatus veniat iure prætorio, non debet excludere nepotem retentum in potestate, qui venit iure potiori & antiquiori, hoc est, iure ciuili, sed eum debet simul admittere in eandem portionem & hereditatem ex edicto nouo. Ergo non est hodie sublatum hoc edictum. Quæ sequuntur in *l.* 23. & *l.* 24. exposuimus supra.

A B C D E

Ad L. XXV. & XXVI.

L. 25. Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter viuos, hac tamen contemplatione, vt in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet: aut, si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est.

§. 1. *Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus, pro parte rescindere testamentum tentet, & vnum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, quia testamentum pro parte valet, & præcedentes eum personæ exclusæ sunt, cum effectu eum querelam instituisse.*

L. 26. Si sub hac conditione fuerit heres institutus, si Stichum manumiserit, & manumisisset: & postea quam manumisit, inofficiosum vel iniustum testamentum pronuntietur: æquum est hunc quoque succurri, vt serui pretium à manumisso accipiat, ne frustra seruum perdat.

CErtum est exemplo legatorum donationem causa mortis, quæ plerumque legatis comparatur, excludere querelam inofficiosi, si sufficiat ad quartam, *l.* 8. §. *si quis mortis, sup.* Quoniam, si donatarius causa mortis, qui ita nactus est quartam, agat de inofficioso, repelletur, & si victus sit ob eam causam, quod ei satisfactum esset causa mortis, amittet etiam donatum causa mortis, siue quartam. Aliud est in donatione inter viuos: nam donatio inter viuos non imputatur in quartam legitimæ portionis, non excludit querelam, sicut etiam non imputatur in quartam legis Falcidiæ, Paul. *libr.* 3. *Sentent. tit. vlt.* Nisi scilicet hac mente & lege donetur, vt in hanc vel illam quartam imputetur, quemadmodum *hac l.* probat, & *l. cum quo* §. *vlt. ad l. Falcid. & l. si quando* §. *& generaliter. C. de inoffic. testam.* Idemque seruatur in parte debita patrono, siue parenti manumissori: nam in eam non imputatur donatio inter viuos, nisi id agatur, *l.* 1. §. *si parens, si à paren. quis manum.* Cum vero ea mente donatur inter viuos, vt in quartam habeatur debitæ partis, si donatio illa sufficiat ad quartam legitimæ portionis, cessat querela. Quid si donatio illa non sufficiat, quid dicemus? Quod & quæri potest in legatis, fideicommissis, & mortis causa donationibus. placet hoc iure locum esse querelæ, quoniam omnimodo integra quarta relinquenda est, vt extinguatur querela; sicut etiam si patrono datum sit minus parte debita, competit bonorum possessio contra tab. *l. si vero, de bon. libert.* §. 1. *de success. libert. Instit.* Igitur, si donatio inter viuos, quæ facta est vt in quartam haberetur, non impleat quartam, non sufficiat, competit querela inofficiosi testamenti, sed conferenda est donatio inter viuos cum fratribus ab eo, qui agit querela, videlicet, in totum rescisso testamento, aut etiam si habeat fratres, qui veniant simul ab intestato: Non etiam si testamentum rescindat pro parte tantum. tunc non fit collatio h. e. si vnus filius veniat ex testamento, alter ab intestato; Sed fit collatio inter fratres, cum omnes veniunt eodem iure, *l. si pater filium, inf. de dot. collat.* Igitur ita demum conferetur hæc donatio, si res omnimodo redeat ad intestati causam, non si pro parte tantum. Item non fit collatio, si collationem defunctus inhibuerit fieri ab intestato, *l. ex parte* §. *ab intestato, inf. fam. ercisc.* Dos autem & donatio propter nuptias, olim quidem non imputabantur in quartam debitæ partis, nec excludebant querelam, *l.* 1. & 2. *C. Gregor. de inoffic. testam.* Hodie indistincte, siue ea mente data sint, siue non, & sine conditione illa dos & donatio

natio propter nupt. computantur, §. *vlt. Instit de inoffic. test. l. quoniam, l. 1. C. eod. l. vn. §. quo à nobis, C. de rei vxor. act. & l. vt libertis, C. de collat.* Conferuntur ab intestato: vt si exheredato vel exheredatæ dos, vel donatio propter nupt. non sufficiat ad quartam, & instituat querelam, quo genere venit ab intestato cum onere collationis dotis, vel donationis propter nuptias. Et generaliter quæcunque imputantur in quartam Glicíam, ab intestato conferuntur, *l. pen. C. de collat.* Donatio autem inter viuos, siue simplex, vt supra dixi, nec imputatur in quartam, nec ab intestato confertur, nisi ea mente donatum sit. Et si ea donatio ea mente facta sufficiat ad quartam, cessat querela inofficiosi testam. si non sufficiat, est actio inofficiosi cum onere collationis. Et hoc est quod ait hæc *l. aut certe conferri oportere quod donatum est.* Videlicet, si velit queri de inofficioso, qui minus quarta donatione inter viuos accepit. Hodie autem, qui minus accepit ex Constit. Iustiniani, non agit querela testamenti rescindendi causa, sed habet condictionem ex lege, saluo testamento supplendæ quartæ causa, *l. omnimodo, l. si quando §. illud, l. pen. C. de inoff. test. No. 115.* Et sic etiam patrono, qui minus accepit quarta, hodie non datur contra tabulas, sed condictio ex lege ad supplementum, vt ostenditur in *tit. de success. libert. Institut.* Ante Constit. Iustiniani non erat hæc condictio ex lege supplendæ quartæ causa, nisi vno casu, cum dictum fuerat nominatim, vt quarta suppleretur viri boni arbitratu. Et altero casu, quem explicat Paul. 4. *Sent. tit. de inoff. quer.* Sed de primo videamus. Si dictum sit specialiter, vt si quod est donatum non sufficiat, suppleatur quarta arbitratu boni viri, in hoc dabitur actio vt suppleatur, saluo manente testamento. Et hæc omnino fuit sententia huius *l.* vt si donatarius inter viuos minus habeat quarta, vel repleatur quarta viri boni arbitratu, quod non fit nisi ita cautum sit, vel certe agetur de inofficioso, cum onere collationis. Itaque ex hac sententia apparet nihil ad hanc *l.* adiecisse Tribonianum, quod tamen Accursius existimat: quin immo hæc tota summa legis est iuris antiqui. Non fit etiam mentio in hac *l.* collationis faciendæ ex testamento, h. e. ab institutis, quod I. Iustin. introduxit, vt instituti conferrent: nam antea instituti non conferebant, *Nov. 18.* Sed in specie *huius l.* institutus non confert, sed exheredatus, qui agit querela: Ideo venit non ex testam. sed ab intestato: merito igitur confert donationem inter viuos. Videtur plerisque hodie hæc l. vsui non esse, quia omnimodo relinquenda est quarta tit. institutionis, *Nov. 115.* Sed hoc non est ideo concedendum, nisi pater filium instituerit ex quarta, & specialiter iusserit in eam institutionem imputari quæcunque si exheredatus fuisset, iure veteri imputare debuisset: ex præcepto testatoris institutus imputabit in portionem sibi adscriptam donationem inter viuos, vel mortis causa, vel legatum, quia institutio notæ dimouendæ causa exigitur tantum, scilicet si facta sit hac mente, vt in quartam habeatur, non aliter: nam hodie etiam institutus donationem confert fratribus *ex Nouel. 18.* quod non erat olim.

L. 25. §. 1. explicata est in l. 6. *supra eodem.*

Ad L. XXVII.

L. 27. Si instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni præstatur, inofficiosi causam integram esse placuit.

§. 1. Ei, qui se filium eius esse affirmat, qui testamento id denegauit, tamen eum exheredauit: de inofficioso testamento causa superest.

§. 2. De inofficioso testamẽto militis dicere nec miles potest.

§. 3. De inofficioso testamento nepos contra patruum suum, vel alium scriptum heredem, pro portione egerat, & obtinuerat, sed scriptus heres appellauerat: placuit, interim propter inopiam pupilli, alimenta, pro modo facultatum, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabantur, decerni: eaque aduersarium ei subministrare necesse habere vsque ad finem litis.

Digest.

A *§. 4. De testamento matris, quæ existimans periisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.*

INitio huius l. hæc species proponitur. Is, qui cœpit agere de inofficioso, non peregit litem, sed transegit cum scripto herede, puta vt daret sibi scriptus aliquam partem hereditatis, se litem omissurum. heres fidem non implet, licebit exheredato aut præterito repetere inchoatam actionem inofficiosi testamenti, sicut si fraude heredis scripti eam dereliquisset, *l. 21. sup.* Opponitur *l. cum mota, C. de transact.* quæ lex in eadem specie non dat repetitionem querelæ, sed actionem ex stipulatu, si exheredatus stipulatus sit sibi dari partem illam bonorum querelæ omittendæ causa: Vel, si non interuenerit stipulatio, ea lex dat actionem præscriptis verbis, quoniam ita res gesta fuit: *dabo illam partem bonorum, vt tu à lite inofficiosi discedas:* ex quo B negotio datur actio præscriptis verbis: nec fuit ita facta conuentio: *discedam à lite, vt tu des partem bonorum.* Nam ex eo articulo non daretur præscriptis verbis, *l. cum proponas, C. de dol.* Verum cur non datur etiam repetitio querelæ, cur denegatur in ea *l. cum mota?* Videndum est, cui denegatur repetitio querelæ. Non denegatur exheredato: Nam hic potest derelictam litem inofficiosi repetere, fallente herede, h. e. scripto. At denegatur in ea l. heredibus exheredati, qui cœperat agere querela, & transegerat, quoniam in eos heredes exheredatus non transmittit actionem inofficiosi iam derelictam & remissam transactione, cum hæc actio sit petitio hereditatis & in re. At transmittit tamen actiones personales, puta ex stipulatu, vel præscriptis verbis, sed non petitionem hereditatis omissæ non agnitæ. C Et ita etiam sensit Accursius rectissime. Deinde ostenditur in *hac leg.* exheredato dari querelam inofficiosi testamenti, etiamsi testator eum filium suum esse negauerit, vt, si testator dixerit: *ille non filius meus exheres esto:* querela ei datur. Carboniana bonorum possessio non datur, etiamsi impubes sit, & dubitetur, vel negetur esse ex liberis, *l. 1. §. si quis non ab aliquo, inf. de Carb. edic.* Nam exheredato non datur Carboniana. Hæc autem exheredatio valet, etiamsi dixerit, non filius meus, *l. 3. in princ. inf. de lib. & postum.* Aliud tamen est, si testator ita dixerit: ille *exheres esto, qui non iustus, sed adulterinus filius est:* Nam eo casu impuberi exheredato datur Carbon. possess. contra tab. non querela, *d. l. 1. §. item ait, de Carbon. edic.* quia hic non videtur esse exheredatus aliter, quam si constet eum non esse fi- D lium. Et ideo quasi præterito datur Carboniana bon. poss. con. tabul. Deinde hoc ostenditur in hac l. quod etiam pertinet ad Carbon. nepotem susceptum ex filio iam mortuo succedere auo vna cum patruo, h. e. filio aui, vel cum patruele, iure repræsentationis, *§. cum filius, Instit. de her. quæ ab intest. defer.* cum vocetur ab intestato cum patruo, nisi patruus sit heres scriptus, vel patruelis, nepos exheredatus: nepoti enim exheredato datur querela aduersus patruum, vel patruelem, in semissem tantum. Et quod ostenditur *in hac l.* quod singulare est, & ortum ex Constitutione quadam: si hic nepos exheredatus impubes sit, & inops, pendente lite aletur pro rata semissis: impuberi exheredato non datur Carbon. *l. 20. sup.* quæ bon. poss. si daretur, impubes aleretur ex facultatib. vsq; ad pubertatem, sed datur ei querela, & alitur tantum vsq; ad finem litis tantum, non E vsque ad finem pupillaris ætatis. Et non statim alitur à lite, sed postquam obtinuit in querela, pendente causa appellationis: nam antequã obtinuerit, non alitur. Nec etiam pendente causa appellationis alitur, quam si egestate laboret. Itaque hoc beneficium, quod impuberi exheredato datur, multum distat à Carboniano edicto. Id etiam ostenditur in *hac l.* contra testamentum militis non dari querelam, qua de re dictum est *sup.* in *l. 8. Papin.*

Ad §. vlt. & L. XXIIX. & XXIX.

L. 28. Cum mater militem filium falso audisset decessisse, & testamento heredes alios instituisset: D. Hadrianus decreuit, hereditatem ad filium pertinere; ita vt libertates & legata præstentur. Hic aliud adnotandum, quod de liber-

K

tatib. & legatis adiicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo test. valet.

L. 29. Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes & eum, qui de inofficioso testamento agit, adesse etiam legatarios & voluntatem defuncti tueri, constitutum est: eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit.

§. 1. De inofficioso testamento matris spurij quoque filij dicere possunt.

§. 2. Quamuis instituta inofficiosi testamenti accusatione, transactione res decisa sit, tamen testamentum in suo iure manet, & ideo data in eo libertates atque legata, usquequo Falcidia permittit, suam habent potestatem.

§. 3. Quoniam fœmina nullum adoptare filium sine iussu principis potest, nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptiuam falso existimabat, agere potest.

§. 4. In ea prouincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.

Certum est præterito testamento matris, dari querelam inofficiosi testamenti, quia habetur pro exheredato, *§. vlt. de exhered. lib.* Sed an datur etiam ei, quem mater defunctum esse credebat, atque ita præteriit, & silentio prætermisit? Respondet Vlp. in *l. prox. §. vlt. sup.* ei etiam querelam dari. Ratio dubitandi hæc fuit, quia hoc casu cessare videtur color dementiæ, quo colore testamenta arguuntur quasi inofficiosa, & omnia infirmantur, cum scil. mater eum periisse crediderit. Dementia est succensere liberis immerito: at non videtur succensere eis, quæ eos defunctos credidit. At nihilominus Vlp. respondet præterito per errorem à matre querelam dari. Subiicitur in hac *l.* decreto Adriani, libertates & legata confirmari, solam institutionem corrumpi. Quod Stephanus græcus interpres ita accipit, si filius non agat de inofficioso testamento matris: nam vt est in fi. leg. *cum testam. inoff. arguitur, nihil ex testam. valet.* quasi diceret: nam si agat de inofficioso, nec libertates, nec legata valent: Sed ita accipit *hanc l.* si filius per errorem præteritus agat quasi ex tacita voluntate matris, quæ si eum interiisse non putasset, eum proculdubio heredem scripsisset, vt in specie *l. vlt. de heredib. instit. inf.* vbi agitur etiam ex tacita voluntate. Igitur filius, vel agit de inofficioso testamento, per errorem sc. præteritus: hoc modo non conseruantur libertates aut legata, *ex Nou. Iustin.* vel agit quasi ex tacita voluntate matris, hoc modo conseruantur libertates & legata ex decreto Adriani. Et hoc modo magis ei placet agere de inoffic. test. ne sua merita in disputationem veniant, quam inducit querela de inofficioso. Fateor decretum Adriani hoc modo defendi posse, non omnino, de quo mox videbimus. Illud prius monendi sumus eandem speciem proponere Valer. *l. 7.* non de matre, sed de patre, qui de filio accepto falso nuntio, qui in castris obiisse dicebatur, alium heredem scripserat, & filium prætermiserat; narrat filium obtinuisse contra heredes scriptos apud Centumuiros, cum fuerit præteritus non exheredatus: Sed in ea specie non potuit filius agere querela inofficiosi apud centumuiros, cum fuerit præteritus, non exheredatus. At in specie *huius leg.* potuit agere de inofficioso, quia videtur exheredatus? In quo Valerij exemplo filius egit petitione exheredatis ab intestato apud Centumuiros: vel possessoria petitione. Ratio autem illa defendendi Decreti Adriani, quam tradidit Stephanus, fortiter hac ratione impugnari potest, vt præteritio matris, ita præteritio militis habetur pro exheredatione. Testamentum in quo paganus præteriit filiumfamil. ipso iure nullum est: testamentum in quo pagana præteriit filium, vel testamentum, in quo præteriit miles, valet. Et hoc si sciens miles filium præteriit. At filio præterito testamento militis per errorem, ei quidem non datur querela, quæ nec datur exheredato aduersus testamentum militis, sed ita præteritus per errorem à milite, habet ius dicendi testamentum militis nullum totum, adeo vt libertates & legata non valeant, *l. sicut C. de testament. milit.* quia hæc præteritio totum testa-

A mentum infirmat, & non habetur pro exheredatione, nihilque tunc distat paganus à milite. Sicut testamentum pagani, in quo filiusfamil. est præteritus per errorem, ipso iure nullum est indistincte: Ita etiam testamentum militis, in quo filius est præteritus per errorem, ipso iure nullum est. Cur etiam, non dicimus exemplo militis præteritionem factam à matre per errorem, non haberi pro exheredatione? Sic respondeo, quia etiamsi hoc dicamus, nihil consequimur. Primum enim is, qui est præteritus à matre, etiamsi non est exheredatus, non habet ius dicendi testamentum nullum, cum non fuerit in potestate testantis. Non habet etiam bonorum possessionem contra tabul. matris, quia hæc bonorum possessio permittitur tantum eis, qui sui heredes futuri erant, nisi exiissent de potestate,

B cuiusmodi non erat futurus filius matri, *l. 4. §. 1. & §. 2. inf. de bonor. possess. cont. tab.* Vt ergo consulatur filio præterito per errorem testamento matris, cum alia remedia deficiant, melius est huiusmodi præteritionem pro exheredatione accipere, & ei querelam dare inofficiosi testamenti. Igitur præteritus à matre sciente vel errante, indistincte pro exheredato habetur: præteritus à milite errante pro exheredato non habetur, quod summe notandum. Verum an poterit etiam filius præteritus à matre per errorem, querela si malit, agere, quasi ex tacita voluntate matris, quia præsumitur quod si mater non errasset, eum potius heredem fecisset, non quidem iure potest. Nam nuda & tacita volũtate non datur hereditas, nec adimitur: hoc fit solemni volũtate, vt fit actio: Sed admittetur filius beneficio principis, extra ordinem, atque ita excludet scriptum, reliqua ca-

C pita testamenti integra seruabit, *l. vlt. inf. de hered. instit.* & ita hanc *l.* Stephanus accepit, vt egerit filius quasi ex tacita voluntate, & solum scriptum repulerit, reliqua testamenti capita non corrumpit decretum Adriani. Secus esset si egerit querela, qua corrumpit omnia. Vulgo tamen hęc *l.* ita accipitur, vt filius per errorẽ præteritus testamento matris egerit querela & solam institutionem resciderit, decernente Imperatore Adriano, apud quem lis instituta fuit, saluis libertatibus & legatis. Et vero coniunctio huius *l.* cum *§. vlt. l. praeced.* in quo huic filio præterito datur querela, videtur hanc interpretationem exigere, vt & hic egerit querela, secundum *§. vltim.* Et defectus ille coloris dementiæ videtur Adriano suasisse huiusmodi temperamentum, vt non totum testamentum rescinderet. Sed hoc nouum est, atque extra ordinem, vt querela solam institutio-

D nem rescindat: Et hac de causa Paulus ait in hac *l.* hoc fuisse adnotatum, quod libertates & legata conseruentur, quasi nouum & extraordinarium, cum omnia tollat querela: quæ adnotatio non congruit, si filius egerit quasi ex tacita voluntate: nam cum ita agit, hoc Paulus debuit adnotare fuisse admissum eum, qui nudam habebat tantum voluntatem. Quod est contra ius, vt supra diximus. Igitur vt accipiatur, hoc decretum semper erit contra ius & extraordinarium. Sed melius est id accipere, vt vulgo accipitur. Alij casus quibus per querelam non competunt libertates & legata, traditi sunt in *l. 8. §. vlt. sup.* inter quos hic est repetendus, si heres scriptus lusorie testamentum defenderit, quo casu à D. Pio, legatariis permissum est victo herede scripto, qui perlusorie egit causam, appellare, & liti

E adsistere, & causam agere, testes producere (de quo tamen Accursius dubitauit) & allegationibus vti, vt comprobat lex 29. *in princip. permissum* ait, scilic. à D. Pio, & *l. si à sententia §. si heres, & l. si perlusorio, inf. de appel.* Vel etiam legatarij in heredẽ scriptum, qui se vinci passus est, habent legatorũ actionem, vt ostendimus in *d. §. vlt.* Nam non intereunt legata, cum se defendit heres collusorie & dicis causa.

Additur in *l. 29.* de inofficioso testamento matris agere etiam spurios præteritos: nec mirum, quia & ab intestato succedunt & ex Senatusc. Orphitiano, nisi sit fœmina illustris: de testamento patris spurij non agunt, quia intelliguntur habere patrem. Additur etiam in *§. quamuis hac l.* querelam inofficiosi omnia infirmare, si contra testamentum pronuntiatum sit, si probata sit querela, si vicerit actor, *l. 8. §. vlt. sup.* Non etiam, si transactum sit, hoc

est, si lis sit finita secundum actorem, non si transacta: Nam heres scriptus, qui transegit cum exheredato, nec pertulit sententiam iudicum, tenetur legatariis, & libertates competunt aut præstantur. Et heres scriptus non imputabit legatariis in ponenda Falcidia, quod præstiterit ex causa transactionis exheredato, *l. 3. sup. de transact.* Additur in §. *pen.* de inofficioso testamento matris adoptiuæ agi non posse, quia adoptio illa non valet, *l. si is contra, C. de præscript. long. tempor.* nisi scilic. fiat iussu principis, in solatium liberorum amissorum, vt ait. Quo casu Accursius etiam putat, licet valeat adoptio facta iussu principis, ex ea causa filio adoptiuo non dari querelam contra testamentum matris. Male: cum eo casu filius adoptiuus obtineat vicem naturalis & legitimi, *l. 5. C. de adoption.* Naturalis potest queri de testamento patris, quod certum est. Adoptio B communi iure facit filiumfamil. sicut natura, *l. 1. de adopt. sup.* Duobus casibus facit filium, tamen non filiumfamil. hoc est, facit filium, qui non est in potestate adoptatoris. Vnus, si mulier adoptet iussu principis, filium sibi acquirit sine potestate. Est etiam alius ex Constitutione Iustiniani, si filius à patre naturali detur in adoptionem extraneo, quia non soluitur potestas patris naturalis, nec vlla acquiritur extraneo adoptatori. Verum hoc casu certum est, filium datum in adoptionem extraneo, non posse queri de inofficioso testamento extranei adoptatoris, *l. pen. §. sed nec articulum, C. de adopt.* At contra testamentum matris adoptiuæ, quæ iure eum adrogauit, queri potest, vt hic §. indicat aperte. Nam ei tantum denegat querelam, qui non iure est adoptatus à muliere. Ex *Nouella 27. Leon.* indistincte mulier adoptare potest sine iussu principis. In extremo C legis ostenditur, eum qui agit querela inofficiosi, sequi forum rei, hoc est, heredis scripti. Ergo eum debet conuenire in ea prouincia, in qua heres scriptus domicilium habet, *l. 1. C. vbi de hered. ag. oport.*

Ad L. XXX.

Aduersus testamentum filij in adoptionem dati, pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

§. 1. Tutorib. pupilli nomine, sine periculo eius, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso vel falso testamento, D D. Seuerus & Antoninus rescripserunt.

IN *l. 30.* hoc ostenditur, de testamento filij dati in adoptionem patrem naturalem queri posse, finge: pater naturalis dedit filium in adoptionem auo paterno, vel materno, ita vt transierit in potestatem adoptatoris, soluta potestate patris naturalis: Deinde hic filius morte patris adoptatoris, sui iuris factus est, & testamentum fecit, in quo patrem naturalem, auo superstite præteriit. præterito datur querela, vt ait *l.* de testamento emancipati filij, certum est dari querelam patri, *l. 14. supr.* Dubitabatur de testamento filij in adoptionem dati, an querela daretur patri naturali: Cur ita? Quia sicut filij in adoptionem dati minus iuris habent in bonis patris naturalis, quàm emancipati: emancipatis præteritis datur bonorum possessio contra tabulas; in adoptionem datis, non item, nisi instituti sint & committatur edictum, quia non sunt liberorum loco, *l. non putauit §. in adoptione, inf. de bon. poss. cont. tab.* quia scilic. in adoptionem dati transierunt in alienam familiam: Emancipati habent quidem propriam familiam, sed non sunt in aliena familia: ita vero videbatur pater minus iuris habere in bona filij in adoptionem dati, quam emancipati. Verum sicut filio in adoptionem dato, & exheredato testamento patris naturalis, datur querela, propterea quod ab intestato potest fieri bonorum possessor, quasi cognatus, *l. 6. sup. eod.* ita etiam patri naturali præterito testamento filij, dabitur querela: Non solum, vt posuit Accursius, si filius emancipatione desierit esse in familia adoptatoris, quod tunc facilius admittitur, sed etiam si morte adoptatoris sui iuris effectus sit, quo genere non desinit esse in familia

A milia adoptatoris: nam fit sui iuris sine capitis deminutione, *l. vtrum, de bon. possess. con. tab.* patri autem datur querela, nisi liberi, h. e. nepotes sint instituti, *l. 14. supra.* Filio datur querela, etiamsi filij liberi sint instituti, hoc est, fratres: tunc datur in patrem tantum, & aduersus extraneos heredes scriptos, & aduersus municipes, *l. pen. §. 1. hoc tit.* qui locus notandus. Placet. n. hodie municipes heredes institui posse: Datur & aduersus principem heredem, *l. 8. §. si Imperator, sup.* Quod olim non admittebatur.



IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI
Recitationes solemnes.
Ad Tit. 3. De petitione hered.

Ad L. I. II. III. & IV.

L. 1. Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure, aut nouo. Vetere è lege duodecim tabularum, vel ex testamento, quod iure factum est.

L. 2. Siue suo nomine, siue per se, siue per alios effecti sumus.

L. 3. Veluti si eam personam, quæ in nostra potestate sit, institutam, iusserimus adire hereditatem. Sed et si Titio, qui Seio heres exstitit, nos heredes facti simus, sicuti Titij hereditatem nostram esse intendere possumus, ita & Seij. Vel ab intestato, forte quod sui heredes defuncto simus, vel agnati, vel quod manumisimus defunctum, quodue parens noster manumiserit. Nouo iure fiunt heredes omnes, qui ex Senatusconsultis, aut ex Constitutionibus ad hereditatem vocantur.

L. 4. Si hereditatem petam ab eo, qui vnam rem possideat, de qua sola controuersia erat, etiam id, quod postea cœpit possidere, restituet.

SVperiori tit. tractatum est de petitione hereditatis de inofficioso testamento, hoc generaliter tractatur de qualibet alia petitione hereditatis. *Petitione,* id est, vindicatione. Actio in rem proprie petitio D dicitur: actio in personam, actio, *l. actio, de oblig. & act.* Petere hereditatem, id est, suam esse petere, vindicare, suam esse intendere, asserere. Nomen ergo indicat petitionem hereditatis esse in rem, *l. sin autem §. sed & is qui, inf. de rei vindic.* Vel potius est mixta, tam in rem, quam in personam. *l. 2. C. de petit. hered.* & in *l. sed etsi lege §. petitio, inf. h. t.* Cur mixta? Quia hac actione non tantum vindicatur hereditas, sed etiam quod possessor, cum quo agitur, defuncto debuit, aut quod exegit à debitoribus hereditariis, vel pretia rerum venditarum ab eo: quæ quidem omnia nunquam fuerunt in hereditate, & præstationes personales sunt, *l. 13. §. vlt. l. 14. l. 16. in princ. & §. 1. inf.* At principaliter est in rem, indeque nomen. Sunt autem variæ E & multiplices petitiones hereditatis ex variis causis, *l. 5. in fi. h. t.* Alia est de inofficioso testamento, de qua tractatum est superiori tit. supra: propterea quod differt maxime ab aliis petitionibus hereditatis, vt ostendimus in *l. 1 sup. tit.* Aliæ dantur aduersus eum, qui non iusto titulo possidet, vt aduersus prædonem, vel falsum heredem. De inofficioso datur aduersus eum, qui iusto titulo possidet, vt aduersus heredem institutum testamento iusto & vtili, aduersus substitutum, aduersus fideicommissarium, aduersus eum, qui iure bon. possessionis secund. tabul. hereditatem possidet: qui omnes iustum titulum habent rem tenendi. Sed huic titulo etiam nonnihil aspergitur de petitione hereditatis de inofficioso testamento, vt in *l. 7. & l. per seruum, inf. hoc tit.* Alia est petitio de falso testamento, alia de nullo testa-

mento, alia de iniusto, alia de irrito, alia de destituto siue deserto, alia ab intestato simpliciter, quoties quis sine testamento decessit: alia est possessoria de qua est proprius titulus, id est prætoria non ciuilis: Alia est fideicommissaria, de qua est etiam proprius titulus infra: alia est in solidum: alia est partiaria, de qua titul. seq. alia est ex testamento, quæ datur heredibus scriptis iusto & vtili testamento, ex l. 12. tab. vt ait *l. 1. h. t.* quoniam *l. 12. tab.* testamentariæ hereditates confirmantur *l. lege, inf. de verbor. signif.* Et adiicit *l. 1. h. t.* siue suo nomine, siue per se, siue per alios heredes effecti sumus, quod quid sit vix quis capit statim. Suo nomine, id est, directo, & principali nomine, sicut in Edicto nouo Iuliani, *l. 1. in princip. inf. de coniung. cum emancip. lib.* Id vero fit dupliciter, id est, suo nomine quis heres fit dupliciter, quod significare voluit *l. 2.* Primum, si per se fiat heres: secundo, si fiat heres per eum quem habet in potestate: nam perinde est, atque si pater vel dominus scriptus fuisset heres, cùm pater factus est heres per filiumfamil. vel seruum. Nam & plerunque eius contemplatione scribitur filius heres, aut seruus, cum non ignoretur hereditatem ei adquisitum non iri, *§. item nobis, Institut. per quas person. adquir.* Et ideo ab Interpp. (nam ille est proprius locus) in *l. cum filio, de legat.* 1. ambigitur, id est, multum disputatur, filiofamil. instituto, vter potiùs censeatur heres, filius, an pater. Nam filius non fit heres sine iussu patris, & in articulo, hoc est, atomo, acquiritur hereditas patri, & pater Falcidiam deducit vt heres: & etiam vt heres rogatur fideicommissa præstare: denique tam est suo nomine heres, qui per filium fit heres, quam qui per se, id est, principaliter & directo suo nomine. Alieno nomine heredes efficimur per successionem & consequentiam personarum, vt si Seius, qui est heres Titij ex testamento, quique adiit hereditatem Titij, me heredem scribat, ego Seij heres sum meo nomine, Titij autem heres sum alieno nomine & per successionem, aut seriem, vt vocant, *l. vlt. inf. de leg.* 3. secundùm regulas iuris, quæ dicunt heredem heredis esse heredem testatoris, non suo nomine, sed alieno per successionem, *l. 7. in fi. de acquir hered. l. 65. de verbor. signif. l. vlt. C. de hered. instit.* Et ideo in exemplo proposito non tantum Seij, sed etiam Titij hereditatem petere possum: possum dicere me etiam Titij heredem esse, quoniam petitio hereditatis datur etiam ei, qui alieno nomine heres est, *l. 3. hoc tit.* Et hæc de hereditatibus delatis ex testamento, quæ omnes deferuntur antiquo iure, id est, lege 12. tabul. quæ confirmat testamenta ciuium Romanorum, vel interdum etiam deferuntur nouo iure ex testamento, vt ex Constit. ex testamento filiifam. militis: nam testamentum filiifamilias militis de crastensi peculio Constitutiones confirmant, non 12. tab. *l. 2 §. item si filiifamil. inf. famil. ercisc. l. item veniunt §. non solum, & l. filiifam. hoc tit.* Ab intestato autem hereditates deferuntur, aliæ ex iure antiquo, id est, 12. tab. veluti suis, agnatis, patronis, parentibus manumissoris, aliæ deferuntur ex nouo iure, veluti matri defertur hereditas filij ex Senatusconsulto Tertulliano, & filio hereditas matris ex Senatusconsulto Orphitiano: aliæ deferuntur ab intestato ex constitution. vt ait *lex 3. hoc tit.* Et ex omnibus iis causis venientibus ad petitionem hereditatis ab intestato, ex legibus antiquis, vel nouis datur petitio hereditatis, atque etiam familiæ erciscundæ iudicium, *l. 2. inf. fam. ercisc.* Quæritur exemplum hereditatis delatæ ab intestato ex Constitutionibus. delatæ ex testamento attuli supra, puta filiifamilias militis: sed nunc quæritur exemplum hereditatis delatæ ex Constitutionibus ab intestato, de qua fit mentio *in l. 3.* Ex Constitutione Iustiniani possunt poni multa exempla, vt de filiis sororis, qui ex constitutionibus Iustiniani inter legitimos vocantur ab intestato, & de filiis naturalibus, qui ex Nouel. quadam ab intestato in certam partem, quasi legitimi vocantur, in sextantem scilicet, & de filiis fratrum emancipatorum, qui vocantur vt legitimi, licet non sint legitimi. Potest poni de fratribus vterinis ex Nouel. quadam, & alia multa. Ex constitutione Valentiniani potest poni exem-

A plum de nepotibus, qui succedunt auiæ ab intestato quasi legitimi, *l. si defunctus, C. de legitim. hered. §. 1. Instit. de Senatusc. Orphit.* Ex constitutione Anastasij de fratribus emancipatis, qui licet non sint legitimi siue agnati, tamen ab intestato vocantur quasi legitimi ad successionem fratris emancipati vel integri iuris, *l. si ab eo, C. de legit. hered.* Ergo ex nouissimis constitutionibus multa proferri exempla possunt, de quibus tamen nihil cogitauit auctor, *l. 3. hoc t.* vel *l. 2. fam. ercisc.* Itaque exemplum adhuc quærimus, quod obtinuerit Iurisconsultorum tempore. Videtur commodissime vnum afferri posse ex constitutione D. Marci, de iis, quibus libertatum conseruandarum causa bonorum vniuersitas addicitur: nam hi etiam petitionem hereditatis habent, iure vniuersitatis bonorum ex constitu-

B tionibus delatæ, destituto testamento, testatore intestato facto. Et ita vniuersitatem accipiendam puto in *l. item veniunt §. non solum,* dum ait, ea quæ dicta sunt de hereditate, pertinere etiam ad castrense peculium, quoniam illud habetur etiam pro hereditate ex constitutionibus, si de eo testatus sit filiusfamilias miles, & pertinere etiam ad aliam vniuersitatem, puta ad addictionem illam bonorum. Nam eis etiam, quibus ex illa constit. bona addicuntur, datur actio fam. ercisc. *l. 4. §. vlt. inf. de fideicommiss. libert.* Quod annotat Accurs. *l. 3. hoc tit.* dum vult adferre exemplum hereditatis ab intestato delatæ ex constit. Quod inquam, notat de constit. D. Pij, de quarta Antoniana, de qua diximus *l. 8. §. si quis impubes, & §. Papin.* id videtur falsum, propterea, quòd ea constitutio in ea quarta adrogatum heredem aut successorem non facit, nec defert ei

C petitionem hereditatis, sed actionem personalem tantum quasi de parte aliena, *l. 1. §. si impubere, inf. de collat. bon.* Et ideo arrogato etiam non datur directum iudicium famil. ercisc. eius quartæ nomine: Nam eorum duntaxat hereditas diuidi potest, directo scil. iudicio familiæ erciscundæ, quorum & peti potest, *l. 2. in prin. inf. fam. ercisc.* Peti non potest ab arrogato, cum habeat tantum actionem in personam: Ergo nec diuidi recto iudicio potest. Datur tamen vtile, licet non sit heres, *d. l. 2. §. 1.* Non ausim etiam dare vtilem petitionem quartæ Antonianæ in rem, quia lex deficit, *l. si vero §. de viro, inf. sol. matrim.* Vtilis autem petitio hereditatis, datur etiam emptori hereditatis, quia vicem obtinet heredis, *l. ei qui partes, inf. hoc tit.* non tantum si à fisco emerit hereditatem, vt proponitur in ea

D *l.* sed etiam si emerit à priuato, non tam quod vicem obtineat heredis, quam etiam, quod venditor hereditatis in eum transferat omnes actiones vtiles sine cessione: Ergo transfert etiam petitionem hereditatis vtilem. Et sic etiam puto emptori hereditatis dari vtilem actionem famil. ercisc. Nam cui competit petitio hereditatis, ei competit actio familiæ ercisc. *l. item veniunt §. pen. inf. hoc tit.* Non tamen è contrario, quæ est actio familiæ erciscundæ, est etiam petitio hereditatis semper, vt in arrogato impubere dixi supra. Et sic etiam quæ veniunt in petitionem hereditatis, veniunt in actionem familiæ erciscundæ, *d. l. item veniunt §. vlt.* sed hoc non conuertitur, *l. 7. inf. tit. seq.* Ex iis perfecte intelligitur, qua ex causa & quib. competat petitio hereditatis recta vel vtilis. Illud etiam est notandum ex *l. 4. h. t.* petitionē hereditatis dari aduersus eum, qui pro

E herede vel pro possessore possidet, etiamsi vnam tantum rem possideat ex hereditate, licet minimam, dummodo eam possideat pro herede vel pro possessore, *l. 9. & 10. hoc tit. l. 1. §. 1. tit. seq.* At finge: egi petitione hereditatis aduersus te, cum tu vnam tantum rem possides pro herede vel pro possessore, de vna ea re cœpit controuersia esse inter nos, post iudicium acceptum, tu aliam rem hereditariam possidere cœpisti, an hæc etiam veniet in restitutionem? nam finis huius actionis est vt restituatur: sicut & actionis in rem specialis: Et placet: vtramque rem officio iudicis esse restituendam, vt ait *l. 4.* Is qui agit petitione hereditatis, vindicat hereditatem hoc modo, *si paret hereditatem meam esse*, etiamsi reus vnam tantum rem habeat, actor in eam rem non concipiet actionem: sed licet

controuersia sit tantum de vna re inter partes, ita semper agit, *si paret hereditatem meam esse.* Is autem cum quo agitur, condemnatur restituere, quod tempore iudicij accepti possedit, quodve postea cœpit possidere, nisi si id sine dolo malo desierit possidere, *l. item veniunt §. pen. & l. si quo tempore, inf. hoc tit. & h. l. 4. l. 11. §. vlt. inf. de iureiur.* Summa hæc est: Hæc actio formatur ex persona actoris, condemnatio ex persona rei, id est, pro ratione rerum, quæ à reo possidentur pro herede, aut pro possessore. Et ex hoc intelligitur *huic legi* 4. nihil obstare l. 23. *sup. de iudic.* quam obiicit Accurs. quæ ait, in actionem non venire, quod post litem contestatam accidit, sed alia esse opus actione: Ergo res, quam reus post litem contestatam possidere cœpit, non venit in petitionem hereditatis aut in restitutionem ex eo iudicio: Respondeo, illam legem intelligendam esse de actione, quæ formatur ex persona rei: si petitio hereditatis formaretur ex persona & possessione rei, in eam non veniret res, quam postea possidere cœpit: sicut in actione aquæ pluuiæ arcendæ, quod exemplum est aptissimum, quæ actio formatur ex persona rei: nam est de eo opere, quod reus fecit, quo aqua pluuia noceret vicino. in eam actionem non venit opus factum post litem contestatam, sed noua interpellatione est opus, *l. Anteus, in fi. inf de aq. pl. arcen.* At petitio hereditatis vel actio specialis in rem, non formatur ex persona rei, sed ex persona actoris, qui dicit similiter, *se esse heredem,* vel *se esse dominum,* nec spectat possessionem rei aut personam: sed iudex in re iudicanda spectat personam rei & eum condemnat, prout possidet, etiamsi tempore litis contestatæ nihil possederit.

Ad L. V. VI. & VII.

L. 5. D. Pius rescripsit prohibendum possessorem hereditatis, de qua controuersia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum eius restitutione satisdare. Causa autem cognita, & si non talis data sit satisdatio, sed solita cautio, etiam post litem cœptam deminutionem se concessurum, prætor edixit: ne in totum deminutio impedita, in aliquo etiam vtilitates alias impediat, vt puta, si ad funus sit aliquid necessarium: nam funeris gratia deminutionem permittit. Item, si futurum est, vt nisi pecunia intra diem soluatur, pignus distrahatur. Sed & propter familiæ cibaria, necessaria erit deminutio. Sed & res tempore perituras, permittere debet prætor distrahere.

§. 1. D. Hadrianus Trebio Sergiano rescripsit, vt Aelius Asianus daret satis de hereditate, quæ ab eo petitur, & sic falsum dicat. Hoc ideo, quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.

§. 2. Eorum iudiciorum, quæ de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, vt nihil in præiudicium eius iudicij fieri debeat.

L. 6. Si testamentum falsum esse dicatur, & ex eo legatum petatur, vel præstandum est oblata cautione, vel quærendum an debeatur. Et si testamentum falsum esse dicatur, ei tamen, qui falsi accusat, si suscepta cognitio est, non est dandum.

L. 7. Si quis libertatem ex testamento sibi competiisse dicat, non debebit iudex de libertate sententiam dicere, ne præiudicium de testamento cognituro faciat. Et ita Senatus censuit. Sed & D. Traianus rescripsit, differendum de libertate iudicium, donec de inofficioso iudicium aut inducatur, aut finem accipiat.

§. 1. Ita demum autem sustinentur liberalia iudicia, si iam de inofficioso iudicium contestatum est. ceterum si non contestetur, non expectantur liberalia iudicia, & ita D. Pius rescripsit. Nam cum quidam Licinianus de statu suo quæstionem patiebatur: & ne maturius pronuntiaretur de conditione sua, nolebat ad liberale iudicium ire, dicens, suscepturum se de inofficioso testamento iudicium, & petiturum hereditatem, quia libertatem & hereditatem ex testamento sibi defendebat. D. Pius ait; si quidem possessor esset hereditatis Licinianus, facilius audiendum: quoniam esset hereditatis nomine iudicium suscepturus: & erat in arbitrio eius, qui se dominum esse dicit, agere de inofficioso testamento iudicium: nunc vero sub obtentu iudicij de inofficioso testamento ab ipso Liciniano non suscepit, per quinquennium non debere moram fieri seruituti. Plane summatim æstimandum iudici concessit, an forte bona fide imploretur iudicium de testamento, & si id deprehenderit, præstituendum modicum tempus: intra quod, si non fuerit contestatum, iubeat iudicem libertatis partibus suis fungi.

§. 2. Quoties autem quis patitur controuersiam libertatis & hereditatis, sed se non ex testamento liberum dicit, sed alias vel à viuo testatore manumissum, non debere impediri liberalem causam, licet iudicium de testamento moueri speretur, D. Pius rescripsit. Adiecit plane in rescripto: dummodo prædicatur iudici liberalis causa, ne vllum adminiculum libertatis ex testamento admittat.

HArum omnium legum eadem fere est quæstio, an aliquid fieri possit in præiudicium petitionis hereditatis, id est, quod ei iudicio præsumptionem adferat, quæ quidem est summe difficilis quæstio, nec mihi fuit facile statim eam expedire. Videndum inprimis, an possessor hereditatis, post controuersiam de hereditate, possit aliquid ex ea deminuere vel distrahere? Differentiam facit, lex 5. inter *controuersiam,* & *litem. Lis* est certamen, concertatio: *controuersia* est ante certamen. Ait autem lex 5. ex rescripto Diui Pij, etiamsi controuersia de hereditate sit, lis nondum sit, possessorem nihil deminuere posse ex ea hereditate, nisi præstiterit satisdationem iudicatum solui, id est, de rebus hereditariis restituendis, si victus sit. (legendum est *restitutione,* vt in Florentinis, non *æstimatione*) vel earum pretio: hæc cautio præstatur ante litem contestatam. post motam controuersiam, vt probant multæ *ll.* in tit. *iudic. sol.* Renouari tamen hæc cautio potest, etiam post litem, si fideiussores dati non sunt idonei, aliarum rerum postea possessione adsumpta, quæ veniunt in petitionem hereditatis *l. si quo tempore, inf. hoc tit.* Igitur non potest possessor hereditatis post controuersiam aliquid deminuere, nisi hanc cautionem præstiterit, & multo minus post litem. Interdum tamen, etiamsi ea cautio iudicatum solui præstita non sit, sicut hodie generaliter non præstatur ab eo, cum quo agitur suo nomine ex constitutione Iustiniani, *tit. de satisdat. Institut.* Satis enim est præstari cautionem iudicio sisti, τῆς ἐγγυήσεως, quæ præstatur etiam ante litem contestatam, *l. amplius, inf. rem ratam hab.* Igitur, etsi cautio iudicatum solui præstita non sit, sed præstita sit alia cautio solita, vt ait lex 5. puta de rebus hereditariis conseruandis, & non deminuendis, quam nisi præstiterit reus, præstatur autem etiam post litem, possessio transfertur in actorem satisdantem de ea conseruanda, vt Paulus scribit, *lib. 1. sent. tit. 11. l. de bonis §. vlt. inf. de Carbon. ed. l. in lib. in fine inf. de quæstion. & §. pen.* huius legis 5. Et vt apparet ex illis locis est satisdatio, sicut iudicatum solui, non nuda promissio. Dicitur, *solita cautio,* quod soleret præstari in hoc iudicio, & solemnis esset. At iudicatum solui, est etiam solita cautio, aut fuit ante Instinianum, *l. Pomponius §. sed & is qui, inf. de procurat.* Igitur etiamsi possessor hereditatis non satis dederit iudicatum solui, qui etiamsi satisdederit, se nihil deminuturum, se nihil deterius in possessionem facturum, etiam post litem, interdum ei permittitur deminutio ex iusta causa, vt edicto prætoris comprehensum est, *l. 5.* veluti funerandi defuncti testatoris causa, vel vescendi familiæ causa, vel ne pretiosa pignora distrahantur, soluendi æris alieni causa, quod defunctus debuit, vel si quæ sint res tempore perituræ, *l. non solum, inf. hoc tit.* Ergo deminuet possessor ex iusta causa, & causa cognita etiam post litem, etiamsi cauerit se non deminuturum, etiamsi non cauerit se iudicatum solui. Deminutione prohibita intelligitur etiam prohibitum exercitium actionum hereditariarum, *l. aut prætor § 1. inf. de iur. delib.* Ex causa tamen possessor hereditatis siue satisdederit, siue non:

& vt satisdederit, exercebit etiam post litem actiones tam in rem, quam in personam, si periculum sit, ne tempore aut morte intereant, *l. si bonæ fidei, inf. hoc tit.* Ex eadem etiam causa petitor hereditatis, negligente possessore, exercebit eas actiones post litem, nec ei obstabit exceptio præiudicialis, cuius est formula, quod præiudicium hereditati non fiat, *d. l. bonæ fidei.* Sciendum est, generaliter statuendum, quod ad multa, quæ sequuntur, pertinet, varia esse iudicia centumuiralia, quæ sunt de hereditatis petitione, vt diximus in *l. 1. sup. tit. prox.* Et eorum quidem iudiciorum ea est auctoritas, vt nihil in præiudicium eius iudicij, id est, petitionis hereditatis fieri debeat *h. l. 5. in fi.* Vt si sit controuersia de hereditate, id est, si speratur lis seu petitio hereditatis, non potest agi familiæ erciscundæ, ne fiat præiudicium familiæ erciscundæ, *l. 1. inf. fam. ercisc.* Non potest agi interdicto de tabulis exhibendis, *l. vlt. inf. de tab. exhib.* Non potest etiam peragi lis cœpta cum defuncto ab eo, qui de eius hereditate controuersatur, quive est acturus, *l. non distinguemus § si is faciat, sup. de recep. arbit.* Sed hæc omnia differuntur quoad actum fuerit de hereditate, vt de re maiori, nec minus iudicium potest adferre præiudicium maiori, aut maius anteuertere. Sic etiam si sit controuersia de hereditate contra heredem scriptum, quasi testamento inofficioso, vel rupto, lis nondum sit, non potest agi de libertate testamento manumissorum, cum spectetur lis de toto testamento, de tota hereditate, *l. 3. §. quis liber, de Carbon. edic. & l. 7. hoc tit.* Huius legis tractatus satis difficilis hoc loco tractandus erit. Initio legis proponitur, Senatusconsulto & rescripto Traiani caueri, differri iudicium libertatis, quæ dicitur competere ex testamento, quamdiu iudicium de inofficioso testamento inducatur, vel finem accipiat: Male quidam *inducatur*, id est, *deleatur*, rectius alij *inducatur*, id est, *introducatur, inferatur*, & ita Græci, εἰσαχθῇ. Ita etiam *l. 4. C. de ord. cognit. inducere*, εἰσαχθῆναι: & *l. si expressim. inf. de appellat, in princ.* Ergo differtur liberalis causa, si lis contestata sit, & inducta de inofficioso, donec finem acceperit. Item, si nondum sit contestata, vel inducta actio inofficiosi testamenti, dummodo induci speretur, & bona fide eam exspectari desideretur. quo casu à iudice certum præstituetur tempus, intra quod contestetur actio inofficiosi testamenti, quo elapso, si non fuerit contestata actio inofficiosi, tum agetur de libertate. Hodie huic rei à Iustiniano est præfinitus annus, *l. vlt. C. de petit. hered.* Et ita accipiendum est, quod ait *l. 7.* ex rescripto D. Pij, si non contestetur actio inofficiosi, non differri liberalem causam, si non contestetur, scil. intra præfinitum tempus, vel si non contestari speretur certo, & postuletur dilatio mala fide morandæ libertatis causa, quod patebit ex specie eius rescripti, quæ est hæc: Quidam Licinianum seruum suum heredem & liberum scripsit, filium suum exheredauit, exheredatus habet querelam inofficiosi testamēti, & tamen nondum agit querela, sed Liciniano, qui ex testamento gerit se pro libero, mouet quæstionem status, dicens eum suum seruum esse, se heredem patris esse ab intestato, de rescindendo testamento non agit, sed Licinianum tantum vindicat in seruitutem. Contra Licinianus opposita exceptione præiudiciali detrectat suscipere iudicium liberale, & dicit prius esse agendam litem inofficiosi testamenti. Quid fiet? Ita distinguendum est: Aut Licinianus possidet hereditatem, aut exheredatus. Si Licinianus possidet, differri debet liberale iudicium, id est, τὸ καταστατικὸν, donec introducatur iudicium de testamento, quod quidem facile filius exheredatus possit inducere, cum non possideat ipse hereditatem, sed Licinianus. At si exeheredatus possidet hereditatem, non potest agere de inofficioso testamento, quia hæc actio est petitio hereditatis; petitio autem hereditatis vel in rem specialis nunquam datur possessori, nisi in vindicatione seruitutis. Igitur filius exheredatus, qui possidet hereditatem, non potest agere de inofficioso, iure actionis scilicet: At iure exceptionis potest de inofficioso queri, videlicet Liciniano, qui non possidet hereditatem, agente petitione he-

A reditatis ex testamento: Nam tum exheredatus excipiet & queretur de inofficioso testamento, de impietate patris, atque ita in modum exceptionis inducet querelam *l. 8. §. si filius, sup. tit. prox.* Sed Licinianus non vult agere petitione hereditatis: id tantum agit, vt in eadem versetur libertate, qua cœpit versari, & non vult inducta querela in modum exceptionis in dubium venire libertatem, & forsitan rescindi. Denique veretur, ne si agat petitione hereditatis, amittat & hereditatem & libertatem. itaque mauult frui libertate & hereditatem relinquere exheredato possessori. Deinde Licinianus contendit exheredatum possessorem non posse specialiter agere de libertate sua, hac ratione, quod speretur petitio hereditatis de inofficioso, quia forsitan intra quinquennium, quo scilicet tempore actio inoffi- B ciosi concluditur, exheredatus possessionem amittit, & ea obueniet Liciniano heredi scripto: post quinquennium quidem non est actio inofficiosi, sed intra quinquennium potest esse, etiamsi nunc non habeat eam exheredatus, propterea quod nunc possidet. Itaque Licinianus contendit in quinquennium differri debere liberale iudicium, sed summouetur rescripto D. Pij, quod proponitur in hac lege, quia cum non sit plane in arbitrio exheredati agere de inofficioso, propterea quòd possidet hereditatem, manifestum est Licinianum morandi causa postulare dilationem liberalis iudicij. Cum itaque ita accidit, vt non contestetur actio inofficiosi, non differentur liberalia iudicia. Et hæc est sententia *l. 7.* Verum vbique est conseruanda scriptura Flor. quæ deprauata est in aliis libris præterquàm vno in loco, in quo & Flor. & alij habent, *vt petiturum heredita-* C *tem*, legendum omnino, *& petitionem hereditatis.* Nam Licinianus, quem proposui possidere hereditatem, non dicit se petiturum hereditatē, cum nullam habeat petitionem hereditatis, sed dicit se suscepturum petitionem hereditatis de inofficioso, si velit ea agere exheredatus, non possessor, & ideo non vult venire in iudicium libertatis. Paratus est suscipere actionem de inofficioso & petitionem hereditatis ex ea causa, & audietur. Deinde ait in *h. l. nunc vero sub obtentu*, vt recte Flor. id est, cum Licinianus non possideat, sed filius exheredatus, quæ species fuit proposita à Diuo Pio, & ideo *nunc*, id est, in specie proposita si exheredatus possideat, atque ita non agat querela, non differtur libertatis causa in quinquennium, eo obtentu, quod accidere possit, vt intra quinquennium amissa possessione habeat querelam inofficiosi. Dixi liberale iudicium differri, donec D actum sit de hereditate. Obstat huic sententiæ *l. 2. C. de ordin. cog.* Lex ait, si de libertate & hereditate sit controuersia, prius agenda est causa libertatis. At ego dico esse sustinendam ex *l. 7.* Breuiter, quod respondeamus, satis suppeditat *§. vlt. l. 7.* Sic dicendum est: si fiat controuersia libertatis & hereditatis, & vtraque pendeat ex testamento, prior est causa testamenti, id est, hereditatis: sed si sola controuersia hereditatis pendeat ex testamento, vt si reus dicat se esse liberum, non ex testamento, sed vindicta, vel censu, vel legis auctoritate: si igitur sola hereditatis controuersia pendeat ex testamento, prior est causa libertatis, quia nihil obest causæ testamenti, cum ex testamento libertatis probatio aut adminiculum nullum sumatur. Adiicit postea in *d. l. 2. sed si de hereditate agatur, &c.* qua in E parte ponit, non fuisse actum principaliter de vtroque, sed motam fuisse controuersiam de hereditate tantum principaliter, & inductam fuisse quæstionem libertatis in modum exceptionis, vt quia reus, à quo petitur hereditatis, dicit actorem, qui petit hereditatem quasi filius defuncti, seruum esse, non filium defuncti. Quo casu prius quidem ordinari debet, & disceptari causa libertatis, id est, prius videndum est, actor sit filius necne, liber necne. Qua in causa habebitur pro reo, id est, ei non incumbet onus probandæ libertatis, si libertate vtebatur, id est, si erat in possessione libertatis. Igitur actum est principaliter de hereditate: incidit quæstio de libertate actoris. de hac disceptabitur in primis, sed non pronuntiabitur, *l. 1. C. de ord. iud.* Verum pronuntiabitur tantum de hereditate, de qua actum

est. Ceterum, si pronuntietur hereditatem esse actoris, tacite etiam videbitur pronuntiatum de eius libertate. Et ita etiam, si in petitione hereditatis ex testamento incidat quæstio de libertate testatoris, prius hoc inspiciemus, liber necne fuerit testator, *l. liber, C. de petit. heredit.* Sed sententia dicetur de hereditate, non de libertate: sed si pronuntietur, hereditatem esse scripti, tacite pronuntiatur testamento fuisse liberum. At teneamus illud semper, nominatim nihil pronuntiari his casibus de libertate, qua ratione fit vt is qui non potest principaliter cognoscere de libertate, veluti pedaneus iudex, si aditus sit de hereditate, recte cognoscat de libertate, quæ scilicet inducta est in modum exceptionis, quoniam nihil videtur facere supra modum iurisdictionis, aut cognoscendi facultatem vel notionem, propterea quod non pronuntiet etiam de libertate, de qua ei pronuntiatio non competit, sed de hereditate tantum, *l. 1. C. de ord. cog. l. 3. C. de iud.* Huic sententiæ primum obstat *l. 13. inf. de except.* Post litem de hereditate contestatam, res singulæ petuntur actione in rem speciali, an obstat exceptio, vt præiudicium hereditati non fiat? Minime: quia hæc exceptio comparata est futuri iudicij nomine, non nomine iudicij iam facti, id est, iam accepti & contestati. Ergo, post litem contestatam de inofficioso, vt res singulas, ita etiam seruos singulos licet in seruitutem petere. Cur differtur causa libertatis, donec finiatur causa hereditatis? Vt respondeam & vt totam hanc quæstionem in summam comprehendam: illud in primis sciendum est, obtentu iudicij futuri, vel iam cœpti de hereditate, non differri actiones creditorum hereditariorum. Nam creditores hereditarij, quib. defunctus debuit, sine metu exceptionis, cum petitore vel possessore hereditatis ius suum experiuntur, & quod possessor præstiterit, id victus reputat petitori vincenti: vel contra, petitor victus, quod eis præstiterit, id consequetur officio iudicis, vel repetit actione negotiorum gestorum, vel quibus casibus cessat actio negotiorum gestorum, condictione ex lege, *l. vlt. C. de petit. hered.* In fisco aliud est: nam fisco petente hereditatem differuntur actiones creditorum ex SC. *l. apud, inf. de iur. fisc.* Similiter vero siue mota sit lis de hereditate, siue moueri speretur, legatorum vel fideicommissorum actiones non differuntur, sed exercentur in heredem scriptum, statim & legata exiguntur, oblata cautione, euicta hereditate legata reddi: vel contestantur tantum actiones legatorum. Legata non exiguntur, vt non præstetur cautio, & vt à lite contestata currant vsuræ legatorum, secundum *tit. de vsur. legat. C. d. l. vlt. de petit. hered.* Vnde, etsi falsum testamentum dicatur, & forsitan hereditas petatur ab intestato, quasi testamento falso, ob id legatorum actio non differtur, sed statim quæritur an legatum debeatur, vt ait *l. 6. hoc tit.* id est, an sit testamento adscriptum. si sit præstatur, oblata cautione de reddendo legato, si falsum testamentum pronuntietur, *d. l. 6. l. 9. C. de legat.* Is tamen, qui testamentum falsum dicere cœpit, in quo forte aliquid ei legatum est, si id legatum petat, non audietur, etiam si offerat cautionem illam, quia siue obtinuerit, siue non obtinuerit, in actione falsi amittit legatum, *d. l. 6.* Verum, si prius legatum petierit, postea non prohibetur falsum testamentum dicere, videlicet si ignorans legatum petierit, *l. 3. inf. ad l. Cornel. de fals.* Nunc ad rem. legata non differuntur obtentu iudicij futuri, vel iam facti de hereditate, sed præstantur oblata cautione. Multo minus differentur credita, quæ sunt certa, & quæ omnino dissolui oportet, cuiuscuius sit hereditas. Legata deberi non est certum, quia de testamento est controuersia, & tamen repræsentantur oblata cautione. Denique credita & legata non differuntur prætextu huius iudicii: Libertates differuntur in annum ex *d. l. vlt.* Cur tam varie? ratio est, quia legatorum repetitio facilis est, quo nomine interponitur cautio illa: Libertatum autem, quæ semel competierunt, vel præstitæ sunt, non est facilis repetitio, nec reuocatur vnquam libertas, quæ semel data est, aut competiit, & ideo tardè conceditur. Cornel. Tacitus, lib. 13. *Tarde, inquit, concedendum est, quod datum, non adimeretur.* Differuntur ergo libertates obtentu

A iudicii de hereditate futuri, vel iam facti, sed secundũ distinctionem legis 7. Nam si moratoria sit dilatio, quæ postulatur, non dabitur, sed statim agetur de libertate, vel de seruitute. Aliæ autem actiones, quæ exercentur nomine hereditario, post controuersiam de hereditate, differuntur, ne liti futuræ de hereditate præiudicetur, vt actio familiæ erciscundæ differtur. Nam diuiditur hereditas, priusquam petatur: interdictum de tabulis proferendis, differtur, & actiones personales, quæ defuncto competierunt, & actiones in rem speciales, de rebus singulis hereditariis, videlicet, si is velit eis vti, quasi heres, qui nondum egit petitione hereditatis, quod præiudicium hereditati non fiat, velut si iam contestatus sit petitionem hereditatis, cur non poterit postea etiam agere famil. erciscundæ, cur non de tabulis pro-
B ferendis, cum cœpit de vniuersa hereditate agere? Cur etiam non poterit simul postea agere de libertatibus seruorum hereditariorum? Cur etiam non poterit vti actionibus personalibus, vel realib. hereditariis: Igitur, qui iam egit petitione hereditatis, eis etiam actionibus experietur, postea vel aduersus eundem, vel aduersus alium, id est, non ante repelletur exceptione præiudiciali, qua repellitur, qui aliam actionem præponit petitioni hereditatis. Maior quæstio minorem ad se trahit, maiorem minor non trahit, *l. per minorem, sup. de iudic.* Igitur non repelletur exceptione præiudiciali. Verùm in his iudiciis sententia non dicetur, antequam de hereditate pronuntiatum sit. Et ita in *l. 7. in prin.* ait, *non debebit iudex de libertate sententiam dicere,* sed non debebit etiam post litem de hereditate contestatam, seruos se vindicantes in libertatem statim repellere ex-
C ceptione, cum non præposuerit liberale iudicium petitioni: præcessit namque petitio hereditatis, sequitur iudicium naturale. Itaque qui hoc ordine agit in ipso limine non repellitur, sed de qua re posterius egit, sententiam prius non feret, quam pronuntiatum sit de petitione hereditatis. Et ita etiam in *l. si bonæ fidei, inf. h. tit.* ostenditur indistincte, petitorem hereditatis agere actionibus in rem specialibus, citra metum exceptionis præiudicialis: quod etiam ait *l. si post.* Sed si quis ante petitionem hereditatis agat liberali iudicio, iudex debet hunc repellere statim exceptione præiudiciali. Hæc de eo qui hereditatem petit, aut petiturus est. Nam possessor hereditatis post controuersiam de hereditate aget omnibus actionibus etiam familiæ erciscundæ *l. 1. inf. fam. ercisc.* dummodo satisdederit iudicatum solui, atque etiam post litem, si modo ita satisdederit, & interdum,
D etiamsi non satisdederit ex causa. Illud postremo adiiciendũ est, iudicium ciuile non præponi petitioni hereditatis, si ei præiudicet, vt demonstratum est supra: Criminale tamen præponitur, etiamsi præiudicet, vt si possessor hereditatis conueniatur petitione hereditatis ex testamento, & dicat illud testamentum est falsum, proposita accusatione falsi, offerre debet cautionem de non minuenda hereditate, atque ita differtur petitio hereditatis, donec finita sit accusatio falsi. ita cauetur rescripto Adriani, §. *vlt. l. 5. hic.* Igitur crimen falsi præponitur petitioni hereditatis: maior est causa criminalis, minor ciuilis: non debet maiori per minorem præiudicium fieri, *d. l. per minorem.* Ergo non debet præcedere petitio hereditatis, quæ est ciuilis. Et ita criminalis præfertur ciuili *l. si de vi, sup. de iud.* Nam vt alias osten-
E dimus, ea lex ita accipienda est, vt de vi prius agatur criminaliter, quam de possessione, aut de proprietate, ex rescripto Adriani: nam aliorum rescripta dissentiunt. Ex rescripto Adriani criminalis quæstio de vi præfertur ciuili. Idem etiam ostenditur in *l. vlt. C. de ord. iudic. l. adulterij, C. ad leg. Iul. de adult.* Opponitur lex *pen. C. de ord. iud.* quæ ait, causam ciuilem & criminalem simul disceptari, nec vnam alteri præferri. Hæc non sunt contraria: Nam etsi vulgò dicatur, prius esse agendum de possessione, quam de proprietate, tamen constat hæc duo iudicia coaceruari posse. Qua de re est locus singularis *in 5. Epist.* Symmachi, quo ostendit ex constitutione vtrumque iudicium posse coniungi. Opponitur & *l. pen. C. ad leg. Cornel. de fals.* quæ ait, ciuili quæstione per sententiam terminata, deinde

de falso criminaliter agi, vt si petatur legatum ex testamento, quod falsum dicitur, censet lex prius excutiendam litem de legato, deinde instituendam accusationem falsi testamenti. Quod respondeamus suppeditat *l. 2. C. eod.* quæ ait ciuilem actionem præferri criminali de falso, si crimen falsi obiiciatur morandæ & trahendæ solutionis causa, tum repræsentabitur iudicium de legato, quod non vult suscipere heres, & dum moratur falsum testamentum dicit. Et ita etiam accipienda est *l. 7. hoc tit.* Ac similiter, qui morandæ libertatis vel seruitutis debitæ causa, postulat differri iudicium liberale, ob centumuirale iudicium, id est, petitionem hereditatis, non audietur, *d. l. 7.* Hoc igitur casu excepto, semper criminalem ciuili anteponimus & centumuirali iudicio. At ciuilis actio non præfertur centumuirali iudicio, sed differtur & sustinetur, *l. vlt. d. l. 5.*

Ad Leg. VIII.

Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

IS qui putabat valere testamentum, & secutus est iudicium defuncti, postea non prohibetur petere hereditatem ab intestato. Sumi exemplum potest ex *l. 19. sup. tit. prox.* Si quis secutus sit iudicium defuncti adita hereditate ex testamento, quod putabat valere: nam postea ab intestato vindicabit hereditatem: idem est etiam, si legatum acceperit, cum ignoraret ruptum aut irritum, aut iniustum esse testamentum: quod non potest poni similiter de inofficioso testamento. Nam qui legatum accepit, non potest postea hereditatem vindicare ab intestato, *l. 10. sup. tit. prox.* Constat quidem eum, qui accepit legatum per errorem quasi ex testamento vero, non prohiberi postea, quasi testamento falso hereditatem vindicare ab intestato, *l. 3. ad leg. Cornel. de fal.* Sed quod diximus etiam *in l. 10.* non potest dici, eum agnouisse iudicium defuncti, cum nullum fuerit iudicium defuncti, id est, cum falsa sit scriptura testamenti. Is ergo qui legatum accepit, postea non prohibetur ex causa rupti, vel irriti, vel iniusti testamenti hereditatem vindicare ab intestato, nisi manifesto calumnietur, id est, ruptum dicat, vel iniustum, *l. postquam, inf. h. t.* Calumniator repelletur à petitione hereditatis statim: sed si non calumnietur manifesto, si bona fide vindicet hereditatem ab intestato, non repelletur, quod legatum iam ante perceperit, ignorans in ea causa tabulas esse testamenti. Sed priusquam admittetur ad petitionem hereditatis, necesse est, vt legatum, quod percepit, restituat possessori hereditatis, accepta cautione hac, *non euicta hereditate, legatum restitui*, vel etiam si agens petitione hereditatis, non restituat legatum initio litis, & euincat hereditatem, victus possessor eo minus restituet, id est, legatum in restitutionem hereditatis computabit, *l. postquam, & seq. infra.*

Ad Leg. IX. & X.

L. 9. Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditaria.

L. 10. Licet minimam. §. 1. Itaque qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem hereditatem suam esse totam vel pro parte: sed hoc solum ei officio iudicis restituitur, quod aduersarius possidet, aut totum si ex asse sit heres: aut pro parte, ex qua heres est.

EX hac lege notandum, quod est principium fusum per totum hunc titulum, & notum omnibus: eum teneri tantum petitione hereditatis, qui pro herede vel pro possessore possidet: Idque dicendum est de interdicto Quorum bonorum, quod præparat hereditatis petitionem, *l. 1. C. quor. bonor. §. adipiscendæ, Instit. de interdi.* Et ideo Arrianus Iurisconsultus in lib. de interdictis, exposuit, quid esset pro herede possidere, tractans scilicet interdictum,

A quorum bonorum, *l. 11. inf.* Sed est tamen hac in re quædam differentia. Nam petitio hereditatis datur non tantum in eum, qui rem hereditariam possidet, sed etiam in eum, qui ius quasi possidet, veluti in debitorem hereditarium, in quem tamen non datur interdictum quorum bonorum, *l. 2. inf. quor. bonor.* sed datur tantum in eum, qui possidet corpus, licet minimum, *l. hoc amplius, inf. de furt. & d. §. adipiscendæ.* Sed etiam petitio hereditatis datur in eum, qui minimam rem possidet, licet proprie hereditas non sit in re vna vel pars hereditatis. Sed hæc actio, illudque interdictum formatur ex intentione actoris, quæ intentio est de vniuersitate, nec ei est similis condemnatio: nam condemnatio est de re vna, si rem vnam tantum reus possideat vel minimam, *l. 10. h. t. l. etsi non totam, inf. si quis omissa caus.*
B *testam.* vt diximus in *l. 4. sup.*

Ad L. XI. XII. & XIII.

L. 11. Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quæritur. Et Arrianus lib. 2. de interdictis putat teneri. Quo iure nos vti Proculus scribit. Sed enim & bonorum possessor pro herede videtur possidere.

§. 1. Pro possessore vero possidet prædo.

L. 12. Qui interrogatus, cum possideat, responsurus sit, quia possideo: nec contendet, se heredem, vel per mendacium.

L. 13. Nec vllam causam possessionis possit dicere: & ideo fur & raptor petitione hereditatis tenentur.

C *§. 1. Omnibus etiam titulis, hic pro possessore hæret, & quasi iniunctus est. Denique & pro emptore titulo hæret: nam si à furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in tit. pro donato quæritur, an quis pro possessore possideat, vt puta vxor vel maritus. Et placet nobis Iuliani sententia, pro possessore possidere eum, & ideo petitione hereditatis tenebitur. Item, pro dote, tit. recipit pro possessore possessionem: vt puta, si à minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, vtique pro possessore possidebo.*

§. 2. Is autem qui restituit hereditatem, teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit, id est, si scit, & restituit. Nam & dolus præteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere.

D *§. 3. Neratius lib. 6. membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret, pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse lib. 7. ait, etiamsi putauit heres, eas res ex hac hereditate esse, quæ sibi delata est.*

§. 4. Quid si hereditatem emerit? an vtilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est. Sed finge, non exstare venditorem, vel modico vendidisse, & possessorem bonæ fidei fuisse: an porrigi manus ab emptore debeat? Et putat Caius Cassius dandam vtilem actionem.

§. 5. Idem erit dicendum, etsi paruo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus, aduersus fideicommissarium dari actionem. Ab herede enim peti non expedit per exiguum pretium habente.

E *§. 6. Sed etsi retenta certa quantitate restituere rogatus sit: idem erit dicendum. Plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est, non putat Papinianus ab herede petendam hereditatem: quoniam pro herede, quod conditio implendæ gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contra. Et id verius est, quia pecunia hereditaria est.*

§. 7. Idem & in eo, qui solos fructus ex hereditate retinet, dicendum erit: tenetur enim & is hereditatis petitione.

§. 8. Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: & sic peti ab eo hereditatem quidam putant: quam sententiam non puto veram. Nemo enim prædo est, qui pretium numerauit: sed vt, emptor vniuersitatis vtili tenetur.

§. 9. Item si quis à fisco hereditatem quasi vacantem emerit, æquissimum erit vtilem actionem aduersus eum dari.

§. 10. Apud Marcellum lib. 4. Digestorum relatum est, si mulier hereditatem in dotem dedit: maritum pro dote quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis vtili teneri. Sed & ipsam mulierem directa teneri Marcellus scribit: maxime si iam factum diuortium est.

§. 11. Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat: quamuis etiam earum rerum nomine, quas pro herede vel pro possessore defunctus possedit, vtique teneatur.

§. 12. Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum, an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius vero nequaquam: quia non videtur pro herede vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet: nisi forte quis dixit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi prædonem esse: tunc enim suo nomine tenere potest.

§. 13. Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens, obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus libro 4. Digestorum scribit, ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum, qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat. Omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri.

§. 14. Item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, Marcellus lib. 4. Digestorum tractat, num forte euanescat aduersus eum, qui desiit, litis æstimatio. Et magis euanescere ait, nisi petentis interest. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere: indubitatum erit euanescere. Sed si is qui dolo desiit, ante conueniatur, eum qui possidet, non liberabit.

§. 15. Item à debitore hereditario quasi à iuris possessore: nam & à iuris possessoribus posse hereditatem peti constat.

IN *l. 11.* explicatur, *quid sit pro herede & pro possessore possidere.* Pro herede possidet, non qui vere est heres, quanquam & ita accipitur: nam à vero herede non vindicatur hereditas, nisi ex causa inofficiosi testamenti: & ideo seorsim hoc genus petitionis hereditatis propositum est supra. Sed in hoc titulo, pro herede possidet qui putat se heredem esse, vel etiam qui scit se heredem non esse, & se tamen quasi heredem possidere profitetur mendaciter, siue putet, siue sciens imponat sibi nomen heredis, & quasi pro herede possessor hac actione tenetur. Heredis appellatione hoc loco comprehendimus etiam bonorum possessorem. Ergo pro herede etiam possidet, qui putat, vel qui falso profitetur, se esse bonorum possessorem, & qui dicit se esse cognatum defuncti. Pro possessore autem possidet fur & prædo: qui interrogatus cur possideat, nullam adfert causam, sed vertit interrogationem in responsionem, & dicit impudenter, *quia possideo,* nec contendit se esse heredem. Denique qui nullam adfert possessionis causam, id est, auctoritatem possessionis siue titulum per translationem: sicut inscriptio libri titulus dicitur per translationem, & proscriptum rei venalis, quæ indicat, quanti res sit. Proprie enim titulus est honor, dignitas, pretium, ἀξίωμ᾽, τιμὴ, τιμή. Qui pro herede possidet, interrogatus cur possideat, reddit causam, quia heres sum; qui pro possessore, interrogatus nullam adfert causam. E Ergo qui pro possessore possidet, est malæ fidei possessor: qui pro herede non est malæ fidei possessor, si putet se heredem. Sed si sciat se heredem non esse, abutitur tamen nomine heredis, meo iudicio, vt malæ fidei possessor condemnabitur. Plus condemnatur hoc iudicio malæ fidei possessor, quam bonæ fidei. Addit *l. 13.* pro possessore possessionem hærere posse omnibus titulis, veluti pro donato, pro emptore, pro dote, pro legato: nam ad singulos apponi exemplum oportet. 1. Pro emptore, vt si quis sciens emerit à furioso, quæ emptio inanis est. Nam hic emptor interrogatus vnde possideat, non est dicturus emptionis vitium, sed incerto responso veritatem simulans dicet temere & impudenter, quid quæris? quia possideo,

A nec rem exponet. ergo ob id quasi possessor pro possessore heredi furiosi tenetur petitione hereditatis. Qui ignorans emit à furioso, hic sane possidet & vsucapit pro emptore, & non tenetur petitione hereditatis, *l. 2. §. si à furioso, inf. pro empt.* Pro possessore possessio hæret pro donato quandoque, vt si vxor viro dotem donauerit, & vxor priusquam moreretur, mutauit voluntatem, alioqui morte confirmaretur donatio: heredi vir ex donatione vxoris tenetur pro possessore, *l. quod vxor, inf. de adquir. possess.* Hoc exemplo non additur, scienti viro: nam non potest nescire inutilem esse donationem: quia hoc iure publico ita receptum est. Hæret etiam tit. de dote, vt si quis sciens à virgine impubere dotem accepit, quę decedat in ea ætate, nuptiis nondum perfectis: hic scit nullam esse dotem, nullas nuptias, B & pro possessore possidet: & ideo heredi virginis tenetur petitione hereditatis. Ignorans fuisse impuberem eam cum qua nuptias contraxit, possidet & vsucapit pro dote, & non tenetur petitione hereditatis. Hæret etiam titulo pro legato, vt si sciens indebitum legatum accepero, heredi eius qui soluerit, teneor petitione hereditatis: quia legatum illud pro possessore possidetur, nec sum dicturus causam legati, sed vtar potius incerto responso: quia possideo. Ignorans tamen pro legato possideo, & non teneor hac actione. Et in summa, hac actione tenetur tantum, qui pro herede vel pro possessore possidet: qui possidet pro legato, vel pro emptore, pro donato, pro dote, vel alio titulo non tenetur actione hac, *l. pen. C. in quib. causs. cess. long. temp. præscript.* Ratio est, quia hac actione tenetur tantum is, qui de hereditate controuersatur. Ergo qui possidet vt heres, non qui possidet vt emptor, vel vt donatarius, vel vt legatarius. C Qui autem possidet pro possessore, cum nullam rationem reddat possessionis, præsumitur possidere vt heres, & censetur controuersiam facere hereditatis. Non vis reddere rationem possessionis tuæ? iam igitur controuersaris de hereditate. In fine *l. 13.* additur, eum qui possidebat pro herede, cum non esset, si hereditatem restituerit quasi ex fideicommisso, cum putaret se teneri hac actione, non teneri, cum non possideat, cum bona fide desierit possidere. Idemque est in *l. vlt. §. pen. inf. de fidei. hered. petit.* Sed is cui est restituta hereditas, tenetur hereditatis petitione vtili: nam fideicommissarius quasi heres est. Tenetur quidem is, qui hereditatem restituit, quartæ quam deduxit nomine, sed non dodrantis restituti nomine, quam bona fide desiit possidere, *l. 13. in fi.* nisi forsitan in hoc tantum vt cedat D condictionem indebiti, *l. 18. inf. hoc tit.* Sed si sciens dolo malo hereditatem restituerit, cum sciret nullum fideicommissum esse, tunc totius assis nomine tenebitur petitione hereditatis: quia qui dolo desiit possidere, possidere videtur. Dolus præteritus, id est, ante litem contestatam admissus, ex Senatusconsulto venit in petitionem hereditatis, sicut & in actionem in rem specialem, *l. sin autem §. sed & is, inf. de rei vindic.*

IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,

Recitationes solemnes AD TITVLVM I.

De rei vindicat.

1566.

VINDICATIONVM sunt varia genera, *l. 3. §. est autem, inf. ad exhib.* est vindicatio seruitutis per actionem confessoriam, de qua in *tit. si vsusf. pet. & tit. si seru. vind.* est vindicatio pignoris per actionem Seruianam, de qua in *tit. de pignor, inf.* est vindicatio possessionis per interdictum vti possidetis, vel vtrubi, de quibus suis tit. propriis. Est & vindicatio

finium propria, de qua *Nouel. 69.* & postremo est vindicatio dominij seu proprietatis. Hæc autem vel est de vniuersitate, vt est petitio hereditatis, siue as petatur, siue semis, siue alia pars assis, de qua agitur superiore libro. est & petitio hereditatis de dominio: nam qui se heredem dicit, se dominum dicit vniuersi iuris quod defunctus habuit. vice autem heredis est bonorum possessor, vel alius iustus successor, vel fideicommissarius Trebellianicus, quibus omnibus datur petitio hereditatis, *l. item veniunt §. licet autem. sup. de pet. her.* Inest etiam petitio hereditatis actioni fam. ercis. sed diuersa ratione, & iure. aut vindicatio proprietatis est de rebus singulis, quæ dicitur specialis in rem actio, alias petitio vel petitoria actio, vel vt in prin. *huius tit.* actio petitionis, eadem forma qua actio condictionis in *l. 1. C. de cond. ind.* quo modo dixeris recte pactum legis commissoriæ. pactum est genus, lex species: vt actio genus, condictio vel petitio, species: & de hac vindicatione rerum singularum agitur in *hoc tit.* vbi verbum rei significat vel nudam proprietatem, *l. recte, de verb. sign.* vt enim consistat vindicatio, satis est si actor fuerit nudæ proprietatis dominus, vsusfructus alterius: recte enim quisque suam esse vindicat rem, cuius proprietas ad eum pertinet, etiamsi abscedat vsusfructus: nam etsi solida, & plena proprietas non sit eius, tamen nuda est eius pleno iure, vt in *l. suos autem 73. & seq. de leg. 3.* vt cum quis legat seruos suos, sic nos interpretari oportet, *qui pleno iure testantis fuerunt.* An ergo dices non videri legatos eos qui communes fuerunt cum altero, vel in quibus alter habuit vsumfructum? minime: nam & communes nostri sunt pleno iure, & ij in quibus vsusfructus alienus est. Igitur nuda proprietas parit rei vindicationem. Quid igitur est vindicatio? suæ rei petitio siue assertio, & suam rem interpretamur, etiamsi vsusfructus alienus sit, aut si pro parte tantum sua sit, *d. l. recte,* quæ pertinet ad vindicationes. Vindicare est suum esse petere, vt loquuntur Iurisconsulti frequenter, suum esse dicere, & intendere, & rarius, rectissime tamen, suum asserere, defendere, *l. etsi forte §. etiam & seq. inf. si ser. vind.* suum esse defendere, quod est Græcis ἐκδικεῖν, quod vsurpant pro vindicare. Vindex assertor siue defensor, quem etiam Grammatici dicunt appellari καρπιστήν, quod manu iniecta vindicet, & vindicias καρπισίας Arrianus interpretatur lib. 3. cap. 26. tribus locis, καρπιστὴν διδόναι, id est, exhibere vindicem & assertorem, & ita Plutarchus vindictam appellat [illegible]. Legatum quoque per vindicationem, inde nomen habet, quod legatario liceat statim à morte testatoris suum esse asserere, quodque nunquam videatur aditione factum heredis, sed à defuncti morte eius dominium transisse in legatarium, nempe his verbis ita transferente testatore, do, lego, capito, sumito, habeto: nam per id tantum legatum olim dominium adquirebatur ipso iure legatario, quod erat per vindicationem, *l. quoties §. vlt. inf. de pecul. l. 1. inf. de Publ. in rem act. l. legatum, 2. de leg. 2.* Hodie eodem iure sunt cætera legata quo vindicationes, vt statim à morte testatoris eorum dominium adquiratur legatario, & ideo vindicatio seu specialis in rem actio. Porro inest hæc actio rerum singularum etiam actioni comm. diuid. est enim mista tam in rem quam in personam. imitatur hanc actio Publiciana, actio vectigalis, actio superficiaria, actio feudataria, vt exemplo cæterorum hoc nomen fingamus, quanquam proprie dominis non competant: sed qui tantisper habentur pro dominis, aut finguntur esse dominorum vice, vt Publiciana, quæ datur bonæ fidei possessori, qui emit à non domino, necdum vsucepit. Datur ergo non domino, sed quem bona fides facit haberi pro domino tantisper, quoad liquerit de vero domino, & vectigalis, quæ datur emphyteuticario, & feudataria feudatario, & superficiaria superficiario, qui dominorum sunt vice, hæ quasi dominium vindicant. Distat autem hæc vindicatio, de qua agitur in hoc tit. plurimum à cæteris, quas initio enumerauimus. in eo primum quod vindicat dominium sicut ea quæ est de vniuersitate. cætere vindicationes aliud quiddam vindicant. quamuis autem rei vindicatione de qua agitur in h. t. & quæ illi sunt

A similes, vindicetur dominium, tamen consequenter sunt etiam de ea re quam possidet aduersarius ducenda, vel ferenda, vel agenda, vel portanda, vt *l. si res, inf. hoc tit. l. sed etsi hereditas §. 1. inf. ad exhib.* nam sunt in possessorem. in non possessorem nullæ aut inanes sunt: qua de causa earum finis est, vt rem ducat, ferat, vel abducat possessori quasi suam, vel litis æstimationem ferat, interposita solemnitate iurisiurandi in litem. & id etiam quod in consequentiam in hoc iudicium venit, formula exprimebatur, vt constat ex libro de iure dicundo 4. *in Verr.* his scilicet verbis. *Lucius Titius iudex esto. si paret fundum Tusculanum de quo agitur, Primi esse, neque is Primo restituetur: tunc Secundus qui possidet, damnetur.* & sane natura actionis exigit, vt exigatur illa clausula, *neque restituetur,* quæ est clausula

B arbitrii: hæc enim est actio arbitraria, *l. qui restituere, inf. hoc tit.* Causa huius actionis certe est dominium: sed & possessio aduersarii causa est omnium actionum: causæ aliæ sunt exteriores, aliæ interiores. huius actionis causa interior, est res, de qua est controuersia. exterior est possessio aduersarii ex lege xij. tab. ex qua descendit hæc actio: nam de hoc nemo ambigit, vindicationem esse ex xij. tab. atque etiam exhibitoriam actionem, quæ comparata est propter rei vindicationem. vt cum xij. tabulæ testibus præsentibus iubent vindicias sumi & dari secundum libertatem, quod est aliud quoddam genus vindicationis initio prætermissum, quod proprie dicitur assertio (quanquam possit esse nomen commune omnium vindicationum) cum is qui dicitur seruus, vel qui possidetur quasi seruus, ab alio vindicatur in libertatem. quo nomine constat esse actionem ad ex-

C hibendum, vt is quem volumus asserere liberali causa manu, exhibeatur, *l. de eo, in prin. inf. ad exhib.* Si est actio exhibitoria eo nomine, ergo & petitoria, id est, vindicatio, quæ nihil aliud est quam assertio: Illud etiam liquet ex cap. xij. tabul. de tigno iniuncto ædibus, quod lex vetat solui, id est, vindicari, vel exhiberi. Igitur de eo quod proposuimus paulo ante, ita definiamus, vt Nemesius Philosophus libro de prouidentia, de beatitate: virtus sola beatum facit: hoc est verum κατ' ἐξοχήν, vt ait. virtus cum diuitiis beatum facit, hoc est κατὰ πλάτος, non κατ' ἐξοχήν: nam potest quis esse beatus sine diuitiis. sic etiam vindicationis causa est dominium κατ' ἐξοχήν. causa vindicationis est dominium cum possessione, quæ penes alterum est quocum agimus, hoc est verum κατὰ πλάτος. Interdum etiam sine possessione aduersarij

D est vindicatio, si qui non possidet, offerat se liti, si offerat se defensioni rei quam non tenet, *l. is qui se obtulit, inf. hoc tit.* Distat etiam multum vindicatio, de qua agimus, à petit. hered. de qua actum superiore libro, & quidem non in eo tantum, quod iam satis declaratum est, quod vna vniuersitatis, altera specialis: sed etiam quod petitio her. datur tantum aduersus eum qui possidet pro herede, vel pro possessore. in rem specialis aduersus quemlibet possessorem, ex qualibet causa, *l. 7. C. de her. pet.* distat quoque hæc actio à vindicatione possessionis, id est, interdicto vti possidetis, & vtrubi, quod hæc actio de qua hic agitur, possessori nullo modo datur, directa scilicet: nam contraria datur, altero scilicet agente seu vindicante, cum possessor rem contra vindicat, vt olim in formulis erat expressum. vindicante vno atque ita litem faciente, tum possessorem Prætor inter-

E rogabat, an contra vindicaret: nec enim erat lis nisi contra vindicaret. hæc actio est de dominio. non igitur potest esse lis nisi vterque se dominum esse contendat, vnus vindicet, alter contra vindicet, id est, vindicet non possessor, contra vindicet possessor, quod est expressum in *§. æque, de action. in Insti.* dum ita exemplo declarat quid sit in rem actio, vt si rem corporalem alienam possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem se dominum eius esse dicat, hoc est contra vindicet: nam si Titius pergat suam rem esse dicere, intendere, in rem actio erit, id est, de dominio, quia vterque rem suam esse defendit: sed principaliter & directo possessor non agit rei vindicat. sed interdicto vti possidetis, si paululum inquietetur in possessione tuendæ possessionis causa, vel interdicto vtrubi, *l. 1. §. 1. vti poss.* & in eo etiam

hæc actio distat ab actione famil. ercisc. & comm. diuid. hæc actio, specialis, atque etiam vniuersalis, quoniam actiones fam. ercisc. & com. diuid. dantur etiam possessori, *l. heredes §. quantum, D. fam. ercisc. l. pen. inf. comm. diuid.* & dantur aduersus eum quem fatentur esse dominum, puta coheredem esse, vel socium, cum tamen petitio hered. & specialis in rem dentur aduersus eum quem inficiantur esse dominum, *l. 1. inf. fam. ercisc.* & ab initio dixi pet. hered. inesse iudicio famil. ercisc. in rem specialem iudicio com. diuid. diuersa tamen ratione, & iure. in eo etiam hæc actio de qua hic agitur toto titulo, totoque libro distat à seruitutum in rem actione, quæ est duplex, confessoria & negatoria: nam vtraque datur etiam possessori, *d. §. æque,* qui vnus casus significatur in eo §. quo possessor agit rei vindicatione, in controuersia scilicet, seruitutum. non dicit vnum tantum esse casum, vt male addit Theophilus, hoc enim est falsum. Sunt multi casus quibus possessor agit rei vindicatione. possessor agit famil. erciscundæ & comm. diuid. quæ tamen sunt in rem actiones, id est, vindicationes: possessor agit confessoria, vel negatoria. non est igitur hic vnus tantum casus; sed planum est in eo loco Theophilum repetere quod dixerat in casu à se proposito, id est, in controuersiis seruitutum possessori dari vindicationem, quæ tamen non datur in controuersiis rerum corporalium. Præterea si quæsieris quid distet hæc actio à Seruiniana præter id quod aliud alio iudicio vindicatur, dicam, agentem vindicatione probare debere dominium suum esse: is tamen qui agit Seruiana, non debet probare se dominum esse: quia dominium non vindicat, *l. si fundus §. creditor, de pignor.* probare quidem debet dominium, sed non suum, sed debitoris dominium fuisse, qui rem pignori posuit, alioquin non est contractus pignoris, *l. 15. §. quod dicitur, inf. de pign.* Et postremo à vindicatione finium plurimum distat hæc actio: nam vindicatio finium nihil ad venditorem pertinet, id est, re vendita, etiamsi quis eius fundi fines ab emptore vindicauerit, & euicerit, non ideo est emptori aduersus venditorem actio de euictione duplæ vel simplæ, frequentius duplæ, *l. 28. de euict. l. 10. C. eod. lis finalis ad venditorem,* inquit, *non pertinet,*: id est, propter euictos fines venditor non tenetur de euictione, nisi nominatim dixerit demonstratis finibus neminem intra illum ingressurum: tunc enim tenebitur de euictione illo nomine, sed misso illo casu non tenebitur, quia de euictione tantum tenetur venditor, cum euicta est res, vel pars rei, id est, cum est euicta proprietas, vel pars proprietatis, vel possessio, vel euictus vsus aut vsusfructus, vel euictum ius pignoris, ius feudi, ius emphyteuseos, vel superficiei. quæ omnia euincuntur vindicationis genere, & non est actio de euictione, nisi quod euictum est, euictum sit vindicationis genere, *l. 38. §. si quis forte, de verbor. oblig.* sed & quædam sunt, quæ euincuntur vindicationis genere, & tamen eo nomine non est regressus aduersus venditorem euictionis nomine, si euincatur seruitus quædam prædialis ab emptore: nam eo nomine est actio emptori quanto minoris emisset, si sciisset fundum illum debere seruitutem, sed non est actio duplæ euictionis nomine, *l. cum venderes, inf. de cont. empt. l. pen. inf. de euict.* sic etiamsi vindicentur fines ab emptore, & aduersus emptorem obtinuerit actor, non est eo nomine emptori actio de euictione, quia euictis finibus non est euicta res, nec pars rei, non euictus locus fundi, & alia est lis de loco, alia de fine, sed euicti sunt fines, qui semper separandi sunt à loco, vel fundo quasi angustæ terræ, puta intra quinque pedes, & tantum abest, vt eorum finium euictio pertineat ad venditorem, vt possit etiam venditor ipse de finibus agere cum emptore, *l. 4. §. si communem, inf. fin. reg.* cum tamen non possit agere cum emptore de fundo vendito, vel loco eius aut parte.

Ad L. I.

Post actiones quæ de vniuersitate proposita sunt, subiicitur actio singularum rerum petitionis.

A PORRO Vlpianus ait initio *huius l.* Prætorem post actiones de vniuersitate, dare actiones speciales in rem: dedit actiones de vniuersitate superiori libro, hoc dat speciales. proposuit omnes Prætor edicto & vniuersales, & speciales, quo verbo vtitur Vlp. hoc loco, *proposuit.* Proponit etiam Prætor ciuiles, pollicetur. Sed cur ait pluratiuo numero actiones de vniuersitate, cum vna tantum videatur proposita, id est petitio hereditatis, non plures? In eo labitur Accursius. Sed nihil est facilius. proposita est querela inofficiosi testam. de quo ambigit an sit petitio hereditatis. Sed constat querelam inoff. testam. esse pet. hered. de inofficioso testam. vindicat hereditatem veluti ab intestato, & rescindi testamentum desiderat: sed sunt aliæ pleræque petit. hered. de falso, iniusto, rupto, & irrito. Plures sunt actiones
B de viuersitate, quia plures sunt earum dandarum causæ: qua ratione sæpe in his libris pluratiuo numero dicuntur actiones de peculio, actiones quod iussu, actiones institoriæ, quia ad omnes contractus referuntur, quia ex variis causarum figuris & negotiis nascuntur, quia aptantur omnibus negotiis, & plures sunt earum causæ & speciales in rem actiones. ait, Vlpian. esse vel de rebus quæ solo continentur, id est, immobilibus, vel de rebus mobilibus, & res mobiles diuidit in animales, & eas quæ anima carent. animales sunt quæ vindicantur, vt mancipia aut bruta, quæ plerique malunt dicere mouentia, κινήματα, αὐτοκίνητα sed Iurisconsultis siue mobilia, siue mouentia dixeris nihil refert, vtrumque dicitur de rebus animis & inanimis, hæc κινώπετα dicuntur à Callimacho, quasi, vt interpres ait, κινόπετα παρὰ τὸ ἐν τῷ ἐδάφει κινεῖσθαι. Quod & scribit interpres Nicandri.
C Rerum igitur corporalium nomine hæc actio comparata est siue sint mobiles, siue immobiles: & mobiles, sint animales, siue inanimales.

Ad §. 1. & 2.

1. §. Quæ specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quæ anima carent, & in his quæ solo continentur.

2. §. Per hanc autem actionem liberæ personæ, quæ sunt iuris nostri, vt puta liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur, aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria. & ita Pomponius libro 37. Nisi forte, inquit,
D *adiecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum in potestate,* ex iure Romano: *videtur mihi & Pomponius consentire, recte eum egisse: ait enim, adiecta causa* ex lege Quiritium, *vindicare posse.*

DIxi mancipia: vnde oritur quæstio, an liberi homines vindicari possint, puta filiifa. & ita definit §. *Per hanc autem,* &c. est certe vindicatio liberi hominis seu assertio, si quis eum qui seruus dicitur vel qui possidetur quasi seruus, asserat in libertatem. vindicationem esse ex eo apparet, quod sit actio de exhibendo, *l. de eo, in princ. ad exhib.* Si est exhibitoria actio, est & petitoria: nam exhibitoria propter petitoriam introducta est, nec in ea specie locus est interdicto de libero homine exhibendo: nam huic interdicto locus est, cum quis pro certo est liber, vt non retinea-
E tur qui liber est, & exhibeatur, quem constat esse liberum. Cæterum si de statu quæratur, sit liber quis an seruus is, cessat interdictum de libero homine exhibendo, ne præiudicium fiat alienæ cognitioni, *l. 3. §. plane, inf. de lib. hom. exhib.* ergo ait non posse agi interdicto de lib. hom. exhibendo, cum est quæstio de statu, ne fiat præiudicium alienæ cognitioni. quæ verba mihi videntur obscura. aliena cognitio, aliena causa dicitur, quæ ad aliam personam pertinet: & hæc causa agi potest quocunque tempore sine præiudicio alterius, vt si legatum sit relictum Titio, & aliud Caio: de suo legato aget Titius ex testamento, absque præiudicio tamen Caij, id est quod iudicabitur inter heredem & Titium, non præiudicabit Caio, licet Caius eandem actionem habeat ex tit. *inter alios acta vel iudicata aliis*

non praeiudicare. Igitur cum ad aliam perſonam pertinet cauſa, non eſt verendum ne fiat præiudicium alteri, & ſane etiam ibi aliena cognitio non ita accipitur: ſed aliena cognitio eſt quæ ad eandem perſonam pertinet, eſt alterius tamen generis. non agam interdicto de Titio libero homine exhibendo ne fiat præiudicium alteri cognitioni, quæ eſt de ſtatu: dicitur enim Titius ſeruus eſſe, & eſt agenda prius cauſa ſtatus. Igitur plane in ea ſpecie dicitur aliena cognitio, altera cognitio, quæ tamen pertinet ad eandem perſonam. Et inde hoc videtur conſtitui generaliter, alteri cauſæ per alteram præiudicari non poſſe, licet vtraque pertineat ad eandem perſonam, quod tamen eſt falſum: nam per parem pari cauſæ, per maiorem minori præiudicari poſſe, *l. per minorem 54. ſup. de iudic.* non per minorem maiori. Itaque valde ſemper dubitaui de illo loco, ſicut Aſconius de illo Ciceronis, qui eſt in Diuinatione, *habet alienum,* dubitat vtrum ſit nomen proprium, an alienum, id eſt, alterius iudicii, & tamen conſtat nomen eſſe proprium *Alienum,* ſic ſcribendum, non *Allienum.* ita dubitari hoc loco poteſt, an alienæ ſit nomen proprium, an ſignificet proprium nomen legis, quæ ordinauerit cognitiones liberalium cauſarum, quæ cognitiones ſunt tanti momenti, & earum tanta auctoritas, cum ſint de ſtatu, de capite, vt nihil in earum præiudicium fieri debeat. Itaque quæſtio ſtatus moratur interdictum de libero homine exhibendo. Denique hoc interdictum locum tantum habet, cum quis pro certo eſt liber. Cum ambigitur de eius ſtatu, neceſſaria eſt actio exhibitoria, & aſſertio, quæ eſt vindicatio. Ergo cum non quæritur de ſtatu, tunc neque eſt actio exhibitoria, neque petitoria ſiue aſsertoria, ſed ſunt interdicta de libero homine exhib. quæ vindicationes non ſunt vel aſsertiones, & officij cauſa dantur cuilibet, vt ait lex *2. inf. de interdict.* libertatis tuendæ cauſa, quæ publicam tutelam meretur: ne liberi homines retineantur à quoquam, l. 1. D. de lib. hom. exhib. Nam non multum diſtant à ſpecie ſeruientium, quibus non datur facultas recedendi. Summa hæc eſt: aut ambigitur de ſtatu, aut conſtat. ſi ambigitur, eſt actio ad exhibend. & vindicatio liberi hominis, non interdictum de libero homine exhibend. Si non ambigitur, id eſt, ſi conſtat eſse liberum, non eſt actio ad exhibendum, non eſt vindicatio, ſed interdictum de libero homine exhib. Idem ſtatuendum eſt de libertis noſtris, & filiis, & nepotibus, & cæteris liberis qui ſunt in poteſtate noſtra, vt ſi eorum ſtatus, & conditio in dubium non vocetur, non poſſit de iis, etſi ab alio retineantur, agi actione exhibitoria, vel petitoria, ſed ſunt permixta interdicta de liberis exhibendis, & de liberto, vel libertis exhibendis, *l. 2. §. iuris, inf. de interd.* qui locus eſt ſingularis. & interdicta de libertis exhibendis, & liberis ducendis dantur iuris ſui tuendi cauſa. interdictum de libero homine exhib. officij cauſa datur. interdict. de liberto exhib. vel liberis, qui in poteſtate, ducendis, dantur ſui iuris tuendi cauſa, id eſt, iuris patriæ poteſtatis, vel iuris patronatus tuendi cauſa: & ideo veluti proprietatis, id eſt, quaſi proprietatis cauſam continent, vt ait *d. l. 2. §. quædam.* Ius enim illud patriæ poteſtatis, vel patronatus, eſt veluti proprietas, quodam genere certe idem eſt quod proprietas: eſt enim poteſtas idem quod proprietas, proprietas quoque eſt poteſtas, quam quis habet in re animali, vel inanima. poteſtatis verbo ſignificatur dominium, *l. poteſtatis, de verb. ſign. & Inſtit. de vſufr.* conſolidato vſufructu, is ad quem proprietas pertinebat, incipit habere plenam poteſtatem, id eſt plenam proprietatem, plenumque dominium. Sed ſi alij mei eſse negentur in mea poteſtate, hoc caſu ceſsat etiam, exemplo liberi hominis, interdictum de liberis exhib. ne præiudicium fiat quæſtioni ſtatus, liberali cauſæ, alienæ cognitioni: toties enim habet locum interd. illud, quoties eſt filiusfam. pro certo, ſed in incerto ceſsat interdictum de liberis exhib. At ſuppetunt ſui iuris exequendi, & tuendi tria remedia. eſt vindicatio filii, vel nepotis in poteſtate ex iure Quiritium, id eſt, expreſsa cauſa, qua filium meum eſse dico & in mea poteſtate: nec enim eſt meus, niſi iure Quiritium: ſeruus eſt meus iure gentium: ſeruitus

A enim eſt conſtitutio iuris gentium, patria poteſtas eſt iuris ciuilis, iuris Quiritium, *l. patre furioſo, ſup. de his qui ſunt ſui vel alie. iur.* alias vindicatio proponitur ſimpliciter, *ſi paret rem meam eſſe.* & meum eſſe intelligitur, quod eſt iure gentium meum, licet poſſit non male adiici cauſa, puta, *ſi paret rem meam eſſe* ex cauſa emptionis traditionis, *ſi paret rem meam eſſe* ex cauſa permutationis, vt in *l. ſi mater §. ſi quis autem,* & in *l. & an eandem, §. pen. de except. rei iudic.* vel etiam adiecta cauſa ex iure Quiritium: nam quod iure gentium meum eſt, & iure Quiritium meum eſt, vt in antiquis formulis, *hunc hominem ex iure Quiritium meum eſſe aio.* Sed proponi poteſt vindicatio ſimpliciter, niſi hoc vno caſu. Cum quid iure tantum Quiritium noſtrum eſt, id male tuum eſſe dixeris, id eſt, vindicaueris, cum non ſit
B tuum iure gentium, niſi adieceris ex iure Quiritium. ita recte vindicabis filium vel nepotem, qui eſt in tua poteſtate. liber homo tuus non eſt iure gentium, ſed iure Quiritium, poteſt eſſe. Eſt & aliud remedium datum patri iuris ſui tuendi cauſa, contra filium, nempe cognitio prætoria, & extraordinaria, vt cognoſcat ipſemet Prætor: nec det iudicem qui de patria poteſtate arbitretur, & diſceptet. cognitionem Prætoriam vocat hoc loco, vt & *l. 3. §. hoc autem, & §. Iulianus, inf. de liber. exhibend. l. 8. de probat.* & hæc cognitio prætoria datur tantum aduerſus filium qui negat ſe eſſe in poteſtate. non interponit Prætor ſuam operam, niſi inter patrem & filium res controuertatur. cauſa inter patrem & filium digna viſa eſt cognitione prætoria, quæ eſt extraordinaria; omnis cognitio prætoria eſt extraordinaria. ordine enim non cognoſcit Prætor, ſed dat cognitorem. Inter-
C dictum de *liber. exhibend.* datur aduerſus extraneum: cognitio aduerſus filium, vt dixi. vindicatio quoque ex iure Quiritium datur aduerſus extraneum, qui eum quem filium meum eſſe dico, defendit ſibi, vel poſſeſſionem eius: ſed cognitio prætoria datur tantum aduerſus filium. videtur etiam interdictum dari aduerſus filium in *l. pen. inf. de lib. exhibend. l. 1. C. eod. tit.* Sed ibi oportet intelligere, vt filio neganti ſe eſſe in poteſtate, detur interdictum, vel cognitio. interdictum ſi exiſtat defenſor aliquis filij; cognitio, ſi ſe ſolus defendat aduerſus eum qui ſe adſerat filium habere in poteſtate: Nam cognitio aduerſus extraneum non datur. interdictum aduerſus filium non datur, ſed aduerſus extraneum. Eſt tertium remedium, præiudicium, ſiue actio præiudicialis, quæ datur tantum aduerſus filium, & vide-
D tur hæc actio veluti proprietatis cauſam continere, ſicut interdictum *de liber. exhiben.* quod dixi ſupra velut proprietatis cauſam continere, & hoc eſt quod ait Iuſtinianus in *§. præiudiciales, Inſtit. de actionib.* præiudiciales actiones in rem eſſe videntur. verbum πλασικόν, id eſt fictitium, & rei ſimilitudinem referens, id eſt, veluti proprietatis cauſam continent. generaliter, vt recte definit Thalelæus ad *l. eam quæ, C. de liber. cau.* præiudicium eſt omnis cauſa ſtatus, vt cum quæritur, an quis ſit in manu illius, an in poteſtate, an in mancipio, an ſit eius libertus: vel, vt hæc diſtinguantur ſubtilius, an ſeruus ſit in mancipio, an filius ſit in poteſtate, an vxor vel nurus ſit in manu viri, ſecundum ius vetus. an quæ non eſt in manu, ſit vxor, vel nurus. non eſt præiudicium, quia nec ſtatus quæſtio eſt. Status ſpecies hæ ſunt, libertas, ſeruitus, libertinitas, ſui iuris poteſtas, & alieni
E iuris poteſtas. an quæ non eſt in manu, ſit vxor, non eſt quæſtio ſtatus, cum nec ea ſit in poteſtate, cum non ſit in manu. An quis ſit ſenator, decurio, patricius, an nobilis, vt hodie dicimus, non eſt quæſtio ſtatus. ergo nec præiudicium. An quis ſit ciuis vel peregrinus: hæc non male dicetur quæſtio ſtatus: nam hæc pertinent etiam ad ſtatum hominis, libertas nempe, ciuitas, & familia: Præiudicium igitur eſt omnis ſtatus quæſtio, quæ ſcilicet mouetur aduerſus eum de cuius ſtatu quæritur, non aduerſus alterum. Vt competat præiudiciũ, oportet eſſe quæſtionem ſtatus Titij cum altero, quam cum Titio, ſed hæc quæſtio non dicetur præiudicium: ea tamen quæſtio ſtatus Titij, quæ eſt mihi cum Titio, vt cum filium meum eſſe aio, ille negat, illa inquam, ſola dicitur præiudicium: & in his quidem præiudiciis omnibus

bus quæri solet cui onus probandi incumbat, quis sit actor, quod *l. generaliter, inf. de except.* definit esse eruendum ex formula, ex conceptione actionis: ná si ita datum sit præiudicium, si ita data actio præiudicialis, *si paret illum filium meum esse*, vel, *si paret illum in potestate mea esse*, ego probare debeo patriam potestatem, qui habeo formulam secundum id quod intendo. Sed si ita concepta sit formula, *si paret me patrem familias esse*, mei iuris esse, non alieni: ego probare debeo emancipationem, non pater patriam potestatem. Sed in cognitione prætoria longe aliter res procedit: nam in ea prius filius de iure suo docere debet, se emancipatum à patre scilicet, vel qua alia ratione solutum. verecundius agitur cognitione prætoria aduersus patrem de iure patrio: hoc debet deferre pietati, quam patri debet. Idem debet deferre libertus patrono, si apud Prætorem res disceptetur, *l. 8. inf. de probation.* Proponuntur in hoc §. quatuor remedia, interdictum de libero exhibendo, notio Prætoris, præiudicium, vindicatio ex iure Quiritium. qua in re distent inter se hæc quatuor remedia exposui. Interdictum datur, si constat esse filiumfam. id est, si nemo huic statuś faciat controuersiam, cætera remedia competunt, si negetur filiusfamil. esse. interdictum & vindicatio dantur aduersus extraneum; præiudicium & notio Prætoris aduersus filium. In præiudicio probat, qui habet formulam secundum id quod intendit: in notione probat prior filiusfamil. in cæteris probat actor qui agit interdicto vel vindicatione. Sed illud nondum explicatum est, cur omnis quæstio status dicatur esse præiudicium seu præiudicialis actio. an quia ei præiudicium fieri non potest, *l. 3. § plane, de lib. hom. exhib.* hæc ratio non est idonea: nam eadem ratione centumuirale iudicium & criminalia, appellanda essent præiudicia: nam & eorum ea est magnitudo, & auctoritas, vt nihil in eorum præiudicium fieri possit: sed quæstiones status sunt veluti de proprietate: nam quem dico meum esse libertum, quodammodo meum proprium esse dico, vel cum dico filium proprium, meum esse dico, id est, iure dominij dico. hæ, inquam quæstiones ideo dicuntur præiudicia, quod plerumque alia iudicia, & aliæ causæ ea consequantur: nam raro agitur de præiudicio, quin vel de hereditate agatur, quam forte pater sibi adquisitam patriæ potestatis iure dicat, filius neget, *l. 2. C. de ord. cognit. l. pen. inf. de liber. exhib.* vel quin petantur operæ, vt à libertis, vel petatur obsequium à filio, vel liberto, vel agitur de actione famosa, quæ non datur aduersus patronum, & qui ea vult vti, forte negat esse patronum, vel cum agitur de in ius vocando, quia parens, vel patronus non possunt in ius vocari sine venia, cum hę causæ interueniunt, præiudicium redditur: sequitur deinde aliud iudicium de operis, obsequio, de in ius vocando, de famosa actione, de iureiurando calumniæ, sit remittendum nec ne. hæc ideo dicuntur præiudicia. *l. vlt. si lib. ing. esse dic.* verum adiecit eadem lex, *etiamsi nulla alia causa interueniat, præiudicium reddi*: sed non ideo ratio nostra vitiosa est: plerumque enim præiudicia sequuntur alia iudicia, & licet non sint re ipsa præiudicia, habitu tamen & potentia sunt præiudicia. Nec est alia ratio nominis, quam quod concurrant alia iudicia, quodque interueniente alia causa reddantur. Qua ratione etiam interlocutiones quæ interueniunt in litibus & causis, præiudicia dicuntur consimili loquendi forma fere in *C. Theod. in tit. de appell. l. 2. 3. 6. & tit. quor. appell. non recip.* & ita intelligitur quod dicitur, à præiudicio non appellari, id est, ab interlocutione, & mulctatur qui appellat à præiudicio, *l. 2. C. de Episc. aud. l. ab executione, C. quor. appell. non recip.* quæ dicitur, præiudicialis mulcta à Symmacho in Epistolis.

A

Ad §. vlt.

Per hanc autem actionem non solum singula res vindicabuntur: sed posse etiam gregem vindicari, Pomponius libro lectionum vigesimo quinto scribit. Idem & de armento, & de equitio, cæterisque, quæ gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint. Grex enim non singula corpora vindicabuntur.

Docet hac actione vindicari non tantum res singulas, sed & gregem quemlibet, vt si legetur grex, poterit per legatarium grex vindicari his verbis, *hic grex meus est*,
B nec erit necesse singula capita vindicari, & gregem quemlibet vindicare possumus ouium, boum, equorum, suum, caprarum, mulorum, asinorum: hæc enim omnia animalia gregatim pascuntur, de qua gregis vindicatione disputatur etiam *l. 2. & initio l. 3. inf.* est grex generale nomen, species hæ sunt, grex, qui dicitur proprie de ouibus, armentum & equitium, siue quod idem est, polia, *l. ædiles §. vlt. de ædil. ed.* vel vt Græci, πωλία adiicit: *Idem de armento, & de equitio, & cæteris quæ gregatim habentur*: nam multa sunt animalia gregalia, seu συναγελαστικά, quæ tamen gregatim non habentur & pascuntur, vt de lupis Homerus ait, ἢ τ' ἀγελάζονται &c. Il. ω. vt gracculi, sturni, grues. Grex igitur quilibet hac actione vindicari potest. & mirum, cum sit actio specialis, datur actio de vniuersitate. grex est vniuersitas, id est, plura capita. specialis actio est de specie, non
C de vniuersitate. hoc igitur videtur esse ἄδοξον, vt dicas specialem actionem dari de grege: & præterea, si de grege datur vindicatio, cur non datur de peculio? si grex legetur, gregem vindicabit legatarius vno nomine; si peculium legetur, non vindicabit peculium, *l. vindicatio, inf. hoc tit.* Sed necesse erit eum vindicare singulas res peculiares. vnum est legatum gregis, vnum etiam legatum peculij, non plura, *l. 6. inf. de leg. 2.* qua de causa non potest scindi, id est pro parte agnosci, pro parte repudiari legatum gregis, vt peculij: quia vnum est, neque tamen vna est vindicatio. gregis quidem vna est, peculij multiplex, quia quot sunt res peculiares, tot sunt vindicationes, neque vt gregis, ita & peculij vindicatio recepta est. quæro rationem differentiæ. Ac primum sic statuo: proprie quidem hanc actionem esse
D rerum singularum. res singulæ sunt corpora ἡνωμένα, quæ vno spiritu continentur, & ita res singulæ accipiuntur in *l. rerum, inf. de vsurp. & vsucap.* Rursus dico: res singulæ sunt corpora ἡνωμένα, veluti homo est res singula, ouis, equus, tignum, lapis, quarum rerum singularum est vindicatio proprie. aliæ sunt res cohærentes, *d. l. rerum*, sunt corpora συνημμένα, cohærentia quæ constant ex pluribus partibus cohærentibus, ex pluribus membris, quæ in vnum corpus coaluerunt, vt ædes. ædium corpus est cohærens, corpus confectum ex cohærentibus membris: & hoc tamen corpus dicetur quodammodo vno spiritu contineri, *l. in rem §. Item quæcunque, hoc tit.* quoniam vis cuiuslibet rei continuatrix, est spiritus, vt Aphrodisæus scribit libro περὶ μίξεως, *de mixtione*, est causa suapte vi rem quamlibet
E continuans, & cohibens hæc causa, siue vis hæc continuatrix cum sit, videntur ædes vno spiritu contineri non minus quam lapis, tignum, homo. qua de causa ædium vindicatio recepta est, sicut rerum singularium, neque tamen est recepta vindicatio partium cohærentium, vt ædes meas vindicare possum vno nomine, *hæ ædes meæ sunt*, sed lapides iunctos ædibus seorsum vindicare non possum vno nomine: nisi seiuncti, & separati fuerint ab ædibus: quin etiam si ego ędibus meis iunxero alienos lapides, mihi competit vindicatio ædium, etsi sint lapides alieni. domino non competit vindicatio lapidum: quia accessionis iure mei videntur effecti: separari possunt lapides, & si separati sunt diruto ædificio, vindicari poterunt à domino, sed vt separentur non potest agi ad exhibendum propter legem duo-

decim tabul. *de tigno iuncto* : ad summam, sicut singulæ res, id est, corpora ἡνωμένα vindicantur, ita & corpora συνημμένα vindicantur, vt ædes, nauis. Alia sunt corpora, quæ non constant ex cohærentibus membris, sed ex distantibus capitibus, cuius generis est grex, armentum, equitium, §. *si grex, Instit. de leg.* Et hæc corpora vindicantur, quasi singularia, & quasi vno spiritu contineantur. Accipitur igitur grex pro vno, & speciali corpore, sicut ædes, quanquam non sint eiusdem generis grex. ædes sunt corpus ex cohærentibus : grex ex distantibus, vtrumque tamen censetur vice corporis singularis: & ob id quasi rei singularis vt ædium, ita gregis vindicatio est, vel armenti vel equitij, hoc modo : *hic grex meus est*, vno nomine : nec erit necesse singulas oues, vel singulos boues vindicare : quanquam possint singulæ vindicari. Vel igitur vindicantur singuli, vel vno nomine gregis seu armenti. Peculii longe alia est ratio : peculium enim non est nomen corporis, sicut ædes, grex. Et patrimonium non est etiam peculium. Patrimonium, nomen est successionis. ergo eius vindicatio esse non potest. Fateor interdum patrimonium accipi pro hereditate, & tunc patrimonii vindicatio est, & petitur per actionem de vniuersitate. Fateor peculium etiam interdum accipi pro successione, vt cum filiusfamil. miles heredem sibi instituit in castrensi peculio : ex constitutionibus peculium illud habetur pro hereditate, & petitur etiam actione de vniuersitate, *l. item veniunt §. non solum, sup. de pet. her.* Sed cum peculium non est nomen successionis, vt cum filiusfamil. miles moritur intestatus, & sine herede, peculium eius non censetur esse hereditas, vel successio, sed occupatur à patre iure patrio, perinde ac si ea bona semper in bonis patris fuissent, & pater vindicabit res singulas peculii, peculium non poterit vindicare, quia ad eum non redit iure successionis : & quia peculium corporis nomen non est, sed iuris potius : & quamuis accidere possit, vt in peculio sit tantum fundus vnus, tamen non poterit peculium vindicari, vt recte Accurs. notat ad *l. vindicatio, hoc tit.* & perite ait : si quis ita argumentetur : peculium est fundus : at fundus vindicatur, ergo peculium vindicatur. pone peculium constare fundo vno tantum : nihil præterea esse in peculio : nulla esse nomina, nullas obligationes. an vt proprietas, illud peculium vindicari possit ? Minime. ait Accurs. esse captionem ex accidenti rectissime. quod Aristoteles ait ἔλεγχ' παρὰ τὸ συμβεβηκός : nam fundus & peculium idem non sunt simpliciter. in propositione, peculium est fundus, fundus accipitur quod cohæret subiecto, id est, quod est in peculio. in assumptione fundus accipitur simpliciter sine subiecto : & inde fit vt quod inest fundo per se vt vindicetur non insit etiam fundo attributo & agglutinato peculio, quod inest accidenti siue attributo, necessario inest subiecto. & pari ratione ait, eandem esse captionem, & respondendum eodem modo, si quis ex contrario sic argumentetur. fundus est peculium, peculium non vindicatur, ergo nec fundus. In hac etiam argumentatione & captione neganda est consequentia. Ac similiter Accursius ex parte profert aliud exemplum. §. *incertam* ait, incertam partem rei non possideri, propter aoriston, id est, indefinitum. Contra sic quidam probant posse possideri. Incerta rei pars vindicatur, hoc verum est, vt in l. 3. *hoc tit.* vindicatur quod possidetur ab aduersario, ergo incerta pars possidetur, inest & hæc captio in attributione : quia quod inest vindicationi per se & simpliciter acceptæ, vt vindicetur, quod possidetur scilicet, non inest etiam vindicationi partis incertæ : nam possidet quidem is à quo vindicatur, sed non possidet partem incertam, licet ab eo vindicetur pars incerta. Verum vt ad quæstionem de gregis vindicatione redeamus, exponamus cætera quæ proponuntur in §. *vlt. & l. 3.* Sicut recte vindicamus fundum totum, licet vsusfructus sit alienus, *l. recte, inf. de verb. sign.* quia hoc genere actionis proprietas tantum vindicatur, satis est igitur si proprietas tantum sit actoris, nec necesse est vt vsusfructus eius sit: Ita etiam grex vindicatur recte, etiamsi in eo quædam sint capita aliena, dum modo

A maior pars sit actoris, quæ sufficiat gregi conficiundo : exempli gratia, si x. oues meæ sint, & grex constet ex 15. capitibus, & 10. meæ sint : tot enim conficiunt gregem, *l. vlt. inf. de abig.* quinque autem reliquæ sint tuæ, ego nihilominus recte vindicabo gregem meum esse, sed 5. illæ quæ tuæ sunt, non veniunt in restitutionem, sed 10. tantum quæ meæ sunt : tu vero qui in eo grege habes 5. tantum oues, non poteris gregem vindicare, quia 5. non sufficiunt gregi conficiundo, & ego maiorem partem habeo iure dominij. Sic igitur non poteris gregem vindicare, sed illas 5. singulas, *l. in rem §. item quæcunque, inf. hoc tit.* quia etsi sit vnum corpus gregis, tamen constat ex distantibus capitibus : & ita singula capita retinent propriam naturam, vel causam, *l. rerum sup. de vsurpat. & vsucap.* nec,
B quod grex seu maior pars gregis sit mea, ideo & illæ quinque oues meæ sunt, sed earum tibi saluum dominium, & salua vindicatio est. Quod non ita est in ædibus : quia ædium est quidem vnum corpus, sed ex cohærentibus membris, non ex distantibus : & ideo licet in ædibus meis sint quædam tigna, aut lapides tui, tu non poteris ea vindicare, quia cohærent ædibus meis : non enim distant inter se ædium mearum lapides : & ideo lapides tui ædibus meis cedunt accessionis iure. Igitur gregis vindicatio est mihi si maior pars mea sit, quæ detractis alienis capitibus, mihi conficiat gregem. Quid dicendum erit, si vt proponitur in l. 2. cuius hæc verba sunt.

Ad l. II.

C *Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius eius vindicabit. Sed si maiorem numerum alter habeat, vt detracto alieno nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.*

QVid, inquam, dicendum erit, si par numerus interfuerit ? duorum grex est 10. capitum quinque sunt mea, quinque sunt tua, vel grex est 20. capitum : x. mea, 10. tua. par igitur interest numerus duorum. in eo grege cui dabitur vindicatio ? neutri vel totius, vel partis dimidiæ vindicatio dabitur, quia neuter est dominus totius gregis. neutri etiam dabitur vindicatio partis dimidiæ hoc modo.
D partem gregis meam esse aio. dabitur quidem vindicatio singulorum capitum, sed partis gregis non dabitur, quia non est communis grex. Aliud est parem esse numerum duorum, aliud esse communem gregem : nam si sit communis, pars dimidia vindicari potest, *l. 5. §. vlt. hoc tit.* sed cum grex qui constat ex 10. totus non est communis inter me & te, licet 5. capita sint tua, non ideo pars dimidia gregis est tua, & aliud est quinque capita esse tua in grege decem : aliud gregis decem partem dimidiam esse tuam : hoc significatur communio, illo non communio, sed separatio dominij, *l. 3.* h. tit.

Ad L. III.

E *Marcellus libro quarto Digestorum scribit : Qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum redemit totidem capita aliena ab eo, qui dominium eorum habebat, vel alia ab eo, qui bona fide ea possidebat. & hæc vtique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. Sed & si ea sola superfint capita, quæ redempta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare.*

AIt recte vindicari gregem, si qui fuit initio totus meus, postea deminutus fuerit, & ego in locum amissorum pecorum alia submisero, & substituero, redempta à domino, vel à non domino, qui ea bona fide possidebat. mutationibus, siue adiectionibus capitum non mutatur grex, id est, manet idem grex etiamsi mutentur corpora. Finge :

grex trecentorum capitum totus meus est pleno iure, quo A exemplo vtitur *l. 3.* perierunt ex eo centum. ego totidem redemi prioris gregis explendi causa, vel à domino, vel à non domino qui bona fide ea possidebat, est idem grex, & vindicatio eiusdem gregis : quin etiam si postea perierint ducenta capita, quæ initio habebam, ita vt supersint ea tantum quæ redemi, & submisi, superest gregis vindicatio. manet igitur grex idem & manet vindicatio gregis eiusdem, licet tantum supersint centum capita quæ redemi à domino vel à non domino. licet tamen sit idem grex, vt dicitur in *l. rerum, de vsurp. & vsucap.* non tamen omnino est eadem vindicatio. Initio fuit directa vindicatio, quia ego fui totius gregis dominus, hodie redemptis pecoribus in locum demortuorum est vindicatio directa eorum quæ comparaui à domino; sed eorum quæ comparaui à non B domino, quia dominium non habeo, non est vindicatio directa, sed vtilis, id est, Publiciana. Igitur vindicando gregem in quo sunt quædam capita aliena quæ bona fide emi à non domino, videor coniungere directam vindicationem & Publicianam, quam in rem hic locus *l. 3.* est singularis, posse quem vindicare vtraque actione, competetere directam & vtilem, id est, simul agi directo & vtiliter ex edicto Publicij. directo earum rerum nomine, quarum sum dominus, vel quas redemi à domino. vtiliter, earum rerum nomine, quas bona fide redemi à non domino. Sed cur exigit Iurisconsultus in *hac l.* vt ea emerit à non domino qui bona fide ea possidebat, si, *inquit, redemit aliena ab eo qui dominium habebat, vel ab eo qui bona fide ea possidebat:* nam vt sit vindicatio Pupblic. satis est si ego bona fide emero, sufficit bona fides emptoris, neque exigitur vt C omnino versetur venditor in fide bona: nam etiamsi callido consilio mihi vendiderit, quia bona fide emi, amissa possessione rei venditæ, & traditæ, competit Public. nec dolus venditoris mihi nocet *l. 8. §. prætor, tit. seq.* cur ergo exigit bonam fidem venditoris? Hoc accipiendum est quasi dictum ad differentiā eius, qui ea furtiua possidebat: nam si redemero furtiua capita, eorum nomine mihi non competit Publiciana, quia eorum tantum nomine competit Public. quæ nondum sunt vsucapta, possunt tamen vsucapi. necesse est vt possint vsucapi: nam si sint vsucapta, competit directa, *d. l. 8. §. vlt. l. sine autem §. hac actio, & l. si ego §. pactus, tit. seq.* res furtiuæ non possunt vsucapi, ergo neque earum nomine agi potest Publiciana. ergo exigitur vt emerit à bonæ fidei possessore, id est, non à D fure: hæ tantum res possunt peti Publiciana, quæ & vsucapi, vel acquiri longo tempore, seu præscriptione longi temporis possunt. Aliud fuit vsucapio, aliud præscriptio longi temporis. in Public. veniunt etiam res quæ non possunt vsucapi, modo possint longo tempore acquiri, *l. cum sponsus §. in vectigalibus, tit. seq.* Sed furtiua pecora neque vsucapi, neque longo tempore acquiri possunt: & eadem ratione forte cum Accursio contenderet quis, de grege non posse agi Publiciana: quia grex non potest vsucapi. singula capita possunt vsucapi, sed grex non potest vt grex, *d. l. rerum.* Sed hoc est falsum, gregem non posse vsucapi: non potest quidem, vt vsucapiuntur ædes: nam cum vsucapiuntur, non vsucapiuntur singula tigna, nisi earum vsucapio inchoata fuerit, antequam iungerentur ædibus. Idem in grege non statuimus: nam qui gregem vsucapit, E vsucapit singula capita: vt si in grege sit vnum tantum caput alienum, cætera sint eius qui possidet, illud caput alienum intelligitur per se vsucapi: sed cum omnia capita gregis sint aliena empta bona fide, non à fure, erit gregis vsucapio, quia omnia capita patiuntur vsucapionem: quod si quædam capita sint redempta à fure, ea oportebit separare, aut si maior pars sit redempta à fure, non erit vsucapio gregis, quia maior pars est furtiua. & quia grex est vnum corpus ex distantibus capitibus, ideo singula capita seorsim spectata sunt vsucapibilia, & grex vniuersus erit vsucapibilis, ac proinde grex poterit vindicari per actionem Publicianam.

Ad §. armamenta l. 3.

1. §. Armamenta nauis singula erunt vindicanda. scapha quoque separatim vindicabitur.

NAuis est ex genere eorum corporum quæ cohærentia vocantur, & per hanc actionem vindicantur, sicut domus quæ est etiam ex eorum corporum genere. At quemadmodum vindicatione domus, non continentur etiam instrumenta domus, sed sunt singula separatim vindicanda : nec enim instrumenta domus cohærent domui, quasi συνημμένα, ita vindicatione nauis non continentur armamenta. armamenta sunt instrumenta, quæ nauis gratia comparata sunt, sed singula separatim vindicanda sunt. instrumenta nauis sunt veluti funes, vela, anchoræ, antennæ *le bois trauersant le mats,* & cætera, quæ sunt armamenta nauis, & non dixeris hæc contineri vindicatione nauis, quod dicantur esse coniuncta naui, *l. scapham, inf. de euict.* & quasi membra nauis. Nec enim sunt συνημμένα, cum sine eis per se constet nauis : nam etsi naui desint armamenta, non ideo minus est nauis. nauis exarmata nauis est. Igitur armamenta non sunt συνημμένα, vel apertius, non sunt coniuncta armamenta, vt tigna ædibus sunt coniuncta, id est, συνημμένα. sed armamenta sunt coniuncta naui vt ædibus sunt coniuncta quæ parantur incendij extinguendi causa, veluti centones, aut siphones, aut vela, quæ parantur ne ædes vento aut pluuia laborent, *l. quæsitum §. si domus, inf. de instr. vel instrum. leg.* quæ non sunt ædibus συνημμένα : coniuncta tamen dici alia ratione possunt. Igitur nauis vindicatione non contineburtur armamenta, nauis, sed erunt singula separatim vindicanda. Inter armamenta & instrumenta nauis vulgus numerat scapham quæ solet alligari naui magnæ, quaque nonnumquam nauis magna remigando trahitur, & ita etiam legis Rhodiæ, *c. 2. & 11.* Inter instrumenta siue in apparatum nauis, quem vocant, ἐπιχώριον & ἐξάρτυσιν, in vasis nauis numerantur etiam ἀκάτια, quæ nihil aliud sunt, quam scaphæ, sicut & apud Nicetam τὰ ποτάμια explicantur naues fluuiatiles, cuiusmodi sunt scaphæ. At re vera scaphæ non sunt in instrumento nauis. Nam & ista est nauis: non ergo distat scapha à naui magna genere. distat tantum mediocritate. at instrumentum à re principali distat semper genere. instrumentum non est quod est eiusdem generis. instrumēta sunt alterius generis, nauis non potest esse nauis instrumentum : quare à Iurisconsultis recepta est sententia hæc, instrumento nauis legato non deberi scapham, *l. vlt. in fi. de inst. & instr. leg.* vere scapha non est in instrumento seu armamentis nauis: & ideo multo magis, vt in hoc §. subiicitur, erit scapha separatim vindicanda, nec continebitur vindicatione nauis.

Ad §. vltim. l. 3.

2. §. Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturæ est, ita confusum est, atque commixtum, vt deduci & separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum: vt puta meum, & tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune: & vnusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus : etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

OStenditur in hoc §. rei communis partem vindicari posse pro indiuiso, etiamsi incerta sit, id est, etiamsi actor liquido non sciat, aut expedire non possit initio litis quanta ea pars sit : Incertæ partis vindicationem Prætor permisit ex causa quoties difficilis est actori, aut pene impossibilis eius partis certa circumscriptio, *l. qua de tota §. 1. inf.* incertæ partis vindicatio est si iusta causa interueniat,

quæ verba fuerunt edicti, & dat exemplum iustæ causæ *l. 1. in fi. sup. si pars her. pet.* Igitur cum res est communis, competit vindicatio pro parte indiuisa, etiamsi incertum sit, quanta ea sit. Competit etiam actio communi diuidundo. vel ergo agetur in rem actione vel communi diuidundo. Res autem est communis, aut voluntate dominorum, aut sine eorum voluntate, vt in exemplo proposito hoc §. si quæ sunt eiusdem naturæ, ita confusa & commixta sunt, vt dissolui, separari, deduci non possint, vt vbi coiere, deduci non possint: vt si ex meo & tuo argento massa conflata sit, meum & tuum argentum in massam redactum sit, massa est communis, etiamsi non consentientibus nobis hoc acciderit, quod demonsttatur in *l. pen. inf. pro soc. l. arbor. comm. diuid. l. 7. §. voluntas & l. quicquid §. vlt. de acq. rer. dom.* confusio illa & commixtio quæ fit conflatura, necessario inducit communionem, etiam inuitis dominis, quia iam meum argentum à tuo deduci non potest. Competit ergo actio comm. diuidundo; competit etiam vindicatio, sed non totius massæ, quia tota mea non est, id est, quia tota ex meo argento conflata non est, sed pro rata ponderis competit vindicatio, licet incertum sit, quantum quisque ponderis habeat in ea massa: sed iudex dispiciet, & æstimabit quantum quisque ponderis in ea massa habeat, & quale cuiusque argentum fuerit, vt pro rata ponderis & qualitate argenti condemnationem faciat. Vindicatur ergo maſsa non tota vel à me, vel à te, sed pro rata ponderis, etiamsi incertum sit mihi, vel tibi quantum ponderis in ea maſsa habeamus, quod tamen exquiret iudex & expediet sententia sua, habita ratione qualitatis argenti: fieri enim potest vt meum tuo fuerit pretiosius. & ait lex. *si confusum & commixtum fuerit.* non satis habet dicere confusum, sed adiicit commixtum. mixtio est motus corporum minorum vsque ad minimum contactum, ex qua fit vnio, cum scilicet minimũ penetrat & induit sese in aliud minimum, quod Aphrodisæus explicat libro περὶ μίξεως, quod valde pertinet ad hanc quæstionem iuris. Potest esse confusio sine mixtione. confusio & mixtio communionem pariunt necessario: confusio sola sine mixtione confusionem non parit, vt in exemplo leg. *5. in princip. hoc tit.* si meum & tuum frumentum confusum sit, confusio est sine mixtione, quia singula grana suam speciem & substantiam retinent, nec extremum vnius grani coit cum extremo alterius. non est igitur mixtio. Qua de causa in hoc casu dicimus communionem non induci, non esse actionem comm. diuid. aceruus enim frumenti non est communis, quamuis sit conflatus ex meo & tuo frumento. non est, inquam, actio comm. diuid. sed in rem actio in id inquantum paret in illo aceruo suum cuiusque esse, vt ait l. 5. quæ sunt verba formulæ, *quod paret in illo aceruo suum cuiusque esse.* Verbum *paret,* erat olim frequens in formulis, & proprium Iurisconsultorum: vnde illud Petronij Arbitri: *Iurisconsultus paret, non paret habeto, Atque esto quidquid Seruius & Labeo.* Igitur dabitur vindicatio, hac formula: *in quantum paret in illo aceruo vtriusque esse:* non dabitur vindicatio partis dimidiæ, aut tertiæ aceruι pro modo confusi frumenti, id est, non recte intendam partem illam frumenti meam esse, sed hoc modo experiri debeo, *quantum paret in eo aceruo meum esse, in tantum condemna eum iudex:* nam sicut in grege decem ouium, vt dixi, si quinque capita sint mea, quinque tua, debeo vindicare singula capita quinque, vt est in *l. 2. sup.* nec possum vindicare partem dimidiam gregis, quamuis 5. capita sint mea, quia licet 5. capita sint mea, & sit grex 10. capitum, non ideo pars gregis dimidia est mea: nam si pars dimidia gregis esset mea, in singulis haberem partem. at non habeo: nam in tuis 5. nihil habeo. Pars igitur gregis non est mea. Et ita si meum & tuum frumentum sit confusum, vindicabo *quantum paret in eo aceruo meum esse:* partem aceruι dimidiam vel aliam non vindicabo: quia si pars dimidia aceruι esset mea, singula grana essent mea pro parte indiuisa, quod est falsum. debeo igitur formare actionem, vt proponitur in *l. 5.* hic, non vindicare partem pro indiuiso, cum aceruus

A ille non censeatur esse communis. & recte comparaui gregem cum aceruo frumenti: nam eorum comparatione vtitur Iustinianus in §. *quod si frumentum, de rer. diuis. Instit.* & vt ostendat communionem non esse, si duorum frumenta sint confusa, vtitur eadem ratione quam attulimus: quod singula grana retineant propriam substantiam & speciem, nec coit minimum vnius granum cum grano minimo alterius. Vtitur quidem verbo mixti Iustinianus, sed lata significatione, non propria: nec enim est proprie mixtio, cum ea coitione non fiat vnum: vnumquodque enim granum, vt ipse ait, in sua substantia durat. non fit igitur mixtio: & ideo non inducit communionem, nec est actio comm. diuid. sed est vindicatio pro modo frumenti, hoc modo: *quantum paret in illo aceruo meum esse.* iudex tamen æstimabit, quale cuiusque frumentum fuerit, & non tantum
B pro modo frumenti, sed & pro qualitate condemnationem faciet, vt dicitur de massa, & probatur *l. 4.* nam si meum & tuum argentum redactum sit in massam, vnusquisque habet vindicationem pro rata ponderis, iudex autem condemnat etiam non tantum pro rata ponderis, sed etiam pro qualitate argenti.

Ad l. 4.

Quo quidem casu etiam communi diuidundo agi poterit. Sed & furti, & ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curauit: ita vt in ad exhibendum actione pretij ratio haberi debeat: in vindicatione, vel
C *communi diuidundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat.*

ET adiicit lex 4. competere præter actionem com. diuid. & vindicationem massę nomine aduersus eum, qui dolo malo conflauit massam, cum sciret argentum meum esse, & action. furti, & actionem ad exhibendum. in actione ad exhibendum ait habendam esse rationem pretij, quia dolo desiit posse exhibere argentum quod meum est. quod conflauit, iam non potest deduci. Igitur dolo fecit quo minus posset id exhibere, ob id necesse est vt in actione ad exhibẽdum habeatur ratio pretij. In actione furti veniet pœna, mera. In actione ad exhibend. necesse est vt habeatur ratio pretij, scilicet quanti argentum meum fuerit si hoc maluero id est, si verum pretium maluero, vel quasi in litem iura-
D uero, vt *l. qui restituere, & l. quod si possessor, hoc titulo, l. 3. §. præterea, l. Iulianus ad exhib. l. 2. in action. & l. pen. inf. de in lit. iur.* nam hæc semper interuenit condemnatio in actione ad exhib. aduersus eum qui dolo malo fecit, quo minus possit exhibere, vt damnetur pretij nomine, id est quanti ea res fuerit, vel pretij nomine, id est quanti æstimauerit actor iuratus. at si dolus malus conflatoris absit, cum suum & meum argentum conflauit, & in massam redegit, erit tantum aduersus eum actio com. diuid. aut vindicatio, in qua actione non veniet pretium, vt in actione ad exhib. sed veniet res ipsa in restitutionem, id est, si massa diuidatur, vt massæ partem ferat, vel maiorem partem ferat ex massa cuius argentum melius & pretiosius fuit: etiamsi ex vtraque parte pondus æquale interuenerit, vt si mea li-
E bra argenti cum tua conflata sit, & meum argentum fuerit pretiosius, ex massa officio iudicis feram maiorem partem, quia non tantum ponderis, sed & bonitatis æstimatio fit. ait præterea in §. *vlt. l. 3.* si eiusdem naturæ est, id est, eiusdem generis, vt cum argentum miscetur argento, vel cum frumentum frumento confunditur, quibus casibus quid sit statuendum diximus. Sed quid dicemus, si quæ sunt confusa, sint diuersæ naturæ, diuersique generis? distinguendum est: aut deduci & separari possunt, aut non: si non possunt deduci aut separari, id est, reduci in pristinam materiam: vt si ex meo ære, & tuo auro conflata sit massa, quod proponitur in §. *sed si deduci, l. 5.* materiæ non fuerunt eiusdem generis, & non possunt deduci ab aurificibus, si non possit deduci æs ab auro, vt non potest salua vtraque materia, quin

intereat æs, necesse est vt statuamus massam fieri communem, & competere actionem comm. diuid. & vindicationem pro parte non totius massæ, cum sit communis. Aut deduci & separari possunt, vt si argentum cum plumbo commixtum sit, non existimatur esse difficilis separatio: & ideo hoc casu non inducitur communio, nec competit actio com. diuid. Idem dicemus, si meum æs & tuum argentum commixtum sit: nam & horum metallorum non æstimabitur difficilis separatio, *l. lacus §. pen. de acq. rer. dom.* Cum igitur metalla diuersæ naturæ redacta sunt in vnam massam, & possunt separari, & redire in pristinam materiam, non inducitur communio: competit tamen vindicatio cuique suæ materiæ, *§. sed si plumbum.* In his omnibus casibus confusio, & commixtio non mutat dominium, sed vniuscuiusque materia manet pro indiuiso: vnus quisque materiam habet pro parte indiuisa, si deduci & separari non possit: vel pro diuiso, si deduci possit, vel si confusio fuerit sine commixtione. Et hoc ideo, quia materia manet, licet sit confusa: & species pristina manet, & confusione non est perempta, vt si meum argentum cum tuo mixtum sit, non est perempta materia vtriusque, aut si plumbum cum argento, vel æs cum auro. Quid ergo dicemus si confusione perempta sit materia, vt si ex meo vino, & tuo melle mulsum factum sit. iam neq. est vinum, neque mel. confusione extincta est materia. Quæritur vtrum mulsum sit commune? Idem quæritur si ex mea & tua lana vestimentum sit confectum, vel si ex meis & tuis vnguentis vel odoribus confectum sit collyrium & emplastrum. confusione hac est exstincta pristina materia, confecta specie noua, id est, mulso, vestimento aut emplastro. Cum metalla rediguntur in massam, non conficitur species noua. Itaque pristina materia manet. Sed cum conficitur species noua, necesse est consumi pristinam materiam. Vnde dubitatur, an sit communis ea species, an commune mulsum quod ex tuo vino & meo melle confectum est. quidam dicebant esse commune. at l. 5. §. 1. definit mulsum eius esse, qui id fecerit. quod ita accipiendum est, quum quis de vino suo & meo melle mulsum fecit, aut cum quis de suis & meis odoribus collyrium fecit. species illa noua illius est pleno iure, quia ipse eam fecit, & præterea partem materiæ suæ contulit, *l. quicquid §. 1. de acq. rer. dom. §. quod si frumentum, & §. quod si partem, Instit. de rer. diuis.* Sed si casu hoc acciderit, aliud est: nam si meum mel casu cum tuo vino mixtum sit, mulsum erit commune. aliud est si feceris mulsum, aliud si casus fecerit: nam si tu feceris mulsum collato vino tuo, & sumpto melle meo, mulsum erit tuum. sed si casus mulsum fecerit, mulsum erit commune, quia quæ ita coïere, dissolui & separari non possunt, non potest vinum à melle separari, non possunt odores semel mixti ab odore separari. Idem statuo in collyrio & lana. Si igitur tertius quidam ex mea & tua lana vestimentum fecerit, vestimentum erit commune, ac si casus quidam fecisset: quia lana à lana separari non potest: Sed si possunt separari quæ à tertio quodam confusa sunt, noua species non est eius qui fecit, sed nec communis: vt si ex meo argento & suo ære scyphum Titius confecisset, non est communis, quia scyphus potest redire in pristinam materiam, dissoluto ære ab argento, *l. lacus §. vlt. de acqu. rer. dum.* Cæterum *l. 5. §. 1. inf.* indicat hac in re fuisse controuersiam inter prudentes, cum confusione perimitur materia, & noua enascitur species: cum de confusione vnius nascitur species noua: Nam alij existimabant speciem nouam fieri communem, alij eius qui fecisset speciem. Sed conclusio illa est certior & omnino obtinuit, vt fiat species noua eius, qui eam fecit, & contulit partem materiæ: nam aliud est, si casus vel tertius quidam fecerit. & similiter fuit controuersia inter prudentes, cum quis facit speciem nouam omnino ex aliena materia, nihil conferens de suo, vt cum quis de alienis vuis vinum conficit nihil conferens de suo. vel ex alieno vino, & melle mulsum: nam fuit quæstio, an species noua esset eius, qui fecisset, an eius cuius esset materia, de qua tractabitur l. 7. §. 5. de adq. reb. dom. & in l. 5. §. 1. h. t. nam huius loci quæstio

A propria erat tantum de confusione & commixtione materiæ duorum. At in l. 3. d. vlt. Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturæ est, id est, eiusdem generis, vt mox exemplo declarat, si meum & tuum argentum in massam redactum sit, nihil refert tu redegeris, an ego, an alius quidam, an incendij forte casus: nam quoquo modo id acciderit, massa fit communis inter me & te, quia materiæ de integro segregari non possunt. & idem erit si materiæ eiusdem generis non fuerint, vt in *§. sed si l. 5.* si æs meum & aurum tuum mixtum fuerit, erit massa communis, quia separari non possunt, & in pristinam formam redigi & redire. Fulgosius & Alciatus falsi videntur, qui scribunt hæc hodie separari posse vi aquæ illius admirabilis aurificum, quam vocant fortem aquam: nam hodie etiam æs ab auro

B separari non potest, vtraque materia manente salua, sed dum volunt educere aurum purum adhibita illa aqua, euanescit æs: Itaque non fit separatio, cum vnum tantum educatur, alterum fugiat in auras. Peritiores autem videntur fuisse nostris aurifices antiqui in hac re, qui separabant argentum à plumbo, vel ab ære, vt in *l. 6. §. sed si, & l. lacus §. vlt. inf. de acqu. rer. dom.* quod tamen hodie nequeunt efficere: nam si volunt argentum educere & conseruare, perdunt plumbum & æs qualecunque fuerit, siue coronarium, siue ductile, siue caldarium. At retro videntur etiam nostri hac in re esse peritiores veteribus, quod vi aquæ illius mirabilis separent aurum ab argento sine detrimento vllo, quod veteres non potuisse præstare ex eo liquet, quod si aurum & argentum confusum sit, & ita fa-

C ctum ex commixtione vtriusque quod dicitur electrum, electrum enim fit ex auro & argento, quod significatur Silij Italici lib. 1. *hic omne metallum.*

Electri gemino pallent de semine venæ.

Cum igitur ex auro & argento factum est electrum definit *§. si duorum, de rer. diuis.* massam communem fieri, videlicet cum ea confusio casu contigit. Cur fit communis, nisi quia materiæ rursus resolui non possunt, nisi quia aurum ab argento segregari non potest, quod tamen hodie facile fit. ergo ait in §. *vlt. Pomponius scribit, non totum, sed pro parte esse vindicandum,* pro parte tamen indiuisa scilicet, quia massa est communis. Notandum ex postremis verbis, vnumquemque nostrum vindicare posse incertam partem pro indiuiso, id est, posse vindicare partem massæ, etiamsi non sit certum quantum quisque

D ponderis in ea massa habeat: hoc enim expediet iudex, *§. curare, Inst. de action.* etiamsi sit actum de incerta quantitate. In hac igitur specie iudex condemnabit pro rata ponderis certa, habita etiam ratione qualitatis argenti cuiusque: nam hoc iudicio minus feret cuius argentum vilius fuerit: amplius feret ex massa, cuius argentum pretiosius fuerit: ergo non tantum ponderis, quod cuiusque fuit, sed etiam qualitatis materiæ habenda ratio est officio iudicis. Quia autem massa est communis, consequens est præter actionem in rem esse etiam inter me & te actionem communi diuidundo, & hoc est, quod subiicit *l. 4. etiam communi diuidundo agi poterit.* Sunt ergo duæ actiones, vindicatio, & communi diuidundo: adiicit aduersus eum, qui dolo malo & lucri faciendi animo ex suo & meo argento conflauit massam, venire actionem furti in duplum pœnæ

E nomine: dari quoque actionem ad exhibend. puta vt exhibeat argentum meum. quod cum non possit facere: nec enim potest argentum ab argento separari idem quod fuit ante, & cũ dolo desierit hoc posse facere, scilicet exhibere, dolo malo alienum argentum conflando cum suo: ideo necesse est, vt in actione ad exhib. fiat condemnatio, pretij scilicet, quanti actor iurauerit in litem, vt fit in actione ad exhibendum. & recte Accursius interpretatur, vel quanti argentum fuerit re vera, si actor nolit iurare, *l. quod si possessor, inf. hoc tit.* ergo in actione ad exhibendum habetur ratio pretij quod fecerit actor iureiurando in litem: vel si nolit iurare, sunt enim plerique qui nolunt semet ne in bona quidem causa deuouere, habebitur ratio veri pretij. In actione autem communi diuidundo, & in vindicatione res

ipſa veniet, non pretium, ideſt, ex maſsa communi vindicabitur portio, & reſtituetur tanto maior minorve, quanto argentum pretioſius aut vilius cuiuſque fuerit. & hoc eſt quod ait *l. 4.* Sed & furti, & ad exhibend. tenebitur, qui dolo malo *confundendum id argentum curauit: ita vt in ad exhibendum actione pretij ratio haberi debeat:* quia idem argentum quo minus exhiberi poſſit dolo malo fecit: rem alienam contrectando deſiit poſse exhibere, & pretij, id eſt, quanti iurauerit: vel quanti argentum fuerit, ſi noliit iurare. In vindicatione, vel communi diuidundo actione hoc amplius feret ex maſsa, ſcilicet cum argentum pretioſius erat. rem ipſam igitur feret.

Ad l. 5.

Idem Pomponius ſcribit: Si frumentum duorum non voluntate eorum confuſum ſit: competit ſingulis in rem actio in id, in quantum paret, in illo aceruo ſuum cuiuſque eſſe. quod ſi voluntate eorum commixta ſunt: tunc communicata videbuntur, & erit communi diuidundo actio.

IN l. 5. §. 1. agitur de aceruo frumenti, cuius longe eſt alia ratio, quam maſſæ: nam confuſa duorum frumenta mixta dicuntur proprie, quia non fit mutuus contactus minimorum in aceruo, intercedit aer, in maſſa nihil intercedit, ſed minimum quodque argenti mei penetrat in minimum quodque argenti tui, quod non ita fit in granis. Quapropter maſſa fit communis non tam ſponte noſtra quam neceſſario. Aceruus non eſt communis, & nihil intereſt confuſa ſint frumenta ab vno à nobis, an caſu: nec enim fit aceruus communis, niſi confuſa ſint noſtra voluntate, ſed vnuſquiſque vindicat *quanti paret in illo aceruo ſuum cuiuſque eſſe:* id eſt, vnuſquiſque vindicat ſuum frumentum, ſiue modum frumenti ſui, non acerui partem indiuiſam, quia aceruus non eſt communis. Verum huic ſententiæ de frumento duorum confuſo opponit Accurſius *l. ſi alieni, inf. de ſolut.* quæ loquitur de pecunia duorum confuſa; lex vero quinta de frumento duorum confuſo. vtriuſque videtur eadem eſſe ratio: quia vt in frumento duorum confuſo non fit commixtio, vſque ad contactum mutuum minimorum, ſed intercedit aer inter granum, & granum, & minimum: & tamen aliud in d. l. videtur in pecunia reſponderi, quam hic reſpondeatur in frumento. Species eſt: Quidam creditori ſuo ſoluit alienos nummos. nummi extant, manent in dominio eius cuius fuerunt, & vindicari poſſunt ab eo qui accepit cum ei ſoluerentur alieni nummi. Sed finge: debitor ſuis nummis mixtos habuit alienos nummos. qui centum debebat, habuit in funda ſua mixtos centum nummos, ex quibus ſexaginta erant alieni, reliqui ſui, quos ita permixtos ſoluit creditori. lex ait, eos fieri creditoris, & non poſſe ab eo qui fuit eorum dominus vindicari. *Si,* inquit, *mixti ſunt* alienis, id eſt, nummis debitoris, atque ita ſoluerit, quod debebat creditori, ſolutum fit accipientis, ſed qui fuit dominus, habebit actionem furti aduerſus eum qui ſoluit, ſi furandi animo eam pecuniam contrectauerit, vel actionem ad exhibend. vel in factum actionem: quam pecuniam non amittit, quia actionem habet aduerſus eum qui ſoluit, ſed amittit ſuum dominium. Igitur confuſione meorum nummorum cum tuis, ita concluditur iure, amitto meorum dominium, cum tamen hic dicatur confuſione frumenti mei cum tuo, me mei non amittere dominium. Nec eſt cur ſequaris ſolutionem Accurſ. qui ait, id eſſe ſingulare in pecunia. In frumento cur idem non ſtatuas? finge; tu debes Titio frumenti modium: ſoluis modium frumenti qui erat mixtus ex meo & tuo, an non fiet modius creditoris? ſic videtur, neque tamen hoc pugnat cum hac lege: nam multum intereſt vtrum acerui huius rei tibi aut mihi dominium acquiratur, an creditori cui ſoluitur: nam ſi meum frumentum mixtum ſit cum tuo, mei nummi cum tuis, & quæratur de dominio, an ſit meum vel tuum pro ſolido, vel pro qua parte: dicam, neque tuum eſſe, neque meum pro ſolido, neque pro parte indiuiſa:

A quia aceruus frumenti vel pecunia non eſt communis, ſed vnumquemque pro modo ſui frumenti, ſuæve pecuniæ dominium retinere. Nunc ſi quæras de tertio, non de te, an ei acquiratur dominium, vt ſi cum mea & tua pecunia eſſet confuſa, aut meum & tuum frumentum eſſet confuſum, tu modium frumenti quem debebas, ſolueris creditori tuo, vel pecuniam, quam debebas, ſolueris creditori tuo: propter tuam pecuniam creditor acquiret & meam, cui ſoluiſti tuam: atque ita creditor dominium acquiret pecuniæ ei ſolutæ. Denique confuſio frumenti vel pecuniæ, quæ mihi aut tibi non parat dominium in ſolidum, vel pro parte indiuiſa, creditori qui ſuum recepit, dominium parat: ſed eſt ſemper mihi in te actio, qui meam pecuniam cum tua temere confudiſti, & ſoluiſti creditori tuo, ait lex quinta: *ſi* B *non voluntate eorum,* puta vnius tantum voluntate, vel caſu. *In rem actio: non pro parte indiuiſa,* quia aceruus non eſt communis. *In quantum paret:* Eſt formula actionis.

Ad §. Idem ſcribit.

1. §. Idem ſcribit: ſi ex melle meo, vino tuo factum ſit mulſum: quoſdam exiſtimaſſe, id quoque communicari, ſed puto verius, vt & ipſe ſignificat, eius potius eſſe, qui fecit: quoniam ſuam ſpeciem priſtinam non continet.

DIxit ſupra de rebus, quæ ſunt eiuſdem generis & naturæ, vt ſi de meo & tuo argento confuſio facta ſit. nunc incipit tractare de his, quæ ſunt diuerſi generis: & hæ res vel confuſione priorem ſpeciem amittunt, & nouam C ſuſcipiunt: vel priorem ſpeciem retinent etiam poſt confuſionem. Et de his quæ confuſione priorem ſpeciem amittunt, & nouam ſuſcipiunt, tractatur in hoc §. vt ſi ex meo melle & tuo vino factum ſit mulſum, exſtinguitur & mel, & vinum, & noua oritur ſpecies, nempe mulſum: hoc caſu multum intereſt vtrum ego fecerim mulſum, an caſus; nam ſi ego fecerim mulſum ex tuo melle, & meo vino, mulſum meum fit pleno iure, quia operam dedi & præterea contuli partem materiæ. Quid igitur? an tu amittes tuum mel? minime: nam etiamſi mulſum meum ſit in ſolidum, quia feci: tamen mellis tui nomine potes aduerſus me experiri vtili actione in rem ad mellis æſtimationem, vel actione in factum, vel retentione mulſi, ſi mulſum poſſideas, argumento *§. cum ex aliena, Inſtitut. de rer. diuiſ.* D *l. ſi mulier, §. vlt. & ſequentib. de donat. int. vir. & vxor.* Sed ſi caſus fecerit mulſum, vel tertius quidam, dicemus mulſum fieri commune, quia de integro ſegregari non poteſt vinum à melle. quæ diſtinctio probatur *§. quod ſi partim, & §. ſi duorum, Inſtitut. de rer. diuiſ.* Idemque erit ſi ex meo auro & tuo argento tertius quidam fecerit electrum, vel caſus incendij; nam erit electrum commune, quia ſeparari tum non poterat aurum ab argento. Sed hodie quia ſeparari poteſt aurum ab argento ſine detrimento, dicemus electrum non fieri commune, ſed mihi mei auri & tibi tui argenti vindicationem competere. deinde tractat §. ſi ex meo & tuo vino factum ſit mulſum à te vel à me, non caſu, aliter pugnaret, *§. ſi duorum, de rer. diuiſ.* cuius ſit mulſum: & ait reiecta quorundam ſententia eius potius eſſe qui fecit, quia ſpeciem priſtinam non retinet, id eſt, quia E exſtincta eſt prior materia, & noua ſpecies effecta eſt.

Ad §. Sed ſi plumbum.

Sed ſi plumbum cum argento mixtum ſit: quia deduci poſſit, nec communicabitur, nec communi diuidundo agetur: quia ſeparari poteſt: agetur autem in rem actione. Sed ſi deduci, inquit, non poſſit: vt puta ſi æs, & aurum mixtum fuerit: pro parte eſſe vindicandum. Nequaquam erit dicendum, quod in mulſo dictum eſt, quia vtraque materia, etſi confuſa, manet tamen.

IN hoc §. tractat de iiſdem rebus diuerſi generis, quæ confuſione priorem materiam, ſeu ſpeciem retinent, in

quibus non est distinguendum, vtrum res eas confuderit A vnus ex dominis, an casus, sed distinguendum vtrum possint separari, vel non: Nam si separari possint, vt si meum plumbum & tuum argentum sit confusum, quia possunt separari, non erit massa communis, sed vnicuique competet vindicatio suæ materiæ, mihi vindicatio plumbi, tibi vindicatio argenti, non vindicatio partis massæ, quia non est communis: possunt enim separari, quod proprie Stoici, seu Chrysippus vocant μῖξιν, seu κρᾶσιν, quæ proprie est quoties quæ confusa sunt de integro separari possunt, Aphrodiseus lib. de mixtione. Sed si separari non possunt, vt si æs meum cum tuo auro mixtum sit quæ metalla deduci & separari non possunt sine detrimento necessario, aut consumptione æris, massa fit communis inter me & te, & dabitur vindicatio non totius massæ, sed partis pro indiuiso. & hoc est quod ait in §. *sed si plumbum, agetur in rem* B *actionem*, id est, separatim vindicabit quisque suam materiam, quia extat materia licet confusa. *Pro parte esse vindicandum:* indiuisa scilicet, non tota, quia communis est pro indiuiso, vt *l. 3. §. vlt.* dixit, non totum, sed pro parte esse vindicandum, vbi etiam massa fit communis propter difficultatem deductionis. *Nec quaquam erit dicendum.* Alciatus male hæc verba coniungit cum superioribus, sunt enim separatim legenda ita: *nec quaquam er. dic.* & res sic explicanda. Cum plumbum meum cum argento tuo, vel cum æs meum cum tuo auro commiscetur, non est dicendum, massam fieri eius qui confudit, sicut dictum de mulso, mulsum scilicet fieri eius qui fecit. Quid igitur dicendum est? hęc est interpretatio Accurs. dicendum est, hoc casu quemque suæ materiæ dominum manere, si resolui possint, vel massam fieri communem, si resolui non possint: non au- C tem totius massæ dominium est adiudicandum conflatori: & addit rationem differentiæ: quia vtraque materia, puta, æs & aurum, plumbum & argentum, etsi conflata sit, manet tamen. quod non ita est in mulso. quia ex melle & vino confecto mulso exstinguitur vinum, & mel, & noua species confecta est, nempe mulsum. quod non ita est si fiat massa ex plumbo vel argento, vel ex auro & ære: nam in ea massa permanet æs & aurum, quamuis confuse, permanet plumbum & argentum. & recte dixeris naturam massæ esse æs & aurum, cum conflata sit ex vtroque, vt Aristoteles docet in 5. Metahysic. Recte dixeris elementa esse naturam coporis, quia ipsa permanent, nec mutantur, vel mutabuntur. & idem etiam statuæ naturam esse ait æs, nec mutari. Sic igitur in massa conflata ex plumbo, & argento, D permanent plumbum & argentum, & dicimus massam esse plumbum & argentum, quod tamen in mulso non possis dicere, in mulso permanere vinum & mel. mutata enim eorum est natura: & ob id non idem quod in mulso statuendum esse ait recte.

Ad §. Idem scribit.

2. §. Idem scribit, si equam meam equus tuus prægnantem fecerit: non esse tuum, sed meum, quod natum est.

3. §. De arbore quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit: Varus, & Nerua vtilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.

4. §. Cum in rem agatur, si de corpore non conueniat, error E *autem sit in vocabulo, recte actum esse videtur.*

5. §. Si plures sint eiusdem nominis serui, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum sit: Pomponius dicit, nullam fieri condemnationem.

Quæ adiicit postea sunt facillima, nec sunt de confusione aut commixtione: quid enim facilius, quam vt quod ex tuo equo & equa mea nascitur meum fit? Hoc est iuris gentium, vt quæ ex nostris animalibus nascuntur nostra fiant vt quod nascitur ex tuo seruo, & mea ancilla meum fiat, *l. huiusmodi §. legatum, inf. de legat. 1.*

Ad §. De arbore.

Quid etiam facilius, quam quod subiicit de arbore? arborem meam quæ in tuo fundo coaluit, id est, quæ ibi radices egit, tuam fieri, vt superficies cedit solo, id est, inædificatum cedit solo: satum cedit solo: ita etiam plantatum si radices egerit, cedit solo: Sed si arbor mea quæ est translata in tuum fundum, ibi nondum coaluerit, nondum radices egerit, mea permanet, nec videtur tua effecta: verum competit mihi arboris vindicatio directa, quia mea esse non desiit, cum in tuo solo non coaluerit. Quod si coaluerit, mihi non competit vindicatio directa, quia mea esse desiit iure gentium, sed competit vtilis rei vindicatio, vel potius in factum, quæ solent concurrere ad æstimationem arboris, vt in mulso dictum est supra: cum ex meo melle & tuo vino mulsum feceris, tuum est. Sed mihi dabitur vtilis vindicatio vini mei, aut mellis.

Ad §. cum in rem agatur.

Quid etiam facilius quam quod ait, errore nominis non vitiari actionem? ego vindico Stichum, qui tamen vocatur Eros. non ambigitur de corpore, conuenit inter actorem & reum de corpore. error igitur nominis nihil officit. notanda sunt illa verba, *si de corpore conuenerit*, inter actorem & reum scilicet, vt his verbis explicetur quod dicitur in fine *d. legis.*

Ad §. Si plures.

Si duo sunt serui eiusdem nominis, puta duo Stichi, & vindicetur Stichus, nec appareat de quo agatur cum reus possideat duos Stichos, nullam fieri condemnationem, Pomponius opinatur: cuius sententiæ fuit etiam Aristo, *l. inter §. 1. inf. de verbor. oblig.* Sed vt ibi Aristo reprehenditur, sic & hic Pomponius reprehendēdus videtur. referuntur pleraque in Pandectis, quæ non probantur. Verum hic distinguendum est. aut dissentiunt litigatores in re de qua agitur, aut ambigua est oratio actoris: priore casu si constat eos dissentire in corpore de quo agitur, actorem sentire de vno, reum de altero, videtur Pomponius, vt Aristo, existimasse, nullum iudicium esse, nullam fieri condemnationem posse, quia scilicet sicut conuenire olim litigatores debebant in iudicem, vt declarat Cic. pro Cluentio, ita conuenire eos debere in rem de qua agetur, & nisi conueniant inter se, ratum iudicium non esse: nam hæc videtur sententia Pomponij. & cum dicit, *nec appareat de quo actum sit*, id est, si non conueniant in corpore, vt superiori §. sed hoc falsum est, conuenire debere litigatores in corpore, de quo agitur, quia vt ait lex *inter*, §. *1.* iudicium redditur in inuitum, id est, reus iudicium suscipit inuitus, qua de re non vult, alioquin negaret semper reus se consensisse in eam rem, & essent illusoria plerunque iudicia. Quapropter non est necesse, vt reus consentiat, vt litigatores conueniant de corpore, de quo agitur: satis est si constet de quo senserit actor: cum igitur duo sunt Stichi, non est inane iudicium, quia is venit in iudicium de quo actor sensit, & is petitus videbitur de quo actor senserit. nec spectatur opinio vel sententia rei, sed tantum actoris, quod non ita est in contractibus: nam conuenire debent in corpore: nam si stipulator sentiat de vno, promissor de altero, nihil agetur: nam hæc negotia, id est, contractus habentur inter volentes, iudicia redduntur in inuitos. & multo magis eadem ratio interuenit in ambigua oratione. Finge; non constat dissentire litigatores de corpore de quo agitur; sed ambigua est oratio, non potest eam explicare quisquam, quæ est communis interpretatio huius §. *vlt.* quam amplecti debet qui non vult Pomponiū reprehendere. Finge actorem Stichum petiisse, & decessisse pendente lite. non est qui explicet de quo senserit actor, qui petiit Stichum cum essent duo Stichi. heres etiam eius hoc expedire non potest nescius voluntatis defuncti, irri-

tum erit iudicium. sed si actor sit qui hoc possit explicare, eius sequemur interpretationem. In oratione ambigua sequimur quod actor voluit & sensit, quodque se sensisse profitetur, *l. si quis, sup. de iudic. l. in ambiguis orationibus, inf. de reg. iur.* Ergo facimus interpretationem in iudiciis secundum actorem. ergo secundum eum qui vsus est ambigua oratione. interpres est ambiguæ orationis qui ea vsus est, quod non ita fit in contractibus: nam fit interpretatio aduersus eum qui ambigue locutus est: nam cur non dixit apertius, & fit secundum eum cum quo locutus est, id est, non ex sententia eius qui locutus est, & sermonem habuit, sed ex eius cum quo locutus est, *l. veteribus, sup. de pact.* Igitur fiet interpretatio contra venditorem. Finge: vendidit fundum & dixit Stichum accessurum, cum essent duo Stichi, quis debebitur? an is de quo sensit venditor vel de quo emptor? non debebitur is de quo sensit venditor, sed debebitur is quem voluerit emptor, *d. l. veterib. l. Labeo 21. de contrah. emp.* Sed refragari videtur lex *si in emptione, inf. eod.* quæ dicit, eum Stichum deberi, de quo venditor sensit. Accursius ita distinguit. aut legem dixit venditor, aut emptor. id est, aut venditor dixit accessurum Stichum, aut emptor: si venditor legem dixit, interpretatio fit aduersus venditorem, id est, debebitur quem volet emptor, sed si emptor dixit, interpretatio fiet aduersus emptorem, id est, is debebitur de quo venditor sensit. & ita accipitur ab Accursio d. lex *si in emptione,* vt interpretatio fiat aduersus eum qui legem dixit. ergo aduersus venditorem, si legem dixit venditor, aduersus emptorem, si legem dixit emptor ex *d. l. veteribus.* Verum indico errorem subesse in *d. l. si in emptione,* & ita scribendum esse, eum Stichum deberi, quem emptor intellexerit, emptoris, pro, venditoris nomine restituto; quod etiam indicant verba quæ subiunguntur. Plerasque enim res emimus propter accessiones. Id non animaduertit Accursius, qui existimauit, legem nonnunquam dici ab emptore. Sed erat nobis compertum, venditorem semper legem dicere. Nullam legem dicit emptor, venditor est auctor venditionis, vt auctor locationis est locator, nullam legem dicit conductor, *l. qui fundum, de contrah. emp.* Similiter venditor dicit accessuram aquam, nec potest proferri locus, quo emptor legem dicat venditori: nam certa est ratio ineundorum contractuum, quæ nunquam mutatur, & vnus est ineundi contractus finis, alioquin non esset differentia inter do vt facias, & facio vt des, nisi ratio ineundi contractus spectaretur. Venditio initur semper à venditore, & ob id semper dicitur emptio venditio: non recte venditio emptio. Sic hæc actio conductio, non conductio locatio. Nam auctor venditionis, quique leges dicit venditioni, venditor semper est, & stultum est quod ait Accursius, emptorem legem dicere.

Ad l. Si in rem.

Si in rem aliquis agat, debet designare rem: & vtrum totam, an partem, & quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octauenus ita definit: quod infecta quidem materia pondus, signatæ vero numerum, factæ autem speciem dici oportet. Sed & mensura dicenda erit, cum re mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere nobis petamus: vtrum numerum eorum dicere debebimus, an & colorem: & magis est, vt vtrumque: nam illud inhumanum est, cogi nos dicere, trita sint, an noua. Quamuis & in vasis occurrat difficultas, vtrum lancem duntaxat dici oporteat: an etiam quadrata, vel rotunda, vel pura, an cælata sint. quæ ipsa in petitionibus quoque adiicere difficile est: nec ita coartanda res est: licet in petendo homine nomen eius dici debeat: & vtrum puer, an adolescens sit. vtique si plures sint: sed si nomem eius ignorem, demonstratione eius vtendum erit, veluti, qui ex illa hereditate est: qui ex illa natus est. *Item fundum petiturus, nomen eius, & quo loci sit, dicere debebit.*

PRoponit initio eum qui agit in rem debere rem designare, quod est ἀφορίζειν, & specialiter eam definire seu **A** designare, vtrum totam petat, an vero partem: & quotam partem, id est, an tertiam, an quartam, an dimidiam: male Accurs. *quotam,* id est, pro indiuiso, & partem, id est, pro diuiso: imo pars est, seu pro diuiso, seu pro indiuiso, quæ si petatur, & quota petatur dici debet, puta tertia vel quarta. explicatur etiam deinde latius quid exprimere debeat, qui in rem agit. qua de causa dicitur ab interpretibus hanc leg. esse de formula actionis, vel conceptione libelli, in quo rem certam designare oportet. idem fit in actione ad exhibendum, quæ huic est persimilis: nam actio ad exhibendum propter vindicationem datur: quo magis enim res vindicari possit exhibenda est: & ideo recte dicitur actionem exhibitoriam esse præparatoriam vindicationis, sicut interdictum de liber. exhib. est interdictum præparatorium **B** de liberis ducendis: quo enim magis duci possint, exhibendi sunt, *l. 3. §. 1. inf. de lib. exhib.* sed & hoc quidem definiri debet, & designari, vt sciatur certo, qua de re agatur in omnibus actionibus tam in personam, quam in rem, quod & hac lege significatur illo loco, *& si vestimenta nostra esse, vel dari oportere, &c.* notantur duo genera actionum in rem, quibus vindicamus, id est, asserimus rem nostram esse, & in personam, quibus intendimus dari aut fieri oportere: in his omnibus certo debet designari id quo de agitur. obseruandum est hanc leg. fuisse coaptatam §. *vlt.* superioris legis, ex qua connexione constabit, quis sit verior, & certior sensus dicti §. *vlt.* vsque ad finem legis sextæ. Cum petitur homo, si erratum sit in nomine, errorem nihil nocere, quod scilicet soleret deberetque exprimi nomen hominis, qui peteretur: sed si erratum fuerit in nomine, **C** forte hominis, monet errorem hunc nihil obesse actori, modo inter litigatores conueniat de corpore: quod & generaliter in omnibus negotiis obseruatur. error in nomine non corrumpit legatum, nec stipulationem: & inde subiicit: quod si forte petatur Stichus à possessore, & duos possideat Stichos eiusdem nominis, & non appareat de quo Sticho actum sit, nullum esse iudicium, nullam exinde sequi condemnationem posse. an id ita interpretabimur, id est, vt si de alio sentiat actor, de alio reus, nullum sit iudicium, nulla condemnatio? minime: nam etsi de alio Sticho senserit actor, de alio reus, is veniet in iudicium, & condemnationem de quo actor sensit, *l. inter §. 1. inf. de verb. oblig.* Rursus an id ita interpretabimur, vt si ambigua sit intentio actoris, vt cum petit Stichum, & duo sunt Stichi, nec demonstrat quem petat, an cum ita est ambigua intentio **D** actoris, dicendum est, nullum esse iudicium, nullam fore condemnationem? minime: nam explicare hanc ambiguitatem actor potest, & vti dixerit seu exposuerit de quo sentiat, is veniet in condemnationem, *l. 66. si quis intentione, sup. de iud. l. in contrahenda, inf. de reg. iur.* Sed si forte actor qui ambigue locutus est, ambiguitatem non explicauit, & ea non explicata mortuus fuerit, necessario dicendum est nullam sequi condemnationem posse, vt in *d. §. vlt.* quia non præstitit quod debuit, id est, rem de qua agitur, non designauit, quam vtique designare debet, vel in ipsa formula, vel si ambiguam formulam dederit, in iudicio, ipsa pendente lite, quod tamen Accurs. non admittit: nam putat rem quæ vindicatur, esse designandam in libello, & sero designari post editionem libelli, quod non probatur; **E** nam si actio ipsa etiam postea quam edita est, & post litis contestationem emendari atque etiam mutari potest, vt in *l. 3. C. de eden. l. in delictis §. si detracta, inf. de noxal. action.* cur non poterit ambiguæ actionis siue formulæ obscuritas explicari etiam post editionem actionis, vel contestationem litis? nam ambigua intentio admittitur, si quis intentione ambigua vsus fuerit. frustra admitteretur, nisi sequeretur eius explicatio, nisi ex processu litis spes esset fore vt certior & clarior intentio redderetur: si ergo homo vindicatur, vel condicitur secundum præscriptum huius legis, maxime nomen eius exprimi debet. cum plures seruos possidet is cum quo agimus; & ætas eius etiam exprimi debet, vtrum puer sit, an adolescens, vel etiam qua alia demonstratione designari, & secerni à cæteris seruis debet, vt intelligatur quis homo sit is de quo agitur, de-

monstratio vice nominis fungetur. vbi demonstratio est certa, nihil opus est nomen exprimi, *l. certum, inf. de reb. cred.* & cum forte est vnus seruus, id est, cum is cum quo agimus, vnum tantum seruum possidet, iam nec alia demonstratione est opus. Satis aperte vindicatur, si ita vindicetur: ille homo qui apud te est, meus est, *l. 3. inf. de lib. & post.* quod & hic Acc. notauit, satis nominat Socratem, qui nominat filium Sophronisci, cum vnus ei fuerit filius Socrates. Igitur non est opus hîc nomen exprimi, aliamve apponi demonstrationem. Sed cum sunt plures serui qui possidentur ab eo vnde petitur seruus, necesse est vti eius nomine proprio, atque etiam eius ætatem demonstrare, vel alia demonstratione vti, puta: ille qui est ex illa hereditate, ille qui natus est ex illa ancilla. Et ita in vindicatione fundi necesse est fundi nomen exprimi, & non tantum nomen, sed quo res sit certior, quo loco sit fundus, quod ait aperte in fine huius legis. Inde est in illa formula apud Ciceronem: *Fundus Caprelates, qui est in agro qui Sabinus vocatur, meus est.* qua formula nomen fundi exprimitur, & quo loco sit. Omnino igitur in actione in rem & in personam, rem certo designari oportet: & quamuis hæc actio dicatur actio in rem vel vindicatio rei: tamen rei verbum hac appellatione non significat genus, nec generaliter accipitur, sed speciem certam, sicut in actione iniuriarum, iniuria non significat genus, sed speciem certam: nam & eum qui agit iniuriarũ, dicere oportet certo quidnam iniuriæ factum sit, id est, quam se iniuriam passum contendat exprimere oportet: quod magni interest exprimere palam; quia ex eo sæpe dignoscitur an recte agatur iniuriarum necne: nam si forte agatur iniuriarum in patronum, & sit leuis iniuria, inanis est actio: sed si atrox, sæua, & seruilis sit iniuria, recte agetur iniuriarum: expressa igitur specie iniuriæ, recte nec ne agatur iniuriar. protinus cognoscet Iudex seu Prætor à quo actio petitur: & non oportebit etiam in actione iniuriarum ἐπαμφοτερίζειν, id est, ambiguum & ancipitem esse, puta, scribendo subalternatiue *illud,* aut *illud; quia me verberauit,* aut *vulnerauit.* non recte sic agitur: sed debet dicere actor præcise illam se iniuriam ab illo passum, non illam aut illam, *l. Prætor in prin. & §. Labeo, inf. de iniur.* Ita in vindicationibus non oportet ἐπαμφοτερίζειν, id est, alternare, sed oportet præcise dicere quid vindicem: neque enim recte vindicabo illum aut illum hominem. hoc est in vindicationibus generale: nam in vindicationibus semper est electio vindicantis. vtrumque non potest ei præstari, cum & ipse petat vtrumque disiunctim. cur non ipse initio elegit vnum quod vindicet? cur mauult ἐπαμφοτερίζειν; Sed in actionibus in personam distinguendum est: nam electio vel actoris est, vel rei, quoties debetur illud aut illud. si electio est actoris, vnum præcise in iudicium deducere debet, non vtrumque sub alternatione. Cum vero electio est rei aut debitoris, vt in stipulatione quoties quis promisit illud aut illud, vel in legato per damnationem quoties quis damnauit heredem dare illud aut illud. His casibus cum electio sit rei, vel debitoris, male egerit actor, nisi sub alternatione intendet sibi illud aut illud dari oportere, ne vnum petendo præcise, electionem quodammodo præripiat aduersario, atque ita plus petendo causa cadat, *§. huic autem, Institut. de action.* In vindicatione abscise vnum tantum petere debet; in actionibus in personam sub distinctione quoties electio est debitoris. Adiicitur in hac lege generalis definitio: si infecta materia petatur, puta massa auri vel argenti, ex qua nondum vlla est conflata species, debere dici pondus infectæ materiæ, puta auri pondo tot mea esse, argenti pondo tot mea esse: signatæ autem materiæ, vt nummorum, numerum esse dicendum, atque etiam materiam nummorum: veluti nummos aureos tot. vini, olei, frumenti, & cæterarum rerum quæ mensura constant, mensuram esse dicendam. hoc ita generaliter definitur de quantitatibus, id est, de his quæ pondere, numero mensura, constant. In corporalibus hoc idem definitur, vt factæ materiæ dicatur species, atque etiam materia ipsa, veluti si vas petatur, species ipsa vasis dicenda est, vt scyphus aut lanx, peluis, aut patera, & materia dicenda est, puta lanx aurea, argentea: non necesse est vt formam dicas, veluti lanx quadrata, lanx rotunda, nec oportet dici vtrum sit cælata lanx an pura, id est, sine cælatura, sine crustis, sine emblematis. *non ita,* inquit, *res est coarctanda,* non ita in actione ad vnum omnia subtiliter sunt resecanda. satis est coactæ materiæ speciem dici simul ac materiam, veluti lancẽ argenteam meam esse: nec opus erit dici pondus lancis vel scyphi, vt ait lex *in actione, inf. de furt.* qui vindicat, vel condicit lancem vel lancis nomine furti agit, non necesse est etiam vt lancis pondus exprimat: nam in corporibus non tam spectatur quantitas quam materia & forma. Sed vehementer obstat lex 1. *§. si quis argentum, inf. depos.* deposui apud te aurum vel argentum factum, puta, vasa aurea vel argentea (aurum infectum est massa rudis) agens depositi & repetens vasa quæ penes te deposui, debeo exprimere speciem & materiam, puta scyphum aureum vel argenteum, debeo etiam addere pondus: nam & appendi solent vasa, id est, factum aurum non minus quam infectum. Idemque erit si deposita sit purpura vel lana infecta: nam infecta vel lana vel purpura etiam appendi solet, quæ scilicet nondum neta est, quæ nondum est stamen vel subtegmen: & de ea etiam si agatur depositi, pondus addere oportet, puta, quot libras lanæ deposuerim. at *d. l. in actione* contra ait, speciei de qua agitur, puta vasis, pondus non esse adiiciendum, sed videtur singulare aliquid esse in actione depositi: quia qui vas deposuit aut lanam, hoc debuit præcauere, id est, in deponendo intereum, & depositarium constare debuit ponderis ratio, ne quid abraderetur vel deminueretur. Igitur in actione depositi desiderabit depositarius vt pondus adiiciat, nec videtur recte concepta actio, nisi species adiiciatur, materia, & pondus materiæ. Verum adiicit *d. §. si quis argentum,* quod rem omnem temperat, hanc necessitatem quandoque remitti exprimendi ponderis, si iuret actor, se pro certo pondus dicere non posse. hoc ita si iurauerit, admittetur actio depositi, etiam non expresso pondere. eadem ratio interuenit in vestimentis quæ vindicantur, quorum vtique colorem dicere oportet, non pleraque alia quæ quis posset desiderare, puta, an sint trita an noua: non ita res ad viuum resecanda est, sed colorem tantum dici oportet. quinimo interdum etiam coloris dicendi necessitas remittetur, si modo actor iurauerit se coloris oblitum esse, & dicere pro certo non posse, *d. l. in actione.* Et generaliter etiam ex causa admittitur actio incertæ quantitatis, vt in *§. curare, Institut. de action.* curare debet iudex vt certam sententiam ferat, licet de incerta quantitate apud eum actum sit: ne lis ex lite nascatur. & quia interdum etiam incertæ quantitatis atque etiam incertæ rei, & incertæ partis actio admittitur, vt *l. 3. §. vlt. sup. l. 8. §. 1. comm. diuid. l. qua de tota §. 1. hoc tit.* Igitur certam quidem esse omnem actionem oportet, id est, certo in ea rem de qua agitur definiri, sed tamen rem hanc non esse exigendam acerbe, nec esse coarctandam nimis.

Ad l. Si is qui.

Si is qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est: nihilominus à possessore recte petitur, sicut Pedius ait.

IN *l. actionum, D. de obligat. & action.* proditum est generaliter, actionem in rem semper dari aduersus eũ qui possidet. possessio est causa actionis in rem τῷ ἁπλῶς, sicut in *l. 1.* diximus vna cum dominio τῷ συνεχῶς. solum dominium non est causa actionis in rem: ait igitur actiones in rem dari semper aduersus eum, qui rem possidet: imo vero datur etiam aduersus eum qui non possidet, vt si quis rem meam dolo malo desierit possidere, is tenebitur mihi actione in rem, quia dolus pro possessione est, *l. qui dolo, inf. de regul. iur.* is etiam qui neque possidet, neque dolo desiit possidere, tenetur hac actione, puta si se liti, defensioni rei offerat quasi possessor, cum non sit possessor, quia scilicet actorem decipit qui se gerit pro possessore cum non

possideat: & hic igitur etiam dolus pro possessione est. verum est igitur actiones in rem semper dari aduersus eum qui possidet, quive possidere fingitur propter dolum. fictio veritatem imitatur. quis autem videtur se liti offerre seu vindicationi aut defensioni rei videamus: nam de eo est lex 7. Is videtur se liti offerre qui patitur secum litem contestari, nec negat se possidere, sed qui primum quidem se obtulit futuræ liti, deinde antequam formaretur lis, & contestaretur, negat se possidere (quæ negatio efficit ne posset cum eo lis contestari, *l. vlt. inf. hic*) is inquam non videtur se liti obtulisse, quia nec litem inchoauit cuius initium est contestatio. vt igitur videatur quis se liti obtulisse, necesse est vt cum eo sit lis contestata, & non negauerit eo tempore se possidere; & hic quidem qui ita se liti, & defensioni rei obtulit, tenetur hac actione, & condemnatur ita demum, si tempore litis contestatæ actor putauerit eum possidere, quia actorem decepit qui sciebat, se non possidere, & ob id condemnatur, & æstimatur quanti actoris interfuit non decipi, *l. qui se liti, sup. de petit. hered.* quæ ait eum qui se ita liti offert, teneri ex clausula doli. quomodo ex clausula doli? quia iure veteri, vt constat ex titulo *de satisd. Institut.* in actionibus in rem reus vnde petitur satisdat iudicatum solui, quæ satisdatio tres clausulas habet, de iudicato soluendo, de re defendenda vsque ad finem & extremum litis, & de dolo malo, id est, dolum malum abesse, abfuturumque esse. In ea igitur specie, quia rei dolus malus non abest, id est, quia decipit actorem dum excipit iudicium quasi possessor cum non sit possessor, tenetur ex clausula doli mali, quæ scilicet inest satisdationi iudicatum solui, quam præstiterit conuentus actione in rem ante litem contestatam, & si forte euenerit vt absoluatur is qui se liti obtulerat, eo nomine superest in eum actio de dolo, *l. pen. sup. de dolo.* Species hæc est: Quidam Titio volenti rem suam vindicare se obtulit de ea re, quamuis eam non possideret, idque in hoc vt verus possessor amicus suus interim rem vsucaperet, id est, lite pendente ne interpellaretur possessio & vsucapio possessoris, ipse gessit se pro possessore, & excepit actionem & iudicium, & primum satisdedit iudicatum solui, vt moris est, & deinde litem contestatus est. si absolutus fuerit, superest in eum actio de dolo, quanti interest actoris deceptum non fuisse. Si absolutus fuerit, quomodo hoc interpretabimur? quod scilicet, inquit Accursius, ante litem contestatam discesserit à controuersia, & negauerit se possidere, quo modo cum res geritur, non sequitur absolutio, quæ est res iudicata. res non iudicatur sine litis contestatione. vbi non est litis contestatio, nec absolutio est, nec condemnatio, id est, vbi non est lis, nec sententia. cum negat se possidere ante litem contestatam, euitat contestationem litis, nihil præterea, non etiam absoluitur: sed ponendum est in ea specie eum litem contestatum, & ita falso se gessisse pro possessore, & rem traxisse vt possessor interim vsucaperet, fuisse tamen absolutum, cum non esset absoluendus; absolutum, inquam, gratia aut sordibus iudicis. quid fiet? & quomodo succurritur interim actori qui amisit rem suam per vsucapionem, nec potest cum possessore experiri rei vindicat. ait lex superesse aduersus eum qui se obtulit, actionem de dolo; quamuis sit absolutus. actio de dolo datur vbi non est alia actio. hic vindicatione absolutum est, & stipulatio iudicatum solui, qua cauerat perempta est absolutione. Igitur nulla alia actio superest, quam de dolo malo. sed absolui non debuit, vt dixi: nam omnino is qui se liti offert, condemnandus est, si existimarit actor eum possidere, quia decepit actorem. aliud dicendum si actor sciuerit eum non possidere, quod reus probare debet euidentissimis probationibus, vt ait lex *qui se liti,* alioqui præsumitur actor ignorare. Si ergo probetur, actorem scisse eum vnde petebatur, non possidere, qui se liti obtulit, non est condemnandus, sed absoluendus, quia non decepit actorem, sed ipsemet actor se decepit. cur se se coniecit in sumptus inanes? non ab eo deceptus est, sed à se ipso: idcirco non est condemnandus hoc casu, is qui se liti obtulit, sciens non decipitur, scienti dolus non infertur, *l. 6. §. præterea, inf. quæ in fraud. cred. l. cum donationis, C. de transaction.* & hæc omnia demonstrantur in l. qui *se liti obtulit, de petit. hered. & sequ. hoc tit.* Igitur hac in re distinguendum est, vtrum actor scierit, an ignorauerit: nam si ignorauerit eum qui se obtulit, non possidere, condemnandus est reus. si sciuerit eum non possidere, non est condemnandus. priore casu reus actorem decepit, posteriore non videtur scientem decepisse. vnus tamen est casus quo hac distinctione non vtimur in *l. sin autem, in princip. infra, hoc tit.* si cum certus essem de possessore, & vellem cum eo agere, puta cum Titio vero possessore, alius dixerit, & quodammodo persuaserit se possidere, & ita me ad se traxerit, ego id in testationem redegero, acceptis testibus, me cum vellem agere cum Titio, reuocatum ab alio fuisse, ea res efficiet vt condemnandus sit qui se liti obtulit, siue actor sciuerit eum possidere; siue ignorauerit. hoc indistincte efficit testatio illa actoris, & diligens instantia eius qui se liti obtulit vt Titium relinquerem, & secum potius agerem. hoc casu cessat superior distinctio. Nunc restat alia quæstio, an si is qui se liti obtulit quasi possessor, condemnatus sit, & litis æstimationem præstiterit? nec enim rem præstare potest quam non habet, salua sit actio aduersus verum possessorem? lex ait, saluam esse, quia scilicet is qui se liti obtulit, suo nomine condemnatus est ex suo dolo, quod deceperit actorem, non nomine possessoris, & vnus damnatur in æstimationem, alter in rem, qui est verus possessor. At idem videtur esse æstimatio, & res, quia æstimatio, est loco rei. potest igitur bis idem exigi à duobus, scilicet quorum vnusquisque conueniatur suo nomine, & diuersa ratione: vnus doli ratione conuenitur: alter rei vindicatione. diuersa ratione bis idem aut quodammodo idem consequi possumus à duobus, sed non ab vno. Idemque erit si egero aduersus eum qui dolo desierit possidere, quem dictum est teneri hac actione, & eum condemnauero, atque adeo litis æstimationem tulero: nec enim ideo liberatur verus possessor, sed nihilominus recte ab eo petam *l. Stichum §. dolo, inf. de solut. l. 3. §. pen. inf. de tabul. exhib. l. nec vllam §. pen. sup. de petit. hered.* quia & is cum quo primum egi, condemnatus est suo nomine ex dolo suo. Idem erit etiam in actionibus in personam, *l. qui seruum, inf. de interrogat. in iu. fac.* Quidam interrogatus in iudicio, confitetur se seruum meum occidisse. est mihi in eum actio legis Aquiliæ, quæ dicitur confessoria, quod detur ex eius confessione, licet vere eum non occiderit. quod si ex sua confessione condemnatus sit, an ideo liberatur qui vere occidit? minime. Is qui confessus est, tenetur suo nomine ex sua confessione, sed non ideo debet impunitum esse delictum eius qui fecit. Idem est si quis à iudice interrogatus, dixerit se heredem esse, cum non esset heres, & ita conuentus fuerit à creditore hereditario, & condemnatus sit: nam verus heres ideo non liberatur. à vero herede rursus idem debitum, eandemque pecuniam creditor hereditarius petet; quia bis idem consequi possum à duobus, modo singuli suo nomine conueniantur: nisi scilicet is qui se heredem esse respondit falso, alias verum heredem defendere voluit: id est, cum alias vellet verum heredem defendere: quæ verba sunt notanda, quia ex eis explicatur lex *qui ex parte, eod. tit.* quam male explicat Accurs. Sensus eius hic est: duo sunt heredes ex æquis partibus, creditoribus hereditariis singuli tenentur pro partibus hereditariis ex duodecim tabulis. creditor egit cum vno ex heredibus, cum alter abesset. is cum quo egit vult defendere coheredem absentem: sed si vult defendere, necesse est vt in actione in personam, qualis est ista, caueat iudicatum solui: quia sine hac cautione nemo absentis est defensor idoneus, *§. 1. de satisd. Inst.* vult igitur hic heres pro sua parte respondere; vult etiam pro parte coheredem absentem defendere. ergo debet cauere iudicatum solui. verum ne onus satisdationis subeat, ipse se solum heredem respondet, & accipit iudicium in solidum suo nomine, cum tamen habuerit animum defendendi coheredis absentis: sed hoc fecit euitandæ satisdationis causa, quia

plerunque difficile est inuenire fideiussores. Ideo dixit se esse heredem ex asse, & accipit iudicium suo nomine, & condemnatus est. Hoc casu verus heres non tenetur. si ab ipso consequutus est solidum creditor, non poterit postea à coherede absente partem iterum debiti consequi, quia ab vna eademque persona bis idem exigi non potest. Porro defensor & defensus vna esse persona intelliguntur, & licet non sit palam defensus, quia coheres suo nomine in solidum excepit actionem, tacite tamen coheres id agebat vt absentem coheredem defenderet, & mentitus est se heredem esse in solidum euitandæ satisdationis causa, quam ei necesse fuisset subire, si palam defendisset absentem. verbis igitur non defendit absentem qui suo nomine in solidum actionem excepit, sed re ipsa, & animo defendit absentem. Itaque creditor nunc si ab absente partem crediti petat, videtur idem rursus petere ab eodem, id est, quod exegit à defensore, nunc videtur à defenso petere, ergo ab eodem, quod nunquam fit vt bis ab eodem vel qui idem esse intelligitur, idem exigatur. & vt adiicit lex *qui ex parte*, non tenetur coheres absens si alter coheres, qui condemnatus est, sit soluendo. Sed si par soluendo non sit, aliud est: hoc enim casu actio restituitur aduersus absentem, rescisso superiore iudicio, quo re vera heres fuerit liberatus. & hæc est interpretatio leg. *qui ex parte*. Omnis actio restitutoria, est rescissoria, id est, quæ extincta restituitur, rescindit aliquid. hæc quæ restituitur aduersus heredem absentem quæ fuerat extincta iudicio à coherede accepto, rescindit iudicium illud, quod illa extinxerat, sicut actio restitutoria ex *tit. ex quibus causis maior.* datur rescissa vsucapione, *l. in honorarijs, inf. de obligat. & action.* actio restitutoria de qua in *l. si mulier, C. ad Velleian.* datur rescissa intercessione mulieris, *l. vlt. §. vlt. inf. ad Senatusconsult. Velleian.* & in specie leg. *vt mihi, inf. de donationib.* datur actio restitutoria, rescissa delegatione, & metu illato non tantum datur actio quod metus causa, sed & actio pristina. ergo restituitur actio pristina. datur restitutoria actio in rem, rescissa traditione metus extorti, vel restituitur actio in personam rescissa liberatione metu extorta, *l. 9. §. volenti, sup. quod met. caus.* & ita etiam in *l. qui ex parte*, quia iudicio accepto ab vno ex coheredibus in solidum defendendi absentis animo, & sequuta condemnatione absens liberatus est; ideo si condemnatus non sit soluendo, restituitur actio aduersus alterum coheredem, rescisso iudicio superiore, id est, rescissa eius liberatione. Ergo cum quis respondet se esse heredem cum nulla ex parte sit heres, vel cum respondet se heredem esse ex asse, cum sit ex parte tantum defendendi heredis vel coheredis cogitatione, quod ab eo exigitur, rursus non potest exigi à vero herede vel coherede, id est, quod exactum est à defensore, non potest rursus exigi ab eo qui defensus est, quia idem homo esse videtur. & ab vno homine bis idem non exigitur. Eademque omnino est distinctio, eademque omnino ratio, & idem interuenit in specie leg. *electio, inf. de noxal. action.* quam obiicit Accursius aduersus hanc leg. & male respondet, ideo idem rursus non exigi, quod eadem pecunia exigatur: nam etsi eadem exigatur, hoc non impedit quo minus idem exigatur, *d. l. qui seruum*, vt creditor ab eo qui falso se heredem esse confitetur, ex eius confessione exigit pecuniam debitam, cum defendendi veri heredis animum non habet, atque ita suo nomine exiget, & præterea eandem pecuniam exiget à vero herede, ergo eadem pecunia, & idem debitum potest bis exigi: à duob. scilicet. Ergo ea ratione male explicatur lex *electio*, cuius sententia hæc est. Si seruus alienus mihi furtum fecerit, vel damnum dederit, est noxalis actio aduersus dominum, vt dominus præstet æstimationem damni, vel seruum noxæ dedat. actione noxali etiam tenetur qui seruum possidet. Is etiam qui dolo desiit possidere noxium seruum, vt puta qui vendidit post noxam commissam, tenetur nihilominus actione noxali, emptor quoque serui qui eum vere possidet, tenetur eadem actione; sed electio vnius liberat alterum, quia hoc Prætor introduxit ne actor eluderetur, non vt lucrum faceret, non vt bis idem exigeret. Idem igitur si conuenerit actor eum qui dolo desierat seruum possidere, non poterit rursus agere noxali aduersus eum qui seruum emit & possidet. an quia furtum exegit, id est, æstimationem damni? an quia bis idem exigit? minime. Sed hoc ideo quia vnus est seruus qui deliquit: vnius serui nomine agitur. vt ab vno non potest bis idem exigi, sic etiam à duobus non potest bis idem exigi quod vnus debet, id est, vnius nomine, puta serui nomine. vnus est qui deliquit, sed quia est seruus, non potest cum eo agi, & ob id agetur cum domino. Et hæc ratio proponitur in *d. l. qui seruum*. Sumenda est igitur responsio ex ea, & reiicienda Accursij. & congruit cum his quæ de interdictis proponuntur in *l. 3. §. condemnatio, de tab exhib.* id est, quod diximus in vindicatione, & actione in personam, obtinet in interdictis. Finge: quidam extraneus, id est, qui non est heres, penes se habet tabulas testamenti, quas legatarius vult inspicere, & desiderat sibi exhiberi interdicto de tabul. exhib. extraneus qui eas habet, non exhibet. condemnabitur legatario in id quod interest, id est, præstabit legatario æstimationem legati. quam si fuerit consequutus ab extraneo, an poterit rursus postea petere ab herede? sic sane: & ita bis idem exigere & consequi à duobus: ab vno scilicet æstimationem, ab altero legatum. Nam vnusquisque conuenitur suo nomine: vnus propter suam contumaciam, alter ex testamento legati actione. vnus interdicto de tabul. exhib. alter actione ex testamento, & nihil vetat quo minus à duobus quorum vnusquisque suo nomine damnatur, bis idem, aut quodammodo idem exigatur, sed ab vno, vel quodammodo vno, idem vel quodammodo idem, veluti res. cum ab altero est consecutus æstimationem, bis exigi non potest. & ita accipienda est lex *si quis dolo, §. 1. de re iud.* quam obiicit Accursius hoc loco. Posui exemplum in interdicto de tabul. exhib. ex *l. 3.* & lex *si quis dolo*, est de interdicto, *ne vis fiat ei qui in possess. missus*. Finge: creditor iussus est decreto Prætoris ire in possessionem bonorum debitoris, debiti seruandi causa: non est admissus ab extraneo quodam possessore, non à debitore. Condemnabitur, qui non admisit missum in possessionem ex causa interdicti ne vis fiat ei: & condemnabitur in id quod interest, id est, creditor ab eo suum recipiet qui missum depulit: sed an ideo verus debitor liberabitur? minime: argumento interdicti de tabul. exhib. quod Accursius comparat hac in re interdicto ne vis fiat, *l. 1. §. hanc actionem, inf. ne vis fiat ei qui in possess.* vnus enim conuenitur interdicto, alter actione creditæ pecuniæ. & vnus condemnabitur propter suam contumaciam, & suo nomine propter suum factum; alter propter obligationem creditæ pecuniæ. quid obstat quo minus duos conueniam, & ab eis exigam? verum lex *si quis dolo*, aliud statuere videtur. ait, si quis creditorem missum in possessionem non admiserit, & venditor præstiterit quod interfuit creditoris. venditor, id est, extraneus quidam, non admisit missum in possessionem, an debitor liberatur? respondet liberari, & improbum esse eum qui velit iterum consequi quod accepit. quæ sententia non potest stare si ponas, creditorem ab extraneo exegisse id quod interest ob vim ei factam ne iret in possessionem: nam etiamsi ab illo exegerit id quod interest, cur non verum debitum exiget à vero debitore? an quia idem debitum videtur exigere, vt ait Accursius? ratio non est idonea, vt ostendi ex lege *qui seruum*. Igitur verior est prior interpretatio Accurs. *venditor*, id est, *debitor* ipsemet, quamuis absurda videatur ista emendatio vt pro *venditor*, legatur *debitor*. sententia est: ipsemet debitor repulit creditorem missum in possess. bonorum & condemnatus est interdicto, ac soluit id quod interest, ergo verum debitum, & amplius vero debito: nam id quod interest, plerunque egreditur verum rei pretium. an poterit rursus idem verus debitor conueniri actione in personam creditæ pecuniæ? minime: quia scilicet ab vno bis idem exigi non potest: Sed à duob. bis idem, vel quodammodo idem exigi potest.

Ad L. Pomponius, VIII.

Pomponius libro trigesimosexto probat: si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu, & Lucius Titius possideatis, non ab vtrisque quadrantes petere me debere, sed à Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio & à te, & à Titio partes fundi petere me debere: quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: & ideo te quoque à Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: numquam enim pro diuiso possidere potest.

LEgis 8. quæstio est de possessione & vindicatione partis. pars alia est pro diuiso, alia pro indiuiso, vtraque vindicari potest, & vtraque possideri. eadem est ratio dominij & possessionis: duo eiusdem rei in solidum domini vel possessores esse non possunt: nam hoc est contra naturam, *l. si vt certo §. si duobus, inf. commod.* duo tamen possunt eiusdem rei esse domini vel possessores pro partibus diuisis aut indiuisis. pars pro diuiso certis finibus continetur, & sibi ipsi totum quoddam est, *l. recte §. 1. infr. de verbor. signific.* pars pro indiuiso non habet certos fines, & certas regiones quibus discernatur & demonstretur. sed fusa est, & tracta per rem totam. pars pro diuiso sensibus & corpore percipitur. pars pro indiuiso comprehenditur & attrahitur intellectu solo, *l. 5. de stipul. seru.* pars pro diuiso est certa, pars pro indiuiso incerta, *l. placet, inf. quib. mod. vsusf. amitt.* pars, inquam, pro indiuiso incerta est essentia, certa est quantitate, si sciatur quota sit, puta tertia an quarta, quæ possideri proculdubio & vsucapi potest. Incerta autem est & essentia & quantitate, si nesciatur quota sit. & hæc quæ est tam quantitate quam essentia incerta, possideri, & consequenter vsucapi non potest, *l. 3. §. incertam, de adquir. poss. l. si fur §. vlt. de vsucap.* quia, scilicet possessio non est sine apprehensione: non videtur autem quis apprehendisse quod ignorauerit. Neque hoc modo argumentabimur recte in contrarium: quod vindicatur, possidetur: incerta pars vindicatur. quod est verum: nam pars incerta pro indiuiso etiamsi non possit possideri, incertum tamen ex causa vindicari potest, *l. 3. §. vlt. sup.* non inquam, recte sic argumentabimus. quod vindicatur, possidetur: incerta pars vindicatur. ergo incerta pars possidetur. est enim captio ex accidenti: quia quod inest vindicationi simpliciter, vt detur aduersus possessorem, idem non inest vindicationi incertæ partis, vindicationi cum subiecto, vt quia incerta pars vindicatur, eandem etiam incertam possessor vnde petitur possideat. Non continuo vt incertus est actor, & incertum esse reum oportet qui possidet in rei vindicat. Incertam igitur vindicabo à possessore, etiã si is incertam non possideat. His cognitis finge, quæ est species huius legis: fundus est communis inter me & te ex æquis partibus. eam ego nulla ex parte possideo, sed tu eum possides vna cum Titio ex æquis partibus, tu pro semisse, Titius pro semisse: quæritur, cum quo agere possim rei vindicatione. an cum vtroque agere possum pro semisse qui ad me pertinet indiuisim? Et distinguit Pomponius in hunc modum: aut pro indiuiso possidetis eum fundum, aut pro diuiso. Si pro indiuiso eum fundum possides tu & Titius, ratio exigere videtur vt ab vtrisque petam quadrantem, id est, partis quam tu possides dimidiam à te, & alterius partis quam Titius possidet dimidiam à Titio: quia in vtramque partem diffunditur semis meus, & tu quoque à Titio qui non est dominus partis, quam possidet, alteram dimidiam petes, & hoc ius strictum exigere videtur, *l. 1. §. si ego, sup. si pars hered. pet.* vbi ratio significat ius strictum, cum & Græci ibidem interpretentur ἀκρίβειαν, & opponatur ratio vtilitati illo loco. Sed Pegasi sententia vtilior est. ratio quidem exigit, id est, strictum ius, & subtilitas iuris, vt à te quadrantem, à Titio quadrantem petam: sed vtilius

A & commodius est, rem ita expediri, vt à te nihil petam, vel si petam ab vtroque, vt officio iudicis à te nihil consequar, cum amplius tua parte non possideas, & quodammodo partem duntaxat tuam possidere videaris: ne si cum vtroque egero, & quadrantem tibi abstulero, tu rursus eadem actione in eo quadrante partem vindices. Melius igitur erit me à Titio semissem quem is possidet, petere, à te nihil petere, & nihil auferre. Sed si pro diuiso possideatis fundum tu & Titius, id est, certis regionibus, tunc ab vtroque petam, à te quadrantem, à Titio quadrantem: quia scilicet re vera in vniuscuiusque semisse habeo semissem. in tuo semisse habeo dimidiam, in altero semisse, quem possidet Titius, habeo etiam dimidiam. semissis semis, est quadrans totius. duo quadrantes mihi conficiunt semissem totius rei.

B Idem omnino erit statuendum, si tu & Titius possideatis fundum, qui est mihi communis tecum ex partibus in æqualibus, tu pro besse, Titius pro triente: nam si pro indiuiso ita possideatis, à te sextantem petam, à Titio totum trientem quem possidet. si pro diuiso possideatis, à te petam trientem, à Titio sextantem: tu quoque ab eodem Titio petes sextãtem, vt repleas tuum semissem quem ego deminui. vel ex contrario, si pro indiuiso tu possideas trientem, Titius bessem, semissem à Titio petam, & tu ab eodem petes sextantem, à te nihil petam. si pro diuiso, à te petam sextantem, à Titio trientem: tu quoque ab eodem trientem petes, cum non sit dominus Titius. In hac igitur specie obseruanda est maxime illa distinctio, vtrum tu & Titius possideatis pro diuiso, an pro indiuiso. & tamen

C hanc distinctionem inter possessionem partis pro diuiso & pro indiuiso, quam dixit Pomponius obseruari in vindicatione fundi, negat locum habere in hereditatis petitione. Cur hæc distinctio non habet locum in hered. petitione? quia hereditas est ius, non corpus: ius autem non potest diuidi. ergo nec possideri pro diuiso. pro indiuiso potest possideri: quia pars pro diuiso est corporalis, pars pro indiuiso, est incorporalis & intellectualis. hereditas est res intellectualis, quanquam in ea sint res incorporales: intellectus intellectu potest diuidi, id est, hereditas potest diuidi in partes pro diuiso, intellectu non corpore. & errore labitur Accurs. tum hoc loco, tum in *l. 1. sup. si pars hered. pet.* dum modo negat hereditatem possideri posse pro indiuiso, modo ait, hereditatem possideri posse pro diuiso. vtrunque est falsum: nam & hæc lex aperte contradicit, & ratio

D euincit hereditatem, cum iuris intellectum habeat, non posse possideri pro diuiso. corpora hereditaria diuiduntur: hereditas non diuiditur nisi intellectu. intellectus non diuiditur. ergo hereditas possidetur quidem pro indiuiso, sed non pro diuiso. Quamobrem si hereditatem mihi tecum communem ex æquis partibus tu & Titius possideatis pro indiuiso, vt fit semper ex æquis partib. ego à Titio tantum hereditatem petam, ego semissem meum à Titio tantum, qui semissem possidet pro indiuiso petam *l. 1. §. si ego, sup. si pars her. pet.* sicut dictum est in fundo, cum fundum mihi tecum communem tu & Titius possidetis pro indiuiso, quo modo hereditas possidetur semper, nunquam pro diuiso: & ideo hæc distinctio quæ est adhibenda in fundo, non potest adhiberi in hereditate. Item in specie *l. 1. §. d. item si,* cum essem ex semisse heres, tu ex altero semisse, si possi-

E deam ego trientem non integrum semissem qui ad me pertinet, tu quoque possideas trientem, & Titius alium trientem, tres trientes absoluunt assem: ego à Titio petam residuum sextantem, vt habeam mihi integrum semissem: tu quoque à Titio petes residuum sextantem, vt tibi expleas semissem: vel si ego à singulis, id est, à te & à Titio petiero sextantem, officio iudicis fiet compensatio eius sextantis, quem ego in tuo triente habeo, cum eo sextante, quem & tu vicissim in meo triente habes: atque ita effectu à solo Titio petam sextantem, & hoc genere explebo semissem, à te nihil feram: vel si tu & Titius sitis mihi coheredes in eadem specie, vos debetis vna mihi conficere, & conferre sextantem, qui deest meæ portioni, *l. sorori, sup. si pars her. pet.* Idem igitur semper obseruatur in hered. petit. quod in fundi

fundi vindicatione, cum fundus possidetur pro indiuiso: nam hereditas eo modo possidetur semper, nunquam pro diuiso, fundus nonnunquam pro diuiso. Superior igitur distinctio, vt annotat in fine huius l. Iurisconsultus, inter possessionem partis pro diuiso & pro indiuiso, locum non habet in re mobili, sed tantum in fundo, & rebus immobilibus: nam res mobiles nunquam possidentur pro diuiso. Igitur si hominem mihi tecum communem ex æquis partibus, tu & Titius possideatis ex æquis partibus pro indiuiso: nec enim potestis aliter cum sit res mobilis: ego à solo Titio petam partem dimidiam, quam possidet pro indiuiso, quæ ad me pertinet: tu enim socius meus non amplius tua parte possides, à te nihil petam. Ratio cur res mobilis nunquam possideatur pro diuiso, est hæc, quia diuisio eius eam corrumpit, perdit & extinguit. Nauem diuidere, dicebat Cascellius Iurisconsultus, est perdere, equum, hominem diuidere est perdere. Neque obstat quod Accurs. affert de tigno & arbore ex *l. arbor, inf. com. diuid. l. binas inf. de seru. vrb. præd.* arborem possideri pro diuiso, tignum pro diuiso: arborem, inquam, quæ coaluit in confinio duorum prædiorum, eam esse vicinorum communem pro diuiso, id est, pro regione cuiusque prædij; & similiter quoties duorum ædes vicinę tectæ sunt vna contignatione, tigna esse communia vicinorum pro diuiso, id est, pro regione cuiusque domus. potest ergo res mobilis esse communis pro diuiso: falsa est collectio: nam arbor, lapis, vel tignum, quod cohæret rei immobili, res immobilis esse censetur. quæ cohærent rebus immobilibus, immobilia sunt, *l. fundi, inf. de act. emp.* immobilium naturam suscipiunt: & si immobilia possidebuntur pro indiuiso, & ipsa possidebũtur pro indiuiso. quod si arbor euulsa sit confinio, vel tignum exemptum sit ædibus, tunc incipit res esse mobilis, & esse communis pro indiuiso, quæ antea erat communis pro diuiso. postea quam rediit ad propriam naturam rei mobilis, possidetur pro indiuiso, in *d. l. arbor.* & male ait Accurs. aliud esse statuendum in dominio, aliud in possessione: quasi scilicet res mobilis non possit possideri pro diuiso à duobus, possit tamen iure dominij ad duos pertinere pro diuiso. hoc non est verum, rem mobilem duorum esse posse iure dominij pro diuiso, id est, rem mobilem ad duos pertinere posse pro diuiso: Nam si forte nauis sit communis inter me & te pro indiuiso, & ea media diuidatur, non recte dixeris partem nauis meam esse, cum iam non sit nauis. Si non est nauis, nec pars est nauis, & si non potest vindicari nauis, quam diuisio extinxit, nec pars nauis vindicari, *l. 2. sup. h. tit.* Cum gregem totum non possum vindicare, neque partem possum. quod tamen non ita fit in fundo: nam si fundus diuidatur regionibus, fundus manet: nauis quæ media diuiditur, nauis esse desiit: fundus qui medius diuiditur esse non desiit. & in specie *l. 5. in prin. & §. sed si plumbum sup. hoc tit.* cum meum & tuum frumentum confusum est non voluntate nostra, vel cum ex meo plumbo, & tuo argento conflata est massa, neque vindico partem acerui frumenti, vel massæ pro indiuiso, quia non est communis. commune est proprie, quod commune pro indiuiso, neque vindico partem acerui aut massæ pro diuiso, cum grana manserint indiuisa, & materia vtriusque manserit indiuisa. atque ita ex illis locis male colligas rem mobilem vindicari posse pro diuiso, sed ego vindico meum frumentum, meam materiam, quia mea materia, meum frumentum manet, etiamsi confusum sit, vt massa conflata ex argento, & plumbo, nomen argenti & plumbi remanet, & species. Quamobrem tu tuum argentum, ego plumbum meum vindicabo. Neuter partem massæ. Delenda sunt quæ Accursius in fine huius legis.

Ad Leg. IX.

Officium autem iudicis in hac actione hoc erit: vt iudex inspiciat, an reus possideat. nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: vbi enim probaui rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, vt Pegasus, eam solam possessionem putauerant hanc actionem complecti, quæ locum habet in interdicto, vti possidetis, *vel* vtrubi. *Denique ait, ab eo, apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum seruandorum causa, vel dotis, ventrisque nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cauebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent, & habent restituendi facultatem, peti posse.*

Disputat in hac lege simul ac in seqq. de officio iudicis, & aduersus quem hæc actio competat. & quod attinet ad officium iudicis, iudicem ait debere petere ab eo vnde petitur, an possideat. Cur hoc? vt scilicet, si responderit se non possidere, siue hoc verum sit, siue falsum, mittat iudex actorem in possessionem rei qua de agitur, quamque suam esse vindicat, *l. qui seruum §. vlt. inf. de interrog. in iur. fac.* vel vt si responderit se possidere eam rem, iudicium hoc ordine peragatur, vt primum actor probet dominium, eoque probato cogatur reus ei rem restituere si nullam obiiciat exceptionem: nam probato dominio, quid restat nisi vt possessio transferatur in actorem, & auferatur ei qui nullam obiicit exceptionem? sed si obiiciat exceptionem aliquam, veluti rei sibi ab actore donatę, vel exceptionem rei sibi venditæ & traditæ, vel exceptionem longi temporis, impleta intentione actoris, id est, probato dominio disputabitur de veritate exceptionis, id est, à reo exigetur probatio exceptionis suæ: sed prius actor probare debet intentionem suam, deinde exceptionem suam probat reus, *l. emptor, C. de præs. long. temp. l. siue possidetis, C. de probat.* & nos exposuimus in *l. cogi, C. de pet. her.* quin etiam potest eam exceptionem si sit peremptoria, quales sunt illæ tres quas enumeraui, opponere quocunque tempore pendente lite, imo etiam post sententiam, si appellatum sit, & interdum etiam si appellatum non sit, *l. 4. & 8. C. de except. l. 2. C. sent. resc. non po. l. tamen, inf. ad Senatusconf. Mac. l. qui id quod, D. de donat.* quod tamen ita non est in dilatoriis exceptionibus: hæ enim sunt opponendæ initio litis, sed exceptiones peremptoriæ opponuntur quocunque tempore: veluti rei donatæ aut venditæ, & traditæ vel longi temporis præscriptio, & consequenter probantur quocunque tempore, postquam scilicet actor impleuit dominij probationem. Nec his aduersatur Nouella 90. ex qua tamen male Accursius hoc colligit, cognitis probationibus actoris reum non admitti ad probationes exceptionis suæ, hoc est iniquissimum, neque hoc Nou. inhibetur, vt & Bartolus notauit recte: nam sententia Nou. hæc est, vt qui protulit probationes, veluti qui produxit testes suæ intentionis probandæ causa, vel exceptionis, & cognouit testium dicta, ac deinde renuntiauit productionibus, id est, satis se testium produxisse dixit, neque vllas alias se probationes allaturum, vt hic non admittatur ad nouam probationem & productionem, sed aduersarius qui nihil produxit, admittatur, vt postquam actor produxit testes, suæ intentionis probandæ causa, reus qui nihil produxit, proferat testes suæ exceptionis probandæ causa. Illud autem iudex in hac actione non desiderabit à reo, vt exhibeat titulum suæ possessionis, quia nec cogitur dicere siue docere, quo titulo, quaue ex causa possideat, *l. cogi, C. de pet. hered.* neque id ad reum pertinet, cum probatio primum exigatur ab actore, & eo non probante dominium, debeat confestim reus absolui qui possidet, etiamsi titulum suæ possessionis non dicat, aut probet. Igitur requiret quidem iudex à reo an possideat, sed non quo titulo possideat: nam hoc nihil ad rem pertinet: Is enim qui possidet, quacunque ex causa possideat, & quoquo modo possideat hac actione tenetur, quæ est definitio Vlpiani, quæ tamen non placuit Pegaso: Nam Pegasus putabat non quocunque modo, vel quacunque ex causa quis possideret rem alienam, agi posse rei vindicatione: sed eam possessionem requirebat, quæ locum

habeat in interdicto vti possidetis, vel vtrubi. At Vlpianus putat hanc actionem recipere qualemqualem possessionem, & hoc verum est. Pegasus contra dicebat hanc actionem complecti eam possessionem, quam recipit interdictum vti possidetis vel vtrubi. Quod vt intelligatur sciendum est, hac actione qui agit vindicare dominium, id est, qui vindicat, adserit rem suam esse. eodemque modo iudex pronunciat actoris rem esse, vel non esse, *l. & ex diuerso* §. *1. inf. hoc tit. l. Pomponius* §. *sed & is qui, sup. de procur.* sed & iudex arbitratur rem restitui, atque ita hac actione actor auocat possessionem, vel litis æstimationem: datur enim hæc actio semper aduersus possessorem, *l. actionum, de oblig. & act.* qua de causa possessio dicitur parere in rem actionem in l. 1. *C. de alien. iud. mut. cau. fac. & in l. non alias* §. *sed si postulatur, sup. de iudic.* in rem actio dicitur esse ex possessione, & restituendæ possessionis ordinem expediri vel per interdictum, vel per actionem, *l. 1.* §. *restituendæ, inf. vti possid.* quæ verba hunc habent sensum, restitui possessionem vel per interdictum, vt puta interdictum vnde vi, vel per actionem, id est, per rei vindicationem. qua in re differentia est inter restitutionem & retentionem possessionis: nam vt docet eadem lex, retinendæ possessionis ordo expeditur per interdictum tantum, videlicet vti possidetis, vel vtrubi, non per vindicationem: nam qui possidet, non vindicat, sed restituendæ possessionis ordo expeditur non tantum per interdictum, vt interdictum vnde vi, sed etiam per actionem, id est, per vindicationem. ergo vt in interdicto vnde vi, ita in vindicatione vertitur controuersia de possessione restituenda. an igitur possessio est vindicationis causa? sic sane κατὰ πάντας, id est, dominium cum possessione. Vt autem hac actione vindicat dominium à possessore, qui dominus est, non etiam possessor, an est etiam quædam actio qua possessor vindicet possessionem, id est, adserat possessionem quam habet suam esse aduersus eum, qui facit illi controuersiam possessionis, dum forte non patitur vti se possessione libere, an possessori datur vindicatio possessionis, vt aduersus eum qui illi molestiam & controuersiam facit possessionis, adserat possessionem suam esse? minime. possessio nulla actione legitima vindicatur, vt ex Ælio Gallo Festus scribit. Fuit hæc certa definitio iuris, possessori non dari in rem actionem, nisi de seruitutibus, sed vindicari possessionem interdicto vti possidetis, vel vtrubi. interdicto vti possidetis, si sit res immobilis, interdicto vtrubi, si sit mobilis. vno iubet interdicitque prætor, vti possideo, quo minus ita possideam libere, ne vis mihi fiat, ne molestia, ne controuersia: Interdicto vtrubi iubet, vt vtrubi, id est, apud quem maiore parte anni fuit res mobilis, vt sit apud eundem sine molestia: atque ita qui his interdictis vtitur, possessionem suam vocat, adserit se possessorem, & defendit, & desiderat ne inquietetur, vt eam possessionem possideat sine vlla controuersia, perturbatione, inquietatione aduersarij. Denique in rem actio datur aduersus eum, qui possessionem habet. interdictum vti possidetis, vel vtrubi datur ei qui possessionem habet. ergo & in his interdictis, & in actione in rem vertitur quæstio de possessione. Verumtamen possessio non vbique eodem modo accipitur: nam in interdicto vti possidetis, vel vtrubi, cum dicimus dari ei, qui habet possessionem, possessio accipitur proprie & restricte. In rei vindicatione putabat Pegasus possessionem esse accipiendam restrictius & proprius, cum dicitur vindicatio dari aduersus eum, qui possessionem habet. Sed verius est, in rei vindicatione possessionem accipi pinguius & latius. Videamus quid sit proprius possessionem accipere, quid latius. Possessio, quæ proprie dicitur possessio, duplex est: vna quæ iure consistit, altera quæ solo corpore, *l. nemo ambigit, de acquir. possess.* Illa quæ iure consistit, dicitur ciuilis, id est, iure ciuili consistit. illa quæ corpore consistit, dicitur naturalis & corporalis, *l. quod seruus, l. si id quod* §. *vlt. inf. de acquir. possess.* & ita accipiendam esse dictam leg. *nemo ambigit,* indicant Basilica, quæ sic eam interpretantur, νομὴ ἐστι φυσικὴ ἡ τοῦ πράγματος

A κατοχή, id est, *possessio naturalis est rei detentio.* possessio κατὰ τοὺς νόμους, id est, possessio secundum ius ciuile, est animo domini detentio, opinione domini, vt ait lex *si seruus, inf. de noxal. action.* cogitatione domini, vt *l. pen. C. de furt.* atque ita in *l. nemo* proponitur duplex possessio, ciuilis & naturalis, & vtraque dicitur esse legitima simpliciter per se, nisi quis controuersia facta se potiora iura habere doceat, vel rem in dubitationem reuocet. vtraque inquam, est legitima, quia defenditur legibus & interdictis possessoriis: Sed definiamus vtramque apertius. Possessio ciuilis est quæ possidetur ex iusta causa acquirendi dominij, veluti ex causa emptionis ab eo qui se dominum esse credit. Iustam causam exigimus acquirendi dominij, & opinionem possessoris, vt in *l. quæcunque, tit. seq.* & hæc possessio B venit in interdictum vti possidetis, vel vtrubi: id est, qui possidet ciuiliter, his interdictis eam possessionem sibi tuetur, defendit & adserit. Naturalis est, quæ solo corpore consistit, non iure dominij, vt ecce, naturaliter possidet qui vi aut clam possidet animo sibi habendi, solusque sic possidet. Nam is cui res vi erepta est, cuiusque possessio vi occupata est, aut clam, hoc vbi resciuit animo, abiecit possessionem, quam cernit alium possidere. vnde sequitur eum solum possidere, qui vi deiecit alium, vel etiam qui clam inuasit possessionem, quæ possessio defenditur etiam interdictis: nam ei etiam qui vi aut clam possidet, si alius quam is à quo vi aut clam possidet, cui vim intulit, cuiusve clam possessionem ingressus est, ei molestiam exhibeat, vtetur aduersus illum interdicto vti possidetis, *l. 1.* §. *vlt.* C *inf. vti possid.* vel etiam si alius hunc vi deiiciat, qui tamen vi possidet, rursus alius quidam vi deiiciat, vel etiam ipse prior possessor ex interuallo: nam ex continenti licet vim vi repellere, dabitur huic possessori, quamuis vi possideat, interdictum vnde vi, restituendæ possessionis causa, *l. 1.* §. *deijcitur, inf. vnde vi.* Atque ita hæc possessio defenditur interdictis possessoriis, veluti vnde vi, aut vti possidetis, aut vtrubi: & similiter naturaliter possidet qui contra leges donatum accepit, vt vir qui quid ab vxore donatum, vel contra vxor à viro donatum accepit id: is etenim non possidet ciuiliter, cum ea donatio sit iure ciuili improbata, sed id possidet naturaliter volente domino. dominium non habet in ea re domini ve opinionem, cum non ignoret ius ciuile. ergo nec ciuilem possessionem habet, sed naturalem, cum rei donatæ corporaliter insistat volente domino, qua de causa D hæc possessio defenditur interdictis, *l. 1.* §. *si vir, inf. de adquir. possess. l. si eum qui, de donat. int. vir. & vxor.* dabitur ergo, & huic qui possidet naturaliter interdictum vti possidetis vel vtrubi, si inquietetur ab aliquo. Constat etiam ea interdicta dari ei qui precario rogauit vt possidere liceret. huic datur interdictum vti possidetis aduersus alium quam eum quem rogauit, *l. 1.* §. *vlt. inf. vti possid. l. qui precario, inf. de precar.* hic enim possidet naturaliter, quia dominus ei cessit possessionem: rogauit enim eum possessionem nominatim, & eam ei dominus cessit. ergo possidet, *l. & habet,* §. *eum qui, inf. de precar.* & possidet, an ciuiliter? minime: quia dominus ei non cessit dominium, nec ipse opinionem habet domini, cum possessionem tantum rogauerit. Ergo possidet tantum naturaliter & quidem voluntate domini qui cessit possessionem. Non dubito E etiam quin interdictum vti possidetis, vel vtrubi detur creditori pigneratitio, cui debitor pignus tradidit: possidet creditor pignus naturaliter cum dominus ei possessionem dimiserit, vt ait lex *l. per seruum, in prin. de adquir. rer. dom.* ergo poterit eam possessionem sibi defendere per interdictũ vti possidetis, vel vtrubi. Idem constat esse in fructuario: nam & fructuarius adserit vsusfructus suam esse possessionem per eadem interdicta, *l. vlt. inf. vti possidet.* nam & fructuarius intelligitur naturaliter possidere cũ voluntate domini re vtatur fruatur, cumque ius ei vtendi dominus cesserit, quod est quodammodo facere naturalem possessionem, qua de causa fructuario etiam competũt cætera omnia interdicta possessoria, *l. 3.* §. *vnde vi, D. vnde vi, l. 1.* §. *quod ait, inf. quod legat,* non possidet ciuiliter, quia nec

dominium habet, nec opinionem dominij: scit enim se esse tantum fructuarium, sed naturaliter possidere existimatur volente domino. Itaque hæ omnes possessiones naturales lege iuuantur interdictisq; possessoriis. Ad summã, in interdictis vti possidetis, vel vtrubi venit possessio ciuilis, & naturalis, id est, ea interdicta dantur omnibus his qui possidẽt, vel ciuiliter vel naturaliter: ciuiliter, id est, iure dominij, naturaliter, id est, corporaliter sine iure dominij, eo animo vt sibi possessionẽ habeant non insistente domino, id est, à domino iam abiecta possessione, sed ea interdicta non dantur ei qui precario moratur in fundo puta alieno. aliud est precario rogare vt possidere liceat: nam qui ita rogat, possidet. aliud ita rogare vt morari liceat in ædibus: nam is non possidet, sed is quem rogauit, possidet per eum, ipse incumbit tantum alienæ rei, quod non est possidere, *l. 6. §. is qui rogauit, de precar.* ergo huic non dabitur interdictũ vti possidetis, vel vtrubi, quia proprie non possidet: morari in ædibus alienis non est possidere res alienas. Eadem ratione hæc interdicta non dantur depositario, commodatario, conductori, vel colono, vel inquilino: quia scilicet ij non possident, sed alij per eos, depositor per depositarium, qui commodauit per commodatarium, locator per colonum vel inquilinum. qui igitur incumbunt rei alienæ, non possident. Hi sunt in naturali possessione, non possessores naturales. aliud est esse in seruitute, aliud seruum esse. aliud esse in possessione, aliud possessorem esse: non nego eos esse in possessione, sed eos esse possessores nego. Eadem est ratio eorum qui mittuntur in possessionem ex primo decreto Prætoris vel crediti seruandi causa, vel legatorum fideicommissorum seruandorum causa, vel ventris nomine, vel quod non caueatur damni infecti: tot enim ex causis mittuntur in possessionem hi quorum interest, & mittuntur in possessionem, non etiam possidere iubentur: & ideo eis non competit interdictum vti possid. vel vtrubi, qui ea interdicta eam tantum complectuntur possessionem, quæ possessio dicitur proprie. hæc non est possessio proprie; licet vero dicatur possessor, verius tamen est eum esse in possessione, quam possidere. denique ea interdicta non dantur ei, qui in possessione precario moratur, non depositario, commodatario, conductori, missis in possessionem, quia incumbunt, morantur, subsident rei alienæ, non etiam possident, sed alij intelliguntur possidere per eos. Veruntamen aduersus eos etiam qui sunt in possessione, datur rei vindicatio. Igitur cum dicimus vindicationem dari aduersus eum qui possessionem habet, possessionem accipimus latissime, non stricte & proprie: non tantum datur rei vindicatio aduersus eos qui vere possident, sed etiam aduersus eos qui sunt in possessione tantum. Et similiter datur actio ad exhibendum, *l. 4. & 5. §. Iulianus, inf. ad exhibend. & l. 1. C. depos.* quæ docet, aduersus depositarium non tantum dari actionem depositi, sed & vindicationem. Neque huic sententiæ refragatur Nouella 88. quæ breuiter definit, ne cuiusquam denunciatio seu testatio moram afferat restitutioni depositi, id est, etiamsi creditor depositoris denunciet depositario, ne restituat rem depositam, non ideo minus debet satisfacere depositori depositarius, id est, non obstat illa denunciatio quo minus reddat depositum, vtique debet depositi fidem implere. aliud est denunciatio, aliud vindicatio. vt denunciatio contemnatur vult Nouella, sed non vetat vindicari rem à quocunque qui se dominum adserat à depositario qui habet rei restituendæ facultatem, etiamsi non sit possessor. Quinimo sunt quidam, qui neque possident, neque sunt in possessione, & tamen tenentur tam exhibitoria quam vindicatione, vt in specie legis 5. *in princip. inf. ad exhib.* Finge: ego locaui tibi horreum. tu me insciente in horreo posuisti merces alienas quas forte vehendas conduxeras. decessisti sine herede, vt iam domini mercium non possint tecum agere: ego eas merces non possideo, quia non est possessio sine animo: nescio autem illatas in horreum meum, non incumbo etiam mercibus, quia nec horreo incumbo. Igitur neque possideo, nec sum in possessione earum. sed

A cum sit mihi facultas aperiendi horrei, & exhibendarum mercium quæ sunt in horreo, recte mecum agetur ad exhibendum, quæ præueniet in rem actionem. & hæc est generalis definitio Vlpiani: vt quicunque habet facultatem restituendi seu possideat, seu sit in possessione, seu nec possideat, nec sit in possessione, teneatur hac actione. *Qui tenent.* Id est, qui incubant, vel incumbunt.

Ad L L L. X. XI. & XII.

l. 10. Si res mobilis petita sit, vbi restitui debeat, scilicet si præsens non sit: & non malum est, (si) bonæ fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, vbi res sit, aut vbi
B *agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter, vel nauigationem faciendi sunt.*

l. 11. Nisi si malit petitor suis impensis, & periculo ibi, vbi iudicatur, rem restitui: tunc enim de restitutione cum satisdatione cauebitur.

12. Si vero malæ fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ab eo loco, vbi lis contestata est, eam subtractam alio transtulit: illic restituere debet, vnde subtraxit, sumptibus suis.

PRæcipua harum legum quæstio hæc est, quo loco officio iudicis rem restitui oporteat, & cuius sumptibus, rem scilicet mobilem: nam immobilis loco moueri non potest: rem, inquam, mobilem, quæ præsens non est, id est, quæ non est vbi lis contestatur, vbi agitur, vbi iudica-
C tur. idem est locus; nam vbi res agitur, & iudicari debet, *l. vbi, sup. de iudic.* Si igitur res mobilis qua de agitur, non sit eo loco, quo agitur, quæritur vbi sit restituenda, vbi est, an vbi agitur, & petitur: ex qua quæstione liquet, non esse necesse agere in rem præsentem, quod etiam demonstrat lex *vlt. C. vbi in rem act. exerc. deb.* quæ ait, in rem actione agi, vel vbi res constituta est, vel in foro aduersarij, id est, vbi domicilium habet, etiamsi ibi res non sit, id est, etiamsi in longinquo proposita sit. & cum hoc accidit vt res mobilis, qua de agitur, non sit in præsentia, quæritur vbi sit restituenda. & generaliter definitur siue sit bonæ fidei possessor is de quo agitur, seu malæ fidei possessor, ibi restitutionem faciendam esse vbi res est, etiamsi de ea restituenda alibi iudicatum sit, vel si actor velit ibi restitui
D vbi agitur, perducẽda & perferenda est in eum locum sumptibus & periculo actoris. Sumptus itineris intelligo vel nauigationis quos debet agnoscere actor, si velit, non quo loco res est, sed quo loco iudicatur, rem sibi restitui, atque etiam periculum suscipere debet: cibaria pertinent ad reum quæ solebat idemque possessor præstare, id est, reus debet animã de qua agitur alere pascere vt solebat, quoad restituerit, *l. sed & si hereditas §. quod autem, inf. ad exhib.* cibaria igitur pertinent ad possessorem, viatica ad petitorem qui vult rem restitui quo loci agitur & iudicatur: electio igitur est actoris secundum hanc interpretationem, vt recte Irnerius sensit, vt si velit actor ibi rem restitui vbi agitur, ibi restituatur, modo ipse sumptus itineris & periculum suscipiat: & ita etiam in actione depositi, quod & communiter dicitur obtinere in actionibus bonæ fidei, *l.*
E *si in Asia, §. 1. inf. depos.* quam non prætermisit Accursius: res deposita eo loco debet restitui vbi est, etiam si alibi sit deposita, sed si actor velit eam restitui suis sumptibus suoque periculo restitui vbi agitur depositi, audiendus est. huius rei electio datur actori, quod seruatur etiam in actione in factum, quæ datur ex edicto de edendo: argentarius qui conficit rationes seu instrumentum, cogitur edere instrumentum vbi argentariam exercet, non vbi agitur actione in factum, nisi actor velit vbi de ea re agitur descriptum sibi dari suis sumptibus in *l. 4. §. vlt. sup. de edend.* vbi descriptum eodem sensu quo & in *l. sed & si quis, inf. quem. test. aper.* quod Demosthenes vocat ἀντίγραφον. loquens de editione argentariorum. Si igitur actor nolit sibi descriptum dari instrumenti sua causa confecti, quo loco

argentariam exercet, sed malit id sibi dari, quo loco agitur, aduersus argentar. audietur, modo agnoscat sumptus itineris. & hoc est, quod ait lex 10. *extra cibaria*: quia cibaria ad possessorem pertinent quoad restituerit, & quod sequitur in l. 11. *nisi malit petitor*, est πάλιν adiecta ex Vlpiano ad explicationem superioris sententiæ, vt ibi res restitui debeat vbi est, additur exceptio: nisi malit petitor suis sumptibus &c. quod & dictum fuerat l. 10. nam ad illa verba *suis sumptibus*, iam est repetitio. est igitur πάλιν ad explicationem prioris sententiæ, vt, scilicet restitui debeat vbi res est, nisi actorem malit restitui vbi agitur, quo casu datur reo spatium ad rem perferendam in eum locum vbi agitur sumptibus petitoris vt in *l. 5. sup. de eden.* §. *1. Institut. de offic. iud.* & cauere debet reus officio iudicis se intra illud spatium eam rem restituturum, vel si non restituerit, quanti ea res est præstaturum, *d.* §. *1.* hæc cautio præstatur officio iudicis: est enim cautio iudicialis. denique non præstatur res vbi agitur, nisi sumptus itineris vel nauigationis, & periculum subire velit actor. vnus tamen est casus, quo res perferenda & perducenda est in eum locum in quo agitur desiderante actore sumptibus rei non actoris, videlicet si reus eam rem ab eo loco in alium transtulerit dolo malo. quam enim rem quodammodo auertit, eam reducere debet, & restituere in eum locum suis sumptibus, *l. 12. inf. & l. sed etsi hereditas* §. *interdum, inf. ad exhib.* & in *d. l. si in Asia* §. *1.* dicitur rem depositam esse restituendam quo loco sine dolo malo depositarij est: nam si depositarius eam dolo malo alio transtulerit, reducenda erit eius sumptibus, & restituenda quo loco agitur, ne ei prosit calliditas sua. Et idem omnino erit respondendum in herede à quo legatum relictum est. heres rem legatam restituere debet vbi est, nisi legatarius eam suis sumptibus velit præstari vbi petitur. sed si heres eam dolo malo in alium locum transtulerit desiderante legatario præstabitur quo loci agetur, & propter dolum heredis etiam in eum locum referetur sumptibus heredis non legatarij, *l. cum res* §. *sed si alibi, inf. de legat. 1.* & hoc est, quod ait in *l. 13. si vero sit malæ fidei possessor*, id est si alio loco res sit, quam quo petitur. Itaque non est hac in re differentia inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem. Deinde subiicit casum quo restituitur res vbi est agnoscente actore sumptus.

Ad LLL. XIII XIV. & XV.

l. 13. Non solum autem rem restitui, verum & si deterior res sit facta, rationem iudex habere debebit: finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui. vtique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam & legis Aquiliæ actione conueniri possessor possit. Vnde quæritur, an non alias iudex æstimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliæ. Et Labeo putat, cauere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum. quæ sententia vera est.

l. 14. Quod si malit actor potius legis Aquiliæ actione vti, absoluendus est possessor. Itaque electio actori danda est: non vt triplum, sed duplum consequatur.

l. 15. Item, si verberatum tradidit, Labeo ait, etiam iniuriarum competere actionem petitori.

EST etiam lex 13. cum duabus quæ sequuntur, de officio iudicis, vt ostendat ad officium iudicis pertinere in hac actione non tantum vt res restituatur, sed etiam vt integra & illæsa, id est, vt si ea deterior sit facta, damni ratio & æstimatio habeatur. quid enim si reus restituat seruum, quo de agitur, debilitatum, verberatum aut vulneratum atrociter? iudex in condemnatione huius damni rationem habere debet, quia res qua de agitur, restitui debet cum sua causa, quæ fuit cum lis contestaretur, *l. Iulianus* §. *quantum, inf. ad exhibend.* Itaque in hac quæstione, non est distinguendum inter bonæ fidei, & malæ fidei possessorem: nam post litem contestatam omnes possessores pares sunt, id est, omnes malæ fidei possessores etiamsi ante possessores fuerint bonæ fidei, *l. sed etsi lege* §. *si ante litem, sup. de petit. heredit.* ergo siue reus possideat bona fide, seu mala, in hac actione iudex æstimabit damnum, quod contingit post litem contestatam, si contigerit ante litem contestatam, tunc distinguendum est inter bonæ fidei, & malæ fidei possessorem: nam si fuerit malæ fidei possessor, in hanc actionem dolus præteritus venit, id est, qui fuit ante litem contestatam: nec enim debuit abuti re quam sciebat alienam. Igitur si hominem debilitauerit ante litem contestatam, huius damni rationem habebit iudex, sed non si hoc bonæ fidei possessor fecerit, quia putabat se re sua abuti, *d.* §. *si ante litem.* Cum autem post litem contestatam reus, aut debilitauit seruum, aut vulnerauit, huius damni omnimodo ratio habebitur, quia post litem contestatam omnes possessores sunt pares. Additur, competere etiam hoc nomine actionem legis Aquiliæ, quæ datur domino sicut vindicatio. ergo huius damni ratio habebitur reddeturque domino, vel actione in rem, vel actione legis Aquiliæ, quod suæ rei damnum sit datum iniuria: sed in actione in rem veniet simplum tantum ex causa damni dati, id est, damni æstimatio iusta quanto vilior fuerit factus seruus ob damnum illatum, *l. item veniunt* §. *cum prædiximus, sup. de petit. hered.* in actione legis Aquiliæ veniet duplum, quia est actio mixta: continet enim æstimationem damni, atque ita rem, & alterum tantum pœnæ nomine. sic persequitur & rem & pœnam, sed non datur in duplum nisi in inficiantem se damnum dedisse, se non teneri. in confitentem est in simplum. In casu autem proposito possessor qui damnum dedit, plane inficiatur se teneri lege Aquilia, cum contendat se esse dominum, & domino dominij controuersiam faciat: ergo licebit domino cum eo experiri in duplum actione legis Aquiliæ: sed an poterit vtraque experiri? Minime: sed eligere debet dominus, idemque actor vtrum velit in iudicio in rem damni æstimationem fieri, an omissa ea æstimatione integram sibi seruari actionem legis Aquiliæ in duplum, *l. si à domino* §. *si possessor, sup. de petit. hered.* non vt ait lex 14. vt triplum, sed duplum consequatur. electio, inquit, datur actori vt hac vel illa actione sit contentus, non vt triplum consequatur, non vt triplum ferat, sed duplum tantum, id est, æstimationem damni & pœnam. Igitur hæc est sententia: actorem non posse actione in rem consequi æstimationem damni quod est simplum, ac deinde agere actione legis Aquiliæ in duplum, ne per hanc actionem habeat triplum, qua de re cauere debet officio iudicis, si velit iudicem in actione in rem damnum æstimare, cauere, inquam, debebit se non acturum lege Aquilia, id est, per cautionem remittere debebit aduersario actionem legis Aquiliæ; & cauetur ei etiamsi sit malæ fidei possessor. qua de re tamen dubitat Accursius. dubitationem adfert ex *l. is qui dolo, inf. hoc tit.* qua dicitur, eum qui dolo desiit possidere, & ita mala fide versatus est, perinde condemnari ac si possideret, & dominum non cogi illi cauere, cum mala fide versatus sit, de cedenda actione sua aduersus verum possessorem eius rei qua de agitur. denique iudex eum qui dolo desiit possidere, condemnabit etiam ei non cessa, & præstita actione, quam habet dominus aduersus possessorem. hæc cautio non præstatur malæ fidei possessori. sed collectio est vitiosa: cautio de cedenda actione à domino non præstatur malæ fidei possessori. ergo nec cautio de remittenda actione. falsa est collectio: nam alia, atque alia est cautio. & constat de remittenda actione etiam cautionem præstari à domino malæ fidei possessori, puta furi, *l. 6. inf. de furt.* rei furtiuæ nomine fur tenetur domino duabus actionibus, in rem actione, & condictione furtiua. vtraque est rei persequutoria. sed si dominus in furem egerit rei vindicatione, officio iudicis ei debet remittere condictionem furtiuam, ne eiusdem rei nomine duobus iudiciis vexetur, ne bis idem ab eodem exigatur, debet ei remittere condictionem furtiuam. hoc fit per cautionem, non aliter

quam cauendo ſe non acturum condictione furtiua. & ſane æquius eſt caueri de remittenda alia actione ei à quo tuum recipis, quam caueri de danda ei & mandanda alia actione quam habes aduerſus alium. ob id ſi hanc non exigat malæ fidei poſſeſſor à domino, non ideo etiam non exiget illam: nam eſt æquius mihi remitti actionem, qua ego teneor cum altera tibi ſatisfacio, quam mihi mandari actionem quam ego non habeo aduerſus alium. Sed vt ad rem redeamus: ſi in ſpecie propoſita actor velit in actione in rem haberi rationem damni illati, puta ſerui debilitati, aut vulnerati, cauere debet ſe non acturum actione legis Aquiliæ in duplum, ne ita triplum ferat, ſimplum iudicio in rem, & deinde duplum iudicio Aquiliano: ſed non cauet, aut non debet cauere, ſe nullo modo acturum lege Aquilia. inique hæc cautio exigeretur: quia etiamſi iudicio in rem dominus abſtulerit æſtimationem damni, ſupereſt ei actio legis Aquiliæ, non quidem in duplum, ne bis conſequatur æſtimationem damni, quæ etiam ineſt iudicio legis Aquiliæ cum ſit mixta, ſed in id quod amplius eſt in actione legis Aquiliæ, puta in alterum tantum, ne impunitum maleficium remaneat poſſeſſoris, *l. pen. inf. de vi bonor. rapt. l. 2. §. item quæſitum, inf. de priuat. delict.* & in *l. qui ſeruum §. vlt. inf. de obligat. & action.* ſecundum veriorem ſcripturam, id eſt, ſublata negatione. Ergo ſi prius egerit dominus rei vindicatione, & in ea habita fuerit æſtimatio damni, non omnino conſumitur actio legis Aquiliæ, ſed ſupereſt id quod in ea amplius eſt, non in duplum. Cauet igitur ſe non acturum lege Aquilia in integrum, ſed in id tantum, quod in ea plus eſt, quam in rei vindicatione. quod ſi ex diuerſo prius egerit lege Aquilia, quam rei vindicatione, & abſtulerit duplum, vel etiam ſimplum à confitente, nihil refert, deinde in rei vindicatione nullo modo eius damni ratio habebitur, quia ſatis habita eſt in actione legis Aquiliæ, quia idem conſequutus eſt actione legis Aquiliæ, puta rem, ſeu id quod intereſt, quod nunc rurſus conſequi deſiderat actione in rem: eſt enim mixta actio legis Aquiliæ. ſi eſſet mere pœnalis, alia aliam non conſumeret. rei vindicatio non conſumeret Aquilianam, vel contra, *l. 7. §. 1. ſup. de cond. furt. l. rei communis, inf. pro ſoc. l. ſi locatum, inf. loc.* ſed non eſt mere pœnalis: eſt enim partim rei perſecutoria, partim pœnalis, etiamſi ea agatur in ſimplum tantum in confitentem. eſt mixta, quia æſtimatio quæ fit in iudicio legis Aquiliæ excedit veram æſtimationem, & id quod excedit veram æſtimationem verumque pretium rei ſeu damni, pro pœna eſt. Illud non eſt omittendum in hac ſpecie, cum quis reſtituit hominem debilitatũ, vulneratum, cum actione legis Aquiliæ, quam competere diximus, concurrere actionem iniuriarum, ſi iniuriæ inferendæ animus fuerit. ex vno facto duo competunt maleficia, atque adeo duæ actiones. ſi iniurioſe ſeruum vulneraueris, teneris lege Aquilia, quod damnum dederis iniuria. teneris & actione iniuriarum, quod iniuriam feceris. teneris & rei vindicatione damni nomine: nam in rei vindicatione habetur ratio damni, quod res vilior reddita ſit, ſed non habetur ratio iniuriæ, vt recte Accurſius annotauit ad initium legis 15. Igitur in actione in rem venit quidem actio legis Aquiliæ pro æſtimatione damni, ſed in actione in rem non venit actio iniuriarum: quia actio iniuriarum non continet rei perſecutionem, ſicut actio legis Aquiliæ, ſed eſt mere pœnalis, vindictæ non pecuniæ perſecutionem habet, *l. 2. §. emancipatus, de coll. bonor.* quia qui agit iniuriarum, cauſam doloris ſui agit tantum, vt eleganter ait Valentinianus in *Nouel. de libertis & ſucceſſ. eor.* & Cicero pro Cæcinna: *actio iniuriarum dolorem imminutæ libertatis iudicio pœnaque mitigat.* habetur etiam iure noſtro ratio iniuriæ factæ ſeruo, etiamſi non fiat ad ſuggillationem & infamiam domini, qua in re conſentit ius ciuile populi Romani cum iure ciuili Athenienſium: Nam & Athenienſibus de iniuria illata ſeruo erat actio iniuriarum, vt ait *Ælianus var. hiſtor. lib. 6.* & Demoſthenes κατ' μειδ. & erat actio non ipſi ſeruo, quia ſeruus cauſam agere non poteſt, ſed domino eius, etiamſi non ſit illata ad infamiam domini, qua de cauſa dicitur in l. 15. in pr. ſeruo verberato, idem in debilitato & verberato iniurioſe, competere actionem legis Aquiliæ, & actionem iniuriarum. ſed an vtraque agetur in integrum? minime: quia deſcendunt ex eodem facto, ex vulnere puta vel verberibus. itaque non potes vtraque in ſolidum experiri; ſed ſi vna egeris, puta iniuriarum, non licebit tibi agere eo nomine legis Aq. actione, niſi in id quod amplius in ea eſt, *l. qui ſeruum, in princip. inf. de obligat. & action.* ſed in rei vindicatione, vt dixi, etiamſi concurrant hæ duæ actiones, iniuriarum, & legis Aquiliæ, habebitur quidem ratio legis Aquiliæ, id eſt, damni, ſed non iniuriæ: quia rei vindicatio vindictam non poteſt perſequi, ſed rem tantum perſequitur: & ideo in *d. l. 15.* ait, *etiam.* & in verbo *etiam*, intelligendum eſt, nedum legis

B Aquiliæ. ſignificat concurrere actionem iniuriarum cum lege Aq. non etiam concurrere actionem iniuriarum cum rei vindicatione.

Ad §. 1.

§. 1. Si quis rem ex neceſſitate diſtraxit, fortaßis huic officio iudicis ſuccurretur, vt pretium duntaxat debeat reſtituere. Nam & ſi fructus perceptos diſtraxit, ne corrumpantur: æque non amplius quam pretium præſtabit.

§. 2. Item, ſi forte ager fuit, qui petitus eſt, & militibus adſignatus eſt, modico honoris gratia poſſeſſori dato: an hoc reſtituere debeat? & puto præſtaturum.

§. 3. Si ſeruus petitus, vel animal aliud demortuum ſit ſine dolo malo, & culpa poſſeſſoris: pretium non eſſe præſtan-

C *dum plerique aiunt. ſed eſt verius, ſi forte diſtracturus erat petitor, ſi accepiſſet, moram paſſo debere præſtari: nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet, & pretium eſſet lucratus.*

In legis 15. §. 1. Vlpian. perſequitur inſtitutam diſputationem de officio iudicis: tractat enim de reſtitutione rei quæ petitur, quam vtique conſtat fieri officio iudicis: & in hoc eſt officium iudicis vt rem integram, atque illæſam reſtitui curet cum fructibus. vnde quæritur in §. 1. quid ſit dicendum, ſi poſſeſſor eam rem ex neceſſitate quadam diſtraxerit, puta fructus ne corrumperentur, vel armentum de quo agebatur, cui pabulando non ſufficiebat, venditio eſt neceſſaria, aut fuit, *l. ait Prætor §. vlt. de in. delib. l. lex quæ tutoris, in fi. C. de admin. tutor.* & ait Vlpian. in hac ſpecie, officio iudicis conuenire, vt cogat pretium dunta-

D xat reſtitui, & ita legendum in contextu: *ſi quis rem ex neceſſitate diſtraxit.* hic addendus ſcilicus. ſequitur: *fortaßis huic officio iudicis ſuccurretur.* & illud, *fortaßis*, non eſt dubitantis, ſed infirmus & modeſtus quidam aſſenſus ſignificatur, vt in *l. item veniunt, §. quid ſi poſt petitam, de pet. hered.* Iuriſconſulti noſtri in re etiam notiſſima ſolent ſubdubie rem effere: nihilominus tamen adfirmant, & vt Accurſius, *Sub dubio forſan reſpondent ſæpe periti.* itaque illud forſan non eſt διςακτικόν, vt nec Græcis τάχα, vt ait Ambroſius *libro 2. de pœnit. cap. 5. Denique*, inquit, *ipſi ſapientes ſæculi, qui omnem gloriam ſtatuunt in expreßione verborum, quod Latine* forte *dicimus, Græce* τάχα, *non vbique pro dubitatione poſuerunt.* Ait igitur, eum qui rem qua de agitur ex neceſſitate diſtraxit, pretium duntaxat debere reſti-

E tuere, & infra, non amplius quam pretium debere præſtare, & ita in *d. l. item veniunt §. ſimili modo*, ſi poſſeſſor hereditatis aliquid diſtraxerit ex neceſſitate, puta æris hereditarij perſoluendi cauſa, *non amplius venire, quàm pretium:* quid autem hoc eſt, *non amplius*, vel *duntaxat*, an hoc articulo excludit vſuras, ac ſi diceret aduerſarium duntaxat pretium reſtituere debere, non etiam vſuras pretij? minime: nam & vſuras pretij reſtituere ſeu præſtare tenetur, ſi poſt litem conteſtatã, vel poſt controuerſiam motam rem vendiderit: ſed ſi ante litem conteſtatam rem vendiderit, venient etiam vſuræ: at non ſtatim, ſed ex die tantum litis poſtea conteſtatæ vel controuerſiæ motæ, *d. l. item veniunt §. cæterum, & §. quid ſi poſt petitam, l. 1. C. de his quæ vt indign. aufer.* ergo reſtituere etiam debet vſuras.

nec hoc articulo *duntaxat*, vsuræ excludi omnino possunt. Item hæc quæ dixi in eo qui ante litem contestatam vendidit, & distraxit, locum habent si malæ fidei possessor fuerit: nam bonæ fidei possessor re distracta ante litem contestatam, ne pretij quidem nomine tenetur, nisi quatenus ex eo locupletior factus est. Igitur si bonæ fidei possessor pecuniam redactam ex venditione facta ante litem contestatam perdiderit, male consumpserit, donauerit, non tenetur, *l. vtrum, sup. de petit. hered.* post litem contestatam omnes possessores pares sunt, omnes prædones seu malæ fidei possessores. litis contestatio fidem possessorum mutat in deterius. An igitur cum ait, *pretium duntaxat debere restituere*, intelligit pretium quod accepit venditor, & ait, *duntaxat*, vt excludat verum & iustum pretium, ac si diceret, pretium quod accepit, restituere debet, non etiam iustum pretium, vt si minoris vendiderit, restituat tantum quod accepit, non etiam iustum, verum rei pretium? hæc interpretatio recipi non potest: nam hoc casu posito, distraxisse rem ex necessitate, est in electione actoris vt restituat pretium quod venditor accepit, vel verum pretium, vt si minoris vendiderit, desideret verum pretium, si pluris, pretium quod accepit: & hoc est in actore positum vt hoc vel illud petat. *d. l. item veniunt §. ceterũ & §. quod si post petitam*, & nos diximus in *l. 1. C. de petit. hered.* imo vero videtur tantum in hac specie possessor teneri in id quod accepit, non in verum pretium *l. in æstimationibus, sup. de petit. hered.* est intelligenda ea lex de malæ fidei possessore, vel potius quod in idem recidit, de bonæ fiei possessore, qui post litem contestatam, atque ita postquam malæ fidei possessor esse cœpit, hereditatem vendidit: in hereditatis petitionem veniet pretium hereditatis venditæ. quale pretium? ita scilicet vt accedat etiam id quod plus fuit in hereditate, id est, verum pretium. atque ita veniet non pretium quod accedit solum, si quod pluris fuerit in hereditate, sed veniet verum pretium hereditatis, videlicet si negotiationis causa vendidit, id est, sua sponte nullo cogente, nulla necessitate imminente: sed si ex fideicommissi causa vendidit, quod esset heres testamento scriptus, & iussus eam rem vendere Titio certo pretio, etiamsi vendiderit post litem contestatam, ab eo vindicabit hereditatem ab intestato quasi illo testamento, quo is scriptus fuerit, rupto, vel iniusto, vel irrito facto: tamen non amplius veniet in eam actionem, quam quod bona fide accepit. hoc posteriore casu is vendidit ex necessitate, nempe ex fideicommissi causa, quod eo pretio iussus esset Titio vendere: & ideo, inquit lex, *non amplius veniet quam pretium quod accepit*, id quod plus est in hereditate non accedet. In hac etiam specie §. vendidit ex necessitate. Cur tamen damus electionem actori, vt misso pretio quod accepit, verum exigat ab eo qui ex necessitate rem distraxit? distinguendæ sunt necessitatis causę: non omnis necessitatis eadem est causa & qualitas. in specie leg. *in æstimationibus* heres iussus est vendere certo pretio, nec potuit maiore quin committeret in voluntatem defuncti. non est culpandus qui eo pretio vendidit quo iussus est à testatore: necesse enim habuit parere voluntati testatoris: & quamuis pateretur controuersiam hereditatis, tamen non potuit effugere solutionem fideicommissi, quia potest fideicommissarius compellere heredem scriptum vt fidem defuncto exhibeat, & præstet, licet patiatur controuersiam hereditatis, præstita scilicet cautione, euicta hereditate legata reddi, *l. 6. & l. quod si possessor, de petit. hered. l. vlt. C. eod. tit.* Culpandus est tamen qui male negotiatus est, etiamsi sit negotiatus ex necessitate quadam, de rebus, puta quæ mora perituræ aut deteriores futuræ erant, vt de frugibus cum ipse pretium fecerit. In specie igitur leg. *in æstimationibus*, testator pretium fecit, dixitque: in nostra specie ponimus eum qui distraxit, pretium fecisse, vt venderet necessitate coactus ne res corrumperentur aut interirent: vt res venderet viliore pretio necessitate, non coactus. sed in *l. in æstimationibus*, vtraque ex parte adactus est necessitate, ex fideicommisso, & ex præcepto testatoris. ergo non est verendum affirmare in

A specie proposita reum restituere debere pretium, quod actor elegerit, id est, verum pretium, vel quod acceperit ab emptore: non igitur excludit verum pretium articulus *duntaxat*. Quid igitur ait *duntaxat* Iurisconsultus? vt ostendat eum non teneri ad rem & fructus. tenetur tantum ad pretium qui ex necessitate distraxit, non ad rem ipsam & fructus: nam hoc solo distat is qui ex necessitate distraxit ab eo qui non ex necessitate distraxit: nam is qui vltro & sponte negotiatus est, non ex necessitate distraxit, res ipsas quas distraxit, si extent, & fructus earum restituere debet: vel si eas non possit redimere ab emptore, tantundem debet præstare quantum actor in litem iurauerit, id est, quanti rem æstimauerit actor pro animi libidine, quod verum pretium egreditur sæpe; vel si res deperditæ aut deminutæ B sunt, debet præstare verum pretium, aut quod accepit arbitrio actoris, *l. item veniunt §. vlt. sup. de petit. hered.* nam quæ ibi dicuntur, & in ea *l. item veniunt*, qua vsus sum sæpe in hoc proposito de petit. hered. transferenda sunt ad specialem petitionem. & omnino recte ab vniuersali petitione, id est, hereditatis actione, nisi euidens ratio diuersitatis subsit, argumentamur recte ad specialem petitionem, *l. sin autem §. sed & is qui, inf. hoc tit. & d. l. item veniunt §. vlt.* & ita cum quis rem non ex necessitate distraxit, tria ponuntur pretij genera: quod fecerit, & statuerit actor iuratus: quod fecerit venditor, & quod est in re ipsa, id est, verum pretium. Sed cum agitur de eo qui ex necessitate distraxit, duo tantum spectantur pretij genera, quod accepit venditor, & verum pretium, quia æquum non est, vt qui ex necessitate distraxit, compellatur præsta- C re pretium quod iurauerit petitor. Et hoc est quod hic dicitur, eum qui coactus distraxit rem quæ petebatur, non debere præstare rem, nec fructus, quibus succedit pretium quod iurauerit actor, si eos non possit repetere, sed eum tantum debere præstare pretium, quod scilicet acceperit, aut iustum pretium arbitrio actoris, quæ est certissima interpretatio huius loci. Sed rursus in hac lege hæc ponitur species; à te fundum, quem possidebas, meum esse vindicaueram. is pendente lite ablatus tibi est, & militibus adsignatus: iam non veniet in condemnationem fundus, vel in restitutionem, quia fortuito hoc contigit sine culpa possessoris vt militibus adsignaretur, nihilque ex eo remanet apud possessorem. quid tamen fiet si quid restet apud possessorem, vt si modicum possessori sit relictum honoris causa, id est, si totus non sit adsignatus? Modica dicuntur D honoraria quæcunque, & munuscula quæ honoris causa dantur, vt in *l. sed & si susceperit §. sed & si, sup. de iudic. honorem*, inquit, *habitum voluit his quibus reliquit tam modica fideicommissa.* dicuntur etiam plerunque *modica* simpliciter quæ alimentorum causa reliquuntur, vt in *l. 6. de cess. bonor. l. cum hi §. si in annos, de transaction. & minuta, in l. 3. §. quamuis, si cui plus quam per leg. Falc.* sed hoc alia ratione fit, quia alimenta per partes præstantur, puta quotannis vel mensibus, vel diebus. Solebant autem victores Romani militibus veteranis agros, quos ceperant distribuere, & adsignare, expulsis veteribus possessoribus sine discrimine plerunque: & queritur apud Tacitum libro primo miles quidam, per nomen agrorum militibus dari vligines, paludes, aut inculta montium. aut etiam solebant E victores duces partem agrorum adsignare militibus, partem distrahere, vt in *l. Lucius, inf. de euict.* quam hic Accursius citat accommodatissime: aut etiam veteres possessores indemnes conseruabant, vt Virgilius seruatus est indemnis in adsignatione Cremonensium & Mantuanorum: suos enim agros mox beneficio Augusti recepit, quo pertinent elegantes illi versus in Ecloga 9. quæ inscribitur Mœris.

Certe equidem audieram, qua se subducere colles,
Incipiunt, mollique iugum demittere cliuo.
Vsque ad aquam, & veteris iam fracta cacumina fagi.
Omnia carminibus vestrum seruasse Menalcam.

Et ita Siculus Flaccus *de limitibus constituendis: non omnib. personis victis ablati sunt agri eorum. Nam quorumdam dignitas, auctoritas, amicitia aut gratia victorem mouit vt eis suos agros concederet:* aut etiam plerunque modicum tantum ex agro quem possidebat, possessori veteri relinquebant, vt proponitur hoc loco, & in *l. in agris, de acq. rer. dom.* dicitur agros captos ab hostibus virtute militum metari siue limitari, vt sciretur quid veteranis datum sit, quid adsignatum, quid distractum, & quid veteribus possessoribus relictum sit. Nam partem distrahebant, partem adsignabant veteranis, & partem quandoque relinquebant veteri possessori & cultori, & ob id necesse erat agros pertica metari, limitari, quæ metatio excludebat ius alluuionis & quamcunque aliam iure gentium obuenientem accessionem. Nunc finge: ager quem possidebas, quemque vindicaueram, nondum euiceram sententia iudicis, veteranis militibus regione illa capta hostium incursu adsignatus est non quidem totus, sed modicum tibi relictum est honoris causa: quæritur an eam modicam portiunculam quæ tibi concessa est à victore, mihi restituere debeas actione in rem quam nondum peregi, & forsitan non debeas, quia eam quodammodo videris nouo quodam iure acquisiisse; & magis est vt eam videaris non alio iure habere quam quo habebas ante: & ideo eam quæ residua est mihi debes restituere, si probauero me dominum fundi esse, & tu nullam exceptionem iustam obieceris, vel obiectam non probaueris: nec enim cum relinquitur veteri possessori vel totus fundus, vel pars beneficio victoris, mutatur causa possessionis. *Aggenus 2. de limitibus constituendis. Quos,* inquit, *Augustus in suis possessionibus remanere passus est, eorum conditionem non mutauit.* Itaque æquum est, vt id quod residuum habes mihi restituas cum non possideas alio iure quam ante. Sequitur leg. 15. *§. vltimus,* & lex 16. *in principio.* Huius paragraphi interpretatio est difficillima. quæstio est iuris vexata inter Proculianos & Sabinianos, de qua ita pronuntiat Vlpianus: *Si seruus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo, & culpa possessoris, pretium non esse præstandum plerique aiunt, &c.* pleriq; Sabiniani scilicet, siue Cassiani, quia erant familiæ eiusdem: sed verior est opinio Proculianorum, & quod subiicitur in *l. 16.* ex Paulo ad eandem rem pertinet. Diximus iam sæpissime post litem contestatam omnes possessores pares esse. quod vtique verum est in his, quæ post litem contestatam perceperunt, vel percipere debuerunt, vel quæ dolo aut culpa amiserunt, non etiam in his quæ fato contigerunt, vt declarat lex *illud sup. de petit. hered.* & est propria quæstio huius legis: nam si post litem contestatam homo qui petebatur suo fato interciderit sine dolo & culpa possessoris, bonæ fidei possessor absolutus est, qui scilicet ius suum defendit sincero animo id est, qui ad litigandum venit dum existimat se bonam causam habere, *d. l. illud.* At in malæ fidei possessore distinguitur hoc modo: aut distracturus erat eum hominem petitor, si tum cum iudicium acciperet, is homo ei restitutus fuisset, quia adfirmabat semper eum fuisse ex grege venalium, quod Græci sic exprimunt euidentius οἱ ἐκ τῶν ὠνίων ὄντες & hoc casu homo periisse intelligitur detrimento possessoris. Igitur debet possessor eius pretium restituere actori, quod quidem actor lucratus fuisset si hominem accepisset quo tempore petiit. restituere inquit tenetur pretium, *l. de eo, §. si post inf. ad exhib.* vbi eadem proponitur species: ait enim debere restituere id quod interest, hæc non sunt contraria: nam alias id quod interest tanti est quanti res, vt *l. 1. C. de his qui à non domino manum. sunt.* Thalelæus notat idem esse pretium & id quod interest. alias minoris est id quod interest quam res, *l. 9. §. vlt. ad exhibend.* alias pluris, *l. 1. in prin. de action. emp.* Aut non erat petitor eum hominem distracturus, & consequenter omnino is homo suo fato erat apud petitorem interiturus. & hoc casu possessor etiamsi malæ fidei possessor fuerit, absoluendus est: & interitus ille naturalis pertinet ad actorem. perit sua res domino quæ peritura esset, etiamsi resti-

A tuta ei esset confestim, *d. l. illud,* quæ lex ostendit hanc distinctionem Proculi fuisse siue Proculianorum: Cassiani enim vel Sabiniani non distinguebant, sed absciſse dicebant, mortuo homine absoluendum esse possessorem. Vtramque familiam in concordiam adduxit Vlpianus: Proculianorum enim distinctionem admisit merito in malæ fidei possessore, Cassianorum absolutionem arctauit ad bonæ fide possessorem non improbe litigantem, puta cum esset aliqua iusta causa propter quam existimare deberet, rem petitoris non esse, sed suam esse potius, vel auctoris sui: alioquin idem dici debet in bonæ fidei possessore, qui improbe, id est, mala conscientia litigat, quod in eo qui fuit malæ fidei possessor semper. & hoc loco probatur illa sententia Proculianorum. Sic enim §. hunc accipi con-
B uenit vt breuiter hoc adstringam: in malæ fidei possessore, vel bonæ fidei possessore, qui improbe litigauit, id est, sine iusta causa, iusta persuasione, quod illa verba §. *vlt.* indicant, *moram passo restitui pretium.* non loquitur ergo de eo qui sincero animo litigauit: nam qui improbe non litigat, moram non facit, *l. qui sine dolo, de reg. iur.* ergo nec moram ab eo patitur actor. Denique distinctio Proculi quæ probatur hoc loco, probatur vel in malæ fidei possessore, vel in bonæ fidei possessore, qui improbe litigauit, & loquitur hic §. de homine qui interiit naturaliter post litem contestatam, quia ait, si seruus petitus, intelligitur petitus, is de quo lis contestata, vel controuersia mota, vt in Senatusconsulto de petitione hereditatis: petitam scilicet intelligi de qua lis contestata est, vel mota controuersia. & euidentius hoc exprimitur in *d. l. de eo, §. si post, & l. seq.* his
C verbis: *non enim post litem contestatam vtique & factum præstare debet.* & sic exprimi necesse est: nam si homo interierit ante litem contestatam suo fato, κατὰ τὸν οἰκεῖον μόρον, vt inquiunt Græci, id est, proprio fato, sine dolo & culpa possessoris, nullus possessor tenetur, non etiam si possessor malæ fidei fuerit: nam etsi sit malæ fidei, non recte dixeris vt in fure *l. 8. & l. vlt. de cond. furt.* eum semper moram facere: fur semper moram facit; est enim plus quam malæ fidei possessor, *l. pen. inf. vnde vi,* sed non omnis malæ fidei possessor est fur. si quis est malæ fidei possessor, non vtique consequens est quod sit fur. fur moram semper facit, malæ fidei possessor, qui vitium furti non contraxit, cui non fuit animus interuertendæ rei alienæ, vt qui se non inuito domino rem tenere putauit, alienam esse non igno-
D rauit: malæ fidei possessor, inquam, moram semper non facit, antequam ad iudicium prouocetur: Ideoque si res interierit suo fato, quam quis mala fide possidebat, ante litem contestatam, nullo modo tenetur, longe aliter quam si interierit post litem contestatam: quia ei vertitur vitio quod secum sit passus litem contestari, quod non restituerit statim, & ob id damnum fatale præstat actori, eo casu quo distraxisset actor si statim accepisset. Igitur mortuo homine de quo agebatur, non omnino est necessaria sententia propter hominem: quia quod ad hominem attinet, liberatus est reus eo casu quo periturus esset, etsi restitutus esset actori. At propter alia quædam est necessaria sententia, etiam mortuo eo homine de quo principaliter agebatur, nec mortuo homine, moritur lis omnis, & consequenter non liberantur etiam fideiussores iudicatum solui
E mortuo homine: nam restat vt habeatur ratio fructuum & partuum, quod declarat lex quæ sequitur, & lex *si homo, de re iudic.* nam si probauerit petitor rem suam esse, nec possessor obiecerit vllam exceptionem, restituere debet actori etiam fructus & partus perceptos post litem contestatam, & eos quidem officio iudicis: nam iure actionis in iudicium non veniunt, cum solus homo petitus est. perceptos igitur post litem contestatam fructus vel partus restituere debet officio iudicis, perceptos ante litem non tenetur restituere in speciali vindicatione: nisi & hi specialiter petiti sint. non igitur si sola res petita sit, *l. 2. C. de pet. hered.* licet in hereditatis petitione, hereditatis verbo contineantur veniántque fructus, aut partus ante percepti siue editi, quasi auxerint hereditatem, quæ est capax augmen-

ti & deminutionis: & veniunt quidem in hereditatis petitionem percepti ante litem iure actionis: à bonæ fidei possessore percepti, ex quibus locupletior factus est, à malæ fidei possessore percepti, indistincte *l. illud* §. *prædo, sup. de petit. hered.* qui §. loquitur de fructibus perceptis ante litem, cum eis dicat augeri hereditatem: fructibus enim perceptis post litem contestatam, non augetur hereditas: & ideo non veniunt iure petitionis, sed officio iudicis, *l. heres*, §. *vlt. sup. de petit. hered.* quia est bonæ fidei: sed in specialem vindicationem, quæ est stricta, non veniunt fructus siue partus percepti siue editi ante litem, nisi specialiter in petitionem deducti sint, percepti tamen post litem veniunt officio iudicis. Et ideo etiamsi mortuo homine, quod ad hominem attinet, mortua sit lis, eo casu quo interiturus esset, etsi statim restitutus esset, actori tamen non est mortualis quod attinet ad fructus & partus: nam horum etiam rationem habere oportet, id est, eorum nomine absolutionem vel condemnationem fieri. Et ait, cum hæc tractat lex *seq. propter fructus & partus*, quod addit & *partus*, indicat partus non esse in fructu, quæ est verior sententia: in fructu autem serui est quod ex operis eius locatis mercedis nomine capi potuit, *l. mercedes, sup. de pet. hered.* ergo necessaria est adhuc mortuo homine sententia & pronuntiatio iudicis propter fructus & partus, qui non interierunt. addit necessariam esse sententiam mortuo homine propter stipulationem de euictione, vt scilicet conseruetur possessori actio de euictione *l. vlt. C. de assert. toll. l. si seruus, inf. iudic. sol.* id est pronuntiari debet homo qui mortuus est, fuerit actoris, nec ne, vt intelligatur an possessor aduersus auctorem suum habeat actionem ex stipulatu duplæ, id est actionem de euictione, necne: necesse est iudicari ideo, fuerit res actoris, nec ne: nam si iudicetur, rem fuisse actoris, quæ pendente lite interiit, possessor habebit regressum aduersus auctorem suum euictionis nomine, quasi venditorem rei alienæ. Neque his obstat lex *si seruus, inf. de euictionib. l. si quis tibi, C. eod.* quoniam vt & Accurs. admonuit recte, aut homo venditus mortuus est antequam emptori fieret controuersia, vel lis moueretur, aut post: priore casu, emptor non habet actionem de euictione, quia nemo tentauit euincere homini, sed fatum humanæ sortis euicit hominem. posteriore casu, si post litem contestatam cum emptore homo moriatur, & post mortem hominis pronuntietur hominem fuisse petitoris, erit possessori regressus aduersus venditorem: & hoc vt sciatur, an commissa sit stipulatio de euictione, etiamsi mortuus sit homo, pronuntiandum de eo est fuerit actoris, necne; non est etiam condemnandus possessor, vt restituat pretium hominis mortui. Dubitat Accurs. vtrum homine mortuo conseruetur actio de euictione: & sententiam ferri oporteat, & quo pacto. Sed liquet distinguendum esse hoc modo: vel rem actoris fuisse, vel non fuisse: vt si actoris fuisse constiterit, statuamus commissam fuisse stipulationem de euictione: si non fuisse, non commissam esse. Cæterum non est condemnandus possessor vt restituat pretium, nisi secundum distinctionem Proculianorum, eo casu quo distraxisset actor, si tempore litis contestatæ hominem accepisset, atque ita pretium consecutus fuisset. Denique propter hæc tria, quæ diximus pro fructus scilicet, partus, ctionem de euictione, etiam mortuo homine omnino necessaria est sententia: sed propter fatum, mortem hominis, non vtique est necessaria, vt ait lex seq. id est, non omnino, quia distinguendum est vt supra, necessaria est sententia, eo casu quo distraxisset actor, si mature accepisset. non est necessaria eo casu quo non distraxisset, etiamsi mature accepisset. Igitur quod ait in lege seq. sic est interpretandum, *vtique*, id est, *omnino*. propter illa tria omnino est necessaria sententia. propter fatum non vtique, non est necessaria. & ita Cicero: *Faba vtique Pythagorei abstinebant*, id est, omnino, & ita in §. *vlt. Inst. de leg. agn. tut.* agnationis iura ciuilia, omnibus modis perimi capitis deminutione, id est, maxima, media, & minima: iura naturalia agnationis, non vtique, id est, non omnibus modis, vt supra dixit illo §. quia cognitionis iura tolluntur quidem capitis deminutione maxima & media, non tamen minima. ergo *non vtique*, id est, *non omnimodo*. Illa autem distinctio Proculianorum, quam exposui, locum etiam habet in actione in personam, vt recte Martinus censuit & probat lex *cum res* §. *vlt. sup. de legat. 1. & l. si plures* §. *1. inf. depos.* vbi initio quidem proponit Cassianorum sententiam, homine deposito mortuo post litem contestatam, absoluendum esse depositarium, quod suo fato interierit sine dolo & culpa depositarij. verum additur hic modus ex disciplina Proculianorum: nec enim illud Cassiani addebant, sed absolute statuebant possessorem seu reum non præstare fatum: additur inquam hic modus, cum vtique interiturus esset homo, etiamsi restitutus actori esset. additur hic modus propter distinctionem Proculianorum quæ obtinuerat in malæ fidei possessore, qualis est depositarius, qui reposcenti depositum quod suscepit, non reddit, vt scilicet rei fatum præstet, si interitura non esset ea res, si esset actori restituta, vt fatum non præstet cum interitura erat, etsi restituta fuisset actori. Sed hic rursus dubitari potest hæc distinctio Proculianorum quatenus obseruari debeat in actione in rem, si possessor hominem vendiderit, & hic deinde suo fato interierit, quæ species nondum est tractata: nam est proposita simpliciter ea species, hominem interiisse suo fato apud possessorem. nunc ponimus hominem possessorem vendidisse, & interiisse, deinde apud emptorem, non apud possessorem. Si possessor hominem vendiderit, & is deinde suo fato interierit apud possessorem, quo cum agitur quasi dolo desierit possidere, & ita heic distinguendum est: aut vendidit ante litem, aut post. si ante litem, certum est bonæ fidei possessorem debere restituere pretium quo factus est locupletior, malæ fidei autem possessorem debere restituere pretium quod accepit, si seruus pluris venierit, *l. si à domino*, §. *si prædo, inf. de petit. hered.* vel si minoris venierit, an restituere debet verum pretium? malæ fidei possessor earum pretium debet restituere eo casu quo res non erat interitura actori, eo casu etiam quo eam rem distraxisset actor, si accepisset *l. item veniunt*, §. *vlt. sup. de pet. hered.* alioquin id tantum debet restituere, quod accepit, si homo erat periturus actori, etsi restitutus esset: & hac in parte obtinet eadem distinctio Proculianorum. Idem est statuendum, si post litem contestatam vendiderit & deinde homo interierit, quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt quoties vendiderunt & postea res interiit, quandoquidem si interiit eo casu, quo erat omnimodo interitura, restituet is cum quo agitur pretium quod accepit, si pluris vendiderit, atque etiam si minoris vendiderit: sed si interiit eo casu quo non erat interitura, restituet cum minoris vendiderit, verum pretium, non quod accepit. sed cum possessor non vendidit hominem post litem contestatam, sed apud se retinuit semper, & is interiit suo fato, eo casu omnes possessores pares non sunt. & quod etiam diximus distinctionem Procul. locum habere in actione in personam, hoc verum est sub hac vna exceptione tantum, nisi sint fures, aut qui metum intulerunt, aut qui vim fecerunt. In malæ fidei possessore, quo cum agitur in personam, obseruatur ea distinctio Proculianorum: sed in eo qui vim fecit, aut metum intulit, non obseruatur eá distinctio, fuerit res peritura apud actorem nec ne: nec distinctio obseruatur Cassianorum; sed dicimus eos teneri indistincte, siue distracturus erat actor, siue non, quia hi sunt plusquam malæ fidei possessores, plusquam moratores, vt *l. pen. inf. vnde vi.* qui furtum, vim, aut metum intulerunt, hi semper moram facere videntur: & ideo is qui vim intulit & metu extorsit, eius rei nomine tenetur indistincte, id est eius rei factum præstat indistincte siue res interitura fuerit apud actorem siue non, *si cum exceptione*, §. *quatenus, inf. quod met. caus.* In alio tamen malæ fidei possessore distinguitur vt ostendimus. Distant etiam hi tres, nempe qui vim fecit, metum intulit, furtum fecit, à cæteris malæ fidei possessoribus in hoc, quod re perempta

indistinctè tenentur, ante moram non tenentur. Atqui di- A ces, eos semper moram facere. est tempus quoddam quo eorum mora cessat & interquiescit humanitatis gratia indultum, veluti post rem iudicatam, intra tempora iudicati faciendi, intra ea tempora cessat eorum mora, & eo tempore quo nulla censetur esse rerum mora, si res interierit, tenentur, cum interitura non esset apud actorem: alioqui non tenentur: cum tamen alij malæ fidei possessores omnino liberentur re perempta ante moram sine vlla distinctione: & quod ait §. *quatenus* in eo qui metum fecit, idem statuit in eo qui vim fecit, idem etiam statuemus in eo qui furtum fecit, vt homine subrepto mortuo naturaliter omnimodo condemnetur, non adhibita superiore distinctione. & hoc vtique si fur conueniatur condictione furtiua, non si rei vindicatione. tenetur fur pœnæ nomine actione furti: rei nomine actione in rem & condict. furtiua: actio- B ne in rem tenetur vt quilibet possessor, non vt fur, *l. ancilla, C. de furt.* & ideo cum ea actione conuenitur, obseruatur superior distinctio, fuerit actor distracturus hominem, nec ne; sed non obseruabitur ea distinctio conuento fure condictione furtiua qua actione tenetur proprie vt fur: nam hoc est iure singulari in furem introductum vt conueniatur condictione contra regulam iuris, quæ est, neminem rem suam condicere posse. rem tuam vindicare potes, condicere non potes, id est, non potes dicere eam tibi dari oportere: quia dare est dominium transferre. inepte hoc desiderabis, cum sis iam dominus, nec dominium augmentum & deminutionem recipiat. Nemo igitur rem suam condicit, id est, nemo desiderat vt possessor se faciat rei suæ dominum, nemo inquam, condicit his verbis, *dari oportere*: aliis modis verbisque potest res sua condici, con- C dictionis verbo generaliter accepto pro qualibet actione in personam, vt actione depositi. condicit tamen dominus rem depositam, sed non his verbis, *dari oportere*, sed his, *restitui debere*, *l. si in Asia* §. *1. inf. depos.* & vt ait lex. *videamus*, §. *si possessionem, de vsur.* actione depositi dominus auocat possessionem naturalem, in qua scilicet est depositarius, atque ita sibi restitui desiderat: & ita si ageres in furem restitui oportere, quo modo etiam intendis cum agis in rem. ergo siue agas in furem, siue in rem, siue in personam & concludas restitui oportere, obseruanda est distinctio Proculianorum, quia cum eo agis vt cum quolibet possessore qui incubat rei tuæ: sed cum agis in furem his verbis, *dari oportere*, proprio iure id agis contra definitionem iuris, quod Iustinianus ait esse comparatum odio D furum, §. *sic itaque, Instit. de act.* sed cui odio est hæc actio, aut cui oneri, damnove? furi? aut cui bono actori? hoc pauci perspiciunt. in condictione furtiua fur tenetur indistinctè, seu res fuerit interitura apud actorem, seu non. in rei vindicatione, vel in ea actione quæ concluditur ad restitutionem, non tenetur fur nisi cum non erat res interitura apud actorem, id est, cum erat distracturus: nec enim videtur res interitura cuius pretium lucrari potuisset, & ita in condictione furtiua mortuo homine intra tempora iudicati, fur non liberatur, si res non erat interitura apud actorem: in rei vindicatione, qua petitur restitui, omnimodo liberatur. & ita valde oneratur fur qui præter rei vindicationem & condictione conueniri potest. sed sunt separandi hi tres, vt docui, qui metum intulerunt, vim, aut furtum E fecerunt, à cæteris malæ fidei possessoribus: nam in cæteris Proculianorum distinctio obseruatur, in his non obseruatur.

Ad §. vlt. L. XVI.

l. 16. Vtique autem, etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus, & partus, & stipulationem de euictione: non enim post litem contestatam vtique & factum possessor præstare debet.

1. §. Culpa non intelligitur, si nauem petitam tempore nauigationis trans mare misit, licet eo perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit.

Quod dictum est supra de homine vel animali demortuo post litem contestatam sine dolo & culpa possessoris, idem & de aliis rebus dici potest, vt si fundus petitus post litem contestatam chasmate perierit, *l. cum res §. vlt. de legat. 1.* vel vt hic proponitur, si post litem contestatam nauis petita naufragio perierit sine dolo & culpa possessoris, possessor dolo & culpa caret, si nauem bene instructam congruo & opportuno tempore nauigationis nauigatum miserit, & eam peritis idoneisque gubernatoribus commiserit. nec enim etiamsi fieret ei controuersia nauis, debuit eam otiosam habere: debuit etiam pendente lite eam locare, & nauigatum mittere; nam & possessori hoc vitio vertitur, quod fructus non perceperit. igitur probe fecit, quod nauem nauigatum miserit, & nullius culpæ reus est si fecerit congruo tempore, & eam idoneis nautis tradiderit. opportunum nauigationis tempus definitur *l. 3. C. de nauf. lib. 11.* Sed si quo tempore non debuit, nauem, de qua agebatur, trans mare miserit, veluti hyemis tempore, quod est incongruum nauigationi, possessor omnimodo condemnabitur culpæ nomine si nauis perierit: & idem erit si seruum petitum post litem contestatam in insidias deduxerit, vel per insidiosa loca miserit, & is à latronibus sit interfectus, vel si eum seruum dederit in arenam depugnandi causa & occisus sit, *l. qui petitorio §. 1. inf. hoc tit.* hæc est culpa in faciendo, hanc præstat possessor: alia est culpa in non faciendo, vt si seruum, de quo agebatur, infirmum non curauerit, & hanc culpam præstat possessor. denique possessor præstat culpam in faciendo & in non faciendo, *l. si seruum, in prin inf. de verb. oblig.*

Ad L. Iulianus XVII.

L. 17. Iulianus libro sexto Digestorum scribit: si hominem, qui Maui erat, emero à Titio: deinde cum eum Manius à me peteret, eundem vendidero: eumque emptor occiderit: æquum esse, me pretium Mauio restituere.

1. §. Idem Iulianus eodem libro scribit: si moram fecerit in homine reddendo possessor, & homo mortuus sit: & fructuum rationem vsque ad rei indicatæ tempus spectandam esse. Idem Iulianus ait, non solum fructus, sed etiam omnem causam præstandam: & ideo & partum venire in restitutionem, & partuum fructus. Vsque adeo autem & causæ veniunt, vt Iulianus libro septimo scribit, si per eum seruum possessor adquisierit actionem legis Aquiliæ, restituere cogendum. Quod si dolo malo ipse possessor desierit possidere, & aliquis hominem iniuria occiderit: aut pretium hominis, aut actiones suas præstare cogetur: vtrum eorum voluerit actor. Sed & fructus, quos ab alio possessore percepit, restituere eum oportet. Lucrum enim ex eo homine qui in lite esse cœperit, facere non debet. Sed fructus eius temporis, quo tempore possessus est ab eo, qui euicerit, restituere non debet. Sed quod dicit de actione legis Aquiliæ, procedit, si post litem contestatam vsucepit possessor: quia plenum ius incipit habere.

Dictum est de re petita quæ suo fato interiit post litem contestatam sine dolo & culpa possessoris, vel quæ interiit dolo vel culpa possessoris. diximus etiam de eo possessore, qui post litem contestatam, non ex necessitate hominem petitum vendidit, quid de eo scilicet sit statuendum, si deinde is homo interierit suo fato, & definimus eum qui mala fide vendidit, teneri in pretium quod accepit si pluris hominem vendiderit, vel si minoris, in verum pretium, eo casu quo distracturus esset petitor si accepisset. Nunc quærimus quid sit dicendum si post litem contestatam possessor hominem petitum vendiderit, & is deinde interierit non suo fato, sed facto emptoris, vt quia emptor eum occidit. Finge, vt hic proponitur: ego bona fide hominem alienum à Titio emi. dominus vindicat à me hominem: ego post litem contestatam vendo Sempronio, & Sempronius hominem necat. quæritur quatenus tenear petitori? & non teneor quidem ad rem ipsam, cum non extet, neque in tantum quantum petitor in litem iurauerit, li-

cet dolo vel culpa desierit rem possidere post litem contestatam: sed debeo tantum pretium restituere, quod accepi, si pluris vendidi, vel si minoris, verum pretium: quia homo non erat periturus, si tempore litis contestatæ fuisset restitutus actori. Itaque damnabor omnimodo ad verum pretium, si minoris vendiderim, *l. item veniunt §. vlt. sup. de pet. hered.* & teneor pretij nomine in specie proposita, licet eum hominem nactus sim ex causa non lucratiua, quia vt posui, eum hominem emeram, atque ita aberat mihi pretium pro homine, quod volens recipere post litem contestatam, eum hominem vendidi. damnum faciam pretij, quia petitori omnimodo debeo pretium restituere: proinde teneor petitori pretij nomine, etiamsi hominem nactus fuerim ex causa non lucratiua, puta emptionis causa. Idem igitur est siue homo venditus post litem contestatam interierit suo fato, siue facto emptoris: nam petitori qui vendidit hominem post litem contestatam pretium restituere debet. Idem etiam est siue vendiderit ex necessitate, siue non ex necessitate post litem contestatam: nam etsi vendiderit ex necessitate, electio est actoris, vt vel petat pretium quod accepit, vel verum pretium. & est sane idem re non extante, vt heic homine mortuo vel occiso. re tamen extante multum interest vtrum ex necessitate an non vendiderit, vt exposui in *l. 15. §. 1. sup.* & hæc est certa interpretatio eius quod proponitur initio leg. 17. Nunc excutiamus quæ ad initium leg. pertinent, & primo quod, vt refert Accurs. quidã interpretantur initio huius legis, *peteret*, id est, *petere vellet*, quod verbum tamen nos accipimus proprie, vt litem contestatus fuerit, atque ita venierit homo post litem contestatam, & illic *peteret*, id est, *petere vellet*, quod est absurdum, & manet in eo errore Accurs. vt dicat *peteret*, id est, *petere vellet*, siue peteret extra iudicium, vt *l. 15. §. vlt. sup. & l. vinum quod petitur, inf. de reb. cred.* & aliis plerisque locis, cum vbique accipi debeat pro petitione iudiciali, id est, litis contestatione, aut controuersia mota vt in Senatusconsulto de petitione hered. quod initium est iudicij vel actionis potius, vt si in ius vocauerim, si libellis editis euocauerim aduersarium, nondum tamen litem contestatus fuerim, initium est actionis, nondum iudicij. Hoc etiam loco mauult Accurs. eum errorem non amplecti, & interpretatur, *peteret*, de litis contestatione, rectissime. idem etiam male huius responsi hanc ait esse rationem, quia inquit, ego videor occidisse. quod fecit emptor cui vendidi, ego videor fecisse, hoc Accurs. fingit suo marte: fictiones sunt legis & iuris, non interpretum, non igitur potest. debuit sane apponere rationes ex *§. quod si dolo, inf. quia dolo siue culpa eius factum est ne possideret dum vendidit lite pendente.* quod si non fecisset, non venisset in potestatem emptoris. & si non venisset, non fuisset ab eo occisus. Idem etiam male ait, pretij nomine actione eum teneri in rem vtili, imo directa: quia actio est directa in possessorem: nec quod interim desierit possidere mutatur actionis qualitas, *l. sin autem §. 1. inf. hoc tit.* Idem male ait, eum debere pretium restituere, modo absolute pretium quod accepit, modo absolute pretium verum & iustum, cum hoc debuerit relinquere in arbitrio actoris ex *l. item veniunt §. vlt. sup. de pet. hered.* Idem male cum hoc loco, tum in *l. 15. §. 1. sup.* ait, pretii nomine in vtriusque loci specie domino dari actionem negotiorum gestorum in subsidium, id est, deficiente vindicatione; quod quidem verum est hoc casu, si quis rem alienam, quam possidebat, ante litem contestatam vendiderit, & ab emptore bonæ fidei vsucapta sit, quo casu deficit vindicatio, quia qui erat dominus, dominium amisit, vel eam venditionem dominus confirmauit per ratihabitionem, quo modo etiam dominium, & consequenter vindicationem videtur amisisse: sed pretii nomine ei competit actio negotiorum gestorum, in subsidium, id est, cum deest vindicatio, *l. 3. C. de rei vindic. l. vlt. §. 3. de negot. gest.* hoc est certum in hac specie: sed species illis locis proposita non est huiusmodi: nam illis locis proponitur possessor vendidisse post litem contestatam, & quamuis pendente lite do-

A minus ratam faciat venditionem, non tamen ideo iudicium soluitur, sed manet idem iudicium venditionis, & fit condemnatio pretij nomine eodem iudicio, eiusdem iudicis officio, *l. 15. §. vlt. sup.* ait officio iudicis æstimationem fieri. Fit inquam condemnatio, vt hic demonstratur, etiam si possessor cum quo actum est vindicatione, & qui postea vendidit, eam rem nactus fuerit ex causa non lucratiua, vt causa emptionis. Igitur, sic concludo: iudicium in rem est persecutio pretii aduersus eum qui vendidit rem petitam post litem contestatam, etiamsi ipse eam sit nactus ex causa non lucratiua. vnde consequenter colligo, quo casu datur in subsidium actio negotiorum gestorum pretij nomine, debere eam dari, etiamsi is cum quo agitur, rem fuerit nactus ex causa non lucratiua, quod tamen Accursius

B non admittit hoc loco, nec in *l. vlt. sup. de negot. gest.* sed argumento huius legis conuincitur: si enim est vindicatio pretij nomine aduersus eum qui rem nactus est ex causa onerosa, erit & eadem æquitate actio negotiorum gestorum subsidiaria deficiente vindicatione: vt cuius naturæ est principale, sit etiam subsidium. Postremo idem Accurs. eo casu quo in subsidium datur actio negotiorum gestorum, dicit, emptorem secundum qui occidit seruum, domino teneri actione legis Aquiliæ. hoc non potest stare: nam eo casu quo datur actio negotiorum gestorum in subsidium, statuimus dominum amisisse dominium, *d. l. 3. C. de rei vindic.* non potest igitur ei competere actio legis Aquiliæ quæ soli domino datur. Si dominium non amisisset, fateor bonæ fidei emptorem, qui occidit seruum immerentem, licet eum suum esse existimauerit, domino te-

C neri actione legis Aquiliæ, *l. si à domino §. si possessor, sup. de pet. hered.* qui §. ibi male accipitur ab Accur. de malæ fidei possessore tantum. bene etiam de bonæ fidei possessore ab eodem Accur. in *l. item Mela § sed etsi seruus, inf. ad leg. Aquil.* nec mirũ si bonæ fidei possessor qui seruum occidit bona fide possessum, domino teneatur actione legis Aquiliæ, cum & dominus ipse teneatur vtili actione legis Aquiliæ bonæ fidei possessori, si seruum ab alio bona fide possessum per iniuriam occiderit, *l. si dominus, inf. ad leg. Aquil.* Nunc vt mittamus Accursium: quod proponitur initio huius legis, id Vlpian. tradit ex *Iuliani libr. 7.* Digestorum. male Florent. 6. nam in aliis libris rectius 7. vt in *§. vsque adeo, inf.* & ita etiam in *l. Iulianus, inf. hoc tit.* rectius in aliis libris 7. quam Florent. 8. nam libro 6. Iulianus tractauit de pet. hered. libro 7. de speciali in rem

D actione, libro 8. de mixtis actionibus communi diuidundo, famil. erciscund. fin. regundorum, & hoc etiam tractasse Iulianum libro 7. quod ponitur initio huius legis apparet ex §. 1. quo proponitur responsum ex eodem Iuliani libro quod refertur & tribuitur eidem Iuliano, *l. fructus, inf.* ex libro scilicet 7. cum lex *fructus* sequatur Iuliani legem ex eodem libro 7. & hoc proponitur in §. 1. Primum mortuo homine post litem contestatam fructuum rationem habendam, quod fuit demonstratum l. 16. mortuo homine qui est in lite, non moritur lis tota: nam superest ratio fructuum, & lex 16. coniuncta cum præcedenti demonstrat, mortuo homine post litem contestatam, superesse rationem fructuum, etiamsi mortuus fuerit sine dolo & culpa possessoris, id est, suo fato: & additur hoc loco ex

E Iuliano, rationem fructuum haberi vsque ad tempus rei iudicatæ, & æstimari omnes operas serui mortui seu mercedes operarum hominis mortui vsque ad rem iudicatam, seu mercedes quæ ex operis eius capi potuerunt: nullæ enim captæ sunt, sed quæ si vixisset, capi potuissent. hæ sunt in fructu hominis, & in eas condemnatur qui passus est secum litem contestari, qui statim initio litis non agnouit bonam fidem, nec restituit petitori petitum hominem. habetur ergo ratio fructuum vsque ad tempus rei iudicatæ, etiamsi mortuus sit homo sine dolo & culpa possessoris: nam in specie §. 1. non fuit mortuus seruus dolo aut culpa possessoris: fuit tamen mortuus post moram. ergo hoc ponit tantum, eum moram fecisse, id est, cum eo litem contestatam fuisse, passus dicitur, qui litem contestatus est

cum possessore, *l. nemo §. vlt. inf. de verb. oblig.* hic igitur moram fecit, quia cum eo dominus litem contestatus est, & deinde homo suo fato periit, sine dolo tamen & culpa aduersarij, hoc quidem addidit Accur. sed præter legem, cum ponatur tantum mora, non dolus aut culpa possessoris. Inde igitur heic statuamus: nomine petito mortuo post litem contestatam sine dolo aut culpa possessoris habendam esse rationem fructuum vsque ad rem iudicatam, id est, eius quod ex operis serui capi potuit interim vsque ad rem iudicatam si vixisset. At in *l. fructus, inf. hoc tit.* exigit vt perierit homo dolo & culpa possessoris, vt scilicet habeatur ratio fructuum vsq; ad tempus rei iudicatæ, quod hic non exigitur, & videtur potius illo loco legendum, *si sine dolo,* non, *si dolo,* idque suadet etiam hæc ratio: nam refertur in *d. l. fructus,* in eo dissensisse prudentes, vtrum fructus hominis mortui, qui percipi potuerunt ex eius operis, sint computandi vsque ad tempus mortis, an vsque ad tempus rei iudicatæ: qui sane non videntur dissensisse eo casu quo is dolo vel culpa interiit, imo videntur hoc casu prorogasse condemnationem & æstimationem fructuum, cum ipse possessor causam mortis attulit. Sed causa dissentiendi magna fuit, cum is interiit suo fato post litem contestatam, sine dolo vel culpa possessoris. alii hominis fructus æstimabant vsque ad tempus mortis, alii vsque ad tempus rei iudicatæ: & ita sentiebat Iulianus in *d. l. fructus,* cuius sententia & heic refertur. neque tamen ponitur homo mortuus dolo aut culpa possessoris, sed post moram tantum possessoris, quæ sententia etiam obtinuit: & additur etiam, mortuo homine haberi etiam rationem partuum ex eodem Iuliano. mortuo homine, non moritur lis: quia habetur ratio non tantum fructuum, sed & partuum. partus non habentur in fructu: ideo separantur à fructu, vt in *l. 16.* & ait, *non solum fructus,* quia lex 12. tab. fructuum tantum faciebat mentionem. vindicatio est ex 12. tab. illo capite, *si quis in iure manum conseruit,* & illo, *si vindiciam falsam tulit,* & facit lex 12. tab. mentionem tantum fructuum, vt reddantur dupli à malæ fidei possessore, vel ex die litis contestatæ ex quo omnes possessores pares sunt; quoniam ait, *si vindiciam falsam tulit,* id est, si falsò contra vindicauit, si falso & per calumniam dominii vero domino controuersiam fecit contra vindicando quod is vindicabat iure recto: *fructuum duplione damnum decidito.* id est, præstet duplos fructus, quod ante Iustinianum obtinuit, & dicuntur in iure nostro ij maximi fructus, id est, dupli fructus, *l. §. pen. mand. l. rescriptum §. 1. inf. de distract. pign.* & hoc est quod ait *l. Iulianus §. 1. ad exhib.* in actione ad exhibendum, quæ similis, aut huius præparatoria, fructus æstimari secundum legem 12. tab. scilicet, in duplum ex die iudicii accepti, vt Pauli Sententiæ demonstrant. lex 12. tab. mentionem tantum faciebat fructuum, vt eorum ratio haberetur in iudicio vindicationis, sed producitur etiam lex ad partus & ad partuum fructus, vt ait hoc loco. primum partuum recentium. nulli sunt fructus infantium, id est, vsque ad septimum annum completum, nulli sunt fructus, quia nullæ sunt. operæ possunt esse quidam fructus, quia & quædam operæ leuiusculæ maiorum infantium, *l. vlt inf. de liber. cau.* sed cum hoc dicit, partus venire & partuum fructus, de causa loquitur nominatim. causa. separatur à fructu. restitui debet res cum fructibus, & sua causa. fructus est, vt si sit animal petitum, fœtus primus causa est: fœtus secundus, id est, fœtus fœtus, quia non est fructus rei ipsius, causa est. causa etiam est partus, quoniam partus non est fructus, & partuum partus, quia partus, vt homo, non est fructus, & causæ nomine comprehenditur partuum partus. sic videtur scripsisse Vlpianus in *l. ancillarum, sup. de petit. hered. l. mulier §. sed enim, inf. ad Trebel.* Postremo ostenditur, venire etiam in hanc actionem præter fructus causam, id est, partus & partuum partus, & præterea id omne quod actor esset habiturus, si tempore litis contestatæ homo ei restitutus fuisset. Venit igitur vsucapiendi causa, vt puta si post litem contestatam homo sit vsucaptus à possessore: nam litis contestatio non

A interpellat vsucapionem. Finge: post litem contestatam cum bonæ fidei possessore, possessor impleuit cœptam vsucapionem, an ideo minus mihi damnabitur? minime. debet mihi hominem restituere, vel etiam restituere actionem quam acquisiuit propter eum hominem post litem contestatam, veluti actionem legis Aquiliç. Finge pendente lite hominem vsucaptum quidam vulnerauit. actio legis Aquiliæ datur domino tantum. ergo ei qui vsucepit non actori, qui desiit esse dominus. vsucapio plenum ius tribuit possessori, quod notandum ex hoc loco, ita vt nihil remaneat ex pristino iure petitori re vsucapta pendente lite. Ergo actio de vulnerato seruo competit possessori: sed vt hominem quamuis vsucaptum debet tradere; sic etiam debet actionem legis Aquiliæ cedere. Si nondum vsucepisset B hominem, & aliquis eum hominem vulnerasset, daretur etiam ei vtilis actio legis Aquiliæ, non quidem directa, quia non est dominus: nec enim vsucepit: sed quia est bonæ fidei possessor qui ab initio bona fide eum hominem nactus est, datur ei vtilis actio legis Aquiliæ, *l. item Mela, §. sed et si seruus, inf. ad leg. Aquil.* Sed non cedet hanc actionem vtilem. frustra ei cederet, nempe vtilem, quia habet directam, sed seruo vulnerato aut occiso, dominus habet directam, bonæ fidei possessor vtilem. sed frustra desideras vtilem tibi cedi qui habes directam. at cum vsucepit, quia tu nullam habes actionem legis Aquiliæ, recte desideras vt hominem tibi tradat licet vsucaptum, & vt cedat actionem legis Aquiliæ, quam quidem interim pendente lite vsucepit. Idem erit si pendente lite eum hominem quem vsuceperat, desierit possidere possessione translata in alium non C dominum, & forte is homo sit occisus per iniuriam: nam & eo casu arbitrio actoris eum oportebit vel pretium serui occisi præstare, vel cedere actionem legis Aquiliæ, quæ propria eius est propter vsucapionem. debet etiam damnari hic qui transtulit possessionem in alium in fructus omnes, quos percepit ab eo in quem transtulit possessionem, ab eo quem subiecit supposuitque possessioni: *cum tamen semper per eum fructus perciperet:* Nam nihil omnino lucri debet facere ex eo homine, qui fuit in lite. Itaque quicquid cepit fructuum per se, vel per alium, aut percipere debuit, post litem contestatam, & partus qui editi sunt, partuumque partus, & omnes actiones, quas interim quasi dominus acquisiuit per vsucapionem, quin & hominem, si viuat, licet vsucaptum, restituere debet ei qui egit rei vindicatione, quæ est generalis definitio huius legis.

D

Ad LL. XVIII. XIX. & XX.

l. 18. Si post acceptum iudicium possessor vsu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cauere: periculum est enim, ne eum vel pignerauerit, vel manumiserit.

l. 19. Ipsi quoque reo cauendum esse Labeo dicit, his rebus recte prestari, *si forte fundi nomine damni infecti cauit.*

l. 20. Præterea restituere debet possessor, & quæ post acceptum iudicium per eum non ex re sua adquisiuit, in quo hereditates quoque, legataque, quæ per eum seruum obuenerunt, continentur: nec enim sufficit, corpus ipsum restitui: sed opus est, & vt causa rei restituatur: id est, vt omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipieba- E *tur, restitutus ille homo fuisset. Itaque partus ancillæ restitui debet: quamuis postea editus sit quam matrem eius, post acceptum scilicet iudicium, possessor vsuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, & traditio, & cautio de dolo necessaria est.*

HÆ leges sunt de officio iudicis, nam sunt de cautionibus iudicialibus, & de re qua de agitur tradenda & restituenda cum fructibus & causis, quæ omnia fiunt officio iudicis, non iure actionis, id est, formula actionis: nec enim actor intendit dari vel tradi, vel restitui oportere rem: alioqui hæc actio esset in personam non in rem: sed rem tantum suam auocat. Cæterum formula quæ præscribitur iudici, est huiusmodi: *Lucius Titius iudex esto, si paret fun-*

dum illum de quo agitur ex iure Quiritium illius esse, neque is fundus illi restituetur, condemna illum iudex. Et apud Ciceronem in prætura Verris. In ea formula duæ sunt clausulæ, vna de restitutione, quæ hanc actionem arbitrariam facit, altera de condemnatione. priori clausulæ si non pareat possessor, ex posteriore iudex eum condemnat, id est, litem æstimat, & illa verba, *neque is fundus restituetur*, hoc significat, vt Asconius ait, *coge vt restituat.* rectissime, cum & subiiciat Marcus Tullius, erit necesse iudicem cogere reum actori fundum restituere, aut condemnare, & ita in *l. à quo, inf. hoc tit. oportere iudicem reum cogere vt traderet.* & dicit, *traderet,* non, *restitueret,* quia omnino ponendum est in specie huius legis hominem, de quo agitur, fuisse vsucaptum post litem contestatam. ex priore igitur clausula iudex cogit aduersarium vel tradere, vel restituere: tradere rem vsucaptam, restituere non vsucaptam. ait autem in prin. l. 18. *Si post acceptum iudicium possessor vsu hominem cepit:* ex quo colligitur, simul & ex lege præcedenti, & l. 20. vsucapionem cœptam à bonæ fidei possessore non interrumpi litis contestatione, vel si quo alio modo cognouerit rem alienam esse: satis enim est si initio possessionem apprehenderit bona fide, & sine vitio vllo, quod probat lex *2. pro don.* & lex *2. §. vlt. inf. pro empt.* lex *Iulianus, §. quantum, inf. ad exhib.* possessionem tamen longi temporis (hæc locum habebat in prouincialibus prædiis, illa, id est, vsucapio in Italicis) possessionem, inquam, longi temporis litis contestatio, vel si qua alia ratione possessor cognouerit rem alienam esse, interrumpit, vel superueniens mala fides, & longi temporis præscriptio post litem contestatam in præteritum duntaxat æstimatur, id est, non computantur moræ litis, non computatur tempus litis, *l. nec longa, C. de præs. lon. temp. l. mora litis, C. de rei vindic.* & ratio differentiæ, quæ perspicue non explicatur inter vsucapionem & longi temporis possessionem hæc est: quia vsucapio significat ius, *l. bonæ fidei, inf. de acq. rem. dom. capio* enim, id est, acquisitio, *capere*, id est, acquirere. hæc vero in iure consistit, non in facto: acquirere iuris est, non facti: ius autem per se subsistit sine facto, ergo & vsucapio: quod vsque adeo verum est vt, si modo initio apprehensa fuerit possessio bona fide, non interrumpatur vsucapio, etiamsi possessor desierit possidere, vt si res vsucapi cœpta iuncta sit ædificio: nec enim iam possidetur, cum est iuncta ædificio, vsucapitur tamen, *l. rerum, de vsurp. & vsucap.* & ita morte etiam possessoris non interrumpitur vsucapio, *l. cœptam, infr. eod. tit.* furore possessoris non interrumpitur, *l. iusto errore §. pen. eod. tit.* captiuitate domini in rebus peculiaribus non interrumpitur, *l. si is qui pro emptore, eod. tit.* quibus tamen omnibus modis desinit possidere, & in summa, vsucapio non interrumpitur nisi vsurpatione, id est, possessione à domino, vel ab alio apprehensa, & ei qui vsucapere cœpit ablata: possessio autem significat factum *d. l. bonæ fidei, l. 3. §. 1. de bon. poss. inf. l. denique, ex quib. cau. maior.* possidere est facere, id est, detinere rem, residere, rei suæ corpore vel animo incumbere, vt recte Plautus dicit promiscue *possidere ferias, & residere ferias*, & Labeo exemplo sessionis docet duos non posse eandem rem simul possidere in solidum, *l. 3. §. ex contrario, inf. de acq. poss.* nam, inquit, sicut quo loco tu sedes, ego non possum sidere simul; ita quod tu possides, ego simul etiam in solidum non posum possidere: & ita Labeo scite in *l. 1. §. 1. de acq. poss.* possessionem dictam esse à sedibus, quasi positionem, id est, situm: id enim quisque videtur possidere, qui corpore insidet, incumbit, incubat. Denique possidere facti est. factum interrumpitur, si quis desinat facere. interrumpitur ergo possessio si quis desinat possidere: & possessor bonæ fidei, si incipiat possidere mala fide: facti enim qualitas immutatur; at interrupto facto ius etiam non interrumpitur, sed suapte procedit: Ideoque interrupta possessione, vel amissa bona fide, currit suapte vsucapio, quæ rite inchoata est: atque adeo non interrumpitur litis contestatione, non incidente fide mala, quæ est ratio veteris differentiæ, sed hodie sublata est: nam transformata vsucapione constitutum est vt vsucapio interrumpatur, non tantum litis contestatione, sed etiam libelli datione & executoris conuentione, *l. vlt. C. de ann. except.* atque etiam protestatione publice habita, si non extet qui conueniatur, *l. 2. C. eod.* at secundum ius antiquum, si homo petitus post litem contestatam vsucaptus sit & completa sit vsucapio, vt hic demonstratur, nihilominus aduersarius rem vsucaptam debere tradere. optima ratione: quia verum est tempore litis contestatæ rem actoris fuisse: cœpta enim tum erat, nondum completa vsucapio, *l. sicuti §. sed si quæratur, inf. si seruit. vind.* & ait hoc loco *si post acceptum iudicium* possessor hominem vsuceperit, debet eum tradere, non dicit restituere; quia vsucapione possessor factus est dominus. traditio transfert dominium, restitutio possessionem. Hoc igitur iudicio actori non domino rem de qua agitur, restituere debet dominus, id est, qui pendente lite vsucepit rem de qua agitur, tradere debet, & tradere debet eam rem cuius dominium interim acquisiuit vsucapione, atque etiam eius rei causam omnem, & partum editum post litem contestatam, vel post vsucapionem ancillæ: & in his tradendis, vt hic demonstratur, & in l. 20. debet qui tradidit, cauere de dolo malo, id est, dolum malum abesse. quid enim si veneno imbutum tradat, quid etiam si hominem alij venditum post litis contestationem, vel pigneratum, vel manumissum tradat, quod hic proponitur? & ob id Accur. obiicit in eam partem huius l. quod vulgo dicitur, rei litigiosæ alienationem vel pignerationem non valere. quod non est verum absolute. Rei litigiosæ alienatio, vel pigneratió non valet iure prætorio, quia scilicet emptori vel creditori eam rem persequenti ex causa emptionis vel pignoris obstat exceptio, quæ dicitur litigiosi. non valet igitur iure exceptionis, id est, propter exceptionem, quæ obstat rem persequenti. valet tamen iure ipso. & ita est accipiendus titulus de litigiosis, qui est pen. tit. libr. 44. qui totus est de exceptionibus: & proponitur in eo primum titulus generalis de exceptionib. deinde exceptio rei iudicatæ, tum exceptiones temporum, & exceptio doli propriis titulis. Deinde ponitur titulus, quarum rerum actio non detur: cuius hic est sensus, quib. aliis rebus opponatur exceptio, & actio non detur, cum effectu scilicet: in quo titulo proponuntur tres exceptiones, exceptio iurisiurandi, exceptio quod in alea gestum sit, & exceptio quod libertatis onerandæ causa petitur. Fuit etiam proposita sub eodem titulo exceptio rei venditæ & traditæ, de quo est proprius titulus *lib. 20.* nam *lib. 76.* ad edictum Vlpian. ex quo est *l. 1. quar. rer. act. non det.* proposuit exceptionem rei venditæ & traditæ, vt constat ex tit. *de excep. rei vend. & trad.* vltimó loco in eo *lib.* 44. proponitur titulus *de litigios.* id est, de exceptione litigiosi: nam qui rem litigiosam comparauit, repellitur tantum per exceptionem, non iure ipso. Ergo si rem possideat, cum eo agi non potest, vel quod emerit rem litigiosam, vel quod eam pignori acceperit: Sed si amiserit possessionem, ea ratione ipse non poterit agere cum effectu & rem persequi, quia agenti obstabit exceptio litigiosi. Ergo nihil nos mouere debet aduersus hanc l. quod dicitur, rei litigiosæ venditionem non valere: neque enim vsquequaque verum est. Licet autem dicat Iurisconsultus, eum qui hominem tradit, debere cauere de dolo malo, addi potest, & de culpa, puta sua culpa hominem deteriorem factum non esse, quia post litem cōtestatam etiam bonæ fidei possessor & dolum & culpam præstat. qua de causa etiam in restituendo bonæ fidei possessor si restituat post conuentionem, id est, posteaquam in ius vocatus est, ante litem contestatam, tamen cauere tantum debet de dolo: sed si restituat post litem contestatam, cauere etiam debet de culpa, *l. si homo, inf. hoc tit.* & hæ cautiones, aut repromissiones sunt, aut satisdationes, pro qualitate personarum scilicet, arg. *l. is à quo, inf. hoc tit.* nam si locupletes sunt, non satisdant. Sed nudam tantum cautionem, id est, repromissionem cauent: & contra ei qui tradit rem, qua de agitur, vel restituit, cauetur vicissim ab actore,

actore, vt indicat *l. 19. his rebus recte præstari.* vt si fuerit lis de fundo, vel de ædibus & earum ædium nomine possessor vicino cauerit damni infecti: cum restituet ædes iussu iudicis cogetur actor, ob eam rem quod cauerit, vicino damni infecti ædium nomine cauere, *his rebus recte præstari,* id est, indemnem eum eo nomine seruari: *his rebus recte præstabo,* id est, *indemnem te seruabo,* vt in *l. illud §. pen. sup. de petit. her.* & ita etiam in specie *l. pen. 5. de pet. her. & l. is à quo 58. inf. hoc tit.* si cum possessore vnus egerit coram vno iudice, atque alter etiam cum eodem possessore egerit coram altero iudice eiusdem rei nomine, & prius ab vno ex iudicibus iubeatur rem restitui, non aliter cogetur restituere quam si officio iudicis ei caueatur, *his rebus recte præstari,* id est, de eo defendendo aduersus alterum, & de re præstanda si euincatur ab altero. & ita in specie *l. à quo, inf.* si rei vindicatione agatur cum possessore serui, cuius nomine susceperit etiam noxalem actionem furti, & iubeatur restituere hominem petitori, non aliter restituet præstita cautione de dolo & culpa, quam si vicissim ei caueatur quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, *id recte præstari*: Sic igitur mutuæ cautiones in hoc iudicio interponuntur. Et notandum est in hanc rem quod dicitur vulgo, post litem contestatam omnes possessores pares esse, quod iam diximus in *l. 15. §. vlt.* vitiari vno casu, si post litem contestatam res suo fato perierit: nam bonæ fidei possessor non præstat fatum, malæ fidei autem præstat eo casu, si res non erat peritura, si initio litis restituta esset actori. Vulgare dictum illud vitiatur etiam altero casu qui colligitur ex *l. 20.* obscure: nam bona fide possessus seruus acquirit bonæ fidei possessori etiam post litem contestatam duabus ex causis tantum, ex re sua, & ex re possessoris & ex operis suis, quia operæ sunt fructus hominis: & id quidem quod ei acquisiuit ex re eius non venit in restitutionem, sed quod acquisiuit ex operis serui, id venit in restitutionem, & ita fructus hominis acquiruntur bonæ fidei possessori, post litem contestatam iure ipso non acquiruntur cum effectu, quia re euicta restituuntur: & ita accipiendum est quod dicitur, fructus acquiri bonæ fidei possessori, *l. qui scit §. vlt inf. de vsur.* acquiri scilicet interim quoad res euicta sit, & non acquiri fructus bonæ fidei possessori in *l. bona fidei, inf. de acq. rer. dom.* non acquiri, inquam, effectu, id est, si inspicias euentum exitumque iudicij: nam re euicta fructus restituentur, qui interim videntur acquisiti bonæ fidei possessori. Et ita non pugnant illæ duæ *ll.* Sic etiam fructus qui per se nascuntur, sine cultura hominis ex agris, acquiruntur bonæ fidei possessori, interim vt ait *l. bona fidei,* id est, donec res sit euicta. non acquiruntur, vt ait *l. fructus inf. de vsur.* quia interim eius non sunt cum effectu quia re euicta veniunt in restitutionem. In summa, quod post litem contestatam bonæ fidei possessor per seruum acquirit ex re sua, id non restituit homine euicto. quod adquisiuit ex operis serui, id restituit. In malæ fidei possessore longe secus est: nam malæ fidei possessori seruus qui possidetur, nihil quicquam acquirit: nec ex re possessoris, nec ex operis suis: & ideo quicquid per eum seruum malæ fidei possessor accepit, siue ante, siue post litem contestatam, seu ex re sua, seu ex operis serui, id omne venit in restitutionem, *l. 1. C. de rei vind. l. per seruum 2. inf. de acq. rer. dom.* atque ita hoc etiam casu vitiatur quod iactatur vulgo, omnes possessores pares esse post litem contestatam. Adiicit etiam, venire in restitutionem hereditates, aut legata, quæ post litem contestatam per seruum petitum obuenerunt, *l. 20.* hereditates istæ quæ per seruum obuenerunt, neque sunt ex re possessoris, neque ex operis serui, *l. liber homo, inf. de acq. rer. dom.* ergo bonæ fidei possessori non acquiruntur, *§. de his & §. seq. Instit. per quas pers. nob. acq.* Et si bonæ fidei possessor ab extraneo herede seruum scriptum bona fide possessum iusserit adire eam hereditatem, nihil promouebit, vt ait *l. si quis mihi bona, in prin. inf. de acq. her.* quia scilicet ei non acquiretur ea hereditas, cum neque sit ex re, neque ex operis; quæ duæ tantum causæ adquirendi reseruantur bonæ fidei possessori. Hoc tamen loco, id est *l. 20.* significatur, bonæ fidei possessori hereditates & lega-

A ta per seruum acquiri prima fronte, quoniam ipse ea capit à seruo non iure: & ideo non dicit in *l. 20. acquisierunt,* sed *obuenerunt.* aliud est obuenire, aliud acquiri, sicut aliud deferri hereditatem, aliud acquiri. non quæcunq; hereditas nobis obuenit, & continuo acquiritur. merito igitur, ea etiã legata vel hereditates quæ obuenerunt per seruum bonæ fidei possessori, in restitutionem veniunt. sed re vera etiam cum effectu bonæ fidei possessori acquiruntur hereditates & legata relicta seruo bona fide possesso contemplatione possessoris: vt si quis seruum ab eo bona fide possessum heredem scripserit gratia & merito possessoris, id est propter possessorem; vt per seruum id haberet possessor, non serui gratia aut merito: hoc enim casu ea hereditas si eam seruus adierit iussu possessoris, acquiritur possessori, & non venit in restitutionẽ, quia videtur esse ex re possessoris, cum pro-
B pter possessorẽ sit relicta seruo, *l. aditio, in fi. inf. de acq. her.*

Ad L. XXI. & XXII.

L. 21. Si à bonæ fidei possessore fugerit seruus, requiremus, an talis fuerit, vt & custodiri debuerit: nam si integra opinionis videbatur, vt non debuerit custodiri, absoluendus est possessor: vt tamen, si interea eum vsuceperat, actionibus suis cedat petitori, & fructus eius temporis, quo possedit, præstet. quod si nondum eum vsucepit, absoluendum eum sine cautionibus, vt nihil caueat petitori de persequenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamuis interim, dum in fuga sit, vsucapiat? nec iniquum id esse Pomponius libro trigesimonono ad edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit: vt, tamen, si vsu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat.
C *Iulianus autem, in his casibus, vbi propter fugam serui possessor absoluitur, etsi non cogitur cauere de persequenda re, tamen cauere debere possessorem, si rem nactus fuerit, vt eam restituat. idque Pomponius libro trigesimoquarto variarum lectionum probat. quod verius est.*

L. 22. Quod si dolo possessoris fugerit: damnandum eum, quasi possideret.

Lex 21. & 22. addunt finem disputationi de officio iudicis. Seruus qui petitus est, fugit post litem contestatam. videndum est, vtrum culpa possessoris fugerit, an non: si sine culpa possessoris fugerit, vt si integræ opinionis videbatur, vt non debuerit custodiri, absoluitur reus, quantum ad ipsum hominem attinet: nam fuga seruorum qui custodiri non debent, quorumve custodiendorum nulla
D causa est, numeratur inter casus fortuitos, *l. in rebus, inf. commod. l. contractus, inf. de reg. iur.* nemo autem præstat casum fortuitum: ideoque si sine culpa possessoris homo petitus fugerit post litem contestatam, absoluendus est reus: ita tamen, vt si interim, id est, pendente lite hominem vsucepit ante vel post fugam: fuga enim non interrumpit vsucapionem, quia nec possessionem, debeat tum is actori cedere suas actiones, id est, ad exhib. & in rem, quas acquisiuit vsucapione, vel etiam eis ipse debeat experiri, aut cauere actori se acturum suis actionibus, id est, cauere de persequendo seruo, & cum deprehenderit, eo restituendo, pretiove eius, quod ad hanc l. adiicit Theophilus in *tit. de diuis. stipul. Instit.* vbi hanc l. rectissime est interpretatus. hæc l. exigit, vt qui vsucepit hominem eum
E qui est in fuga, petitori cedat actionibus suis: Theophilus adiicit huic rationi consentaneum esse, vt vel ipse suis actionibus experiatur, aut caueat se his acturum: puta se seruum, qui est in fuga, persecuturum & restituturum. Itaque non omnino absoluitur reus, cum vel cedere suas actiones debeat, vel cauere de persequendo & restituendo seruo: nam sane hoc casu vincit actor, quia iudex declarat hominem actoris esse. quæ victoria erit sine emolumento, si nihil ferat à possessore, id est, si non vel possessor cogatur actiones suas cedere, vel cauere: nec enim iudex condemnare potest possessorem, id est, ob eam rem, quod hominem non tradat, litem æstimare non potest, quia nihil dolo & culpa eius contigit, quo minus hominem traderet, vt *l. à quo, inf. hoc tit.* seruus enim dedit se in fugam sine dolo eius & culpa. Itaque neque ex clausula de restituendo, neque ex clausula de condemnando tenebitur reus actori, id

eſt, non arbitrabitur iudex rem tradi, neque litem æſtimabit ob rem non traditam: ſed vt ait Theophilus ne ea victoria ſit ἀνώνυμος νίκη, corrupte legitur, ἀνώνυμος δίκη, & male interpres Latinus, *ne omne iudicium ſit eluſorium*, & ſic interpretandum, *ne victoria actoris ſit ſine honore & præmio aliquo*, debet poſſeſſor officio iudicis ſuas actiones quas vſucapione acquiſiuit, cedere actori, vel debet cauere de ſeruo perſequendo & reſtituendo: alioqui ſi nihil præſtaret, eſſet ἀνώνυμος νίκη, id eſt, victoria ſine præmio. Habenda etiam eſt ratio fructuum, vt ait hoc loco, eius temporis quo poſſedit ſeruum eum qui eſt in fuga, & vſucepit quandiu nemo alius eius poſſeſſionem nactus eſt, *l. 1. §. per ſeruum qui in fuga, & l. per eum, inf. de acquir. poſſeſſ.* ſeruum qui eſt in fuga poſſidemus, vſucapimus, ſed deſinimus poſſidere, & interrumpitur vſucapio ſi non ſit completa, ab alio apprehenſa poſſeſſione: & eius quidem temporis quo ipſe poſſedit ſeruum qui erat in fuga, fructus præſtare debet, id eſt operas, ſiue mercedes, quæ ex operis ſerui percipi potuiſſent ſi non fugiſſet, aut ſi eum actori ſtatim reſtituiſſet: ſed eius temporis fructus non præſtabuntur, quo poſſeſſus eſt ab alio. In *l. 17. §. vlt. ſup.* dicitur, non præſtari fructus eius temporis quo poſſeſſus eſt ſeruus ab eo qui euicit. addendum, etiam non præſtari fructus eius temporis quo poſſeſſus eſt ab alio, cum aduerſus nouum poſſeſſorem competat noua & propria actio domino, ſeruo non vſucapto, vel etiam ſeruo vſucapto cedi debeat aduerſus eum poſſeſſorem actio. Delegatio quoque eſt etiam pro iuſta præſtatione fructuum eius temporis *l. quod debetur, inf. de pecul.* At ſi ab alio recipiendorum fructuum eius temporis quo reus non poſſedit, facultas nulla ſuppetat, vt puta, homine mortuo poſt litem conteſtatam, non dicimus fructus eius tantum temporis præſtari quo poſſedit reus, id eſt, vſque ad mortem: computamus enim fructus qui percipi potuiſſent ſi vixiſſet vſque ad tempus rei iudicatæ, quia ſtatim eum hominem poſſeſſor non reſtituit, ſed paſſus eſt ſecum litem conteſtari: & computari fructus ſiue operas vſque ad tempus rei iudicatæ Trebatii ſententia eſt, *l. fructus §. 1. inf. hoc tit.* quam veriorem ait eſſe Pomponius, vt ibi refertur, & Iulianus cuius extat ſententia in 17. §. 1. *ſup.* verior inquam eſt Trebatij ſententia, quam Labeonis, qui hac in re diſſentiebat à Trebatio, vt in pleriſque aliis ab eo diſſentit, quamuis fuerit ab eo inſtitutus, *l. 1. §. ſic iſta, inf. depoſ. l. 1. §. ex contrario. de acq. poſſ. l. liber homo, de acq. rer. dom.* & aliis locis. Labeo exiſtimabat fructus quoad vixiſſet ſeruus, dumtaxat æſtimari oportere, & extat Labeonis adhuc ſententia in *l. pen. inf.* ad quam Paulus addit exceptionem, in qua ſcilicet fructus nullo modo æſtimantur, neque ad mortis, neque ad rei iudicatæ tempus: vt ſi is ſeruus qui mortuus eſt poſt litem conteſtatam prius inciderit in valetudinem aduerſam, propter quam eius operæ inutiles factæ ſint: tunc enim nullæ eius hominis operæ æſtimabuntur, neque ad tempus mortis, neque ad tempus rei iudicatæ, quia interim percipi nullo modo potuerunt: & etiam ſi vixiſſet, eius temporis fructus æſtimari non conueniret, quia ægroti nullæ aut inutiles ſunt operæ, nulli fructus: & ij tantum æſtimantur qui percepti ſunt, vel percipi honeſte potuerunt *d.* l. 1. in pr. ergo vt proponitur in l. 17. §. 1. ex ſententia Iuliani, quę eadem eſt cum Trebatio, & vt contra proponitur in *l. pen. inf.* ex ſententia Labeonis, ſi homo petitus poſt litem conteſtatam mortuus ſit ſuo fato, id eſt, ſine dolo & culpa poſſeſſoris, fructus ex Labeonis ſententia eius hominis æſtimantur vſque ad mortis tempus: ex Trebatij ſententia vſque ad rei iudicatæ tempus, quæ obtinuit: qua de cauſa iterum dico, id enim iam ante dixi in *l. 13.* in l. *fructus*, dum dicitur, veriorem hac in re eſſe Trebatij ſententiam, ſcilicet quam Labeonis: atque adeo dum notantur in hac re diſſenſiſſe prudentes legendum eſt: *Et ideo ſi ſine dolo & culpa poſſeſſoris homo perierit*: quia ſi poſt litem conteſtatam homo ſine dolo aut culpa poſſeſſoris perierit, non fuit adeo ſtultus Labeo vt exiſtimauerit non eſſe rationem habendam fructuum eouſque quouſque haberetur, ſi homo dolo aut culpa poſſeſſoris non periiſſet, id eſt, vſque ad rei iudicatæ tempus: nam cum ipſe ſeruo ne-

A cem attulerit, quis non fatebitur producendam eſſe æſtimationem fructuum, quoad longius fieri potuerit. in eo non diſſenſerunt prudentes, ſed diſſenſerunt altero caſu quo ſcilicet periit ſine dolo & culpa poſſeſſoris, qui ita ponitur in *l. 17. & l. pen.* & hæc quidem de ſeruo qui conuertit ſe in fugam poſt litem conteſtatam, quemque reus vſucepit pendente lite. Nunc loquamur de eo quem nondum vſucepit. Si ſeruus petitus poſt litem conteſtatam fugerit ſine dolo & culpa poſſeſſoris, quem nondum poſſeſſor vſuceperat, cauere non debet, ſed abſoluitur omnino: Ita ſcilicet vt non cogatur cedere actionibus ſuis: habet enim Publicianam, etiam nondum completa vſucapione, ſed hanc actionem non cogitur cedere actori, cum ſufficiat actori directa: nondum enim homo mutauit dominum

B cum nondum vſucaptus ſit: Igitur non cedit actionibus, non cogitur etiam cauere de perſequendo ſeruo, quem perſequi poteſt Publiciana, vt dixi, quia ſcilicet ipſe petitor eum perſequi poteſt propriis actionibus, ob diſtractionem, id eſt, quia petitor habet perſecutorias actiones ſerui nondum vſucapti: & quamuis interim dum eſt in fuga, currat ſuapte vſucapio hominis, quoad ſit ab alio apprehenſa poſſeſſio, tamen nihil vetat quo minus eum petitor perſequatur, & hoc eſt, quod ait, *quo minus enim petitor* &c. vt Flor. legitur: male enim Haloander, *nihilominus*. non eſt etiam legendum vt vulgo, cominus, quod ſignificat ſtatim, confeſtim, & Græcis αὐτοχρῆμα, *l. 3. de pign. act. & l. continuus, de verb. oblig.* nam ait, *quo minus, eum petitor*, &c. eſt ipſa celeritate paulo peculiaris oratio commotior: huius ſatis perſpicuus eſt ſenſus: nihil eſſe quo minus petitor

C ipſe eum hominem perſequi poſſit: & ideo non debere eum exigere cautionem de perſequendo ſeruo ab aduerſario: & ita expoſuit Theophilus, *tit. de diuiſ. ſtipul.* nihil vetare quo minus hoc caſu, cum nondum homo eſt vſucaptus, ipſe petitor eum hominem vindicet à poſſeſſore quolibet. quid enim deſiderat ſibi caueri de homine perſequendo, cum nihil vetet quo minus eum perſequi poſſit? ſed cauere tamen debet eo caſu de eo ſeruo reſtituendo, ſi forte in eius poteſtatem venerit. non cauet de eo perſequendo, ſed nec perſequi eum debet, ſed eum perſequi petitor poteſt ſi velit, ſed tantum petere vt caueat aduerſarius ſe reſtituturũ cum primum in poteſtatem eius peruenerit, vt in *l. Celſus §. vlt. inf. ad exhib. l. ſi pecuniã §. item ſi quis, inf. de cond. cau. da.* & de eo reſtituendo ſi eum deprehen-

D derit, vel eius pretio, vt in *§. 1. de diuiſ. ſtipul. Inſt. & l. cum res §. itaque ſi Stichus, inf. de legat. 1.* (vide tamen obſeruat. lib. 11. cap. pen.) Ad hæc quæritur ab Accurſ. hic & quaſi ex aduerſo obiicitur, cur depoſitarius neque caueat de perſequendo neque de reſtituendo? nam ſi homo depoſitus ſine culpa aut dolo depoſitarij fugerit poſt litem conteſtatam, depoſitarius ei qui egit depoſiti, neque debet cauere de ſeruo perſequendo, neque de eo ſi deprehenderit reſtituendo: ſed ſi forte deprehenderit, iterum agetur cum eo depoſiti. Cur etiam hoc caſu poſſeſſor non exoneratur omnino cautione? ratio non eſt obſcura, ne ſcilicet depoſitarius pro beneficio ſuſceptæ cuſtodiæ alienæ rei onus cautionis ſuſcipiat, cum dolo vel culpa vacet. Igitur ſi res peruenerit in eius poteſtatem, recte quidem eum eo rurſus agetur depoſiti, ſed antequam peruenerit non ſubibit cautionem de reſtituendo, neque de perſequendo. mi-

E tior eſt actio depoſiti, quia eſt bonę fidei, quam vindicatio: nam etiam alia in re mitior eſt, puta ſi dolo depoſitarij fugerit homo depoſitus: nam hoc caſu condemnatur quidem depoſitarius quanti ea res eſt, quanti in litem iuratũ fuerit, ſed ei condemn. ſuccurrit. vt actor ei cedat ſuis actionib. hominis perſeq. cauſa, *l. in depoſiti, inf. de re iudic.* cum tamen in rei vindic. non idem obſeruetur: nam ſi poſt litem conteſtatam dolo poſſeſſ. homo fugerit, condemnatur poſſeſſor quanti in litem iuratum fuerit, & actor non cedit ei actiones ſuas. Rurſus dubitat Accur. cur idem non obſeruetur quod in rei vindic. in actione quod met. cau. nam in actione quod metus cauſa, ſi ea egero cum eo qui hominem mihi metu extorſit, & poſt litem conteſtatam is homo fugerit ſine culpa poſſeſſoris cum quo agebatur quod metus cauſa, debet is poſſeſſor cauere, & perſe-

quendo, & de restituendo seruo, *l. si cum exceptione §. quatenus, sup. quod met. cau.* cum tamen in rei vindicatione non caueat de persequendo, sed de restituendo tantum. Sed planum est, eo genere coerceri metum duplici exacta cautione: nam si forte agatur quod metus causa cum alio quam cum eo qui metum intulit: finge, ex metu ab alio illato, res quæ fuerat metu extorta ad me peruenit; ego etiamsi non metum intulerim, teneor quod met. cau. quia hæc actio est in rem scripta, id est, quia datur aduersus quemlibet rem possidentem, etsi metum non fecerit: sed post litem mecum contestatam actione quod metus causa, si is homo quo de agebatur, fugerit sine dolo & culpa mea, ego non cauebo de eo persequendo, sed de eo restituendo tantum si in meam potestatem venerit, *d. l. si cum exceptione §. aliquando*, vt in rei vindicatione, cum maleficium abest, id est, cum actum est cum bonæ fidei possessore, sine cuius culpa & dolo seruus fugit post litem contestatam: sed non ita si agatur vel cum malæ fidei possessore, vel cum eo qui metum intulit: quanquam & cum agitur rei vindicatione cum bonæ fidei possessore, vt dictum est supra, exigatur ab eo cautio & de persequendo & restituendo homine vsucapto: quia tunc ipse solus rei persecutionem habet, non qui fuit olim dominus, & desiit esse amisso serui dominio vsucapione: sed cum dominus non amisit dominium & persecutionem serui, id est, cum homo nondum vsucaptus est, non cauebit is vnde petitur nisi de restituendo, de persequendo non item. Rursus etiam dubitat, cur non idem quod in rei vindicatione obseruetur in actione redhibitoria? *l. redhibere §. vlt. de adil. ed.* finge: emptor hominis ob vitium vel morbum, quod non dixerat venditor, egit redhib. actione, id est, vt venditor recipiat rem, & restituat pretium. post litem contestatam is homo fugit sine dolo & culpa emptoris, an cogitur venditor restituere pretium? sic sane: sed vicissim debet emptor cauere de eo homine & persequendo, & restituendo: cum tamen in rei vindicatione non caueatur de persequendo. sed rem ita geri in actione redhibitoria natura actionis postulat, & nomen actionis demonstrat. redhibitoria actio est quæ resoluit venditionem, & restituit omnia in pristinum statum, perinde ac si emptio & venditio non intercessisset, *l. facta, inf. de adil. ed.* Igitur sicut vult emptor sibi pretium præstari siue redhiberi ex parte venditoris, debet etiam ipse pro sua parte rem redhibere, aut si abesse cœpit sine eius dolo, aut culpa post litem contestatam: omnimodo cauere debet de ea persequenda & restituenda. quin imo hoc verè possumus affirmare, nihil distare à rei vindicatione, quæ est verior definitio. cur cauet emptor de persequendo & de restituendo? quia emptor factus est dominus traditione. Ergo eius est persecutio & restitutio, non venditoris, quod & ita procedit in rei vindicatione, si possessor factus sit dominus vsucapione. tunc enim cauet de vtroque de persequendo & restituendo, vel actionibus suis cedit petitori. Itaque consentit omnino hac in re ius redhibitoriæ actionis cum hoc iure, de quo tractamus, scilicet de rei vindicatione. Postrema inspectio illa est, quid sit dicendum si dolo aut culpa possessoris homo fugerit post litem contestatam, vt puta, si non custodierit eum qui custodia indigebat veluti impuberem, vel barbarum, vel stigmaticum seruum, tenetur & doli & culpæ nomine, *l. qui petitorio §. 1. inf. hoc tit.* & sicut naue petita, quo exemplo hic vtitur, & vsi sumus *sup.* in *l. 16.* si ea nauis post litem contestatam perierit, tenetur reus, si eam non idonea tempestate nauigatum miserit, vel si eam non idoneis hominibus commiserit: hoc enim culpa esse intelligitur: ita etiam si hominem fugitiuum qui petebatur, reus pendente lite non custodierit, & fugerit, culpæ nomine tenebitur, hominem inquam fugitiuum, quo verbo significatur habitus animi, id est, qui erat eis moribus vt sæpissime fugeret, debuit custodire. si non custodierit & fugerit, culpæ nomine tenebitur: tenetur autem hoc casu cum seruus fugit dolo aut culpa eius, & tenetur omnimodo eius rei nomine vt hic, si dolo eius fugerit, quanti in litem iuratum fuerit, si culpa eius fugerit, quanti ea res erit,

A id est, pretii iusti nomine: & ita scilicet vt si culpa eius tantum fugerit, non dolo, debeat actor cui præstatur æstimatio litis, ei cedere suis actionibus, cum nondum vsucepit possessor seruum: quin etiam licet actor ei non cesserit suis actionibus, ipse reus qui subierit æstimationem litis culpæ suæ nomine, potest hominem persequi propria actione, id est Publiciana, de qua omnino accipienda est *l. si culpa, inf.* nam in ea valde hæsitant interpretes, vt sit eius legis hæc sententia: si fugerit seruus culpa, non dolo possessoris, vt actor ei cedat directam vindicationem quam habet, & vt etiam sine cessione directæ, ipsi detur à prætore Publiciana, ne in damno versetur, ne & pecuniam & hominem amittat; quam Publicianam eadem lex *si culpa* docet posse institui aduersus dominum, qui hominis æstimationem tulit, si forte postea possessio hominis ad eum peruenerit. nec

B obstabit agenti Publiciana exceptio iusti dominii, quæ dicitur obiici Publicianæ in *l. vlt. tit. seq.* sed hæc exceptio iusti dominii, quæ obiicitur Publicianæ, datur causa cognita: ergo non temere, *l. mandatum, inf. mand.* nam æquum est plerisque casibus, vt etiam detur actio efficax, id est, Publiciana contra dominum, vt hoc casu qui domino serui litis æstimationem præstitit, recte etiam cum eo deinde aget nacto possessionem hominis Publiciana actione, nec repelletur exceptione dominij, etiamsi dominus ipse sit paratus reddere pecuniam quam accepit sententia iudicis periculo iudicati, vt ait *d. l. si culpa*, id est, periculo condemnati in æstimationem litis: nam æstimationem litis soluit suo periculo. nam siue rem, cuius nomine litis æstimationem soluit, postea consequetur, siue non, pecuniæ illius

C damnum fecit: ergo Publiciana conueniri poterit etiam ipse dominus cum effectu, nec audietur si litis æstimationem redhibeat ei qui agit Public. quæ est sententia *d. l. si culpa.* At si dolo possessoris post litem contestatam fugerit seruus de quo agebatur, eo casu actor non cogitur ei cedere suis actionibus. non habet etiam is qui quantum in litem iuratum est persoluit, actionem Public. *l. is qui dolo, & l. nec quasi, inf. hoc tit.* Itaque multum interest dolo eius fugerit, an culpa. & hoc est quod ait *l. 22.* quod si dolo possessoris fugerit, perinde eum teneri, atque si possideret, id est, non ei cedi actiones, & nec ei caueri de cedendis actionibus, quæ tamen ceduntur ei qui culpam tantum admisit: quin & Publiciana ei permittitur, quæ huic non permittitur. & hæc omnia dicuntur de bonæ fidei possessore cuius

D dolo vel culpa seruus fugit post litem contestatam: nam si ante litem contestatam seruus fugerit sine dolo & culpa bonæ fidei possessoris, non tenetur: quia ante litem contestatam dolum tantum præstat, non culpam, *l. si homo, inf. hoc tit.* post litem contestatam & dolum & culpam præstat, sed mitius, vt dixi, condemnatur ob culpã, quam ob dolum.

Ad L. XXIII. In rem.

L. 23. In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure ciuili dominium adquisiit.

1. §. Loca sacra, item religiosa, quasi nostra, in rem actione peti non possunt.

2. §. Si quis rei suæ alienam rem ita adiecerit, vt pars eius fieret: veluti si quis statuæ brachium, aut pedem alienum

E *adiecerit: aut scypho ansam, vel fundum: vel candelabro sigillum, aut mensæ pedem: dominiũ eius totius rei effici, vereque statuam suam dicturũ, & scyphum, plerique recte dicunt.*

3. §. Sed & id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturæ. sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.

4. §. In omnibus igitur istis, in quibus mea res per prævalentiam alienam rem trahit, meamque efficit: si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accesserit dare.

5. §. Item quacumque aliis iuncta, siue adiecta, accessionis loco cedunt, ea quandiu cohærent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, vt separentur, & tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferrumina-

tione scribit. Dicit enim, si statua ferruminatione iunctum brachium sit, vnitate maioris partis consumi: & quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit: quia ferruminatio per eandem materiem facit confusionem: plumbatura autē non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem: vt singuli homines, singulæ oues. Ideoque posse me gregem vindicare, quamuis aries tuus sit immixtus: sed & te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohærentibus corporibus eueniret: nam si statua mea brachium alienæ statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse: quia tota statua vno spiritu continetur.

6. §. Tignum alienum ædibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi aduersus eum, qui sciens alienum iunxit ædibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quæ in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.

7. §. Item si quis ex alienis cementis in solo suo ædificauerit: domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit: etiamsi, post tempus vsucapionis, dissolutum sit ædificium, postquam à bonæ fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa vsucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

QVia rei vindicatio, de qua hoc tit. agitur, domino in possessorem datur, ideo omnis quæstio dominij & possessionis in hunc tractatum incidit. quæstio possessionis habita est in *l. officium*, sup. heic habebitur dominii quęstio. In rem actio datur domino, sed an ei qui iure tantum Quiritium dominus est, sicut in formulis addi solebat? imo etiam ei qui iure gentium dominus est. Iure gentium, vt qui à domino rem traditam accepit, iure ciuili, vt qui à non domino traditam vsucepit. vel huic, vel illi datur rei vindicatio, & vterque etiam rem suam esse dicit ex iure Quiritium: nam & quod iure gentium meum est, idem iure ciuili meum est, sicut ius quod naturale est, idem ciuile est, aut esse debet, vt ait Cicero, sed non è conuerso. Nam quod meum est iure ciuili, non continuo etiam meum est iure gentium: & ideo plerunque adiici oportet, cum quid iure ciuili tantum nostrum est, in vindicando hanc causam, ex iure Quiritium, *l. 1. §. per hanc, inf hoc tit.* vt si filium tuum esse dicas, hoc non recte dicas simpliciter, sed causam adiicere debes ex iure Quiritium: nec enim filium tuum recte dixeris iure gentium, sed qui simpliciter non adiecta causa rem suam esse dicit, is qualecunque dominium in iudicium deducit, *l si mater §. eandem, in fi. de except. rei iudic. qualecunque* dominium, id est, tam quod iure ciuili, quam quod iure gentium consistit, dominium scilicet quod dicitur in bonis, id est, dominium iure gentium, & dominium ex iure Quiritium: non qualecunque, id est, directum & vtile, quia omne dominium est directum, nullum est vtile, vt recte docuerunt interpretes feudorum: nec quod sit vindicatio alia directa, alia vtilis, erit & propterea dominium aliud directum, aliud vtile: sicut quod sit actio hypothecaria alia directa, alia vtilis, non ideo tamen quisquam adhuc constituit nobis aliam hypothecam directam, aliam vtilem. Igitur in *d. l. si mater, qualecumque dominium*, id est, dominium in bonis, quod tam iure ciuili quam gentium consistit. Alii enim sunt domini vt Theophilus docet *tit. de libert.* Bonitarij, alij Quiritarij: ergo rei vindicatio datur vtrique, id est, siue quæsierit quis dominium iure gentium, siue iure ciuili. Quid constituemus, si proponamus duos esse dominos eiusdem rei in solidum, vnum iure ciuili, alterum iure gentium: vt ecce, secundum ius antiquum venditor qui rem venditam tradidit emptori, qui inquam, tradidit, non solemniter mancipauit, non in iure cessit, is est dominus ex iure Quiritium, emptor, dominus in bonis seu iure gentium, factus scilicet per traditionem, qui est modus iure gentium transferendi dominii: & ita venditor dominus ex iure Quiritium, em-

A ptorem dominum in bonis facit, Vlpian. in *fragm.* & similiter Iustinianus vxorem dominam facit dotis iure naturali, maritum, iure ciuili, *l. in rebus, C. de iure dot.* non satis vt arbitror considerate: nam è conuerso potius dicendum videtur, maritum dotis esse dominum iure naturali, quia tradidit vxor: & ita est expressum in *§. per traditionē, Instit. de rer. diuis.* vbi ait, iure gentium dominium transferri per traditionem, vt si quis ex dotis causa tradat: traditio dotis maritum facit dominum iure naturali, seu quod idem est, iure gentium, & rectius in *l. quamuis, inf. de iu. dot. & l. Lucius §. idem respondit, inf. ad municip. quamuis*, inquit, *dos sit in mariti bonis, mulieris est tamen.* illis verbis, *in bonis*, significatur dominium iure gentium, vt constat ex *tit. de libert. apud Theoph.* & multis locis. Ergo quamuis dos

B sit in mariti bonis, id est quamuis sit mariti iure naturali, quia ei tradita est, tamen mulieris est, iure scilicet ciuili. Cum vero ita proponitur, duos esse dominos eiusdem rei in solidum, vnum iure ciuili, alterum iure gentium, videtur vtrique danda vindicatio aduersus extraneum possessorem: Nam & datur alteri aduersus alterum, sed non cum effectu: vxor repellitur exceptione rei in dotem datæ, si agat aduersus maritum, *l. doce ancillam, C. de rei vind.* nisi agat soluto matrimonio: quia soluto matrimonio dominium recurrit ad mulierem: vel nisi agat constante matrimonio domini rebus propemodum euersis, aut iam dilabentibus, quo casu etiam vindicatio dotis vxori datur, manente matrimonio, *l. vbi, & l. in rebus, C. de iu. dot.* Non datur etiam efficaciter vindicatio venditori aduersus emptorem qui rem vendidit, nec mancipauit: quia obstat

C exceptio rei venditæ & traditæ: Sicut etiam marito per seruum dotalem acquiritur omnibus causis, ita cum quis rem suam vel seruum vendidit & tradidit, non mancipauit, emptori qui est dominus iure naturali, is seruus acquirit ex omnibus causis, non venditori, licet dominus manserit ex iure Quiritium, quod declarat Vlpian. in *frag. tit. 9.* Proposuimus, vel potius supposuimus, duos dominos eiusdem rei in solidum, vnum iure ciuili, alterum iure naturali, sicut in *l. & habet §. eum qui, inf de precar.* proponuntur duo possessores eiusdem rei in solidum: vt si quis rem aliquam precario rogauerit vt sibi possidere liceret, is qui precario rogauit, dicetur corpore possidere, quod est naturaliter possidere: is qui rogatus est, dicitur animo possidere: & ita proponuntur duo possessores eiusdem rei in solidum ex sententia Sabinianorum: Nam ea est ex libris Pomponij

D ad Sabinum, cum tamen reuera vnus tantum sit dominus vel possessor in solidum, *l. si vt certo, § si duobus, inf. commod.* & ita constante matrimonio solum maritum spectamus quasi dominum, eique deferimus directam vindicationem: rei venditæ & traditæ, solum emptorem quasi dominum spectamus, & huic etiam directam vindicationem damus: alioqui si duo essent domini eiusdem rei in solidum, neuter in vindicatione proprietatis vinceret alterum, sicut in vindicatione possessionis, id est, in interdicto vti possidetis, cum proponuntur duo possidere eandem rem in solidum, neuter alterum vincet, quia vterque possidet, neuter potior est, *l. 3. in prin. inf. vti possid.* cum, inquam, proponuntur duo possessores eiusdem rei in solidum, id ex sententia Sabini est, quæ explosa est in *l. 3. §. ex contrario,*

E *inf. de acq. poss.* & ideo quod dicitur de duobus possessoribus in *l. & habet*, id attribuendum est Sabino secundum inscriptionem legis, & in *d. l 3 vti possid.* cum constituuntur duo possessores eiusdem rei in solidum, expendenda sunt illa verba, *si quis proponeret duos possidere*, id est, si quis hoc tentaret ex sententia Sabini: Sed adnotandum est hoc non probari: nam neque domini, neque possessores duo possunt esse eiusdem rei in solidum. vnius tantum dominium & possessionem quasi solam spectamus: & ideo in vindicatione proprietatis & possessionis alter vincet alterum, vt emptor vincet venditorem, & maritus cui dos tradita, manente matrimonio vincet vxorem, *d. l. doce ancillam, C. de rei vindic.* Additur postea in hac *l. quia rei vindicatio datur domino*, ideo non vindicari loca sacra aut religiosa, quia scilicet dominii nostri non sunt: hęc actio datur

soli domino, loca sacra vel religiosa nullo iure, id est, nec iure gentium, nec ciuili in dominio nostro sunt. qua ratione etiamsi quis diruat sepulchrum aut monumentum, ei cuius interest non datur actio legis Aquiliæ, quia datur soli domino: & ideo nomine sepulchri non datur, *l. 2. in prin. inf. de sepul. viol.* sed datur interdictum quod vi aut clam: dari potest etiam de sepulchro violato actio. & recte ait hoc loco, *loca*: nam fundus in quo locus est religiosus vel sacer, vindicari potest, nec vindicationi fundi quicquam detrahit loci sacri religio, vt recte vindicetur fundus, etiamsi in eo sit locus sacer aut religiosus, *l. in modicis, inf. de cont. emp.* locus sacer vel religiosus specialiter non vindicatur, sed vindicationi fundi accedit. sic etiam specialiter non venditur, sed venditioni totius fundi accedit. & ita cum quidam apud Tiberium accusaretur, quod venditis hortis suis mancipasset etiam statuas Augusti quasdam, quę erant in hortis, scribit Tacitus *lib.* 1. & Dio. lib. 57. Tiberium respondisse, non fieri contra religionem, quod statuæ & simulacra, venditioni hortorum ac domorum accedant: nec enim ipsæ specialiter veneunt. recte etiam hoc loco, ait *in rem actionem*: nam de locis sacris aut religiosis non est in rem actio: est tantum interdictum de locis sacris & religiosis, puta de mortuo inferendo, vel ne quid in loco sacro fiat, vel quod factum erit, restituatur. quę tamen interdicta veluti proprietatis, id est, dominij causam continent, vt ait *l. 2. §. quædam, inf. de interd.* quia scilicet ea interdicta non dantur nisi domino proprietatis, id est, domino fundi, & ob id in his interdictis quæritur de iure dominij, puta, an sit dominus fundi is qui agit interdicto de mortuo inferendo, *l. sunt personæ, inf. de relig. & l. 1. inf. de mort. infer.* eaque sola ratione dicuntur ea interdicta continere veluti proprietatis causam. Contendit etiam hoc loco Accurs. de locis sacris & religiosis competere in factum actionem, extraordinariam scilicet, quæ est huic actioni subsidio, id est, quæ solet dari deficiente rei vindicatione, vt ait *l. quæcunque, inf.* hocque contendit Accurs. ex *l. quæ religiosis, inf. hoc tit.* male. Nam non dicitur in ea l. de loco religioso dari actionem in factum: sed hæc est sententia eaque interpretatio huius loci: ea quæ religiosis locis adhærent, id est, infixa & inædificata, religiosa singula per se esse: & ideo si quis ea mouerit, religiosa manere; vt si quis lapides sepulchro exemerit, vel mensas, aut scabella, aut statuas: lapides religiosi manent, & statuæ religiosæ: nec possunt vindicari, sed est actio in factum extraordinaria, per quam qui lapides mouit & exemit, cogitur eos restituere: quin etiam, vt adiicit ea lex si monumento nondum finito alieni lapides iuncti sunt & exempti nondum etiam finito monumento, eo casu lapides iuncti possunt vindicari siue remoti sint vt reponerentur, siue vt alibi imponerentur, & dicit ea lex promiscue vindicare, & quod est rarum, repetere, pro petere, simplex pro composito: Nam petere, est vindicare, repetere, condicere proprie. Et ratio non est obscura, quia nondum erant lapides religiosi: nec enim dum erat in eo loco religionis quicquam, nondum enim finitum erat monumentum: id est, nondum religiosum factum. Non omnia monumenta iusta sunt, non omnia religiosa. prius peragi oportet solemnia, quo locum religio occupet. Igitur si lapis quidam iunctus monumento, eo monumento nondum finito, nondum absoluto, id est, nondum religione occupato, exemptus sit, superest vindicatio: religione mutatur dominium, sed hoc in loco nondum est religionis quicquam, quæ est sententia *l. quæ religiosis, inf. hoc tit.* Non igitur ea lex dat actionem in factum de loco religioso, sed de exemptis lapidibus post perfectum monumentum, qui religiosi manent, & ideo non possunt vindicari. Cæterum actione in factum agitur vt restituantur, quia vindicari non possunt. Deinde additur, posse vindicari partes illas quę rebus nostris ex rebus alienis accedunt, vel potius recte vindicari totam rem nostram, cui tamen aliquid accessit ex re aliena: vt si statuæ meæ brachium addidero alienum, seu ex aliena statua, sicut antea totam statuam meam esse dicebam: ita & nunc dico totam statuam

A meam; vel etiam si scypho addidero ansam, vel candelabro sigillum alienum, vel si electo fulcrum, vel si naui tabulam alienam, vel si armario aut loculis claustrum seu clauem alienam: accessio enim sequitur ius rei principalis, & ideo nauem totam meam dicam, etiamsi tabula sit aliena, & sic de cæteris, *l. librorum §. vlt. inf. de leg. 3. l. sed si ex meis §. 1. inf. de acquir. rer. dom.* & hoc, vt hic ait, plerique ita recte sentiunt, id est, Proculiani, *d. l. sed si ex meis §. 1.* Sabiniani ergo dissentiebant; sed placuit totam rem meam esse, sicut fuit ante, licet pars quædam addita sit ex alieno. & omnino ita definitur in *d. l. sed si ex meis.* In quibus rebus propria quædam qualitas spectatur, si quid addatur id toti cedere & agglutinari: *in quibus propria qualitas spectatur.* sic vocat corpora, sicut Stoici, quos sequuntur semper
B nostri Iurisconsulti: corpus omne vocant qualitatem, vt docet Cic. 1. Acad. & docet consentire Peripateticos & Academicos. Denique materiam corporalem vocant qualitatem, non materiam illam quæ corpore vacat, qua propter in libris nostris vtuntur promiscue materiæ & qualitatis nomine in eadem specie, cuius ratio non redditur, vt in *l. 198. de verbor. signif.* quod ait materiam, eadem de re tractans dicit qualitatem *l. si prædium, inf. de præd. minor. l. in venditionibus, inf. de cont. empt.* materiam in *l. si sterilis §. quamuis, inf. eod.* Igitur sic est definiendum: *in quibus rebus propria qualitas spectatur,* id est, quæ constant materia & forma, vel quæ conficiunt propriam qualitatem, si quid accedit, id toti cedere, & eodem iure esse quo totum, vt additur in *§. in omnibus,* & in *§. item quæcunque,* idem dicit id fieri per præualentiã eleganter, κατ' ἐπεξοχήν, vt
C res mea, id est, rei meæ propria qualitas trahat ad se rem alienam, cuius nulla est propria qualitas, vt ædificium meum trahat ad se cæmentum alienum, si meo ædificio adiungatur. Sed si ego forte vindicauero statuam meam quam possidet is cuius erat brachium aut pes statuæ coadunatus. Finge possessionem meæ statuæ transisse in eum cuius erat brachium, quia statua tota mea est, mihi competit vindicatio; sed is per exceptionem doli mali seruabit impensas brachij. Idemque seruabitur in charta & tabula: nam meæ chartæ cedit scriptura aliena, item meæ tabulæ cedit pictura aliena, sicut proponitur in *§. sed & id quod,* vt plerique sentiunt, Proculiani scilicet, sed dissentiunt Sabiniani propter pretium picturæ, censentque æquius esse, vt tabula cedat picturæ: quæ sententia obtinuit, vt declaratur in *l. 9. §. litteræ, inf. de acq. rer. dom.* vbi verbum
D *placuit,* id est, obtinuit: hic videtur probari sententia Proculianorum, vt non tantum scriptura cedat chartæ, sed & pictura quamtumuis pretiosa alienæ tabulæ cedat: & ideo si pictor tabulam possideat, recte tabulam ab eo depictam totam meam esse dicam actione directa secundum Proculianorum sententiam: sed is picturæ impensam sibi seruabit per exceptionem doli mali, secundum Sabinianorum sententiam, non vindicabo tabulam nisi vtili vindicatione, vt declaratur in *Instit. de rer. diuis.* Ita constituamus. In rebus quæ propriam speciem & qualitatem habent, id quod additur, toti cedere, id est, non eo minus totum eius esse cuius fuit ante: speciem ad se per præualentiam, vt hic ait Paulus trahere minorem partem, quæ additur. & hanc esse Proculianorum sententiam ostendit lex *sed si ex meis*
E *§. 1. de acquir. rer. dom.* vt si statuæ meæ brachium alienum addidero, totam statuam meam esse vindicare possum, etiam aduersus eum qui dominus fuit brachij, si possideat statuam meam: sed eo casu quo statuam meam possidet is qui brachij dominus est, per exceptionem doli mali pretium brachij consequitur, vt ait in *§. & id quod, & §. in omnibus,* per exceptionem, inquam, non autem per actionem: nam me possidente, ne vtilis quidem ei brachij vindicatio datur quamdiu cohæret meæ statuæ. Idemque est, si scypho, vel lanci, vel phialæ, vel candelabro meo particulam aliquam de alieno addidero. Idem si naui meæ tabulam alienam, si mensæ pedem, lecto fulcrum, ædificio tignum iniunxero: id enim quod iungitur rei meæ, cedit accessionis loco. Idem si vehiculo meo rotam alienam ap-

tauero, si armario, vel loculis claues aut claustra aliena. si annulo meo gemmam alienam, aut lapillum alienum, vel margaritam alienam adiunxero: si vestimento meo addidero institam, aut clauos alienos, *d. l. sed si meis* §. *1. l. 6.* §. *1. inf. ad exhib. l. librorum* §. *vlt. de leg. 3. l. si statuam inf. de aur. & arg. leg.* idem etiam erit vt traditur in §. *sed & id quod*, si in charta mea quidam alius scripserit Homeri poëma: scriptura enim aliena cedit meæ chartæ, vel meæ membranæ. idem etiam quidam existimant statuendum esse in tabula, vt si quis in tabula mea pingat imaginem: imaginem enim cedere tabulæ quasi principali & maiori rei, cum pictura sine tabula esse nequeat. ea certe maior est principalisve sine qua altera nequit existere, cum tamen ipsa per se sine altera subsistat: & consimili ratione Sabiniani, si quis ex aliena materia fecerit speciem, vt ex alieno auro statuam, vel annulum, existimant eum esse speciei dominum non qui fecit, sed qui materiæ dominus est, & vtuntur hac ratione *l. 7.* §. *cum quis, inf. de acq. rer. domin.* quia sine materia nulla species effici potest. Est igitur materia præstantior quam sit effectio, quia sine materia non est effectio, sicut & illi dicunt tabulam esse potentiorem, quia sine tabula pictura esse non possit: contra alij putant tabulam picturæ cedere, quod pretiosior plerumque sit imago quam tabula, atque ita hi volunt vilius cedere pretiosiori, vt refertur in *l. quidquid* §. *vlt inf. de acq. rer. domin.* quia cum partes duorum dominorum cohærent, & quæritur vtra vtri cedat, id est æstimandum pro portione cuiusque, & pro pretio portionis cuiusque, vt scilicet minor cedat maiori, vilior pretiosiori. Sed illud prius est verissimũ, minorem cedere maiori, sed posterius non est vsquequaque verum, vilius cedere pretiosiori: imo persæpe pretiosius cedit viliori, vt vestimento meo intexta aliena purpura, quamuis purpura pretiosior sit, cedit tamen vestimento meo, §. *si tamen alienam, Inst. de rer. diuis.* & cedit accessionis vice. dubitant vtrum sit legendum, *accessionis iure,* an accessionis vice: vtrumque reperitur, sed legendum accessionis vice, vt in *l. vestis* §. *1. de aur. & arg. leg.* & in §. *item quacunque* h. l. vbi ait *accessionis* & ita Theophius ἐν προσθήκης μέρει & in *l. cum aurum* §. *plane, inf. de au. & arg. leg.* clauos aureos & purpuram quæ intexitur vestimentis, partem esse vestimentorum. ergo purpura, licet sit pretiosior instita, cedit vestimento quasi speciei maiori, & ita etiam argento cedunt emblemata aurea quamuis pretiosiora, *d. l. cum aurum* §. 1. cedunt etiam argento gemmæ quamuis pretiosiores, *d. l. cum aurum* §. *perueniamus, &* §. *vlt.* Et in summa, minor pars quamuis pretiosior speciei maiori cedit. cum autem partes sunt omnino pares, tum pretiosiori cedit vilior: an essent pares non dubitatur, in tabula puta, sed alii dicebant tabulam esse maiorem, quod sine ea pictura esse nequeat: alii picturam esse maiorem. puto, neque horum, neque illorum sententiam fuisse comprobatam, sed ita accipiendam esse *l. 9.* §. *littera. inf. de acq. rer. dom.* vt obtinuerit media sententia, hæc scilicet, vt scilicet vtrique detur vindicatio, domino tabulæ, vtilis, pictori directa: vtrique exceptio doli mali pretii tabulæ vel picturæ seruandi causa. quod non ita procedit in aliis rebus: nam si statuæ meæ brachium tuæ addidero & coadunauero, vel etiam si vasi meo sigillum tuum addidero, id est, eminentius simulachrum quoddam: sigilla Bayfius male ait, esse quæ Græcis ἀγάλματα, quæ sunt imagines siue formæ pictæ, & ita quæ Plato vocat ἀγάλματα, Cicero formas vocat 2. *de legibus*: sed sigilla sunt ἀνάγλυφα, siue ἐκτυπώματα. id est, eminentiora simulacra, sicut in annulo signatorio, quæ est caua figura, dicitur typus proprie, eminens autem ea figura quam exprimit annulus signatorius, dicitur ἔκτυπος, quæ figura est proprie sigillum. Si igitur vel candelabro meo sigillum alienum, vel statuæ meæ pedem alienæ statuæ addidero, ita distinguemus: aut addidi per applumbationem, aut per ferruminationem quod proponitur hoc loco. si per applumbationem meæ statuæ pedem tuæ addidero: tibi ne vtilis quidem vindicatio pedis datur, quandiu cohæret statuæ meæ: sed tamen

A datur tibi actio ad exhibendum, vt separetur, quod facile fieri potest. applumbata resoluuntur facile exempto plumbo: quin hæc erat olim patrumfam. industria ne esset furibus copia vasorum auferendorum, vt omnes lances & scyphos simul applumbarent, vt portatui essent difficiles: facile enim erat replumbare, *d. l. cum aurum.* Igitur cum quid additur per applumbationem, is qui dominus est brachii vel pedis, non poterit vindicare, sed aget ad exhibendum, vt eximatur: & exemptum vindicabit. sed si per ferruminationem statuæ meæ hæserit pes statuæ tuæ vel candelabro meo sigillum tuum, nec ad exhibendum actio est vt separetur, quia etiam ea quæ ferrumine coierunt, dissolui integra non possunt, abrumpi possunt. quod si abrũpantur, etiam non redeunt ad priorem dominum, vt si

B abrumpatur pes statuæ tuæ, qui meæ est ferruminatus, non redibit in tuum dominium, quia desiit esse tuus vnione seu coadunatione, quæ est certa ratio mutandi dominii: sicut si arbor tua in fundo meo coaluerit, & radices egerit, euulsam non poteris vindicare, quia non rediit in dominium tuum, quæ semel desierat esse tua alimento terræ meæ: hæc enim est certa ratio mutandi dominii, alimentum terræ meæ, *l. sed si ex meis* §. *arbor, inf. de acquir. rer. dom.* & ita etiam si lapis quidam tuus religione desierit esse tuus, vt si iunctus sit sepulchro meo, vel monumento, etiam exemptum non poteris vindicare, nec exemptus reuertetur in dominium tuum, *l. qua religiosis, inf. hoc tit.* Sed quæ tua applumbantur meis, licet mihi cedant iure gentium accessionis vice, tamen tu non videris iure ciuili dominium eorum amisisse prorsus. & similiter tabulæ tuæ iunctæ naui

C meæ vel etiam rotæ tuæ aptatæ meo vehiculo iure ciuili prorsus dominium non amisisti, quia hic nulla intercessit causa mutandi dominii. vnio mutat dominium, & religio, & alimentum terræ, sed non quælibet aptatio & iunctura: & ratio differentiæ inter ferruminationem & adplumbationem hæc est, quia ferruminatio fit ex eadem materia, vt hic declarat Paulus: plumbatura fit ex plumbo, & adhibentur diuersæ materiæ. proinde ferruminatio cum sit ex eadem materia, vnitatem & tenorem seu continuationem vnam efficit, ferruminatio fusionem vnam efficit, quasi spiritus fusionem vnam. plumbatura non efficit vnionem, sed cohærentiam tantum aliquam: nam veteres glossæ didicunt στομῶσαι pro ferruminare, & ferrumen στόμωμα. quod non est tantum acies, sed glutinum quodque eiusdem materiæ. & hic insuauis est Alciatus: nam scribens de hoc ver-

D bo ferruminare, ait etiam ferruminare esse claudere, vt os ferruminare, id est claudere, & affert locum Plauti in Rudente: *mihi os ferrumentas*, vt legit, cum nihil sit mutandum: *ni offerumentas*, id est, ni offeras ferrumen. Festus: *offerumenta dicebant quæ offerebant.* Verum quia diximus ea quæ ferruminata sunt non posse vindicari, nec agi ad exhib. eorum nomine, quid fiet? & demõstratur hoc loco, suppetere actionem in factum Prætoriam seu extraordinariã, quæ non est vtilis. actio in rem est ordinaria, actio in factum extraordinaria, *d. l. qua religiosis*, quæ dabitur in id quod interest, sicut si in charta tua meæ rationes scriptæ sint: atque ita si charta sit tua, scriptura ad me pertineat, iam non agam etiam hoc casu ad exhibend. cum non possit separari à charta scriptura, sed agam in factum prætoria

E in id quod interest meas rationes inspicere, *l. 3* §. *interdum, ad exhib.* & similiter si arbor mea in agro tuo coaluerit, erit actio in factum prætoria potius quam vtilis in rem, licet quidam I C. contra sentiant, vt dixi in *l. 6.* §. *de arbore, sup. h. t.* Id vero quod de applumbatis diximus, habet locum in his quæ lecto, naui, mensæ, armario, vehiculo, vestimento alieno iunguntur: vt licet quamdiu iuncta sunt non possint vindicari, possit tamen agi ad exhib. vt separentur, & tunc vindicentur. Non idem tamen locum habet in tigno iuncto ædificio, vel vineæ alienæ, quum vnitum non sit ædificio, sed cohæreat tantum: nam ædibus iuncto tigno nulla fit vnio, sed tantum cohærentia res solui facillima. Itaque videbatur posse hoc etiam casu agi ad exhibendum, sed placet non posse & perinde esse ac

si facta esset vni: sicut cum ferruminatione statuę meæ pes cuius agglutinatus est, vel cum rationes tuæ meæ chartæ inscriptæ sunt, quibus generibus fit vnio, & ideo non agitur ad exhibendum. sed hoc casu tigni iuncti, etiam si non fiat vnio, tamen non agitur ad exhib. idque est ex 12. tab. ne scilicet tigna soluerentur: ergo ne ageretur ad soluenda tigna, ne diruerentur ædificia. sed huic rei alia actione data prospexerunt 12. tab. nam dederunt in eum qui sciens iunxisset tignum alienum suis ædib. actionem in duplum, furti scil. nec manifesti: sicut etiam si quis sciens scripserit in charta aliena, vel si sciens pinxerit in tab. aliena, vel si sciens purpuram alienam vestimento suo intexuerit, tenetur furti in duplum §. *si tamen*, & §. litteræ & *seq*. & ita statuendum est in omnib. superior. casib. vt si quis sciens statuæ suæ pedem alienum ferruminauerit, teneatur etiam furti in duplum, si lecto suo fulcrum alienum aptauerit, & in cæteris omnibus casibus. In sciente idem statuendum est, & in eo qui mala fide rem alienam iunxit, vt teneatur furti in duplum, imò etiam rei vindicatione & actione ad exhib. non vtique semper vt separetur, non si tignum alienum sciens iunxit, quia separari vetant 12. tab. non si ferrumine iunxit, vel pinxit, aut scripsit, quia separari non possunt: sed agitur ad exhibendū in id quod interest, & vindicatione quasi dolo desierit possidere, cum sciens hæc fecerit, *l. 1. & 2. inf. de tig. iuncto*. In nescientem autem non est vindicatio tigni, non actio ad exhib. ne in id quidem quod interest, cum careat dolo qui iunxit tignum ædibus suis, vineæve suæ, sed est actio in duplum quasi furti concepti, si tignum fuerit furtiuum, si tignum quod nesciens iunxit suo ædificio, fuerit furtiuum, puta subreptum ab alio, tenetur is qui bona fide iunxit, non in rem, non ad exhibend. sed actione de tigno iuncto in duplum nomine furti concepti, non nomine tigni iuncti, sed furti apud eum deprehensi & recogniti, quo nomine erat olim actio specialis ex 12. tab. nam legem sæpe iam docui sic esse emendandam: tignum iunctum ædibus vineæve concaptum (id est, conceptum) ne soluito, sed duplionem petito. igitur quasi furti concepti nomine tenetur in duplum. qua in re nihil damni facit, cum habeat etiam actionem furti oblati aduersus eum à quo imprudens accepit tignum: sed si tignum non fuerit furtiuum, non erit actio in duplum, sed erit tantum actio illa prætoria in factum seu extraordinaria in simplum. Et hoc quandiu tignum hæret ædificio: dissoluto enim ædificio tigni vindicatio est, quasi iunctura non desierit esse prioris domini, *l. 7. §. cum in suo, inf. de acq. rer. dom.* etiamsi domus vsucapta sit. Finge, ego ex cæmentis alienis totam domum ædificaui in solo meo, domus cedit solo, & domum possum vindicare, quamuis tota sit constructa ex materia aliena. statim ea mihi acquiritur, nec habeo necesse eam vsucapere, cum iure soli fiat mea. Sed finge, domum vendidi bonæ fidei possessori: eiusdem iuris est emptor; nam dominium in eum transit. sed finge, non ego vendidi, sed extraneus quidam bonæ fidei possessor vsucepit domum: post vsucapionem dissolutum est ædificium; an dominus vindicabit materiam? sic sane; nam etiamsi domus sit vsucapta, cæmenta tamen non sunt vsucapta: nam qui domum possidet, non possidet singula cæmenta, singula tigna. Itaque singulorum tignorum dominium manet eiusdem, licet vniuersi dominium vsu faciat suum emptor, *l. 7. §. illud recte, eod. & l. eum qui ædes, inf. de vsurp. & vsuc.* & hæc omnia sunt de corporibus cohærentibus, id est, quæ ex pluribus inter se continentibus constant, vt naui, armario, ædificio, vel de corporibus singulis, vt de statua: quæ duo genera corporum singula, & cohærentia dicuntur vno spiritu contineri, etiamsi non sit vnio perfecta: vt in ferruminatione quia Stoici, à quibus sunt instructi nostri Iurisconsulti, omnem vim continuatricem vocant spiritum, vt docuimus in *l. 1. & 2.* ex Aphrodisei libro *de mixtione*. Alia autem sunt corpora, quæ constant ex distantibus capitibus, vt grex, chorus seruorum, de quo agit in §. *item quæcunque*, vt declarant illa verba, *singuli homines*, quod notandum, vt ea quæ dicta

A sunt de grege ad *l. 1. sup.* transferantur etiam ad chorum, & ex his corporibus distantibus capitibus alia aliis non cedunt, sed singula retinent ius proprium, quod exposui in *d. l. 1. §. 1. & l. 2.* Igitur in corporibus quæ vno spiritu continentur, possunt partes aliæ aliis cedere, minores puta maioribus. cæterum in corporibus quæ constant ex distantibus capitibus, nullę sunt tales accessiones. Alia sunt postremo quæ miscentur, confunduntur, coaceruantur, vel ferruminantur, aut applumbantur, ita vt non appareat vtra vtri cedat, vt cum partes duorum æquales ferrumine coeunt, hic non potest statim definiri quæ sit accessio, & quæ res principalis. In his quidem quæ iunguntur, si partes pares sint, verum est suam cuiusque partem manere, & partem posse vindicari, licet non possit integra resolui, cæte-
B rum æstimabitur, *l. 4. l. quicquid, in fi. de acq. rer. dom.* quæ coaceruantur etiam, vt si duorum frumenta coaceruentur, quo modo non fit proprie mixtio, cum motus non fiat minimorum granorum, eo casu suum cuiusque manet frumentum, nec fit communis aceruus, *l. 5. in pr.* Si vero misceantur duorum materiæ, puta argentum tuum & meū, conflatura non coaceruatione, non ferruminatione, quæ etiam non est proprie mixtio, quanquam sit vnio: non omnis vnio est commixtio, licet contra omnis mixtio sit vnio. quæ ita miscentur, vt dixi, retinent proprium ius, licet resolui non possint & vindicari possunt pro parte, pro modo materiæ cuiusque, cum scilicet non apparet vtra materia vtri cedat quasi accessio, sed in his quæ miscentur cōflatura, sua etiam cuiusque materia manet, si deduci & separari possint: Sed si non possunt, necessario fit communis massa,
C *l. 3. §. 1. sup.* vbi quod proponitur ex Pomponio, id videtur esse ex *l. quicquid, in prin. inf. de acq. rer. dom.* in qua differentiam statuit inter ea quæ conflantur: hæc enim intelligit dum loquitur de argento infacto, sic legendum, vt sit vna vox infacto, Basilicis ἀνεργάστῳ, id est, massæ addito argento alieno infecto vt nemo possit dominorum eam massam totam vindicare, quia est communis, neque accessionis ius vllum interuenit, aut induci potest, longe aliter quam si quis statuæ suæ pedem alienum ferruminauerit, vel applumbauerit, quo casu liquet pedem cessisse statuæ accessionis vice, & ideo dominus statuæ totam statuam vindicabit licet in ea sit pes alienus.

Ad L. XXIV. Is qui.

D *L. 24. Is, qui destinauit rem petere, animaduertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem: quia longe commodius est, ipsum possidere, & aduersarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.*

Melius est possidere quam in rem agere, vel melius possessionem quam rem suam vocare, quia agenti de re non possidenti incumbit onus probandi, onus proferendi tituli & auctoritatis, *l. cogi, C. de pet. her.* & in pari causa melior est conditio possidentis, *l. 33. l. nemo prædo §. vlt. l. in pari, l. cum par, inf. de reg. iur.* fortuna pro possessore dat litem, & inde frequenter dicimus, onera petitorem sustinere, commodis possessorum fungi: & ideo si possis nancisci possessionem rei vel interdicto vnde vi vel
E vti possidetis vel vtrubi, non bene tibi consulueris, si egeris rei vindicatione: tutius est enim agere possessorio iudicio quam petitorio, si firma possessio sit, alioquin mutata formula proprietatis vindicari debet, & sic mutata formula, is etiam qui cepit rem vindicare, potest experiri interdicto de possessione, *l. naturaliter, inf. de acq. poss.* quæ hic tota explicabitur. pertinet tota ea lex ad interdictum vti possidetis, & ideo ait initio, naturaliter videri possidere eum qui vsumfructum habet, vt intelligamus fructuario quasi possessori dari interdictum vti possidetis, vt declarat *l. vlt. inf. vti possid.* & ideo ait, videri, quod est φαίνεται, quia vere is tantum possidet qui proprietatis dominus est: ergo fructuarius non possidet: duo enim non possunt esse eiusdem rei possessores in solidum. quæ sententia est vera

generaliter, vt non possunt duo possidere eandem rem in solidum ciuiliter, vel duo naturaliter, vel vnus ciuiliter, alter naturaliter, vnus iuste, alter iniuste. denique nullo modo possis facere duos esse eiusdem rei possessores in solidum, *l. 3. §. ex contrario, inf. de acq. poss. l. duo, inf. de precar. l. si vt certo §. si duobus, inf. commod.* fructuarius ergo certe non possidet, quia proprietarii possessio est, possessio autem non admittit consortem in solidum, sicut nec dominium verum, quia ad fructuarium pertinet omne rei emolumentum. quæ res efficit vt in plerisque partibus iuris etiam pro domino fructuarius habeatur, *l. 4. inf. commod.* fructuario interdicta possessoria accommodantur ea ratione, quæ non accommodantur cæteris qui sunt in possessione, non etiam possident, vt dixi in *l. officium, sup.* vsusfructus continet emolumentum rei, ait lex *Manius §. fundo, inf. de leg. 2.* hoc verbo emolumentum proprie significatur fructuum prouentus, siue vsusfructus, vt in *l. 3. §. item si ipse, & §. vlt. inf. si cui plus quam per leg. Falcid.* ab emolendo scilicet, quia emoluntur fruges. Persius sat. 6. *emolere granaria.* Et ideo si quis prohibuerit fructuarium vti frui, siue is qui prohibet defendat sibi & asserat possessionem rei siue vsusfructus, seu vsum nudum: potest enim vsus esse vnius, fructus alterius sine vsu, *l. 14. §. vlt. inf. de vs. & hab.* fructuarius potest experiri aduersus eum qui prohibet interdicto vti possidetis, quasi possidere prohibeatur, quæ est sententia *d. l. vlt.* & consulto ponit eo interdicto agere fructuarium aduersus eum qui sibi defendit vsum nudum, vel possessionem rei, vel vsusfructus: nec quicquam dicit de proprietario, quo quidem subsignificatur, fructuario non dari interdictum vti possidetis aduersus proprietarium, qui est verus possessor: sed si prohibeatur à proprietario vti frui, habet actionem confessoriam de vsufructu, non autem habet interdictum vti possidetis, *arg. l. 2. inf. de no. op. nunc.* Sequitur in *d. l. naturaliter §. nihil commune,* eum qui egit rei vindicatione, non prohiberi agere interdicto vti possid. quod non videatur possessioni omnino renunciasse qui rem vindicauit. quæ sententia vera est siue iudicium vindicationis confectum & finitum sit: neque enim actori victo deinde agenti interdicto vti possidetis obstabit exceptio rei iudicatæ *l. & an eandem §. vlt. de exc. rei iud. inf.* siue pendeat iudicium vindicationis: nam etiam pendente eo iudicio, qui egit vindicatione, potest agere interdicto vti possidetis, *l. cum fundum §. vlt. inf. de vi & vi arm.* quæ lex idem statuit in interdicto vnde vi, vt qui cœpit rem vindicare pendente iudicio, possit experiri interdicto vnde vi, quia qui agit interdicto, alia de re agit quam quæ in iudicium vindicationis venit. aliud enim proprietas, aliud possessio. nihil commune habet proprietas cum possessione. quæ autem nihil commune habent, permisceri non debent, *l. 1. §. huius, l. 3. §. vlt. inf. vti possid. l. pen. in princ. inf. de acq. poss.* neque nocere ei debet quod egerit rei vindicatione: neque enim etiamsi hoc genere agat quasi in possessorem: vindicatio enim non datur possessori, sed in possessorem: non ideo videtur continuo possessionem, si quam habet, abiicere, & possessorem aduersarium esse confiteri, cum possessio æstimanda sit ex suo cuiusque iure, non ex opinionibus nostris. Denique, qui agit vindicatione, agit quasi in possessorem: hæc enim est huius actionis natura, vt possessori non detur, sed in possessorem, sed non tamen ideo diffitetur possessionem suam esse, & ob id ei integrum est experiri, seu finito seu pendente iudicio vindicationis, interdicto de possessione, sicut is qui exceptione vtitur aduersus actorem, non vtique fatetur statim de intentione actoris, quod tamen videbatur prima specie: nam qui excipit cæteroquin fatetur intentionem actoris esse veram, at etiamsi quis vsus sit exceptione, nihilominus erit ei integrum inficiari, & dicere, omnino falsam esse intentionem actoris. negatio potius videtur firma fieri addita exceptione, vt est in *orat. pro Cluentio,* & in Rhetoricis declarat Sulpitius Victor. proinde qui, verbi gratia, opponit exceptionem pacti de non petenda pecunia, non videtur cæterum fateri veram esse

A intentionem actoris, quin potius hoc videtur tacite dicere, nihil deberi, & vt debeam, pepigi tecum de non petenda pecunia. quo modo etiam interpretabor sentire eum qui egit rei vindicatione, hoc nempe sensu: non tu possides, sed ego, & vt possideas, rem meam esse aio ex iure Quiritium. Sic fit vt quemadmodum is qui exceptione vtitur, non protinus fatetur de intentione actoris: ita qui rei vindicatione agit, non protinus à se abiicit possessionem, si quam habet, vel si quam habere postea cognouerit. sicut is qui agit famil. ercisc. actione, licet videatur agere quasi in coheredem, & fateri eum esse coheredem, *l. 1. & l. fundus qui dotis §. si ego, inf. fam. ercisc. l. 1. §. 1. sup. si pars her. pet.* tamen non est hoc admittendum omnino eum fateri aduersarium esse coheredem. ita accipi potest lex *qui familia, inf. famil. ercisc.* B *qui familiæ erciscundæ agit, non confitetur aduersarium coheredem esse,* non sublata negatione, quam sustulerunt Basilica hoc sensu: vt qui agit famil. ercisc. iudicio, non sibi præiudicet in petit. hered. & ei sit integrum ab aduersario petere hereditatem, quo iudicio petitionis hereditatis plane negat eum coheredem esse. Denique sumpto exemplo ex eo quod diximus, eum qui excipit non videri statim de actoris intentione confiteri, & alterum qui egit famil. ercisc. non protinus confiteri aduersarium coheredem esse, facile constituemus quod dictum est in §. *nihil commune,* eum qui egit rei vindicatione, non continuo fateri aduersarium possessorem esse, atque ideo siue facto iudicio rei vindicationis, siue pendente, integrum esse ei transire ad interdictum vnde vi, vel vti possidetis: quin etiam vti receptum est, ab initio licere ei simul experiri in- C terd. & rei vindicatione, sicut etiam iudex potest simul cognoscere de vtroque, de possessione & proprietate, vt Symmachus in Epistolis docet: & generaliter hodie in foro recepta est decisio Baldi in *l. 1. C. de furt.* duo contraria iudicia posse cumulari disiunctim: quin olim etiam licuit duo contraria iudicia seu diuersa cumulare coniunctim, addita tamen protestatione ex altero tantum iudicio suum consequi velle, *l. 1. §. quia autem, quod legat. inf. l. contra, C. de inoffic. test.* & hæc est certa interpretatio legis *naturaliter.* Quod vero dicitur in hac *l. 24.* melius esse possessionem persequi quam rem, idem dici potest de actionibus in personam, melius esse possessionem persequi, quam agere in personam, & ita est expressum in l. 1. §. 1. *inf. de superf.*

D Ad ll. XXV. XXVI. XXVII.

L. 25. Is, qui se obtulit rei defensioni sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absoluendus, vt Marcellus ait. quæ sententia vera est, sed hoc post litem contestatam. ceterum ante iudicium acceptum non decepit actorem, qui se negat possidere, cum vero non possideret, nec videtur se liti obtulisse, qui discessit.

L. 26. Nam si actor scit, tunc is non ab alio, sed à se decipitur: & ideo reus absoluitur.

L. 27 Sin autem, cum à Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, & ideo liti se obtulit: & hoc ipsum in re agenda testatione probauero: omnimodo condemnandus est.

1. §. Possidere autem aliquis debet vtique & litis contestatæ tempore, & quo res iudicatur. Quod si litis contestationis E *tempore possedit: cum autem res iudicatur, sine dolo malo amisit possessionem: absoluendus est possessor. Item si litis contestatæ tempore non possedit, quo autem iudicatur, possidet: probanda est Proculi sententia, vt omnimodo condemnetur. Ergo & fructuum nomine, ex quo cœpit possidere, damnabitur.*

2. §. Si homo petitus, dolo possessoris deterior factus sit: deinde, sine culpa eius, ex alia causa mortuus sit: æstimatio non fiet eius, quod deteriorem eum fecerat: quia nihil interest prætoris sed hæc quantum ad in rem actionem, legis Aquiliæ actio durat.

3. §. Sed & is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione, idque ex Senatusconsulto colligi potest, quo cautum est (vt diximus) vt dolus præte-

ritus in hereditatis petitionem veniat cum enim in hereditatis petitione, quæ & ipsa in rem est, dolus præteritus fertur: non est absurdum, per consequentias, & in speciali in rem actione dolum præteritum deduci. 4. §. Si per filium, aut per seruum pater, vel dominus possideat, & is sine culpa patris, dominive, rei iudicandæ tempore absit: vel tempus dandum, vel cauendum est de possessione restituenda. 5. §. In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit: per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseueret actor petere rem suam, non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali iudicio seruum defendit, & damnatus præstitit pecuniam: aut in area, quæ fuit petitoris, per errorem insulam ædificauit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum ædificium: quod & in area vxori donata, per iudicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. Sed si puerum meum, cum possideres, erudiisses: non idem obseruandum, Proculus existimat: quia neque carere seruo meo debeam: nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.

QVæ sequuntur in *l. 25.* & 26. & 27. *in princ.* declarant in quem detur rei vindicatio. Constat in possessorem eam dari, sed significatur in l. 25. 26. & initio *l.* 27. rei vindicationem dari etiam in eum qui se liti offert, & possessorem se esse assimulat, cum non possideat rem de qua agitur: qui enim se liti offert, quasi possessor tenetur; & hoc generaliter receptum esse ait *l. nec vllam* §. *non solum, sup. de pet. her.* generaliter, id est, & in vindicationibus vniuersalibus & in specialibus eum qui se petitioni offerat, quasi possessorem teneri: & citatur in eam sententiam Celsus lib. 4. Digestorum, qui locus est in *l. qui se liti, eod. tit.* generaliter autem veram esse hanc definitionem, id est, in omnibus vindicationibus obtinere, refertur Macellum scripsisse ad Iulianum, id est, in reprehensionibus ad Iulianum, & ita accipienda sunt ea verba in *l. 1. inf. si vsusf. pet.* Marcellum scripsisse ad Iulianum fructuario non dari vindicationem seruitutum, quæ fundo fructuario debentur, quod est contra Iulianum, qui fructuario dabat seruitutum vindicationem in *l. 1. inf. de remiss.* & dissensiones quoque hac in re fuisse inter prudentes, id est, non omnes eam sententiam admisisse in omnibus vindicationibus in hac l. 25. demonstrat hæc asseueratio. Quæ sententia Marcelli, quam ante nominarat, vera est. Sed quemadmodum sit hæc sententia accipienda, vt quasi possessor damnetur qui se liti obtulit, explicatur in hac *l. 25.* & 26. & initio l. 27. & nos explicauimus in *l. 7. sup.*

Ad §. Possidere.

DAri etiam actionem in rem aduersus eum qui non possidet litis contestatæ tempore rem, de qua agitur, nec se liti obtulit ipse prior, si modo rei iudicatæ tempore rem de qua agitur possideat, & fructuum haberi rationem ex eo tempore quo cœpit possidere post litem contestatam: quod generaliter obtinet in actione ad exhib. in *l. 1.* §. *si quis, &* §. *seq inf. ad exhib.* & in petitione hereditatis, *l. item videndum* §. *si quis cum, de petit. her. sup.* & plerunque idem ius in his tribus iudiciis valet: nam actio ad exhib. præparatoria est vindicationis specialis, & petitionis hereditatis: vindicatio etiam est, ex qua argumentatur in *l* 27. ad rei vindicationem specialem, in §. *sed & is qui ante litem.* quæ res efficit vt sint 4. tituli quorum cognitionem merito desiderare quis possit ab eo qui sit hunc titulum interpretaturus. tit. *ad exhibend. de pet. her. de acq. rer. domin. & de acq. poss.* nam hi quatuor incidunt in hunc titulum. Contra autem si quis possideat rem de qua agitur litis contestatæ tempore, non aliter condemnatur, quam si eam etiam possideat rei iudicatæ tempore, vel dolo aut culpa desierit possidere: si enim pendente lite rem sine dolo aut culpa desierit possidere, cum non improbe ad litem accessisset, sed bona mente, cum existimaret se iustam causam habere litigandi, absoluendus est quantum ad ipsam

A rem attinet, & cuius amisit possessionem pendente lite sine dolo & culpa. necessaria tamen est sententia iudicis propter fructus, & partus, & stipulationem de euictione, vt *l.* 15. §. *vlt. &* 16. *&* 17. *sup.* dictum est. atque etiam necessariæ sunt cautiones quædam, de re persequenda, de re restituenda, vel de vtroque, id est, de perseq. & restit. vt *l.* 21. *sup.* sed quantum ad ipsam rem attinet, cuius possessio post litem contestatam amissa est, sine dolo & culpa rei vnde ea res petebatur, absoluendus est reus. quod obtinet non tantum in actione in rem, sed & in personam. nec obstat *l. 1.* §. *si rem, inf. depos.* nam recte Accurs. secundo loco respondet, ibi rem abfuisse dolo depositarij, qui eam vendiderat, & ille §. demonstrat aperte, vt ineptum sit eum §. opponere, quo constituatur differentia inter actionem in

B rem, & actionem in personam. verum finge: homo qui petebatur, post litem contestatam deterior factus est culpa possessoris: hoc casu damni ratio habenda est in actione in rem officio iudicis. Cōpetit etiam actori actio legis Aquiliæ, quod homini damnum iniuria datum sit: ergo homine petito post litem contestatam à possessore deteriore facto, vel aget actor damni nomine lege Aquilia, vel rationem damni iudex inducet in rei vindicationem, *l. non solum, supr.* verum finge: cum post litem contestatam hominem aduersarius deteriorem fecisset, pendente lite is homo decessit sine dolo & culpa possessoris: Itaque quantum ad ipsum hominem attinet, absoluendus est possessor, sed an absoluendus sit quantum ad rationem damni attinet? Minime, inquit in §. *si homo,* quia nihil petitoris iam interest, cum ho-

C mo interierit suo fato, & vt interesse perseueret exigimus, *l. 7.* §. *vlt. inf ad exhibend.* Igitur cum homo interierit suo fato, & is non improbe litigarit (nam hoc ponendum propter distinctionem habitam in *l* 16. §. *vlt.*) cum inquam, interierit suo fato, & non litigarit mala mente, absoluendus est quantum ad hominem attinet: ergo & quantum ad rationem damni illati: nam huius damni ratio ad ipsum hominem spectat. denique nullum supererit officium iudicis, vt habeat rationem damni, quia hæc ratio damni venit tantum officio iudicis, *d. l non solum,* quod quidem absumptum est mortuo homine, quod ad hominem ipsum attinet. & male hic opponit Accurs. *l. 16. sup.* ex qua colligit, mortuo homine petito non absumi officium iudicis, quod supersit adhuc, vt officio iudicis habeatur ratio fructuum & partuum, & actionis de euictione: ergo mors hominis

D petiti non extinguit omnino officium iudicis. Fateor, non extinguere quod ad cætera iudicij attinet, sed quod ad hominem attinet: vt iam æstimatio hominis non veniat. ergo nec quanto deterior factus sit post litem contestatam, cum damnum sit fato consecutum: & ita debuit respondere Accurs. ad *l.* 16. non sic interpretari, petere ante litem contestatam, extra iudicium: nam semper petere, est per iudicem petere; & omnino delenda sunt quę hic scripsit Accur. in §. *si homo,* nisi hæc paucula verba, *alij dicunt.* verum ait, quod licet ratio damni non habeatur officio iudicis, quia iam nullum est officium iudicis in homine æstimando, licet sit in cæteris æstimandis, tamen actio legis Aquiliæ durat, quæ semel competiit. semel nata actio de homine vulnerato, puta legis Aquiliæ, mortuo homine non consumitur: mors hominis non consumit actionem legis Aquiliæ,

E quę competiit semel, sed consumit litem institutam de proprietate hominis: ergo officium iudicis erga rationem damni homini illati, quod in id iudicium veniebat, officio iudicis tantum, quæ est certissima ratio §. *si homo.*

Ad §. sed & is qui.

SIcut in *l. nec vllam.* §. *non solum, sup. de petit. heredit.* cum docuisset Iurisconsultus eum qui se offert petit. hereditatis, quasi possessorem teneri, subiicit in § *seq* eum etiam teneri petitione hered. qui dolo desierit possidere: ita hic Paulus cum primum docuisset eum teneri speciali in rem actione & condemnari, qui se liti obtulit, nunc docet, eum etiam condemnari qui dolo desiit rem possidere,

etiam si is initio neque se liti obtulerit, neque vere possideat rei iudicandæ tempore, quia dolus pro possessione est. hoc est quod dicitur dolum præteritum venire in hanc actionem, id est, si quis post conuentionem ante litem contestatam dolo desierit possidere. non idem est conuentio, & litis contestatio, *l. si homo, inf.* quia præcedit conuentio, sequitur litis contestatio. conuenitur qui in ius vocatur, in ius vocationem sequitur litis contestatio. Igitur dolus præteritus venit in hanc actionem, id est, qui admissus est ante litem contestatam, ante conuentionem, vel post. de dolo futuro non ambigitur, id est, de eo qui committitur post litem contestatam. constat enim dolum futurum in hoc iudicium venire, cum & culpa veniat si pendente lite aduersarius culpa sua rei amiserit possessionem, qualiscunque possessor initio fuerit: quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt, præterquam in damnis fatalibus, & in his quæ seruus ex re possessoris acquirit, vt exposui in *l.* 15. *&* 20. Igitur indistincte dolus futurus qui committitur post litem contestatam venit in hoc iudicium, & culpa etiam futura. culpa autem præterita non venit, si bonæ fidei possessor fuerit, quia putabat se rem suam negligere: culpa enim est negligentia siue desidia. Itaque improbe nihil fecit cum rem neglexit opinione domini. proinde culpa præterita non venit in hoc iudicium, si bonæ fidei possessor fuit, dolus præteritus venit etiamsi initio bonæ fidei possessor fuerit: puta si cum cognouisset rem alienam esse, interpellatus vel conuentus à domino ante litem contestatam, desierit rem possidere: ex dolo enim tenebitur, quod sciens rem esse alienam, eam dimiserit, & pro possessore habebitur, *l. si homo, inf. hoc tit.* & hoc Paulus probat hoc loco exemplo petitionis hereditatis, in qua ex S C. facto auctore Hadriano de hereditatis petitione, dolus præteritus venit, vt diximus, inquit Paulus lib. 20. in *l. si à domino* §. *si prædo, sup. de petit. her.* & hæc ait per consequentias fieri: nam, inquit, *cum venit dolus præteritus in petit. her.* quæ & ipsa est actio in rem, non est absurdum per consequentias dicere, & dolum præteritum venire in actionem in rem specialem, quasi scilicet qui iudicat dolum præteritum officio iudicis venire & ferri in vindicationem quæ est de vniuersitate, simul iudicare debeat dolum etiam præteritum officio iudicis ferri in actionem in rem rerum singularum, aut si non admittat quis in vindicatione rerum singularum, non debeat etiam admittere in petitione hered. & sicut lex illa Ciceronis: *Senatorius ordo vitio careto & cæteris specimen esto*, quæ est dilatata, in vniuersum ordinem coangustari tantum potest & debet: quia pauci admodum honore amplificati & gloria, corrumpere ciuitatis mores vel corrigere possunt. Ita SC. illud quod loquitur de vniuersitate, coangustari debet ad res singulas, cum eadem ratio vbique versetur, ne cuiquam suus dolus prosit. S C. est principaliter & propalam de vniuersitate, sed trahitur etiam per consequentiam ad res singulas, quia vbique eadem subest ratio, ne cui prosit dolus. & quod ait per consequentias est genus loquendi Stoicorum, quos sequuntur semper IC. vt quidquid non fit principaliter & propalam, fieri dicatur per consequentias, seu κατ' ἐπακολούθησιν, vt Gellius refert ex Chrysippo Stoicorum principe *lib.* 6. *c.* 1. vbi autem non eadem ratio versatur, nec eadem consequentia vtemur: vel quæ venient in petitionem hered. non specialiter etiam deducemus in vindicationem specialem: & hoc casu fructus præteriti qui sunt percepti ex hereditate veniunt in hereditatis petitionem iure actionis. ius actionis hoc est, hæc est vis actionis petit. hered. vt petat non tantum res hereditarias, sed & fructus præteritos, aut percipiendos, cum est malæ fidei possessor. Cur ita? Quia huius actionis verba hæc sunt: *Si hereditatem Meuianam meam esse paret.* Hereditas est nomen iuris. hereditas non significat corpus, sed ius. Illud augmentum & deminutionem recipit: augetur fructibus. Denique hereditas augetur fructibus, & fructus præteriti sunt hereditatis: hæc enim est vis vocabuli. Sed cum agitur in rem, quo verbo nudum corpus significatur, non ius, sola

A res in petitionem venit, nec videntur petiti fructus præteriti, nisi sint petiti nominatim. Ideoque in specialem actionem in rem non veniunt fructus præteriti vi & potestate actionis. non veniunt etiam officio iudicis, quia quæ contigerunt ante litem contestatam, nihil ad officium iudicis pertinent, *l. ædiles* §. *pen. inf. de ædil. ed.* percepti post litem contestatam veniunt officio iudicis, vt exposuimus in *l.* 15. §. *vlt. sup.* atque ita qui fructus feruntur in petitionem hereditatis, non feruntur etiam in actionem in rem specialem: quia non eadem est vis verbi in vtraque actione: non est eadem vis in vocabulo quo vtimur in actione speciali in rem, in eo quo vtimur in actione de vniuersitate. sed extra vim verbi si quæratur de dolo præterito, qui quidem æstimatur officio iudicis, quia eadem ratio vertitur, ne cui sua B calliditas prosit, deducemus dolum præteritum & in hac, & in illa vindicatione.

Ad §. si per filium.

Hic redit ad disputationem intermissam de officio iudicis: nam inseruit cui competeret vindicatio, & aduersus quos. competere eam dominis & in possessores & qui habentur pro dominis, quive fingerentur domini & possessores: quæ fictio tantum potest quantum veritas, vt exposui: nunc redit ad disputationem de officio iudicis. Finge: egi rei vindicatione cum Titio, qui rem de qua agebatur possidebat corpore alieno. possidemus vel corpore nostro, vel alieno, vt puta per seruum meum possidebat, vel per filiumfam. rei iudicandæ tempore abest filius vel C seruus sine dolo possessoris & culpa patris, vt iam non possit in præsenti restitutionem facere, quæ vi huius actionis facienda est in præsenti: nam tempora iudicati quæ fuerunt olim mensis vnius, deinde duorum, deinde constitutione Iustiniani quatuor, iusta illa tempora locum tantum habent in credita pecunia, in ære, vt est in 12. tab. non in actionibus in rem, non etiam in actionibus in personam, quibus naturalem possessionem rei nostræ auocamus, in qua est alter: vt in actione depositi, commodati, depositario, commodatario non dabuntur illa tempora iudicati, imo reddet confestim, & moribus Galliæ nulla in actione tempora iudicati obseruantur. Igitur quid fiet in specie proposita cum in præsenti res restitui non potest actori? docet Paulus, ad officium iudicis pertinere vt tempus restitutioni det cum res non sit in promptu, nec absit dolo aut culpa D possessoris: & vt iubeat caueri de litis æstimatione, nisi intra id tempus quod datum est, aduersarius rem restituat, §. *1. de offic. iud. Instit. l. Celsus* §. *vlt. l. de eo*, §. *est iusta, ad exhib.* vel etiam debet iudex nullo dato tempore restitutioni iubere caueri de possessione restituenda, si quandoque eam aduersarius nactus sit, *l.* 11. *&* 21. *sup.* & ita debet explicari hic locus, disiunctim scilicet, non coniunctim, vt ait Accur. qui vel disiunctionem accipit pro coniunctione, vt fit συμπλεκτικῶς, cum coniunctio accipitur pro disiunctione: hæc enim interpretatio non admittitur cum distincte repetitur, vt hoc loco, cum inquit, *vel tempus dandum vel cauendum de possessione restituenda certo tempore.* Fateor quidem nullo tempore præfinito in arbitrio iudicis esse vt tempus det vel non det: sed siue tempus præfiniat, E siue non, exigere debet satisdationem de re restituenda intra tempus datum, vel cum primum possessionem apprehenderit.

Ad §. in rem petitam.

Hic §. pertinet ad officium iudicis, quo quidem fit, vt possessor reputet sumptus vtiles, necessarios, voluptuarios, quos fecit bona fide ante litem contestatam. hoc dicit, vt significet bonam fidem. Itaque bonæ fidei possessor officio iudicis reputat sumptus vtiles, necessarios, voluptuarios quos fecit ad rem de qua agatur conseruandam, excolendam, ornandam. deducit etiam sumptus factos fructuum quærendorum causa. alij sumptus fiunt in rem

ipsam, alij in fructus quærendos & redigendos, quos reputat officio iudicis. In hoc enim §. ait, eos reputari actori per exceptionem doli mali, quæ est certior definitio iuris, bonæ fidei possessorem non conseruare impensas factas in rem alienam bona fide per actionem: nulla enim eo nomine prodita actio est, quæ fuit opinio Ioannis, sed impensas sibi tantum conseruat per retentionem, id est, re retenta, opposita exceptione doli mali, per *l. si in area, inf. de cond. indeb. l. Paulus, de dol. except. inf. l. 5. C. Gregor. de rei vindic.* quanquam si rem restituerit per errorem, non deductis impensis, non posita exceptione doli mali: si rem petitori celerius & inconsideratius restituerit quam oportet, non deductis impensis, succurretur ei data condictione incerti, non certi, quia nulla ei actio certi datur sumptuum nomine, sed incerti, id est, condictio possessionis, quam potuerat retinere ob sumptus, nec retinuit propter errorem, *l. qui exceptionem, §. si pars, inf. de cond. indeb. l. si vxor filio, in fi. inf. de donat. int. vir. & vx. l. heres, inf. ad Trebell.* Ergo bonæ fidei possessor seruat impensas per exceptionem doli mali. Dices; non ergo per officium iudicis: nam vbi exceptio desideratur, nihil posse iudicem significatur. Sed vtraque via patet possessori. vtraque via conseruari ei sumptus possunt, vel per exceptionem doli mali, vel hac omissa, per officium iudicis, non tantum in petitione hereditatis, cum sit bonæ fidei, *l. plane, sup. de pet. hered.* sed etiam in hac speciali vindicatione, cum sit arbitraria actio, *l. sumptus, inf. hoc tit.* Sed satis obscure ait dicta lex. *sumptus.* sumptus seruari exceptione doli mali opposita per officium iudicis æquitatis ratione, ac si exceptio doli & officium iudicis idem esset. Quod vtique fieri non debet, vt constat ex *d. l. plane, & ex l. bona fide, inf. de noxal. act.* Et est ibi in *d. l. sumptus,* oratio inconnexa. Sunt multa in Pandectis inconnexa quæ obscuritatem pariunt. nec alia ratione Heraclitus appellatus est σκοτεινός, quam quod vteretur inconnexis, id est, quod nullas apponeret coniunctiones vel disiunctiones, vt Demetrius scribit. sunt Pandectæ Florentinæ plenissimæ inconnexorum. Ibi igitur cum sit inconnexum, sic interpretandum est, vt seruentur fructus per exceptionem doli mali, vel per officium iudicis. non vna via significatur, sed duplex, perinde ac si adiecisset disiunctionem. Inter vtiles impensas numerat Iurisconsult. etiam litis æstimationem, quam possessor soluit iudicio noxali, pro capite serui possessi: nam qui conuenitur noxali, vel debet dedere seruum, vel damnum, id est, litis æstimationem præstare, noxam præstare quam fecit seruus alteri, & si fuit vtilius æstimationem litis solui, quam seruum dedi, hæc impensa est vtilis & reputabitur actori, *l. vtiles. sup. de pet. her.* numerat etiam inter vtiles, si possessor in area quam possidebat ædificium posuerit: fit enim res melior. Item si seruum possessum erudierit, *l. 6. in princ. inf. de impens. in res dot. fac.* Et hæc omnia tradit de bonæ fidei possessore, cum loquitur nominatim de fructibus perceptis ante litem, quæ est bonæ fidei perceptio, ac si aliud esset de fructibus perceptis post litem contestatam mala fide, *l. si à domino §. vlt. & l. plane, sup. d. petit. her.* Nulla videtur constitui hac in re differentia inter bonæ fidei possessorem & malæ fidei, nec sane est quod attinet ad sumptus vtiles & necessarios, si res extet in quam sumptus facti sunt: nulla etiam est differentia in sumptibus factis fructuum quærendorum, colligendorum, conseruandorum causa: nam quilibet possessor, hos sumptus imputat & compensat cum fructibus, si fructus prouenerint. Igitur summa hæc est vt quilibet possessor reputet sumptus vtiles, & necessarios, si res sit salua in quam sunt facti sumptus. Quilibet etiam reputat sumptus factos fructuum colligendorum & conseruandorū causa, si & quæsiti sint, & percepti: alioquin differentia magna est inter vtrunque bonæ fidei & malæ fidei possessorem, quia bonæ fidei possessor reputat sumptus vtiles & necessarios, & illos quos fecit fructuum causa, licet res perierit in quam fecit: etiamsi nullos fructus perceperit, sicut tutor reputat pupillo sumptus omnes etiamsi non bene prouenerint, id est,

A etiamsi messis non responderit sationi, at malæ fidei possessor non reputat eos sumptus, si nulli fructus percepti sunt, & ita euentus docuerit inanes eum fecisse sumptus, vel si res perierit in quam facti sunt, *l. si à domino §. vlt. & l. seq. & l. plane.* Est differentia quod ad rationem sumptuum attinet, quia bonæ fidei possessor reputat sumptus voluptuarios, malæ fidei possessor non item, sed datur tantum malæ fidei possessori facultas tollendorum eorum, quæ sine eius rei de qua agitur detrimento tolli possunt, puta tollendorum eorum quibus voluit ædes exornare, puta tectoria, vel loricationes, marmora & similia, si eximi possint sine detrimento ædium, reputationem seu exceptionem doli mali non habet in *l. vtiles, sup. de hered petit.* Et hæ sunt differentiæ tantum inter bonæ fidei possessorem

B & malæ fidei. Verum his omnibus valde obstat lex *domum, C. de rei vind. & l. in fundo, inf. hoc tit.* Nunc repetendum & plenius explicandum quod supra diximus. Sumptus alij fiunt in rem ipsam, id est, ad perpetuum rei vsum, vel ornatum. sumptus necessarij, vel vtiles, vel voluptuarij, fiunt in præsentis anni fructum, qui & ipsi quodammodo ad conseruandam ipsam rem & eius speciem pertinent, *l. vlt. de imp. in res dot. fact.* Hos omnes fructus petitori reputat bonæ fidei possessor in petitione hereditatis: ergo & in rei vindicatione per consequentiam: neque enim hac in re quicquam distat petitio hereditatis à rei vindicatione, & omnino duas tantum vel ad summum tres differentias inter hæc iudicia agnosco. Illa, id est petitio hered. est mixta actio per se: hæc nudam rem persequitur: Illa datur tantum in eum qui pro herede vel pro possessore possidet,

C hæc datur in quemlibet possessorem: in illa fructus præteriti veniunt, in hac non item: additur etiam differentia quarta ex constitutione Iustiniani, vt illa sine controuersia bonæ fidei sit actio: hæc enim est arbitraria, sed fere tantum potest arbitrij, quantum bona fidei clausula. Ideoque in hac etiam actione in rem speciali sumptus seruantur officio & arbitrio iudicis, *l. seq. & l. sumptus, inf.* vel etiam exceptione doli, quæ quidem exceptio actionem in rem bonæ fidei facit, *l. Seia, inf. de donat. cau. mort.* & consequenter vel hac vel illa via, id est, vel officio iudicis, vel exceptione doli, in vtroque iudicio vniuersali scilicet, & speciali, malæ fidei possessor reputat impensas necessarias omnino, sed & vtiles. Et hæc tantum differentia intercedit inter malæ fidei & bonæ fidei possessorem, quod bonæ fidei

D possessor deducit impensas vtiles, etiamsi res non extet, in quam fecit: vel etiam si nihil fructuum perceperit, cum sumptum fecit fructuum quærendorum causa. malæ autem fidei possessor non reputat aliter sumptus vtiles, quam si res extet in quam fecit, vel fructus quorum causa sumptus fecit, bene prouenerint, *l. quod si sumptus, & seq. sup. de petit. heredit.* in voluptuariis etiam sumptibus separantur bonæ fidei & malæ fidei possessor. hos omnes reputat bonæ fidei possessor, malæ fidei possessor non reputat: Sed hoc ei tantum permittitur, vt tollat, velut tectoria, marmora, aut loricationes, quæ tolli possunt sine detrimento rei, *l. vtiles, sup. de petit. heredit.* loquitur quidem Paulus in hoc § *pen* de bonæ fidei possessore cum de fructibus loquatur perceptis ante litem contestatam, quibus verbis significatur tempus bonæ fidei, & ait bonæ fidei

E possessorem deducere sumptus vtiles: vt si pro seruo possessor litis æstimationem noxali iudicio præstiterit, vel si in area possessa ædificium posuerit: vel si seruum possessum artificio aliquo erudierit, & ait eum deducere sumptus ędificij, cùm in area ædificium posuit, nisi sit paratus petitor pati eum tollere ædificium, & materiam secum asportare. Sed idem est statuendum etiam in malæ fidei possessore, re existente salua, in quam sumptus factus est: & ideo subiicit in hoc §. si vxor in area sibi à marito donata, quæ donatio iure ciuili est inutilis, ædificium posuerit, licet sciens alienam aream, & inutilem donationem esse hoc fecerit, tamen si mulier soluto matrimonio experiatur de dote, & maritus ob rem donatam vtatur retentione dotis, quæ olim fuit permissa, *l. fructus §. ob donationes, & l. rei iudi-*

cata §. 1. inf. sol. matr. hodie non est permissa Constitutione Iustiniani. vicissim poterit vxor reputare sumptus quos fecit in rem donatam, posito scilicet ædificio : & hoc ait æstimari officio iudicis qui de dote cognoscit, id est, officio arbitri rei vxoriæ, cuius iudicium est statuere quid vxorem viro, & quid virum vxori præstare oporteat : eademque retentione sumptuum aut ædificij in area positi vtetur mulier, marito vindicante ædificium, *l. sed si vir § si vir vxori, inf. de donat. int. vir. & vxo* quæ est sententia §. *pen.* Dixi malæ fidei possessorem habere deductionem vtilium impensarum. obstat primum huic sententię *l. si seruus §. si oliuam, inf. ad leg. Aquil.* quæ ait, eum qui sciens impendit in rem alienam donare videri : non potest ergo eam impensam reuocare, repetere vllo modo : donatio enim non reuocatur, & hoc distat datio à donatione, quod datur, sæpe vt reddatur, non donatur. donatio est *ἀναίδοτος*. Obstat præterea §. *certe, Institut. de rer. diuis.* quo aperte definitur, eum qui mala fide in area aliena ædificium posuit, non posse per exceptionem doli seruare pretium materiæ, aut mercedes fabrorum, & posse ei culpam obiici, quod temere in eo solo ædificium posuerit, quod sciebat alienum esse. Et eadem ratione obstat *l. domum, C. de rei vind.* quæ ait, malæ fidei possessorem non habere repetitionem sumptuum, nisi sumptus necessarios fecerit : Nam necessariorum sumptuum repetitionem habet, non quidem per actionem, nam ne bonæ fidei possessori quidem sumptuum nomine vlla actio competit, vt recte sensit Ioannes, sed seruat sumptus per exceptionem, per retentionem possessionis. quod si errore restituerit, etiam succurritur ei condictione incerti, id est, condictione possessionis, quam ob sumptus retinere potuit, & errore lapsus non retinuit : & ita etiam malæ fidei possessor, si necessarios sumptus fecerit, hos consequetur, & repetet, non per actionem, sed per exceptionem doli mali. repetimus quod nobis competit aut per actionem, aut per exceptionem : nam is qui excipit agit, repetit. reus in exceptione, petitor est, *l. 1. de exception.* sic igitur in necessariis sumptibus est certissimum etiam malæ fidei possessorem eos sibi conseruare per exceptionem doli mali, vel per officium iudicis, sed quod attinet ad sumptus vtiles, lex *domum* ait, malæ fidei possessorem eos non posse deducere, aut reputare, sed hoc tantum ei permitti, vt auferat quæ auferri possunt sine læsione prioris status, id est sine detrimento ipsius rei : idemque proponitur etiam in *l. Iulianus, inf. hoc tit.* Et obstat etiam superiori distinctioni *legis Iul. l. in fundo, infr. hoc tit.* his respondeamus. ad *l. si seruus § si oliuam*, respondeo agi in eo §. de eo qui non possidebat rem in quam sumptum fecit, vt puta de eo qui cum non possideret vineam meam, maturam vindemiam collegit, & collectam dereliquit, nec secum abstulit : hic videtur mihi donasse impensam quæ in collectione vindemiæ fieri solet, cum vltro ipse vindemiam collegerit suis sumptibus. Denique qui non possidet rem in quam sumptus facit, aut eos sumptus facit animo gerendi alieni negotij, aut donandi animo, & si non animo gerendi negotij, certe donandi : & ideo dicit in eo §. eum qui ita benigne fecit alteri vindemiam maturam colligendo, non teneri actione legis Aquiliæ quia beneficium dedit, non damnum : nisi forte lectas vuas proiecerit, vt effunderentur : hoc enim casu cum vindemiam collegerit simul, & perdiderit, tenebitur actione legis Aquiliæ. quod si præterea collectam vindemiam secum asportauerit, furti reus erit, & tenebitur actione furti, nec fur poterit reputare sumptum quem fecit in compilando : imo nec quemlibet sumptum, ne necessarium quidem fur reputat, *l. 1. C. de infant. expos.* & deterior est causa furis quam malæ fidei possessoris, non par vtriusque conditio est, vt exposui in *l. 15. §. vlt sup.* at qui sumptum fecit in rem alienam quam possidebat, non videtur eam semper donare, quia sibi rem gerit, non alteri, quum sit possessionis dominus. Ideoque merito alio auocante ei eam possessionem, reputabit sumptus quibus rem possessionemve meliorem fecit, reputabit *ἐμποιήματα*, hoc est, melioratio-

A nes. Ad §. *certe* quo denegatur malæ fidei possessori retentio sumptuum vtilium, sic respondeo, id esse ex rigore iuris, quod imputare sibi debeat qui temere ædificauit in solo quod sciebat esse alienum, & eadem ratio summi iuris opponitur in *l. plane, de pet. her.* prædonem de se queri debere, qui sumptum fecit in rem alienam sciens prudensque : idem ergo quod in §. *certe* proponitur in *l.* plane ; sed vt in *l. plane* additur moderatio æquitatis, benignius esse, impensæ vtilis etiam factæ à malæ fidei possessore rationem haberi, quod non debeat petitor lucrari ex alieno sumptu & impensa, eadem moderatio æquitatis addenda est ad §. *certe.* & ita etiam eadem moderatio adiungitur à Iuliano : hæc verba sunt *l. 37. Iulianus libro octauo Digestorum scribit, si in aliena area ædificassem*, &c. Sequitur
B deinde videamus *an nihil*, &c. i. per exceptionem doli mali non possum seruare eam impensam, quia temere ædificaui, & debeo de me ipso queri : sed corrigit se statim, *nisi forte quis dicat prodesse de damno sollicito*, id est, nisi quis dicat æquum esse ne locupletetur actor ex damno alieno. confert strictum ius cum æquitate, & æquitatem postremam facit, quod scilicet magis videatur amplectenda. Hæc sunt verba Iuliani. sed postea Vlpian. concedit magis in ius strictum in hæc verba : *puto autem & huic exceptionem non prodesse : nec enim debuit sciens temere ædificium ponere*, quæ sententia Vlpiani congruit omnino cum *l. 1. C. Greg. de rei vindic.* & cum *d. l. domum*, aperte, quę malæ fidei ædificatori denegat exceptionem, dat facultatem auferendi ea quæ possunt auferri sine dispendio, & refertur ea sententia legis *domum* ab Harmenopulo *lib. 2. tit. 1.*
C illo cap. *ἐὰν τῶν ἀλλοτρίων οἴκων χωρὶς πίστεως*, non *χωρὶς*. & ita legitur in *μικρῷ κατὰ στοιχεῖον* : nam certe aliud est in bonę fidei possessore, cui datur sumptuum vtilium repetitio, quæ illo loco denegatur malæ fidei possessori, quod vehementer obstat superioribus : sed responsum est satis *l. si seruus, & §. certe*, & sibi respondet Iulianus in *l. Iulianus*, illis verbis, *nisi forte.* Sed restat adhuc sententia Vlpian. in *d. l. Iulianus, & d. l. domum*, ex quibus colligitur hæc differentia inter malæ fidei & bonæ fidei possessorem, vt bonæ fidei possessor deducat sumptus vtiles remedio exceptionis, vel officio iudicis, malæ fidei possessor non item : & vt ei tantum liceat ea tollere quæ tolli sine rei detrimento possunt. quæ etsi obstare videantur, tamen explicabuntur. lex *in fundo* heic apposita videtur Vlpiani sententiæ mitigandæ causa. idem vero *d. lex in fundo* statuit in bonæ fidei pos-
D sessore aliqua ex parte quod constituit *l. domum & l. Iulianus, in fi.* in malæ fidei possessore, vt & bonæ fidei possessor non habeat deductionem sumptuum vtilium, sed vt tollat tantum ea quæ tolli possunt sine dispendio, vt plane videatur obtinere idem ius strictum in vtroque possessore, eademque æquitas valere in vtroque possessore. sed enodabit rem omnem explicata *l. in fundo.* Primum ostendit, quod si quis bona fide ædificauerit, vel seuerit in fundo alieno, fundo euicto, de sumptibus ædificij vel sementis, nihil posse certi definiri. non igitur mirum videri si sint inter Iurisconsultos veluti *ἀντιλογίαι*, contentiones quædam, sed bonus iudex varie hac de re constituet ex personis, & causis quæ est totius quæstionis definitio postrema : aliquando enim iudex admittit reputationem sumptuum vtilium, id
E est, ita admittit vt non cogatur possessor restituere rem, priusquam ei sint solutæ impensæ : hæc enim est vis exceptionis doli & deductionis. admittit ergo aliquando iudex reputationem impensarum, quanto scilicet pretiosior fundus factus fuerit, non totius impensæ : quid enim si possessor plus impenderit, quàm fundo accesserit vtilitatis? impensa est magna, vtilitas parua, quæ inde oritur. vnde ratio tantum habebitur vtilitatis, non totius impensæ, & è contrario, si pretium superet impensam, id est, si parua pecunia pretiosiorem fundum reddiderit, ratio habebitur impensæ solius, non quanto pretiosior factus est fundus : & ita quidem admittetur deductio impensarum vtilium, id est, sub hoc modo, si actor vel dominus fuerit locuples, qui hunc sumptum ferre possit, quique eum factu-

rus

sus fuerit. Hoc est quod ait in *l. in fundo.* finge dominum A eadem facturum fuisse, id est, locupletem fuisse, vt recte Harmenopulus interpretatur lib.2.*tit.1*.illo cap. βούλεται διάταξις, eum inquam facturum fuisse, cum scilicet ei suppeterent facultates. reddet impensam vt fundum recipiat. an totam impensam? minime, sed eo vsque duntaxat, inquit, quo pretiosior factus est fundus. aliquando vero iudex non admittet deductionem impensarum, nec si reus bonæ fidei possessor fuerit, sed permittet tantum eum tollere quæ imposuit, si tolli possint sine detrimento ipsius rei, vt si dominus sit pauper, qui eum sumptum non possit ferre, nec facturus fuerit: an eum sumptum reddet, aut re carebit? minime: Igitur rem recipiet pauper dominus, ne refusis sumptibus, forte careat laribus & sepulchris auitis, id est, ne careat re petita, si oneretur præstatione sumptuum. Igitur B rem petitam recipiet, etiam non refusis impensis vtilibus, sed pati tantum debet vt reus tollat quod imposuit, si tolli possit sine læsione prioris status. & ita demum, nisi ipse dominus sit paratus possessori tantum præstare quantum possessor ex venditione materiæ reficere poterit. finge: in area aliena ædificium posuit. datur ei potestas tollendi ædificium, & vendendæ materiæ. quod ex venditione potest redigere, id si offerat dominus, idemque actor, non cogetur tunc pati, vt aduersarius tollat ædificium quod posuit, nec eius maliciæ est indulgendum, si velit tectoria tollere, picturas radere, nihil laturus nisi vt officiat: ergo satis habere debet, si fiat ei potestas tollendi ædificij, vel si ei annumeretur quantum ex ruinis pecuniæ conficere potest: imo vero aliquando etiamsi dominus sit pauper, fit deductio impensarum quanto pretiosior fundus factus est, hoc scilicet casu, si dominus fundum receptum mox venditurus, C sit, & vtique amplius laturus ob eam impensam. æquum est hoc casu vt cum pluris sit venditurus statim propter impensam quam possessor fecit, ratio impensæ habeatur. non habebitur tunc æstimatio tantum materiæ, sed & vtilitatis, qua auctus est fundus, quæque efficit, vt sit mox charius eum fundum distracturus. & hæc quidem videntur dici tantum in area in *l. in fundo.* Sed idem est etiam in cæteris rebus: nam & *lex in fundo,* initio posuit exemplum sationis. qua de causa similiter, si quis in alieno fundo frumentum seuerit, euicto fundo deducetur impensa sationis: vel si dominus sit pauper, tollet herbam & farraginem pabuli causa, nisi dominus offerat quod ex herbæ venditione conficere potest, vel nisi dominus mox eum fundum, ita vt D satus est, venditurus sit. quo casu omnimodo habetur ratio sationis. æstimabitur non herba, sed semen, cuius ratione mox pluris eum fundum est venditurus. quo casu nihil refert in *l. in fundo,* siue in area aliena ædificauerit, siue seminauerit, vel vt est *Florent.* conseuerit, eodem sensu. Idem statuendum esse dicemus, si seruum alienum quem possidebat, erudierit quantum scilicet res patietur: nam in seruo erudito non omnibus his quæ dicta sunt in area vel satione locus esse potest. tolli ædificium potest, & eius tollendi datur potestas possessori. euelli herba potest, euelli eruditio non potest: eruditio est habitus, & habitus sunt ἀναπόσπαστοι. Igitur non omnia remedia quæ in cæteris interueniunt, in seruo erudito interueniunt: sed quoad res patitur, idem omnino sequemur in seruo erudito, vt re aliqua sumptibus possessoris instructo, quæ est sententia §. E *vlt. huius l.*

Ad l. XXVIII. Forte, & l. XXIX. XXX. XXXI. & XXXII.

l. 28 Forte quod pictorem, aut librarium docueris: dicitur non aliter officio iudicis æstimationem haberi posse.

l. 29. Nisi si venalem eum habeas, & plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium.

l. 30. Aut si ante denuntiatum sit actori, vt impensam solueret: & eo dissimulante, posita sit doli mali exceptio.

l. 31. Ceterum, cum de fructibus serui petiti quæritur, non tantum pubertas eius spectanda est: quia etiam impuberis aliquæ operæ esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus æstimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.

l. 32. Quod si artificem fecerit: post vicesimumquintum annum eius, qui artificium consecutus est, impensæ factæ poterunt pensari.

OStendi sup. in sumptuum ponenda ratione nullam esse differentiam inter bonæ & malæ fidei possessorem, re ea in quam sumptus sunt facti manente salua, vel fructibus perceptis cum fructuum quærendorum causa sumptus facti sunt; sed necessariorum quidem sumptuum deductionem vtrique possessori dari per exceptionem doli mali, vel officium iudicis: vtilium modo deductionem, modo non deductionem, sed tollendorum eorum dumtaxat, quæ sine dispendio tolli possunt, facultatem, vt declaratur in *l. in fundo.* in voluptariis sumptibus esse differentiam inter bonæ & malæ fidei possessorem, & ad *d. l. in fundo* diximus, deductionem impensarum admitti, si dominus fuerit locuples, secundum Græcorum explicationem, quæ extat apud Harmenopulum lib. 2. tit. 1. cap. βούλεται ἡ διάταξις. & alio etiam loco quo magis illustratur *l. in fundo* apud eundem Harmenopulum d. libro & tit. ὁ ἐν ἀλλοτρίῳ οἶκον χωρίῳ πήξῃ &c. exemplum posuimus in area seu dolo alieno, tractemus nunc de seruo alieno quem possessor suis sumptibus erudiit, artem aliquam docuit: & placuit eam eruditionis impensam possessorem deducere & reputare posse petitori, mercedes præceptorum reputari posse petitori, *l. idque §. 1. de action. emp.* imo & quemlibet alium sumptum probabilem factum in eum seruum, *l. 4. & l. vlt. inf. de oper. seru. l. apud §. si minor, inf. de do. except. l. 1. C. de infan. expos.* reputare, inquam, possessorem posse impensam doctrinæ, & aliam quamlibet probabilem, si eam dominus facturus fuerit, si locuples fuerit, si aliunde eam exsoluere possit exemplo areæ in *l. in fundo, inf.* sed si pauper sit dominus, nec aliunde eam impensam possit refundere petitori, possessor nihil deducet sumptuum nomine, & melius erit possessorem carere sua pecunia quam dominium suo seruo. nihil etiam erit hic quod possit tollere possessor, vt in area dictum est: ædificium tolli potest quod areæ impositum, eruditio insita seruo auelli non potest; quid igitur fiet? necessario hoc casu possessor in damno versabitur, & hoc est quod ait in *§. vlt.* huius *l. 27. Sed si puerum meum, cum possidebas, erudisses, non idem obseruandum.* non idem obseruandum in seruo quod dictum est §. *1.* in area, quia neque carere seruo meo debeam, id est quia debet mihi restitui seruus meus, etiamsi non reddam impensam, cum videlicet pauper sim, & eam refundere nequeam. cogar carere seruo meo, si aliunde refundere non possim impensam, & admittatur deductio & reputatio. Melius est igitur, non admitti reputationem propter impensam, ne seruo meo caream, itaque dum ait, *quia neque carere seruo meo debeam,* ponit, me seruo meo cariturum si admittatur reputatio impensæ, quam aliunde soluere non possum: at si aliunde eam soluere possim, admittetur reputatio. & ita accipienda est *d. l. apud §. si minor, l. 1. C. de inf. expos.* & delendæ sunt tres aut quatuor explicationes *d. l. in fundo,* quas adfert Accursius, *nec potest remedium adhiberi, &c.* id est, non potest eruditio euelli: igitur in damno versabitur possessor: rebus ita exigētibus hoc casu. sed duo tantum sunt casus, quibus etiamsi pauper sit dominus, eius impensæ ratio habetur, vnus hic est, si dominus eum seruum venalem, id est, promercalem habeat, & plus ex pretio eius laturus sit propter artificium & eruditionem serui: nam hoc casu cum sit præsens vtilitas, non potest eius vtilitatis ratio quin habeatur defugere. & hoc est quod ait in *l. seq. & 29. forte quod pictorem aut librarium docueris, s.* æstimationem scilicet impensæ nisi venalem habeas, & plus ex eo propter artifi-

Digest. Q

cium consecuturus sis: sed hoc loco est manifesto *μετάστασις* personarum, vt recte monet Irnerius. quæ enim supra facta est prima persona, nunc fit secunda: debuit enim dicere, *nisi ego venalem habeam qui vindico vel plus ex pretio consecuturus sim propter artificium.* sed frequens est hoc loquendi genus, vt in *l. si ex parte, inf. de acq. h. r. l. fundus §. si ego, inf. fam. ercisc. l. si non sortem §. libertus, inf. de cond. indeb. l. quædam mulier §. 1. inf. eod. l. si mater §. item Iulianus, de except. rei iud.* & plerisque aliis locis & hac exceptione vtimur in area: nam licet pauper sit dominus cogitur præstare sumptum ædificij in area positi si mox ædificium sit venditurus: qua ratione fit, vt voluptuariæ impensæ habeantur pro vtilibus, *l. quod si inf. de imp. in res dot. fact.* Maritus non deducit impensas voluptuarias quas fecit in rem dotalē. sed si res fuerunt promercales, si res eas statim mulier sit venditura, & plus ex pretio latura propter ornamenta, impensis vtilibus reputabuntur, & deducentur à marito: quia præsens vtilitas facit, vt iam non videantur esse voluptuariæ, cum voluptatum non desit emptor. Alter casus est: si possessor domino sciente seruum erudierit: nam etiamsi dominus sit pauper, hanc impensam debet reddere, vt seruum recipiat, aut si non possit aliunde reddere, carebit seruo: & ita etiam impensarum vtilium quas maritus fecit in res dotales ita demum deductionem habet, si eas fecerit sciente, aut volente vxore, cum vxor aliunde eas soluere non potest; sed si eas fecerit inuita vxore, aut ea ignorante, non habet maritus vtilium impensarum in res dotales factarum deductionem, nisi locuples sit mulier: si pauper sit, nec possit eas aliunde refundere, ipse versabitur in damno suæ pecuniæ potius, quam mulier in damno suæ dotis. Denique cum pauper est mulier, ei non reputantur impensæ vtiles quæ factæ sunt, inuita, aut ignorante ea, sed quæ factæ sunt ea sciente aut volente, omnimodo ei reputantur, quod aperte definitur in *l. impensæ, inf. de verb. sign. & l. vtilium, de impen. in res dot. fact. inf.* & omnino idem locum habet in area, vt si dominus sit pauper, ei non reputentur sumptus ædificii facti inuito aut ignorante eo: sed tamen vt reputentur sumptus ædificij facti sciente eo, quæ distinctio est addenda *ad l. in fundo*: & hoc est quod ait *in l. 30. ant si ante,* hic est secundus casus, *denuntiatum sit actori, &c.* hoc scilicet casu æstimabitur impensa eruditionis, licet dominus sit pauper, si *ante denuntiatum* sit, id est si antequam impenderet possessor, denuntiauerit actori, vt si eum seruum suum esse putaret, eam impensam faceret, & eius impensæ onus subiret, & eo dissimulante, id est, neque faciente eum sumptum, & non prohibente, quo minus fieret à possessore, deinde domino vindicanti seruum posita sit exceptio doli mali seruandæ impensæ causa, vel etiam illico post denuntiationem: nam omnes exceptiones possunt opponi etiam sine actione & contestari, etiamsi nondum agat alter quem veremur, ne agat. alioquin sæpe mora actoris temporalem exceptionem perimeret, & constat exceptiones contestari sine actione in modum querelæ, *l. 8. & 9. & 14. §. pen. C. de non num. pec. & l. vlt. C. de cond. ex leg.* Hic igitur si possessor sciente domino & dissimulante erudierit seruum, eum retinebit, nec vindicanti domino restituet, si dominus aliunde non possit eam impensam refundere: atque ita in damno potius versabitur dominus, quam possessor. exceptis his duobus casibus, ei qui aliunde soluere non potest, non reputabitur doctrinæ impensa. sed vt subiicit in l. 31. compensabitur ea impensa cum fructibus, id est operis serui, si forte petantur à possessore, si fructuum rationem dominus habere velit, habebitur & impensarum, quia non est æquum vt dominus consequatur operas quæ perceptæ sint, vel percipi potuerint ex artificio quod seruus didicit sumptibus possessoris. ergo exceptis illis duobus casibus non fit quidem deductio sumptuum, aut impensarum conditionis, id est, propter eam impensam non retinentur res, sed retineri possunt fructus, operæ, mercedes operarum si forte petantur. & coaptanda est hæc *l. 31.* cum fine *l. 27.* cum sit ex eodem libro. proposuit in l. 31. possessorem erudiisse puerum, quo verbo non significatur conditio seruilis, nec possumus interpretari puerum, seruum, sed significatur ætas puellaris: quia hic agitur de eruditione prima, de institutione pueri, & ideo cum perseueret in eadem specie, ne frustra videatur dicere cum operis pueri esse compensandam impensam eruditionis, adiicit, & pueri operas esse aliquas. pueri, id est impuberis, & in operis æstimandis pubertatem tantum non spectari, cum possint etiam impuberis esse operæ quædam: sed cum eis operis, si petantur, dominum debere compensare impensas eruditionis: cæterum, inquit, cum de fructibus serui petiti quæritur (fructus serui sunt operæ *l. 3. & 9. de oper. seru.*) *non tantum pubertas eius spectanda est: quia etiam impuberis aliqua opera esse possunt.* & ita etiam in *l. vlt. inf. de lib. cau. & l. 7. de oper. libert.* ostenditur, impuberum esse operas aliquas nec abeundum longius. sumatur exemplum ex *l. 28.* vt si sit pictor: nam & eius opellæ aliquantulum est capax impubes, vel si sit librarius, id est, scriptor librorum, vel si histrio: nam & puerulis vtebantur histrionibus, vel si sit alterius voluptatis artifex, vel si sit calculator, vel nomenculator, vt est in vtraque lege, qui suggerat candidatis nomina ciuium, sic dictus, quasi vt ex Verrio docuit Charisius nominum calator siue calator, hoc est vocator: antiqui etiam dixere fartorem, vt Festus scripsit, quod clam velut infarciret in aurem nomina salutatorum. sed vix est vt vsi sint pueris nomenculatoribus, & verius est, vt legatur in vtraque lege *miniculator*: non vt Florent. *nomenculator*: miniculator, id est, qui miniat litteras, id est, vt Galli dicunt, vn *enlumineur*: sed in vtraque Basilica habent, non ὀνοματολόγος, aut ὀνοματόκλητος, sed χρυσογράφος, *qui veut dire vn enlumineur.* & eadem Basilica librarios vocant βιβλιογράφους, miniatores vocant χρυσογράφους. Hic igitur impuberis sunt operæ aliquæ, & eas si forte petat dominus, vel mercedes earum, quæ perceptæ sunt, vel percipi potuerunt, vt si agat cum malæ fidei possessore, qui in hac quæstione nihil distat à bonæ fidei possessore, debet dominus qui flagitat operas, admittere rationem institutionis pueri. Hoc vero vt clarius intelligatur, & vt sciatur à quo tempore fiat operarum æstimatio & compensatio, subiicitur *l. 23.* ex Modestino, *quod si artificem, &c.* firmiter affirmo, non esse legendum, *post vicesimumquintum annum,* sed, *post quintum annum:* & ita interpretabimur, post quintum annum eius qui artificium consequutus est, id est postquam artificij cœpit fructus esse aliquis, ab eo tempore, id est à quinto anno perfecto habebitur ratio operarum simul ac impensarum. compensatio cum operis quæ petuntur, quia in pueris à quinto demum anno operarum quarum sunt pueri capaces, æstimatio fit in *l. vlt. inf. de oper. seru. si minor,* inquit, *annorum quinque sit seruus,* vel *si sit debilis seruus, nulla fit operarum æstimatio:* quia ante quinquennium pueri nullæ sunt operæ, cui rei definitum est quinquennium naturali ratione: vnde apparet liquido hic legendum esse, *post quintum,* hoc sensu, vt à quinto anno fiat operarum cum impensa compensatio, non à 26. quia tantum abest, vt in operis spectetur iuuentus quæ est annorum 25. vt nec pubertas quidem spectetur l. 31. & vt post 25. annum fiat tantum operarum compensatio, earum scilicet, quæ præcesserunt 25. annum, sicut interpretantur omnes, nulla est ratio (vide Obs. lib. 9. cap. 38.) nam si citius petantur operæ, id est ante 25. annum, cur non compensabuntur cum impensis? & ne secus obseruari existimemus in area: idem omnino obseruatur in area, vt scilicet etiam sumptus compensentur cum fructibus, si fructus petantur, *l. sumptus inf.* species hæc est. Quidam mihi donauit fundum alienum bona fide accipienti. in eo fundo ædificium posui. euincitur fundus à domino. an possum sumtus repetere actione aliqua? minime. quod omnino confirmat sententiam Ioannis, possessorem siue sit bonæ, siue malæ fidei nulla actione posse repetere sumptum quem fecit in rem alienam, sed habere tantum retentionē i ei siue per exceptionē doli, *l. si in area, inf. de cond. indeb. l. Paulus, inf. de do. excep. l. 2. C. Greg. de rei vind.* non poterit etiam

que haberetur, si homo non fuisset occisus dolo aut culpa sumptum quem fecit in fundum alienum, à donatore vlla actione repetere fundo euicto, quod hic proponitur, quia donator non tenetur de euictione, *l. Aristo §. vlt. de donat.* & ideo probe ponitur species in donatore: nam aliud esset in venditore. finge: quidam mihi vendidit bona fide emendi fundum alienum. in eo sumptum feci. euincitur is fundus à domino. non habeo actionem qua repetam sumptus à domino: habeo tamen actionem qua repetam sumptum, & quidquid mea interest à venditore actione empti, euictionis nomine, *l. 9. C. de euict.* sed quoties eum fundum habui ex causa donationis, nullam neque aduersus donatorem, neque aduersus dominum per actionem sumptuum reputationem habeo: sed possum seruare sumptus per exceptionem doli mali, vel per retentionem, vel per officium iudicis, si sumptus illi doli mali excedant summam fructuum vel per officium iudicis: nam vsque ad concurrentem summam compensabuntur sumptus facti cum fructibus, id est, eo minus fructuum repetet dominus. ergo vsque ad concurrentem summam sumptus compensabuntur cum fructibus; sumptus autem qui superant fructum, seruantur superioribus remediis, id est, per officium iudicis etiam prætermissa exceptione, vel opposita exceptione.

Ad L. Fructus XXXIII.

Fructus non modo percepti, sed & qui percipi honeste potuerunt, æstimandi sunt: & ideo, si dolo & culpa possessoris, res petita perierit: veriorem putat Pomponius Trebatij opinionem putantis, eousque fructuum rationem habendam, quousque haberetur, si non perisset: id est, ad rei iudicandæ tempus, quod & Iuliano placet. Hac ratione, si nudæ proprietatis dominus petierit, & inter moras vsusfructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem vsusfructus reuersus est, ratio fructuum habetur.

Initio l. proponitur, in hoc iudicio fructus æstimari non tantum perceptos, sed etiam eos qui percipi honeste potuerunt: perceptos, inquam, post litem contestatam, aut controuersiam motam, vel qui percipi potuerunt. item perceptos aut percipiendos ante litem contestatam cum aduersarius mala fide possedit, & fructus petiti sunt: nam in hoc iudicium non veniunt fructus præteriti, nisi nominatim petiti sint, etiamsi agatur cum malæ fidei possessore. percepti tamen aut percipiendi post litem contestatã veniunt officio iudicis, etiamsi petiti non sint: & consequenter dicemus post litem contest. aut post controuersiam motam non æstimari fructus eos qui percipi honeste non potuerunt. denique eos tantum venire post litem contestatam qui percepti sunt, vel qui percipi honeste potuerunt. Haloander male sustulit illud verbum, *honeste*. Basilica retinuerunt, ἢ οἱ δυνάμενοι λαμβάνεσθαι ἐννόμως, vt Florent. rectissime: nam æstimantur quidem fructus etiam inhoneste percepti, vt fit in petitione hereditatis *l. ancillarum, in fi. l. si possessor, de petit. her.* sed non qui percipi inhoneste potuerunt: æstimantur inquam, fructus percepti inhoneste: vt si possessor domum alienam quam possidebat, locauerit lenoni, & in ea leno lupanar exercuerit, merces ea à possessore acquiritur inhoneste, & venit tamen in æstimationem officio iudicis. Nec obstat *l. 5. inf. de vsur,* quæ dicit, actiones bonæ fidei non recipere præstationem rerum quæ contra bonos mores desiderantur. porro petitio hereditatis hodie sine controuersia est bonæ fidei. ergo non debet recipere præstationem inhoneste quæsitorum: nam sic respondeo, neque illicitum, neque inhonestũ esse hoc, vt petitor possessori auferat turpe lucrum, quod ex re sua fecit. non esse illicitum quod ex Senatusconsulto omne lucrum auferendum est possessori siue bonæ fidei, siue malæ fidei, *l. post Senatusconsul. 3. de pet. hered.* quæ opponit rationem *l. ancillarum* præcedentis, in qua admittitur æstimatio inhonesti quæstus, & subiicitur ratio: *nam post Senatusconsul. omne lucrum auferendum est possessori.* non est etiam inhonestum, aut non debemus hoc inhonestum

A esse interpretari, vt tale lucrum petitor possessori auferat: nam si ita interpretemur, inhonestum quæstum possessori relinquemus, quod erit indignum: melius est igitur ei eripi omne lucrum: sed si quid præterea desideretur contra bonos mores, id ei non erit præstandum, vt si desideretur præstari, quod percipi inhoneste potuit, nec perceptum est. proinde vt in hoc iudicio, & in petit. hereditatis æstimantur fructus inhoneste percepti, non qui inhoneste percipi potuerunt: ita etiam fructus percepti in his iudiciis æstimantur, etiamsi petitor eos percepturus non fuerit, *l. cum hereditas, sup. de pet. her.* vt si possessor per seruum acquisierit legatum ex testamento alieno, quod petitor propter incapacitatem acquirere non potuisset, *l. cum autem §. vlt. de ædil. ed.* Hic igitur fructus percepti à possessore veniunt in æstimationem, etiamsi petitor eos percipere non potuisset, si possedisset. at fructus quos possessor

B percipere potuit nec percepit, non veniunt in æstimationem, si petitor eos percipere non potuisset, vt recte Acc. sentit in *l. si nauis §. vlt. inf.* & ille §. etiam generaliter definit, in causa fructuum æstimandorum non esse spectandum, an possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si possedisset: non satis intelligitur potuisse percipere possessorem, nisi & potuerit percipere petitor, si possedisset. Denique quod dicitur, à malæ fidei possessore peti posse fructus percipiendos, id est, quos percipere potuit ante litem contestatam, & in petit. hered. officio iudicis venire fructus quos malæ fidei possessor percipere potuit honeste: Post litem autem contestatam, de percipiendis fructibus quemlibet possessorem teneri, eosque qui percipi potuerant, post

C lit. contest. tam in petit. her. quam in speciali vindicatione æstimari officio iudicis: id ita procedit & accipi debet semper, si honeste, & si à petitore ipso si possedisset percipi potuissent: Adiicit Accur. & tertium modum, *si malæ fidei possessor titulum non habuerit*, id est, si possederit pro possessore. male: nam etiamsi titulum habuerit, tenetur malæ fidei possessor de fructibus quos percipere potuit honeste, quosque petitor erat percepturus, non tantum in quatuor casibus quos adducit Accur. sed etiam omnibus malæ fidei possessor tenetur de percipiendis siue titulum habuerit, siue non. Nec moueri debemus *l. si fundum, C. de rei vindic.* quæ dicit, malæ fidei possessorem teneri de perceptis fructibus: nec enim dicit, duntaxat: ergo male colligas eum non teneri etiam de percipiendis. Hoc cum pro-

D posuisset Paulus initio huius l. in hoc iudicio fructus æstimari non tantum perceptos, sed etiam eos qui percipi honeste potuerunt; inde colligit, re perempta post lit. contest. dolo aut culpa possessoris, fructus esse æstimandos vsque ad tempus rei iudicandæ. non æstimantur percepti, quia nulli percipiuntur post interitum rei, sed æstimantur qui percipi potuissent à petitore, si dolo aut culpa possessoris res non periisset: & ideo fructuum ratio habetur vt quousque haberetur, si res non interiisset, id est non vsque ad tempus interitus, sed vsque ad tempus rei iudicandæ: & hæc fuit sententia Trebatij, de qua diximus in *l. 17. & 21. sup.* quam Trebatij sententiam refert hoc loco Pomponius existimasse veriorem quam Labeonis, qui fructuum rationem habebat vsque ad tempus mortis tantum: & extat Labeonis sententia in *l pen. inf.* Sed Pomponius ait,

E veriorem esse Trebatij sententiam, eandemque probari Iuliano, cuius extat sententia in *l. 17. §. 1. sup.* vt fructus æstimentur vsque ad rei iudicandæ tempus. at mihi, vt iam diximus, non fit verisimile, vt Labeo qui dicitur fructus æstimari voluisse vsque ad tempus mortis dumtaxat, non prærogauerit æstimationem fructuum vsque ad tempus rei iudicandæ re perempta dolo aut culpa possessoris: nam quis ita possit sentire, quin videatur stulte ita sentire, vt cum hominem petitum possessor interfecit fructuum hominis nomine teneatur tantum vsque ad tempus occisionis: imo vero cum ipse illi necem attulerit, vsque ad id tempus quo habetur ratio fructuum, si illum non interfecisset. Igitur non adeo fuit stultus Labeo, vt existimarit non esse prærogandam æstimationem fructuum quousque

possessoris: & sane Labeo in *d. l pen.* dum scribit æstimari fructus vsque ad tempus mortis, ponit hominem mortuum, non occisum, interiisse suo fato, non autem periisse dolo aut culpa possessoris. item ponit Iulianus in *l. 17. §. 1.* qui tamen rem producunt vsque ad tempus rei iudicandæ. & sane ita posito casu, vt perierit homo petitus suo fato, non culpa possessoris, quidquid Pomponio aut Treb. aut Iuliano videatur, æquior est Labeonis sententia, vt possessor teneatur fructuum nomine vsque ad tempus mortis duntaxat: quia in fructibus æstimandis semper spectatur quatenus petitor percepturus erat si possedisset, *l. si natus §. vlt. inf.* At si petitor possedisset vltra tempus fati, id est, mortis naturalis, non potuisset percipere fructus. Ergo vltra id tempus non debet fructus desiderari. Sed ex diuerso si dolo aut culpa possessoris homo perierit, si non fuisset acceleratum fatum, fructus potuisset percipere petitos: & ideo eorum videtur esse habenda æstimatio quousque haberetur si possessor hominem non occidisset, aut mortis causam non dedisset. Neque vero cum suo fato res interiit, defendi potest opinio Trebatij, nisi vno casu, forte si petitor hominem distracturus erat si accepisset, & pecuniam ex pretio redactam fœnori collocaturus esset. quod obseruatur in re æstimanda quæ interiit suo fato, obseruatur & in fructibus eius rei æstimandis *l. 15. §. vlt. sup.* Colligit etiam ex sententia initio proposita Paulus, quod si vnus sit proprietarius, alter fructuarius, alius possessor rei de qua agitur, ponendæ sunt tres personæ, sublata interpretatione Accur. tum ad hunc locum, tum ad *l. 35.* in princip. vnus proprietarius, alter fructuarius, alter possessor, hæc enim tria non debent permisceri, *l. permisceri, inf. de acq. poss.* proprietarius à possessore rem vindicauit, & pendente lite vsusfructus est consolidatus cum proprietate: mortuus est fructuarius aut capite deminutus: morte fructuarij aut capitis deminutione finitur vsusfructus, & recurrit ad proprietatem: hoc casu ex tempore consolidationis fructus in æstimationem veniunt, quoniam ex eo tempore licuit possessori, & licuisset petitori si possedisset, fructus percipere. atque ita ex eo tempore veniunt fructus siue percepti, siue non, id est, qui percipi honeste potuerunt, finito vsumfructu *l. videamus §. 1. inf. de vsur.* & ita vt subiicitur in l. 34. si fundo petito post lit. contestatam pars aliqua accesserit alluuione, fructus æstimantur quos possessor ex parte illa percipere potuit post alluuionem: nam ante non potuit honeste aut licite, ex parte illa. & è contrario, vt proponitur in l. 35. si post lit. contest. petitor vsumfructum legauerit rei petitæ Titio, verbi gratia, ac deinde pendente lite mortuus fuerit, atque ita vsusfructus obuenerit Titio, fructus eius rei æstimabuntur vsque ad tempus quo vsus à proprietate discesserit, non vsque ad tempus rei iudicandæ: quia ex eo tempore quo discessit vsusfructus à proprietate, neque petitor, neque heres petitoris si possedissent, potuissent fructus percipere honeste aut licite: ideoque ab eo tempore fructuum ratio non habebitur nec perceptorum, cum non potuerint percipi honeste vel licites, vsufructu perlato ad Titium. vnde colligitur fructus ad fructuarium pertinere ex eo tempore quo vsusfr. discessit à proprietate: sed hoc non est satis, quo tempore fructus discessit à proprietate, & eo tempore quo constituitur vsusfr. hoc etiam non est satis, quo tempore vsusfruct. constituitur, non cum legatur, aut cum in stipulationem deducitur: sed constituitur vsusfructus ipso iure à tempore aditionis, si sit legatus per vindicationem hoc modo: vsumfructum do lego, vel si sit relictus per damnationem hoc modo: *heres damnas esto illum sinere vti frui.* tunc constituitur, id est cum heres legatarium induxerit in fundum, eum passus fuerit vti frui, *l. 2. & 3. de vsufr.* quod ita explicat Paulus Sent. *lib. 3. tit. de leg.* ergo fructus pertinent ad legatarium per vindicationem ex tempore aditionis ipso iure, vel tempore præstationis, si legatus fuerit per damnationem. Interdum etiam antequam constitutus sit vsusfructus, pertinent fructus ad legatarium: vt si heres moram fecerit in præstatione: nam ex tempore moræ fructus per-

A tinent ad legatarium: & hac in re actio ex testamento, quamuis sit stricta, comparatur actionibus bonæ fidei: nam in actionibus bonæ fidei, & in actionibus legatorum & fideicommissorum ex mora debentur vsuræ: in cæteris strictis iudiciis ex mora non debentur vsuræ. Accur. hic tractat plene de fructibus, & in eo tractatu sunt errata multa. Primum est, quod existimet fructus non pertinere ad fructuarium, antequam satisderit, & caueat. & citat in eam rem *l. vxori 24. de vsufr. leg* res eget explicatione: duplex est cautio de vsufructu, vna quæ dicitur cautio SC. quæ est introducta SC. *l. vlt. inf. vsufr. quemad. cau. & d. l. 24. & l. 1. inf. de vsuf. ea rer. quæ vs. cons.* hæc cautio SC. præstatur de his rebus quarum non est vsusfructus: sed abusus, id est, quas vtendo deperdimus, vt vini, olei, frumenti, pecuniæ. hæ res pereunt vtendo, qui vtitur, abutitur: & ideo

B non est earum rerum vsusfr. sed constituitur earum rerum quasi vsusf. per SC. remedio cautionis, promittente scilicet eo cui harum rerum vsusfructus datus est, se, cum mortuus erit aut capite deminutus, eandem quantitatem, vel rem eiusdem qualitatis & generis restituturum, tantandem pecuniam, tantandem summam, vel vinum eiusdem bonitatis, si vini vsusf. verus relictus sit. Hæc cautio facit vt videatur esse harum rerum constitutus vsusf. cum cauet se mortuo aut capite deminuto tantundem se redditurum: & exprimit tantum hos duos casus amittendi vsusfructus, mortis & capitis deminutionis. quare earum rerum quæ sunt in abusu vsusfr. ille fictitius non amittitur, nisi illis duobus modis: nec enim solet amitti, vt cæterarum rerum vsusf. etiam rei mutatione: nam etiamsi mutetur pecunia, cuius datus est vsusfr. non finitur vsusfructus: non finitur

C etiam confusione, non finitur non vtendo, cum tamen cæterarum rerum quarum proprie vsusfructus est, his modis finiatur, *l. 7. inf. vsuf. quemad. cau.* quæ ostendit, ideo in hanc cautionem SC. illos duos tantum casus exprimi: at in cautione altera exprimuntur, aut intelliguntur omnes casus amittendi vsusfructus, *l. 3. §. vlt. inf. vsuf. quem cau.* Et præterea earum rerum quarum nomine præstatur ea cautio SC. dominium transfertur in fructuarium: nec enim aliter res expediri potest. sicut in mutuo non potes dare mutuam pecuniam mihi, nisi facias meam: sed nec ego tibi, nisi faciam tuam: sed tu caues de reddenda eadem quantitate, non eadem ipsa pecunia, sed eiusdem generis siue qualitatis. quare finito vsufr. non vindicatur pecunia, sed condicitur, id est, intendes tibi tantandem pecuniam

D dari oportere, *l. 5. §. 1. de vsuf. ear. rer. quæ vs. cons.* At cæterarum rerum puta ædium, fundi, dominium non transfertur in fructuarium; & ideo vindicari possunt à proprietario, condici non possunt, quia nemo rem suam condicit, *l. vlt. inf. vsuf. quem. cau.* Altera cautio de vsufructu habet *duas clausulas,* sic legendum in *l. 1. §. habet, inf. vsuf. quem. cau.* non, duas causas. Prima clausula est hæc, vt fructuarius caueat se boni viri arbitratu vsurum fruiturum, se rem deteriorem non facturum, qua de re solet proprietarius, cum fructuarium inducit in fundum, in testatum siue scriptum redigere formam & statum rei, vt scilicet non reddatur deterior, vt sciatur finito vsufructu re inspecta & inspect. scripto boni viri arbitratu vsus fuerit fructuarius nec ne. Altera clausula est de restituendo eo quod inde ex-

E tat finito vsufructu. duo igitur promittit, se vsurum fruiturum boni viri arbitratu: deinde cum finitus fuerit vsusfr. se restituturum quod inde extabit: qua in re est alia differentia cum posteriori cautione SC. promittit: nam cautione SC. promittit se rem daturum finito vsufructu eiusdem qualitatis: hic non promittit se rem redditurum: alioquin esset stipulatio inutilis, quia nemo rem suam stipulatur vtiliter, sed promittit se redditurum quod inde extabit, non rem aperte: & tamen inest tacite restitutio rei, & quod non potes palam, tacite rem tuam tibi reddi stipulari potes, *l. 1. §. vlt. inf vsuf. quem. cau l. cum quis §. pater, de leg. 3.* Hæ sunt duæ cautiones de vsufructu. Illud restat an sit verum, fructus non pertinere ad fructuarium, antequam has cautiones præstiterit. Ostendi

duas esse cautiones de vsufructu, vna vocatur cautio SC. *l. vlt. inf. vsuf. quem. cau.* & plerisque aliis locis, altera vocatur cautio fructuaria, *l. 3. §. vlt. de verb. oblig.* hæc est de vsufructu earum rerum quæ vsu non consumuntur, illa est de vsufr. earum rerum quæ vsu consumuntur. hæc non constituit vsumfructum, sed cauet proprietario ne deterior fiat proprietas, & vt restituatur vsusfr. cum amissus erit aut finitus: illa constituit vsumfructum, qui in eis rebus natura nullus erat: est enim illa cautio SC. de rebus, quas, si vtamur, deperdimus & consumimus. Igitur quia non erat earum vsusfructus natura, quasi vsusfructus constituitur cautione SC. Modo videamus, an verum sit quod Accur. ait initio *l. 35.* dum inchoat tractatum de fructibus, fructuarium non facere fructus suos ante hanc vel illam cautionem præstitam: nam nihil interest qua de cautione agatur heic: & de hac, & de illa sensit Accur. & Albericus ex quo eam opinionem traxit Accurs. puto autem id verum non esse, idque probo ex *l. 5. §. 1. inf. de vsuf. ea. rer. quæ vsu cons.* vbi ponitur legatus vsusfructus pecuniæ, & pecunia data sine cautione, & quamdiu durauit vsusfr. cautionem non fuisse præstitam: & tamen legatarium fructus suos fecisse, & teneri tantum in hoc finito vsufructu, vt eandem quantitatem heredi restituat. Igitur vt fructuarius fructus suos faciat, non exigimus vt caueat: fructus adiicit fructuario constitutio. Constituitur vsusfructus traditione, præstatione, cessione, vel etiam ipso iure ex tempore aditionis, si relictus sit vsufructus per vindicationem: constituitur, inquam, vsusfructus pecuniæ etiam traditione, non interueniente cautione, cum transeat pecuniæ plena proprietas in accipientem legatarium: & licet non interuenerit cautio, fructus suos facit: cum tamen vsusfructus desierit ad eum pertinere tantamdem pecuniam restituere tenetur, perinde atque si cautio SC. interposita fuisset, quæ est sententia *de l. vlt.* Nec obstat *l. 24. de vsuf. leg.* Vir legauit vxori vsumfructum omnium bonorum. nulla est res quæ in hoc genus legati non cadat post SC. *l. vsufructu, inf. ad leg. Fal.* ergo omnium rerum quæ fuerunt in bonis tempore mortis, vsusfructus vxori debetur, & præstatur ab herede: continentur etiam legato nomina in hereditate inuenta quæ defunctus fecit, atque etiam ea quæ heres fecit ex pecunia hereditaria: nomina, id est, sortes debitæ: quæritur an legato illo generali contineantur vsuræ omnium nominum, & nominis quidem facti ab herede vsuræ non continentur legato, quia bonis non adnumerantur quæ fuerunt tempore mortis: & ideo illæ vsuræ legatario non præstantur, quasi sortes, non etiam quasi fructus ante constitutum & traditum vsumfructum, qui relictus fuerat per damnationem, quod genus legati erat frequentius, & meliori iure ac conditione, vt Vlpian. ait in frag. nisi heres moram fecerit in tradendo vsufructu: nam ex mora veniunt fructus, & consequenter vsuræ sortium ab herede collocatarum, sed cum ita ex mora veniunt vsuræ quasi fructus, non venient aut non deducentur in cautionem SC. quia capiuntur quasi fructus, non quasi bona & sortes: bona reddi oportet finito vsufructu, fructus reddi non oportet: & ideo quod capit quasi fructum, de eo reddendo non cauet, quæ est cautio SC. at vsuræ nominis contracti à defuncto veniunt in cautionem, quia scilicet debitæ sunt ante cautionem præstitam: cauere igitur debet legatarius se eas redditurum finito vsufructu quasi sortes & capita. & idem est censendum omnino de fructibus cæterarum rerum inuentis in hereditate, quia & hi annumerantur in bonis, & capiuntur à legatario quasi bona: qua de causa & finito vsufructu hoc debet restituere. & ratio est aperta, quia bonis annumerantur cum sint inuenti in bonis, in hereditate, *l. centurio, inf. de vulg. & pup. subst. in fi. l. 1. D. de his quib. vt indig.* fructibus non adnumerantur post moram heredis quam fecit in cedendo vsufructu. fateor fructibus adnumerari: sed initio l. 24. non ponitur heredem fecisse moram, sed hoc tantum eum noluisse præstare vsumfructum, antequam sibi cautio præstaretur, & ideo ait, *ante cautionem præstitam simul & an-*

Digest.

A *te constitutum & traditum vsumfructum*: sic hoc accipiendum, dum morabatur legatarius in præstanda cautione, vsuras nominum relictorum in hereditatis bonis adnumerari, & veluti sortes in cautionem SC. deduci: quia scilicet nondum fuerat traditus vsusfructus. post traditum vsumfructum dicam eas vsuras fructibus adnumerari, etiamsi heres nondum exegerit cautionem SC. post moram quoque heredis etiam ante traditum vsumfructum eas vsuras fructibus cedere. Ex qua explicatione intelligitur, male ex ea l. absolute colligi, fructuarium non facere fructus suos, antequam cautionem præstiterit. verum quidem hoc est, antequam cautionem præstiterit & non traditus ei fuerit vsusfructus: sed falsum, si ei traditus fuerit vsusfructus, licet non cauerit fructuarius, vel si moram fecerit heres in tradendo vsufructu. B Nunc exequamur cætera quæ tractat Accur. de fructibus. primum proponit hanc diuisionem fructuum, vt alij proueniant sua sponte, id est, naturaliter, vt poma: alij opera, diligentia, cura, cultura nostra, vt segetes: alij sunt naturales, alij industriales fructus. deinde proponit alios esse fructus perceptos, alios percipiendos, id est, haberi rationem modo fructuum perceptorum, modo percipiendorum. & quod attinet ad perceptos fructus, ait, bonæ fidei possessorem videri percepisse fructus, atque adeo suos eos fecisse, quoquo modo terra separati fuerint, id est, etiam si ipse bonæ fidei possessor eos non decerpserit, aut desecuerit; sed alius quidam, non eius nomine, sed suo proprio: vel etiam si sua sponte deciderint. denique fructus quoquo modo fuerint solo separati, sunt bonæ fidei possessoris, *l. qui scit §. pen. inf. de vsur.* longe C aliud obseruatur in fructuario: nam fructus non fiunt fructuarij, quoquo modo terra separati sint: quæ differentia est vera. in fructibus percipiendis plus iuris habet bonæ fidei possessor, quam fructuarius, vt dominus plus iuris quam fructuarius, id est, qui habet plenum dominium: & bonæ fidei possessor comparatur domino in fructibus percipiendis. bonæ fidei possessor idem iuris habet quod domino prædii tributum est. fructuarius igitur non facit fructus suos, quoquo modo terra separati sint: nam si ipse decerpserit fructus, aut desecuerit, vel alius eius nomine, fructus fiunt fructuarii. sed si sponte deciderint fructus, vel si quidam alius non fructuarii nomine eos decerpserit, desecueritve, non ante fiunt fructuarii quam eos apprehenderit. male Accur. heic ait, fructus non fieri fructuarii ante- D quam eos horreo condiderit ex *l. si vsufructuarius, inf. quib. mod. vsusfr. amittit.* quæ Accursium iugulat. definitur in ea l. quid sit percipere fructus, vt similiter in *l. si eius fundi, inf. hoc tit.* percepti videntur fructus, veluti spica, aut fæno cæso, aut vua adempta, aut olea excussa, etiamsi nondum sit tritum frumentum, nondum coacta vindemia, vel oleum factum. Ergo etiamsi non sint hi fructus conditi in horreo, satis est, si ipse fructuarius eos decerpserit aut desecuerit, vel alius eius nomine, vel si excussos ab alio aut decerptos non eius nomine ipse apprehenderit: apprehensioque fiat meo, qui fructuarius sum, vel alieno corpore, me dominum fructuum facit, non quælibet separatio. Denique Acc. de percipiendis tractat, & percipiendos dicit accipi duobus modis, vel quia *maturi sunt*, sic est legendum, non *immaturi*, vel quia dominus eos percepisset. & E sane vtrunque videtur verum, vt percipiendi videantur, qui sunt maturi, & vt percipere eos debuerit quos petitor percipere potuerit: quæ postrema significatio in hoc tractatu locum habet: Nam cum quæritur de fructibus percipiendis, non est inquirendum an possessor recipere potuerit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, *l. si nauis §. vlt. inf. hoc tit.* Si igitur quæratur quos vocas fructus percipiendos, dicam quos petitor percipere potuisset, si possedisset. Deinde ait, possessores alios habere titulum, alios non habere, quibus omnibus præmunit se Accur. ad ea quæ deinde constituit de fructibus quæ sunt huiusmodi. primum constituit possessorem etiam bonæ fidei non facere suos eos fructus, qui natura proueniunt, quod definitur in *l. fructus, inf. de reg. iur.* sed opponit statim *l.*

bonæ fidei in prin. inf. de adq. rer. dom. quæ, ait, bonæ fidei possessorem adquirere non tantũ eos fructus qui diligentia eius prouenerunt, sed etiam *omnes*. Resp. Accur. *omnes*. i. siue ipse eos perceperit, siue alius: quæ interpretatio non potest congruere, cum ex opposito satis significet, eum voluisse comprehendere in *d. l. bonæ fidei*, fructus eos qui natura proueniunt: ait enim bonæ fidei possessorem lucrari non tantum fructus ex facto eius natos, sed & omnes quos natura produxit. sed respondendum est ita: expendendam esse vocem, *interim*: ait enim *l. bonæ fidei*, possessorem facere interim suos fructus, omnes *interim*, id est, tantisper quoad res euicta sit: sed re euicta, euinci possunt etiam fructus, naturales scil. atque ita si euentum spectes & exitum iudicii, fructus naturales bonæ fidei possessor non adquirit. adquirit prima fronte, & interim: sed non B ad extremum, & firmo iure, quia euincuntur re euicta: euincuntur, inquam, fructus naturales, & vindicantur extantes: sed de consumptis non tenetur. Naturales igitur suos facit interim, & si consumpserit, consumptio confirmat dominium, vt eorum causa amplius conueniri non possit: nam soli extantes possunt vindicari: sed de consumptis bonæ fidei possessor non tenetur condictione. Sed addit Acc. exceptionem, nisi tantundem de suo erogaturus fuerit, etsi bona illa non possedisset: quia in eo videtur locupletior factus quam comparsit rei suæ. vera est exceptio, & probatur *l. sed etsi lege §. quod autem, sup. de petit. her.* hoc igitur ita procedit si tantundem de suo fuerit erogaturus, & consumpturus. i. si hic fuerit eius sumptus quotidianus, & statutus vt loquitur *§. quod autem*. Sed si lautius impenderit contemplatione eorum bonorum, id C quod excedit statutos & quotidianos sumptus, videbitur excedere ex eius bonis, & in eo non videbitur locupletior factus, id est videbitur locupletior factus, ad finem tamen & modum statutorum sumptuum. Non affert eam *l.* Accur. sed aliam quæ nihil tale probat. *l. si & me, inf. de reb. cred.* loquitur de eo qui sumpsit meam pecuniam à meo debitore, quem putabat esse debitorem Titii. sumpsit igitur meam pecuniam cum se putaret sumere Titii pecuniam, & ait eum mihi teneri, non quia credidi, non enim creditur erranti. creditum non contrahitur, nisi inter scientes: sed quia cum mea pecunia re ipsa ad eum peruenerit, æquum & bonum est eam mihi restitui. quo nomine dabitur mihi condictio non ex mutuo, cum non sit mutuum, sed condictio sine causa: sed hoc nihil ad exceptionem hoc loco propositam. Transit deinde Acc. ad fructus quos vocat industriales. bonæ f. possessor fructus industriales suos facit pro cultura & cura, vt est in *§. si quis à non domino, Instit. de rer. diuis.* & hoc siue titulum habeat siue non, sed extantes fructus bonæ fidei possessor restituit, *l. certum, C. de rei vind. restituit*, inquit, *officio iudicis*, verum si sint percepti post litem contestatam & extent: falsum, si sint percepti ante litem contestatam: nam si fructus præteriti nullo modo veniunt in rei vindicationem, nisi nominatim vindicentur, vt diximus in *l. 15. §. 1.* igitur extantes restituuntur vel per vindicationem, vel per officium iudicis. consumpti autem fructus industriales non condicentur à bonæ fidei possessore, nec si de suo tantundem fuerit erogaturus, quæ sententia Accur. est summe notanda, cum fructus sint ex facto eius. Merito igitur eos lucrari debet, E etiamsi tantundem fuerit de suo consumpturus: nam ipse sumptum fecit in eis conseruandis & colligendis. Deinde annotat Accur. initio sufficere bonam fidem, quod ad fructus lucrandos attinet. i. satis est si initio bona fide possederit. ergo etsi postea cognouerit rem esse alienam, fructus suos facit secundum superiorem distinctionem, *l. qui scit, §. vlt. inf. de vsur.* Sed obstat valde *l. bonæ fidei §. 1. inf. de adq. rer. dom.* quæ ait, bonæ fidei possessorem, qui postea cognouit rem fuisse alienam, ab eo tempore desinere fructus suos facere, & male respondet Acc. in d. l. id obiici tantum, non poni, & certo definiri. Imo vero id ponitur & definitur certo: nam dicit, *verendum est, ne fructus suos non faciat.* dum ita loquitur affirmat, sed solent vti Iu-

A risconsf. infirmis & modestis assensionibus. Igitur respondendum est, vt *sup. dictum est ad l. bonæ fidei* de fructibus naturalibus, quod attigimus in *l. 27 sup.* postquam bonæ fidei possessor agnouit rem esse alienam, eum fructus industriales suos facere interim id est, tantisper, donec res euincatur, *l. qui sint §. vlt. inf.* sed exitus iudicii indicabit eum suos non fecisse cum effectu, quandoquidem re euicta, & hi euicentur, restituet fructus bonæ fidei possessor industriales ex eo tempore ex quo sciuerit rem fuisse alienam, etiamsi consumpti sint, condicentur propter malam fidem quæ incidit. Iterum dico, ab eo posse peti siue condici fructus industriales, quos percepit, postquam cognouit rem esse alienam. Acc. longe aliter, vt non veniant fructus illi nisi ex tempore litis contestatæ. Denique non restituet fructus quos percepit, postquam cognouerit rem esse alienam, nisi post litem contestatam. hoc falsum, vt docui in *l. 15. de petit. her.* nec obstat *l. certum, C. de rei vind.* dum ait, post litem contest. bonæ fidei possessorem teneri in fructus vniuersos: nam ex eo male colligitur, ergo non ante litem contestatam: sunt enim quædam quæ litis contestationi comparantur, veluti denuntiatio aut controuersia mota: Ideoque in *l. sed etsi §. si ante, pen. de hered. pet.* licet dixisset post litem contestatam, idem tamen esse interpretatur Vlp. si post denunciationem, si post controuersiam motam. quam adhibet interpretationem ad SC. eam adhibere licet ad *l. certum*. Igitur veniunt fructus ex eo tempore quo nosse cœperit rem esse alienam. Postremo ait, à malæ fidei possessore, siue titulum habeat, siue non, vindicari fructus extantes, propria vindicatione scil. vel venire officio iudicis, si sint percepti post litem contest. consumptos autem condici malæ fidei possess. condictione sine causa scilicet, ex *l. mala fide, C. de cond. ex l.* vel venire officio iudicis, si perceperit eos vel consumpserit post litem contest. & hoc de perceptis ait indistincte, siue malæ fidei possessor habeat titulum siue non, vt omnino eorum nomine teneatur, siue extent, siue consumpti sint, aut actione propria, aut officio iudicis. At de fructibus percipiendis malæ fidei possessorem, qui non habet titulum, ait teneri officio iudicis, de his scilicet quos percipere potuit post litem contestatam: alioqui condictione opus est, actione propria, vt dictum est supra, quia in rei vindicationem fructus præteriti non veniunt, id est, qui in præteritum percepti sunt, vel percipi potuerunt. & recte idem D Accursius, percipiendos venire, qui honeste percipi potuerunt, at perceptos venire, etsi inhoneste quæsiti sint, quod explicatur in *l. fructus, sup.* sed si malæ fidei possessor habeat titulum, vt si emerit, aut ex causa donationis acceperit à non domino, cum ait de percipiendis non teneri, exceptis quatuor casibus quos l. refert in *l. si fundum, C. de rei vind.* imo vero ex his exceptionibus debuit formare regulam & definire, malæ fidei possessorem teneri de percipiendis fructibus, sicut de perceptis siue habeat titulum, siue non. decepit Accursium *l. si fundum*, quod dicat, malæ fidei possess. teneri de fructibus perceptis: sed non dicit tantum. igitur male colligit ex eo, non teneri de percipiendis cum habeat titulum.

Ad L. XXXV.

Et ex diuerso, si petitor lite contestata vsumfructum legauerit: ex eo tempore, ex quo discessit à proprietate, fructuum rationem non habendam quidam recte putant.

1. §. Vbi autem alienum fundum petij, & iudex sententia declarauit meum esse: debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore & de fructibus condemnaturum. non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit, alioqui, vt Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui. & quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?

2. §. Petitor possessori de euictione cauere non cogitur rei nomine, cuius æstimationem accepit: sibi enim possessorim putare debet, qui non restituit rem.

3. §. *Eorum quoque, quæ sine interitu diuidi non possunt, partem petere posse constat.*

TRactatur etiam de fructibus rei petitę iudicio in rem. Finge: petij fundum quasi meum, quem tu possidebas cum non esset meus, & forsitan neque tuus. vt vt sit petij alienū fundum quasi meum. iudex declarauit per errorem eum fundum meum esse. iudex sententia sua dominium non dat, sed quis sit dominus declarat: sententia in hoc iudicio est dominij demonstratio seu declaratio, non dominij addictio, vt in *l. sicuti* §. *sed si quæratur, inf. si seru. vind.* dicitur seruitutem cum agitur actione confessoria vel negatoria per sententiam non debere constitui, sed eam quæ est declarari. vtitur verbo *declarari*, quo Paulus vsus est in hoc §. & *l. 8. inf. fin. reg.* mensorem qui iudicat de finibus, terminos declarare, non constituere. vno modo iudex dominium tribuit, & hoc vno tantum, puta per adiudicationem in iudicio finium regundorum, vel fam. ercisc. vel com. diuid. sed hoc etiam iudex non facit suo iure, cum nec Prætor quidem dominum facere possit, *l. qui vsumfr. inf. si vsusf. pet.* sicut Prætor heredem non potest facere, §. *quos autem, Instit. de bon. possess.* possessores tantum potest facere. Iudex igitur per adiudicationem dominium non tribuit suo iure proprio, quod sit iudex, sed leg. 12. tab. permittente, quæ permisit nominatim in iudiciis fin. reg. fam. ercisc. com. diuid. vt si esset difficile fines dirimere, aut communionem diuidere, liceret iudici controuersiam adiudicatione dirimere. i. rem totam vni adiudicare, & eum vicissim alteri certa pecunia condemnare, quod permittitur, l. *2. fin. reg. inf.* § *quædam, Instit. de action.* legis virtus est, permittere, imperare, vetare, *l. legis virtus, de legib.* ergo cum ait, permittitur, significat, permitti nominatim, vt in §. *pen. de tutel. Instit.* patri tutorem dare permittitur ex 12. tab. & iudex adiudicando dominium tribuit, §. *vlt. Instit. de off. iud.* vel si res aliena fuerit, vsucapiendi occasionem præstat, *l. si per errorem, inf. de vsurp. & vsuc.* vt cum inter duos actum est comm. diuid. de re aliena quasi de re communi, & res vni adiudicata est, is eam vsucapiet titulo pro adiudicato: ergo adiudicatio vel vsucapiendi occasionem præstat vel dominij, cum res fuit eorum qui de ea inter se litigabant, & hoc vno tantum modo iudex dominium tribuit. dominium non tribuit, cum declarat rem petitoris esse. ita vero iudex si declaret rem petitoris esse per errorem, debet vt proponitur in hoc §. eodem errore etiam possessorem condemnare de fructibus perceptis, aut percipiendis post litem contestatam. debet eundem errorem exequi perfecte, si errore declarauit, esse petitoris, debet eodem errore fructuum perceptorum aut percipiendorum post litem contest. condemnationem facere, sicut etiam debet eodem errore sumptuum litis condem. facere, quia victor etiamsi errore iudicis vicerit, non debet facere sumptuum damnum, cum res iudicata pro veritate habeatur. & est regula iuris, semper in causam sumptuum victum victori esse condemnandum: ergo post victoriam tantum? imo & ante victoriam in vnoquoque ingressu iudicij: vt si ad diem non venerit aduersarius & postea veniat, non ante audiatur, quam contumaciæ impensas reddiderit, *l sancimus, C. de iudic.* Itaque sumptus litis refunduntur non tantum post victoriam, id est, extremam definitionem litis, sed etiam ante in vtroque ingressu iudicij, *en chacune instance.* moribus Galliæ simplicioribus primum victus nunquam refundebat impensas, & non erat melior causa fisci quam priuatorum: nam fiscus quod hodie obseruatur litigabat gratis, nec damnabatur vnquam sumptuum nomine, quod antiquus interpres Iuliani scripsit in *Nou. 21.* citata constitutione Græca Iustiniani *de sportulis*, quæ desideratur in C. qua cauebatur vt fiscus nullas solueret sportulas, nullas impensas, & gratis litigaret, etiamsi vinceretur, vt omnino fit hodie. Sic priuatus etiamsi soluerit sportulas, non tamen olim soluebat in Gallia sumptus litis. postea obtinuit vt victus redderet impensas post victoriam. tamen ad extremum obtinuit, quo iure

A hodie vtimur, quod & consentit cum *l. sancimus*, vt reddat sumptus in vnoquoque ingressu iudicij. ergo etiamsi per errorem iudicauerit iudex rem meam esse, debet & de sumptibus iudicare, & similiter de fructibus qui percepti sunt post litem contest. & qui percipi potuerunt. victus enim non debet fructus lucrari, nec victor damnum facere etiam sumptuum: Et vero vt adiicit in hoc §. ex Mauriciano, in notis scil. ad Iulianum, ex quo Paulus quæ de rei vindicatione tractat, pleraque omnia sumpsit, & Mauritianus in illum scripsit notas, vt constat ex *l. iuris gentium, sup. de pact.* & *l. sed & si quid* §. *quid ergo, sup. de vsuf.* quare ergo, inquit, Maur. *possessor qui victus est, lucraretur fructus quos non erat habiturus, si statim rem restituisset?* id est, non debet lucrari fructus possessor quos non habiturus fuisset,
B si rem statim restituisset initio litis contestatæ. quibus verbis indicatur hic agi de fructibus perceptis, vel percipiendis post litem contest. alioquin iudex non arbitrabitur rem restitui, nisi & fructus iubeat restitui: quæ est prima clausula huius iudicij, restitui, & veluti sententia prima, cui si non pareatur, sequitur condemnatio in litis æstimationem, quanti actoris interest, vel quanti actor in litem iurauerit, *l. qui restituere, inf. h. tit.* Summa igitur huius §. hæc est: siue recte, siue perperam pronunciatum sit, rem petitoris esse, de fructibus perceptis aut percipiendis post litem contest. etiam damnandum possessorem esse: & hanc consequentiam necessariam esse: eamque recte adiicit Accur. debere suppleri eodem die, ex *l. 14. inf. de re iud.* iudex vbi sententiam dixit, iam mutare eam, rescindere non potest, sed potest addere, modo id fiat eodem die, & supple-
C te ea quæ desunt circa condemnationem vel absolutionem, *ea quæ ad consequentiam pertinent,* vt ait. Vbi autem possessor non paret arbitrio iudicis. i. rem non restituit, in litis æstimationem condemnatur, sicut diximus, quanti actor in litem iurauerit. i. quanti iuratus rem suam æstimauerit, & iurare ei licet in infinitum, & rem suam æstimare pretio immodico. quod tamen iusiurandum licet iudici moderari & refrenare, sed vix est vt valde immodice æstimet eam iuratus: quod si forte iurauit in infinitum, tum iudex moderatur iusiurandum, *l. videamus, de in lit. iu.* hæc vero litis æstimatio est similis emptioni, *l. 1. & 3. inf. pro empt.* quia possessor qui pretium rei soluit quantum iurauit actor, videtur eam rem emere. In hoc autem contractu emptionis & venditionis solemnis est cautio de euictione. Vnde quæritur in §. *vlt. huius l.* lite æstimata in hoc iudi-
D cio, an debeat petitor cui litis æstimatio soluitur, quasi venditor possessori cauere de euictione: & dicitur non esse cauēdum possessori de euictione, quia petitor inuitus vendidit, & possessori culpa obiici potest, quod emere. i. litis æstimationem subire maluerit, quam rem restituere: & accidit ex eius contumacia, vt res venderetur, *l. ideoque, inf. rer. amot.* id est vt res æstimaretur. æstimatio illa prope emptio est. æstimatur res quæ restituitur non pretio vero & iusto, sed eo quod statuerit petitor iureiurando in litem, *l. si tutor, inf. de in lit. iur.* atque ita hoc genere contumacia coercetur, quia non est satis præstare iustum pretium, id præstare oportet, quod fecerit actor iuratus. & idem multo magis obtinebit in fure, quod ponitur in *l. si seruus* §. *cauere, inf. de cond. furt.* in multis peior est conditio fu-
E ris quam malæ fidei possessoris. fur non habet deductionem sumptuū necessariorum vel vtilium, *l. 1. C. de infant. expos.* malæ fidei possessor habet, vt docui in *l. 27.* §. *vlt.* fur moram facit semper, malæ fidei possessor non videtur moram facere, nisi sit in iudicium prouocatus, aut controuersia mota, aut nisi denunciatum ei sit: & ideo si ante moram res fato perierit, malæ fidei possessor non tenetur: fur vero tenetur semper, quoquo tempore perierit, quia semper fur moram videtur facere, fur tenetur condictione, vt explic. in *l. 15.* §. *1. sup.* peior itaque est conditio furis, quam malæ fidei possessoris: ergo si malæ fidei possessori lite æstimata petitor non caueat de euictione, non cauebit etiam furi, *d.* §. *cauere:* & omnino in hoc tractatu constituenda sunt quatuor cautionum genera. alia est cautio de

euictione, & hanc petitor lite æstimata neque furi, neque vlli alij possessori præstat. alia est si res sit absens, si non sit in potestate possessoris lite æstimata quam præstat actor qui litis æstimationem accipit de cedendis suis actionibus possessori à quo pretium rei accepit ad eam rem persequendam: & hanc cautionem etiam petitor non præstat furi, nec alij possessori, si dolo eius res absit, si dolo eam desierit possidere: quia hæc cautio est similis cautioni de euictione: & vt hæc non præstatur, ita nec illa, cum dolus abest, nec aliter, *l. is qui dolo, inf. h. tit.* quod generaliter obtinet in omnibus actionibus præterquam in actione depositi: nam si res deposita absit dolo depositarij, lite æstimata dominus ei reddere debet suas actiones, vel cauere de his cedendis, cum vsus erit, *l. depositi, inf. de re iud.* cuius exceptionis rationem exposui in *l. 21. sup.* Alia est cautio de remittenda actione concurrente, id est, vt caueat se ea non acturum qui ex altera litis æstimationem tulit. sæpe fit vt concurrat cum rei vindicatione alia actio, puta legis Aquiliæ in specie *l. non solum, sup.* si dominus rei vindicatione tulerit æstimationem damni illati rei petitæ, debet cauere se non acturum etiam actione legis Aquiliæ: hæc cautio præstatur non tantum possessori bonæ fidei, aut malæ fidei, sed etiam furi, *d. l. non solum, & l. 9. inf. de furt.* vt ecce in furem ipsius rei persequendæ est vindicatio & condictio furtiua. si rei vindicatione à fure dominus acceperit æstimationem litis, debet cauere se non acturum condictione furtiua. hæc igitur præstatur furi. Alia est cautio cum res de qua agitur est absens, & ideo lis æstimatur de ea re tradenda ei, qui litis æstimationem præstiterit, si forte eam nactus sit, qui litis æstimationem accepit. & hæc etiam præstatur possessori bonæ aut malæ fidei, *l. hac si res præsens, inf. hoc tit.* quod etiam obtinet in omnibus actionibus, *l. 13. in prin. inf. commod.* vt si à commodatario re absente accepero æstimationem litis, cauere debeo me rem repertam ei redditurum qui æstimationem rei soluit. & eam cautionem etiam æquum est præstari furi: nam si præstatur furi cautio de remittenda actione rei persecutoria, puta condictione furtiua, cur non præstabitur ei cautio de mittenda re ipsa si eam nactus sit dominus qui iam pretium accepit? Ad hæc notandum est, quod dictum est de litis æstimatione, non idem obtinere in adiudicatione. Iam supra apposita est vna differentia adiudicationis à condemnatione, quæ fit in hoc iudicio in rem. est quidem sicut æstimatio litis, ita & adiudicatio similis emtioni, *l. si pignori, inf fam. ercisc.* sed est coacta emptio, quia fit auctoritate iudicis cum vix potest dirimi communio. ob difficultatem distrahendi negotii, res aufertur vni & adiudicatur tota alteri, aufertur inuito, & is cui adiudicatur, vicissim condemnatur alteri iusto pretio rem præstando. res hæc tota administratur cogente iudice: & ideo curare debet iudex vt caueatur de euictione ei cui rem adiudicat, *l. 10. in fi. inf. comm. diuid. l. heredes, l. pen. inf. fam. ercisc.* vel etiam si non cauetur, erit actio de euictione præscriptis verbis, *l. si familia, C. fam. ercisc.* quia non est emptio, sed contractus similis emptioni. at litis æstimatio non est coacta emptio, quia si possessor mallet rem restituere, non subiret litis æstimationem, & debet sibi imputare, qui rem malit emere, quam restituere. Igitur non est coacta emptio. qua de causa petitor non cogitur cauere de euictione possessori, & si non cauerit, etiam non tenetur de euictione. quanquam de ea re dubitet Accur. nam si non cogitur de euictione ei cauere, etiam non tenetur de euictione citra cautionem. de euictione tenetur venditor etiamsi non cauerit, sed plerunque exigitur cautio duplex, & vbi non cauit de dupla, tenetur tantum in simplum, non in duplum. hic petitor neque cauet de euictione neque tenetur: nam si teneretur de euictione sine cautione, cur non cogeretur etiam cauere de euictione, vel in simplum? & certum est eum non teneri de euictione. & hoc probo. lex *si pro fundo, in fi. C. de transact.* quam citat Accur. loquitur de transactione, non de litis æstimatione: sed hæc etiam est veluti transactio quædam, quia possessor videtur transigere cum petitore eo pretio quod statuerit

A petitor, *l. eius rei, inf. h. tit.* & ideo ad hanc rem valde pertinet *l. si pro fundo.* ponit autem à me dominum petiisse rem suam, quam ego possidebam, & me transactionis causa cum eo decidisse, & vt rem illam me habere sineret, & me ei tradidisse alium meum fundum quasi permutatione facta, quæ esse dicitur similis emptioni *l. 2. de rer. permut. inf.* deinde fiscus, vel alius quidam, nihil enim refert, mihi euicit rem meam, quam malui retinere, & vice eius aliam dare domino atque petitori, an habeo regressum aduersus petitorem de euictione? minime: quia mihi imputare debeo qui non restituerim eam rem. Igitur summa hæc sit: petitorem possessori lite æstimata, vel pro ea re, alia re permutata, neque teneri de euictione, & multo minus cauere debere de euictione. Sed huic definitioni obstat *l. si*

B *donata, inf. de donat. int. vir. & vx.* species hæc est. vir donauit vxori rem aliquam. donatio est inutilis iure ciuili. ergo vir eam rem si extat potest vindicare. quod si vindicanti nolit vxor restituere & sit contumax, facienda erit æstimatio si res non tradatur iusto pretio, & cauendum erit possessori de euictione in simplum, quanti ea res est: ergo petitor lite æstimata possessori cauet de euictione. In responsione consentiunt omnes, & colligitur responsio ex *d. l. si donata,* nec possunt non consentire, quia donatio possidendi causam præstitit. Sic igitur respondeamus. In ea specie possessor habuit causam possidendi à petitore qui donauerat: & ideo lis æstimatur iusto pretio, vt ait, non quanti petitor in litem iurauerit: vt solet fieri in vindicationibus. cur iusto pretio? quia ipse eam rem donauit ego à te eam rem accepi ex donationis causa, cur vis eam æstimari im-

C menso pretio, vt in venditionibus fieri solet? Igitur non æstimatur nisi iusto pretio, & præterea cauebis mihi de euictione. an de euictione dupli? minime: hæc etiam æquitas & hic modus huic speciei iniicitur, vt caueat tantum de simpla, quæ summa æquitas *l. si donata.* Quod est in fine huius *l.* est apertissimum: eius rei quæ non potest diuidi sine interitu, vt hominis, partem tantum posse vindicari, pro indiuiso scilicet: nam rei animalis seu mobilis pars pro diuiso nunquam possidetur, vt dictum est in *l. Pomponius.*

Ad L. XXXVI. Qui petitorio.

Qui petitorio iudicio vtitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem possessor sit, vel dolo desiit possidere.

D *1. §. Qui in rem conuenitur, etiam culpa nomine condemnatur. Culpa autem reus est possessor, qui per insidiosa loca seruum misit, si is periit, & qui seruum à se petitum, in arena esse concessit: & is mortuus sit: sed & qui fugitiuum à se petitum non custodit, si is fugit, & qui nauem à se petitam, aduerso tempore nauigatu misit, si ea naufragio perempta est.*

QVod dicitur in hac l. est apertum, vt qui est vindicaturus requirat prius & exploret diligenter, an aduersarius rem possideat, vel dolo desierit possidere, ne frustra agat in non possidentem, *l. vlt. inf. hoc tit.* quibus verbis non significatur eum posse interrogare aduersarium an possideat, non potest cogere aduersarium ad respondendum, sicut nec ad exhibendum titulum suæ possessionis, *l.*

E *pen. C. de petit. her.* nec potest etiam cogere vt respondeat quota ex parte eius res sit, aut quota ex parte possideat, *l. in speciali, inf. hoc tit.* hoc tantum significatur, eum debere apud se perquirere an possideat, nec ne, non compellere ad respondendum. iudex autem potest interrogare an possideat, officio iudicis cogitur respondere an possideat, *l. officium, sup. l. qui seruum §. vlt. inf. de interr. in iu. fac.* Adiicitur, & post litem contestatam reum præstare dolum & culpam qualiscunque sit possessor; & culpam vtramque, eam sc. quæ est in faciendo, & eam quæ est in non faciendo: eam quæ est in faciendo, vt si seruum in arenam descendere iusserit, & occisus sit. In non faciendo, vt si seruum ægrotum non curauerit, *l. si seruum, de verb. oblig.* culpæ alia exempla dat, vt si seruum petitum per insidiosa

loca miserit, & occisus sit, si seruum petitum non custodierit, cum esset custodiendus, & fugerit. Post litem contest. dabitur actio eo nomine, quia culpa non vacat, vel si nauem petitam nauigatum miserit aduerso tempore. Vt qui nauem nauigatum misit vacet culpa, duo requiruntur, vt eam commiserit ideonis hominibus, *l. 16. §. vlt. sup.* & præterea vt idonea tempestate eam nauigatum miserit, vt Cicero ad Q. fratrem, *primam nauigationem dummodo idonea tempestas sit ne omiseris.* & hoc est, quod ait culpam intelligi, si quis aduerso tempore nauem nauigatum miserit. denique debet idoneis hominibus, & idoneo tempore nauem petitam nauigatum mittere, alioquin si perierit tenebitur culpæ nomine, & in damno versabitur. lex 37. & 38. explicatæ sunt in *l. 27. §. vlt.* vbi agebamus de sumptibus.

Ad L XXXIX.

Redemptores, qui suis cæmentis ædificant, statim cæmenta faciunt eorum in quorum solo ædificant.

1. §. Iulianus recte scribit libro duodecimo Digestorum, mulierem, quæ intercedens fundum pignori dedit, quamuis à creditore distractum, posse in rem actione petere.

HÆc l. & duæ seqq. pertinent ad quæstionem dominij, vt sciatur quis sit dominus, & proinde cui competat vindicatio, & ait: *Redemptores qui suis cæmentis &c.* redemptores accipit pro conductoribus, qui opus faciendum accipiunt. & generaliter conductor est redemptor, vt *l. liberto, inf. de annu. leg. emptoribus fructuum,* id est, conductoribus seu colonis: & ita veteres promiscue vtebantur emptionis & venditionis verbo etiam in locatione & conductione. locationem, vocabant venditionem auctore Festo, conductionem appellabant emptionem. mercedem etiam quæ interuenit in conductione & locatione appellabant etiam pretium, quia conductio & locatio est similis & proxima emptioni & venditioni *l. 1. & 2. loc.* & ita recte Hygenus, *de limitibus agrorum*, cum dixisset, *mancipibus ementibus*, subiicit interpretationem, id est, *conducentibus.* redemptores autem operum plerunque conducunt opus faciendum, velut domum ædificandam sua materia, suis tignis, tegulis, cæmentis. si inædificauerit, inædificatum solo cedit, & redemptor materiæ proprietatem amittit: quia sua voluntate eam imposuit solo alieno, nec poterit diruto ædificio eam vindicare, *§. ex diuerso, de rer. diuis. Instit.* quia quod semel alienum factum est, etiamsi inde abruptum sit, ad priorem dominum redire non potest, sine facto posterioris domini, *l. in rem §. item quæcunque, sup. hoc tit.* cum ergo redemptor sua materia ædificat in solo alieno, materiæ dominium mutatur omnimodo: alioquin diruto ædificio materia rediret in pristinam causam, vt cum dominus ipse soli ex aliena materia ædificat in suo solo, diruto ædificio materia redit ad priorem dominum, quia nec eius dominium mutatum fuerat perfecte, sed cesserat tantum interim solo materia, nec poterat interim vindicari: cæterum diruto ædificio vindicabitur, *d. l. in rem §. vlt.* quod non ita fit, si quis in alieno sua materia ædificarit: nam ne diruto quidem ædificio eam materiam vindicare poterit: male Accur. ex hoc loco colligit dominium transferri ex causa locati & conducti, qua in re etiam reprehenditur à Bartolo: nam heic non dicitur dominium transferri ex causa locationis, sed ex regula illa iuris gentium, quæ vult vt superficies cedat solo: quanquam nonnunquam locatio dominium transferat, vt in specie *l. in nauem, inf. loc.* sed non regulariter. Sequitur in hac *l. Iulianus scribit libro duodecimo Digestorum, &c.* Mulier intercedens pro alio fundum suum pignori obligauit. Intercedit mulier pro alio, non tantum quæ fideiubet, sed etiam quæ rem suam pro alio pignori ponit, *l. quamuis, in prin. ad Vell.* pignoris datio intercessionem facit; intercedenti autem mulieri succurritur S C. Velleiano: eo enim infirmantur intercessiones mulierum. finge igitur, mulier

A pro alio pignori fundum suum posuit, & ita intercessit pro alio. creditor, qui sciens mulierem intercedere, fundum pignori accepit, deinde distraxit suo iure, cum ei forte non solueretur, nihil egit. i. dominium non transtulit in alium: fundus enim mulieris manet, quia ea intercessio est inutilis ex SC. Villeiano, *inutile pignus, nullum pignus*, vt ait, in *l. seq.* & *l. quædam inf. ad Villeian.* pignora a muliere data pro alio non teneri: & ideo mulier non tantum aduersus creditorem agentem hypothecaria habet exceptionem SC. Velleiani, sed habet etiam vindicationem rei pigneratæ, sicque non poterit submoueri vtiliter exceptione pignoris dati: & in eam vindicationem veniunt etiam fructus, & si res sit facta deterior, lis etiam æstimatur, vt solet fieri in omnibus vindicationibus, *l. vlt. §. sed si creditor,*
B *inf. ad Velleian.* & veniunt, vt ait, fructus liberi, id est, nullo iure pignoris nexi, non obligati: quia si res non est pignori, nec fructus rei: sicut contra cum res est obligata, & fructus tacite sunt obligati, *l. 3. C. in quib. cau. pig. tac. cont.* & ita etiam in *l. si pro fundo, C. de transact.* prædium liberum opponitur prædio pignori obligato. habet autem mulier rei pigneratæ contra SC. Velleianum vindicationem, non tantum aduersus creditorem, sed & aduersus emptorem, cui creditor distraxit, etiamsi bona fide emerit, & etiam ei non reddito pretio quod numerauit creditori, *l. si sciens C. ad Velleian. & d. l. vlt. § sed si creditor.* vbi ait veram esse opinionem eorum, qui mulieri vindicationem rei pigneratæ dandam putant: Iuliani scilicet, quæ refertur hoc loco: significat tamen rem fuisse controuersam. ratio
C controuersiæ hæc est, quia ipso iure pignus valet, & intercessio mulieris ipso iure valet, sed infirmatur per exceptionem. sic nos vsurpamus quod dicitur in *l. nihil interest, de reg. iur.* nihil interest vtrum quis ipso iure actionem habeat, an per exceptionem infirmetur. & sane effectu nihil interest. quare inspecto effectu dicitur inutile esse pignus, & mulieri non tantum dari vindicationem, sed & exceptionem Senatusconsulti Velleiani.

Ad L. XLI.

Si quis hac lege emerit, vt, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione: post allatam conditionem iam non potest in rem actione vti. Sed & si cui in diem addictus sit fundus: antequam adiectio sit facta, vti in actione
D *potest: postea non poterit.*

1. §. Si seruus mihi, vel filiusfamilias fundum vendidit, & tradidit, habens liberam peculij administrationem: in rem actione vti potero. Sed & si domini voluntate rem tradat: idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit, vel tradidit: in rem actionem mihi præstabit.

LEx. 41. pertinet etiam ad quæstionem dominij, & in ea primum hæc occurrit dubitatio, quod prima eius pars distet à secunda: nam idem videtur bis proponi. ait: *si quis hac lege emerit, &c. antequam adiectio sit facta,* id est, antequam sit allata conditio melior. addictionem facit venditor pretij in auctione, adiectionem autem facit qui licitatur, qui auget pretium licitando. adiectio igitur nihil
E aliud est, quam conditio melior quæ affertur, Græcis ὑπερθεματισμός. Idem videtur bis inculcare. vulgo hæc dicitur esse differentia inter primam & secundam partem, quod secunda sit de fundo, prima qua de re sit, ex verbis non potest colligi, sed cum secunda sit de fundo, arguunt primam esse de re mobili, quod ineptum est: nam quacunque de re & prima & secunda pars accipi potest, & fundus ponitur in secunda exempli tantum gratia. Azo videtur hanc differentiam attulisse, quod in prima parte non sit dies appositus, sed dictum sit generaliter, vt recederetur ab emptione meliore conditione allata, non addito die; vt si afferretur melior conditio intra Cal. Ian. vel alia die, recederetur ab emptione: In secunda autem parte sit dies appositus, vt videatur hanc legem venditionis posse fieri etiam die non adscri-

pto, infinite, ficut lex redimendi, reuendendique quandoque ita fit, vt intra certum diem res possit redimi, interdum vt quandocumque possit redimi, offerente venditore pretium, *l. 2. C. de pact. int. emp. & vend.* & hæc differentia quamuis videatur maxime esse probabilis, tamen etiamsi prima parte posueris fuisse diem appositum, certe nihil erit incommodi: Nam vero verius est in hac l. proponi duas formas addictionis in diem, quæ proponuntur ab Vlp. in *l. 2. inf. de in di. add.* vna est huiusmodi, vt meliore allata conditione intra diem illam discedatur ab emptione, quæ emptio ita concepta est pura, sed resoluitur sub conditione, cum melior conditio afferetur: & ideo ante allatam meliorem conditionem emptor cui res tradita est ex causa emptionis, eam vindicare potest, quasi sit medio tempore dominus rei. post allatam meliorem conditionem, vt ait in prima parte eam vindicare emptor non potest, sed vt existimo dabitur vindicatio venditori, quia ipso iure dominium ad eum redisse videtur, non potestate pactionis: pactionibus enim dominia non mutantur, sed quia nec ab eo dominium recessisse intelligitur, resoluitur emptionis causa: & ita etiam si fundus vænierit lege commissoria, id est, vt nisi intra eum diem pretium solueretur, sit res inempta; emptio est pura, sicut addictio in diem, sed resoluitur sub conditione, *l. 1. de leg. commiss. l. 2. §. sed & illa, inf. pro empt.* & post diem commissoriæ legi præstitutum, si non sit solutum pretium, vindicatio competit, non emptori, quæ tamen ei ante competebat, sed competit iam venditori, *l. vlt. inf. de leg. com. l. 4. C. de pact. int. empt. & vend. compos.* Nec obstat *l. 3. C. eod. tit.* quæ ait lege commissoria si fuerit res tradita emptori non precario: hoc enim plerunque fit, *l. Iulianus §. ex vendito, D. de action. emp.* & potest etiam fundus ad diem addictus certa mercede ab emptore condici, *l. 11. §. Aristo, D. qu. vi. aut cl.* Item seruus venditus aliquando ab emptore condicitur, donec pretium soluerit, *l. serui, de peric. & comm. rei vend.* si res, inquam, emptori tradita sit, non precario, sed ex causa emptionis: atque ita si vere translatum fuerit in eum dominium, vt iam nec possit ab eo discedere sine eius facto, venditori lege commissoria vindicationem non dari, sed actionem ex vendito. nam respondeo breuiter, tutius esse agere ex vendito, cum res vendita ea lege tradita est emptori, emptionis iure, non precario in *l. si fundus infr. de leg. com.* sed tentari potest vt adiicitur etiam in *l. 4.* dominum etiam non inutiliter acturum vindicatione, quasi dominium ab eo nunquam recesserit; hoc enim fingemus & vtemur fictitia actione, vt ait Vlp. in fragm. fideicommissarium vti fictitiis actionibus, ac si dominium ab eo non recesserit: & in eam vindicationem, vt in actionem ex vendito veniunt fructus rei, etsi res deterior facta sit. altera forma addictionis in diem hæc est, vt fundus emptus sit, nisi intra diem illum aliquis meliorem conditionem attulerit, vt apud Plautum in Captiu. *emptorem roga, nisi quis meliorem conditionem afferat, quæ mihi & amicis placeat.* Et hæc emptio est conditionalis, prior est pura. prior resoluitur sub conditione. hæc contrahitur sub conditione, sed tamen emptori si ei res sit tradita emptionis iure interim vindicatio competit ante allatam meliorem conditionem, id est, ante adiectionem: nam si emptor, ita lege concepta vt posuimus, eam rem interim pignori posuerit, pignus interim tenet, *l. 4. §. vlt. inf. de in diem add. l. 3. inf. quib. mod. pig. vel hyp.* post adiectionem pretij ab alio factam, nisi prior emptor tantundem adiicere paratus sit: nam vtique præferetur, si tantundem adiiciat post adiectionem & meliorem conditionem allatam ab alio, vindicatio competit venditori, non emptori, & pignus quod contraxit interim, finitur, *d. l. 4. §. vlt.* sicut emphyteusi commissa ob non solutum canonem, vectigal emphyteuticum, pignus, quod interim contraxerat emphyteuticarius, finitur, *l. lex, inf. de pignorib.* priore forma addictionis in diem, etiam meliore conditione allata, receditur ab emptione: posteriore forma, meliore conditione allata, non impletur emptio, quæ erat conditionalis, *l. 5. §. cum igi-*

A *tur, inf. de in di. add.* priore forma res fit statim emptoris pure, posteriore res fit emptoris sub conditione tantum, per traditionem videlicet, si alius meliorem conditionem non attulerit intra illum diem. Sed tamen, siue hac, siue illa forma fuerit addictio in diem, quæ est summa huius l. id est, siue pura fuerit emptio, siue conditionalis, ante adiectionem vindicabit emptor quasi dominus, post adiectionem non vindicabit. non est autem satis adiici pretium, vt vel recedatur ab emptione, vel non impleatur emptio, sed oportet etiam vt adiectio placeat domino, id est, venditori: & ideo recte Accur. hoc loco ad hæc verba, *post allatam conditionem*, adiicit, *& admissam*, quod confirmo, *l. si prædio, inf. de in di. addict.* quæ exigit vt melior conditio afferatur, quæ placeat domino, id est, venditori,

B ex quo loco venditorem oportet accipere pro domino, *l. 1. inf. de in di. add.* de quo dubitat Accur. Addictio in diem fit hoc modo, quæ est secunda forma: *Ille fundus emptus esto, nisi quis intra Cal. Ian. meliorem conditionem attulerit, quo res à domino discedat*, id est, à venditore, non ab emptore: nam & ita in *l. quod autem, eod. tit.* addictione, inquit, res discedit à venditore nominatim. Sed tamen interim medio tempore censetur esse emptoris, vel heredis emptoris. Cui sententiæ opponitur *l. statuliber, inf. ad leg. Falcid.* quæ dicit, seruum venditum sub lege commissoria, vel seruum addictum in diem, computari in bonis venditoris, non in bonis emptoris, ante adiectionem. verum est quod ait Accur. hoc obseruari tantum in ponenda ratione legis Falcidiæ, non temere, sed certo iudicio, vt vtamur exemplo statuliberi, quo vtitur *d. l. statuliber.* statuliber est,

C cui relicta est libertas sub conditione, interim antequam existat conditio libertatis, statuliber est. Sed tamen in ponenda ratione legis Falcidiæ non adnumerabitur bonis heredis, non annumerabitur hereditati, non augebit familiam heredis, quia pendet status eius, nec dominium quod habet heres, est solidum seu permanens, propter incertum conditionis sub qua relicta est libertas. Igitur etsi re vera sit hereditatis, tamen non existimabimus esse hereditatis in ponenda ratione bonorum. Eadem est ratio serui addicti in diem: est enim interim hereditatis eius qui euicit, sed propter incertum conditionis sub qua venditio resoluitur vel contrahitur, emptio contrahitur, in ineunda ratione legis Falcidiæ venditoris bonis potius, quam emptoris annumerabitur.

D

Ad §. vlt.

POstremum est, vindicationem etiam dari ei cui seruus aut filiusfam. qui habebat liberam peculij administrationem, rem peculiarem vendidit & tradidit: nam is factus est dominus traditione: quia qui habet liberam peculij administrationem, etiam rem peculiarem alienare potest, *l. 10. C. quod cum eo qui est in alter. pot. l. 51. conueniri §. vlt. C. de pign. act.* non tamen potest donare, non dissipare peculium, non fraudulenter abuti rebus peculiaribus, *l. 1. §. 1. quæ res pig. oblig. poss.* sed ratione gerendi negotij, id est, si hoc exigat administratio negotij & peculij, cur non poterit vendere & rem peculiarem alienare, etiam specialiter de ea re non consulto domino? quod si seruus non habeat liberam peculii administrationem, tum sane non potest rem

E domini sui alienare, nisi eo volente specialiter: nam si eo nolente & ignorante vendiderit, nihil egerit, *d. l. 10. & §. vlt. huius l.* eadem ratio est procuratoris. Nam qui habet liberam administrationem omnium bonorum, siue generale mandatum, quod idem est, licet separet Accur. is alienare potest, *l. 9. §. nihil, de acq. rer. dom. l. procurator cui generaliter, sup. de procur.* non tamen donare, non fraudulenter alienare: nam hoc semper generali mandato exceptum intelligitur, excepta intelligitur donatio & fraus, *l. creditor § pen. inf. mand.* vbi quidam filiofam. dederat generale mandatum, quod ibi dicitur ἐπιτροπικόν dederat liberam administrationem bonorum suorum. hoc mandatum, id est, instrumentum mandatis generalis, ac plenum vnq

verbo dicitur ἐπιτρεπτικὸν, sicut instrumentum donationis δωρεαστικὸν, & instrumentum remissionis, συγχωρητικόν. Attamen ait, quod si procurator siue mandatarius non administrandi animo, sed fraudulenter aliquid alienauerit, donauerit, id ratum non habebit dominus, quia mandauit quidem plene dominus, sed quatenus ex fide res agenda esset. Ergo semper plenissimo mandato, plenissimæ procurationi excepta intelligitur dilapidatio & fraus: is autem mandatarius siue procurator, qui non habet liberam administrationem, sed est certæ rei procurator, nullam rem domini sui alienare potest, nisi in id speciale mandatum acceperit, quod proponitur in hoc §. vlt. & ita confertur procurator cum seruo & filiofam.

Ad L. XLII.

Si in rem actum sit: quamuis heres possessoris, si non possideat, absoluatur: tamen, si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.

Leg. 42. & 43. nonnihil pertinent ad actionem in factum, eam scilicet quæ subsidio esse solet rei vindicationi, id est, quæ deficiente vindicatione dari solet, & ad *l. 42.* iungenda est *l. de eo* §. *vlt. inf. ad exhib.* quæ est ex eod. libro. quod in vna actione dicitur, id etiam obtinet in altera. vtraque actio exhibitoria est petitoria, id est, vindicationis præparatoria, & vtraque est de restituenda re. ei qui paret exhibitoriæ, id est, qui eo iudicio conuentus restituit, absoluitur. petitio vtraque etiam est in rem. sed vindicatio est in rem, & vi & scriptura ipsa: ad exhibend. actio est in personam vi ipsa, scriptura est in rem: quia generaliter scribitur, & concipitur nulla notata persona, id est, formula eius rem potius quæ possidetur, quam personam spectat. qua ratione actio ad exhib. datur aduersus quemlibet possessorem, *l. 3. §. vlt. inf. ad exhib.* eadem ratione edictum de alienatione iudicij mutandi causa facta pertinet etiam ad actionem exhibitoriam, *l. ex hoc edicto, in prin. de alien. iud. mut. cau. fac.* & illud edictum pertinet tantum ad vindicationes, vel mixtas actiones, & ad actiones in rem scriptas, si quis earum euitandarum causa rem quam possidebat alienauerit, vt acturo duriorem aduersarium opponeret, substitueret: valet enim ea alienatio, sed datur actio restitutoria ex illo edicto in eum qui alienauit, quanti interest duriorem aduersarium non habuisse: cuius actionis hæc est formula, quod feceris ne tecum hac vel illa actione ageretur, *l. 24. §. vlt. inf. com. diuid.* ne tecum ageretur, scilicet vindicatione, quæ est in rem omnimodo, ne tecum ageretur communi diuid. quæ est mixta, ne ad exhib. vel aquæ pluuiæ arcendæ, vel quod metus causa, quæ sunt in rem scriptæ: ad has enim actiones illud edictum pertinet. ad actiones in personam non scriptas in rem non pertinet, quia & debitor inuito creditore alium vice sua debitorem substituere non potest, *l. 1 C. de nouation.* vnde intelligitur, actionem ad exhibend. esse in rem scriptam, cum pertineat ad illud edictum, *d. l. ex hoc edicto.* Vtraque est igitur in rem, & petitoria, & exhibitoria, sed diuersa ratione, vt docui, & consequenter quod in vna valet, valet plerunque & in altera. porro actio petitoria, vel exhibitoria, vel in rem, vel ad exhibend. heredi datur, in heredem non datur iure hereditario, sed suo proprio nomine. heredi datur, quasi domino, id est, quod sit dominus, non quod sit heres, non spectamus nomen & qualitatem heredis: in heredem autem datur quasi in possessorem. qua de causa etiam ex persona heredis. si cum eo agatur in rem, venit dolus & culpa eius, *l. 51. inf.* & si plures sunt heredes possessoris, licet singuli non ex maiore parte teneantur quam ex qua heredes sunt, tamen si vnus eorum forte totam rem de qua agitur possideat, ab eo solo tota ea peti potest, & sequitur condemnatio in solidum. damnatur itaque non quasi heres, sed quasi possessor totius rei: si quasi heres, pro parte hereditatis tantum damnaretur, *l. si possessor, inf. hoc tit l. 55.* quæ est Iuliani, & citatur in eandem sententiam *l. 2. §.*

A *vlt. inf. de præt. stipul.* & vt planius intelligatur, actionem in rem, vel ad exhibendum in heredem dari suo nomine, puta quod possideat, non hereditario nomine quod sit heres eius qui possederit: sciendum est, heredem non teneri neque hac, neque illa actione, si quod defunctus possedit, ipse non possideat: nisi aliquid ad eum peruenerit ex dolo defuncti: vt si defunctus vendiderit dolo malo, & heres pretium inuenerit in hereditate, aut exegerit post mortem defuncti. quo casu melius est cum herede agere in factum subsidiaria; quia inuitus non cogitur suscipere actionem in rem, cum neque possederit, neque dolo desierit possidere: quod explicat Iulianus in *l. cum autem, inf. hoc tit.* & hæc quidem dicimus, si lis non sit contestata cum defuncto iudicio in rem, vel ad exhib. sed si lis fuerit conte-
B stata cum defuncto actione in rem, vel ad exhib. eadem actio perseuerat, & continuatur in heredem, vel in heredes, si plures heredes reliquerit, pro hereditariis portionibus, scilicet cum lis à defuncto cœpit, licet vnus totam rem possideat, *d. l. 2 in fi. de præt. stip.* quare recte in *l. 52. & d. 55. inf. hoc tit.* addit, ante litem contest. ante iudicium acceptum: nam post litem contest. cum defuncto eadem actione tenetur heres, & singuli pro hereditariis portionibus, licet vnus totam rem possideat: atque ita tum quasi heredes conueniuntur hereditario nomine. sed si lite, vt diximus, contestata cum defuncto, nullus heredum rem possideat, quod ad ipsam rem attinet, absoluendi sunt, si non possideant, nec possederunt, quia in hoc iudicio exigimus, vt is cum quo agitur possideat rei iudicandæ tempore: nec satis est possidere litis contestandæ tempore, modo non
C desierit possidere dolo malo, *l. sin autem §. 1. sup. hoc tit.* ergo lite contestata cum defuncto, heredes qui rem non possident, quod ad rei restitutionem attinet, sunt absoluendi. sed quod attinet ad ea quæ dolo, aut culpa defuncti commissa sunt, sunt condemnandi. Igitur si defunctus post litem contest. dolo desierit possidere, heredes eius tenebuntur eorum nomine, quæ est sententia *l. 42.* & ad summam, omnia sic habent, vt lite contestata cum defuncto heredes his iudiciis teneantur hereditario nomine, perinde atque teneretur defunctus ipse, lite vero non contestata cum defuncto, vt non teneantur suo nomine tantum, & de eo tantum quod ex dolo defuncti ad eos peruenerit. quo nomine etiam melius erit cum eis experiri in factum actione, non in rem, cum rem non possideant, nec dolo
D fecerint quo minus possideant, nec cœperit vindicatio à defuncto.

Ad L. XLIII.

Quæ religiosis adhærent, religiosa sunt & idcirco nec lapides inædificati, postquam remoti sunt, vindicari possunt. in factum autem actione petitori extra ordinem subuenitur: vt is, qui hoc fecit, restituere eos compellatur. Sed si alieni, sine voluntate domini, inædificati fuerint: & nondum functa monumento, in hoc detracti erunt vt alibi reponerentur; poterunt à domino vindicari. Quod si in hoc detracti erunt vt reponerentur: similiter dominum eos repetere posse constat.

E Lex 43. pertinet etiam nonnihil ad actionem in factum, quæ subsidio est vindicationi, & est actio extraordinaria, vindicatio, ordinaria. vtraque tamen est de restituendo, & in rem, & in factum. vindicatio in rem tantum, actio in factum, in rem scripta, non tamen in rem vi & potestate. Sciendum est, religione dominium mutari, id est, si rem meam occupauerit religio, dominium discedit à me omnino: & ideo ad me reuerti non potest sine nouo iure: nam hæc est certissima iuris definitio, id quod semel meum esse desit, ad me non redire sine nouo iure, nouaque causa adquirendi dominij. Igitur finge: lapides mei alieno sepulchro inuecti, & inædificati sunt, mei esse desinunt religionis iure, quia quæ religioni adhærent religiosa sunt, facti autem sunt lapides religiosi. ergo desierunt esse mei. & eadem ratione si inde detracti sunt lapides, ad

me non redeunt, à me vindicari possunt propter supradictam regulam. sicut etiam, si duorum dominorum partes ferruminatione coierint, quæ quidem perfecte dominium mutat, & necessario, quia confusionem & vnionem veram facit ferruminatio: vt si meæ statuæ brachium tuæ cohæreat ferrumine, brachium tuum esse desinit, nec si inde abruptum sit, ad te redit, aut à te vindicari potest: sed tamen est tibi actio in factum eo nomine subsidiaria. *l. in rem §. item, sup. hoc tit.* & ita etiam si arbor mea in tuo fundo coaluerit, & radices egerit, ita vt iam cœperit terra tua ali, arbor mea esse desiit omnino alienæ terræ alimonia. quod si auulsa sit ea arbor, auulsa non redit ad me. non potest igitur vindicari à me, siue adhuc hæreat fundo tuo, seu eruta inde sit, sed competit mihi eo nomine actio in factum, ne mihi omnino res mea perierit, *l. sed si meis §. arbor, inf. de acq rer dom.* & ita etiam, si lapides mei qui alieno sepulchro inædificati sunt, inde eruti & detracti sint, mihi non competit vindicatio, quia dominium amisi semel, nec adquisiui denuo: sed competit mihi actio in factum extraordinaria, vt lapides exemptos qui habet, mihi restituat: quia post exemptionem iam non sunt religiosi. quandiu cohærent sepulchro, religiosi sunt; sed exempti, religione nulla tenentur. sed neque ad me rediisse videntur quæ semel dominio meo abierunt: Igitur non ago in rem, sed in factum extra ordinem. ait hanc actionem in factum competere detractis demum lapidibus. imo vero posset quis tentare etiam cohærentibus sepulchro lapidibus, *arg d l. in rem §. item, & l sancimus, C de sacro s. eccles.* nam de parte mea quæ hæsit ferruminatione maiori parti tuæ, ago in factum etiam, dum ita partes cohærent inter se, etiamsi nihil inde abruptum sit. Denique de re mea quæ hæsit parti tuæ per ferruminationem ago, siue hæreat adhuc, siue abrupta inde sit: ago, inquam, in factum. cur non & de lapidibus sepulchro tuo iunctis? quia scilicet obstat lex 12. tab. quæ vetat tignum iunctum alienis ædibus vineisue solui, dum ait, *ne soluito* vetat non tantum nominatim vt ne agatur in rem, sed etiam vt ne agatur ad exhib. & vt non agatur in factum: quia omnes hæ actiones sunt de restituenda re. ergo de soluenda, & eximenda, quod lex non vult, id est, de eo soluendo nulla actione agi vult, & ædium appellatione puto in ea lege significari omne ædificium, omnem constructionem. ergo & sepulchri constructionem, vt cum lege 12. tab. proponitur actio incensarum ædium, quæ sic appellatur in *l iuris gentium §. sed si paciscar, sup de pact.* quæ quidem actio est ex 12. tab. si quis combusserit ædes, aut aceruum frumenti, *l. qui ædes, inf. de incend. rui. & nauf.* quæ notat, ædium appellatione contineri omne ædificium, rusticum, & vrbanum, & religiosum, & prophanum. & eodem etiam sensu in alio cap. 12. tab. *ne propius ædes 66 pedes rogum aut bustum fiat,* ædium appellationem etiam latissime arbitror accipiendam, maxime cum subiiciat M. Tullius, legem veteri incendium aceruorum, qui acerui construi solent propius ædes rusticas. & aceruus in 12. tab. non est strues granorum, sed strues segetis, quales sunt in campis propius villas. Sic igitur, & in lege de tigno iuncto, ædium appellatio est accipienda latissime: & hac ratione significatur in hac lege dari actionem in factum de lapidibus sepulchro iunctis post exemptionem, nec dari quamdiu cohærent: quia lex vetat solui. & hæc quidem de sepulchro. sed si nondum sit sepulchrum, quid fiet? Constructio quidem paratur sepulchro, sed non est statim sepulchrum, licet opus absolutum sit; quia sepulchri nomen religionis significationem continet; non est autem locus religiosus antequam mortuus inhumetur, *l. si sponsi §. concessit, inf. de donat inter vir. & vxo. ante humationem non est functum monumentum,* vt legitur hoc loco Flor. nondum functo monumento, id est, nondum religioso facto, nec dum occupato religione. fungimur monumento cum inferimus mortuum. ergo si monumento nondum functo, id est, nondum religioso, lapis meus qui fuerat ei iniunctus, detractus sit, & maxime si detractus sit, vt alibi imponeretur, ego eum possum vindicare, quia nunquam lapis fuit religiosus, & vt maxime fuisset, nunc tamen esse desiisset exemptione, & is ad me dominum non rediisset, si locus fuisset religiosus. sed cum nondum locus fuerit religiosus, ad me dominium redit. Non potui quidem de cohærente lapide etiam nondum religioso agere in rem, vel ad exhib. vel in factum propter legem 12. tab. quæ vetat solui, & lapis accedebat monumento, quamuis dominium eo genere nondum à me ad plenum recessisset, quia religio nondum locum occupauerat. Igitur nisi obstaret lex 12. tab. esset mihi actio ad exhib. vel in factum, sed quia vetat lex 12. tab. de cohærente lapide nulla actio est, de exempto est vindicatio. Adiicit, idem esse dicendum, si exemptus sit lapis monumento nondum religioso vt reponeretur: *similiter,* inquit, *dominum repetere eos constat posse.* Si igitur detracti sint, vt alibi imponerentur, siue vt reponerentur, domino competit eadem actio, quoniam ait, *similiter.* ergo competit vindicatio eo nomine. dicit *repetere,* pro *petere,* aut mendum subest, cum nusquam repetere accipiatur pro vindicare. & hoc est satis vulgare vt dicamus, extantes res peti, consumptas repeti, extantes vindicari, consumptas condici. quo genere etiam apud Liuium 29. Prætor Locrensibus permittit vt quod quisque suum cognosceret, prehenderet, id est, vindicaret, si quid consumptum esset & non compareret, repeteret. & arg. huius l. vtamur, quod etsi lex 12. tab. vetet solui tignum iunctum vineis alienis, puta pedamenta mea quæ sunt iuncta alienæ vineæ, tamen domino competere vindicationem pedamentorum, si exempta sint, etiamsi exempta sint vt reponerentur, modo exierint vinea: nam pedamenta quæ adhuc insident vineæ, etiam si in struem congesta sint, hærere videntur: & si eximas, culturam vinearum turbabis. qua ratione noluit pedamenta velli lex 12. tab. *l. 1. inf. de tig. iunc.* sed si pedamenta exierint vinea mea, etiamsi quis transtulerit in alienum locum eo animo vt reponeret, tamen quasi dissoluto tigno ab ea re cui cohærebat, domino competit vindicatio, vt in *l. in rem §. vlt. sup. hoc tit.* & hoc loco qui maxime est in eam rem notandus.

Ad L. XLIV. Fructus pendentes.

Fructus pendentes pars fundi videntur.

Fructus pendentes fundi pars esse videntur. fructus pendentes sunt qui solo cohærent, & ita in *l. si seruus 61. §. locaui, inf. de furt.* fructus qui solo cohærent sunt fundi, qui fructus stantes dicuntur, non extantes; nam aliud est fructus exstantes: nam & qui non pendent, sed percepti sunt, extantes sunt, aut consumpti. sed qui pendent, hi dicuntur stantes: & hac ratione in rei vindicationem veniunt fructus pendentes actionis iure, non officio iudicis, quia sunt pars rei quæ petitur. fructus percepti non veniunt in hanc actionem, nisi nominatim petantur, nec potestate actionis, nec officio iudicis, *l. 2. C. de pet. her.* & ita fructus pendentes sequuntur legatarium cui est legatus fundus, *l. si pendentes, inf. de vsuf.* & Paulus *3. Senten tit. de leg.* fructus pendentes sequuntur emptorem fundi, *l. vlt. §. fructus, inf quæ in frau. cred* & fructus maturi sequuntur legatarium, emptoremque, & multo magis immaturi. denique fructuum pendentium corpus non est separatum à fundo, *l. conuentus, inf. de action. emp* sed sicut solum & superficies vna est res, puta domus, ita fructus pendentes & fundus vna res est: & si fundus qui fuit hiemis tempore centum, messis aut vindemiæ tempore eo sit habitu, vt fructus pendentes possint vendi decem, fundus centum, non ideo dicam duas esse res, fructus decem, & fundum centum, sed dicam vnam esse rem, fundum centum decem, *d. l. vlt. § fructus.* & ob id fructus pendentes augent hereditatem in ratione legis Falcidiæ, *l. 9 ad leg. Falc.* &, vt probant omnes interpretes, immobilibus annumerantur. Sæpe mores nationum, maxime Gallicarum exigunt, vt quæratur quid mobile sit, an immobile: sed fructus pendentes in immo-

immobilibus semper annumerant. sicut quod hæret religioso, religiosum est, ita quod cohæret solo, immobile est *l. 45.* exposui sup. in *l. 18. & l. 27. §. sed & si.*

Ad L. XLVI.

Eius rei, quæ per in rem actionem petita, tanti æstimata est, quanti in litem actor iurauerit: dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo, & decidisse videor. ergo & decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.

HVius actionis sunt duæ clausulæ, vt sæpe iam admonuimus, vna de restituenda re, altera de præstanda æstimatione litis: priori si non pareat litigator, posteriorem iudex exercet, exequitur, cum & priorem statim exequi potest, viribus imperij, vt loquuntur auctores nostri, si res præsto sit, ea scil. ablata possessori manu militari, nisi malit actor iurare in litem, & tanti possessorem damnari, qui rem restituere non vult, quanti ipse in litem iurauerit. Si res abest, aut dolo possessoris abest, aut culpa. si dolo, tanti damnatur quanti actor litem æstimauerit iuratus, id est, quanti æstimauerit rem de qua agitur: nam lis quid est? res in iudicium deducta, res petita, repetitave. si absit culpa possessoris, non tanti damnatur quanti iurauerit actor, sed quanti re vera est, quod æstimabit iudex, *l. qui restituere, inf. hoc tit.* interposito iureiurando in litem, id est, ad rem æstimandam. actor pretium facit & constituit quod vult. rem mallet quam pretium: sed quia à contumace rem non potest extorquere, æquum est ita coerceri contumaciam possessoris, vt ne actor inuitus rem suam vendat vero pretio, sed cum ita inuitus vendat, vt eam vendat eo pretio quod ipse iuratus æstimauerit, seu iudicauerit, *l. 9. inf. rer. amot. l. si tutor, inf. de in litem iur.* & hoc est quod ait hæc *l.* possessorem transegisse seu decidisse videri cum actore, eo pretio quod ipse actor constituit suo arbitratu, iureiurando in litem, cum scilic. possessor noluit rem restituere, vel cum eam desiit dolo possidere: qua de causa etiam actor accepta litis æstimatione, ei de euictione neque cauet, neque tenetur, *l. & ex diuerso §. vlt. sup. l. si pro fundo, C. de transact.* quia possessor sibi imputare debet, qui maluit rem retinere, aut dolo desinere possidere, quam restituere. neque quidquam hac in re distat transactio à litis æstimatione: nam & transactio, & litis æstimatio dominum possessorem facit, si pretium soluerit actori, vel si eo nomine aliter ei satisfecerit: & quidem dominum facit transactio, vel litis æstimatio ipsum possessorem statim: quo articulo significatur, nihil præterea desiderari ad dominij translationem, vt *l. redemptores, in prin. sup. l. in pecudum, inf. de vsur.* Igitur dominium fit statim possessoris: neque enim est distinguendum inter qualitates possidendi; sed hoc ita procedere docet IC. hoc loco, si res præsens sit, quæ æstimata est iureiurando in litem. posset dici hoc casu nuda voluntate domini sine traditione dominium transferri in eum qui iam rem possidebat, contra *l. traditionibus, C. de pact.* Traditionibus enim & vsucapionibus dominia rerum tranferuntur. traditionibus, iure gentium; vsucapionibus iure ciuili. nudo pacto, consensu, voluntate non transferuntur, vt *l. 1. C. de suff.* nudum pactum non parit obligationem, nec dominium, nudum pactum non parit constituitque possessionem, quæ tria sola sunt quæ adquiruntur possessori, dominium, obligatio, possessio; & nullum horum parit nudum pactum. ergo nudo consensu sine traditione dominium non transfertur. sed hoc casu res fingitur tradita reo, quam ipse reus possidet, & patitur actor eum habere accepta æstimatione litis, est traditio ficta: nam quid opus est rem restitui, & non reddi possessori? commodius est hunc tolli circuitum, & habere rem pro tradita, *§. interdum, Inst. de rer. diuis.* Ergo quod dicitur, lite æstimata dominium transferri in possessorem, ita procedit, si res sit præsens, & in potestate aduersarij, id est, si possideatur à reo. sed si res sit absens, vt explicat *l.* quæ sequitur, id est, si non possideatur à reo, si

Digest.

A dolo, & culpa eam desierit possidere, etiamsi subierit litis æstimationem, res eius non fit, antequam possessionem eius apprehenderit voluntate actoris: qua de re actorem cauere oportet, vt ait l. quæ sequitur, nempe se rem repertam possessori qui litis æstimationem pertulit, præstaturum, & per se factum non iri quo minus eam possessionem nanscicatur, vt fit etiam in aliis actionibus, *l. 13. in prin. inf. commod.* & in hanc rem de generibus cautionum diximus satis in *l. & ex diuerso §. vlt sup.* & ita etiam traditis clauibus ædium venditarum, vt dominium ædium translatum videatur, vt ipsæ ædes totæ traditæ videantur, necesse est claues tradi in rei ipsius præsentia, & conspectu: sic tradendo claues, videbitur ædes totas tradere, non si procul ædibus claues tradat, *l. clauibus, inf. de cont. empt l. §.*
B *pen. l. quod meo §. si vend. l. quarundam, de acq poss. l. pecuniam, inf. de solut.* Recte etiam Accur. hoc loco quod dicitur litis æstimationem possessorem dominium facere rei eius de qua agitur, id ita accipit, si dominus ipsius rei sit actor, qui accipit litis æstimationem: alioqui litis æstimatio non posset transferre dominium, sed præstaret tantum occasionem vsucapiendi, & Puplicianam actione ante vsucapionem completam, *l. 7. §. 1. tit. seq.* sicut etiam adiudicatio in iudiciis diuisoriis dominium transfert in solidum, si actum sit, de re quæ vere fuerit communis, dominium transfert in solidum. dominium non transfert adiudicatio, sed vsucapiendi occasionem præstat, si per errorem actum sit de re aliena quasi communi, & ea vni ex sociis per errorem in assem adiudicata sit, *l. per errorem, de vsurp. & vsuc. L. 48.* exposuimus *sup.* in *l. 27.* cum tra-
C ctaremus de reputatione sumptuum,

Ad L. XLIX. Solum.

Solum partem esse ædium existimo: nec alioquin subiacere, vti mare nauibus 1. §. Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo.

AIt in, *l. 49. Solum partem esse ædium existimo, &c.* sicut fundo petito veniunt etiam fructus pendentes, qui videntur esse pars fundi, *l. 44. sup.* ita ædibus petitis, venit etiam solum quasi pars ædium. vna enim est res ædes & solum, vel superficies & solum, *l. vlt. §. vlt. inf. quæ in frau. cred.* solum est pars ædium, & quidem maxima pars, sane maior pars, cui cedat superficies. cur cedit superficies
D solo? quia hoc est naturale vt minor pars maiori cedat, accedatve: & solum vtique maior pars existimatur, sine qua ædes consistere non possunt, *l. qui res § vlt inf. de solut.* vt *solum,* inquit, *est pars ædium, non etiam subiacet ædibus,* sicut mare subiacet nauibus. non, inquit, vt extra mare sunt naues, ædes à solo separatæ non sunt, nauis & mare duæ sunt res, solum & ædes vna res, *d. l. vlt. § pen.* inesse quidem ædibus recte dixeris solum, sicut partem toti, *l. in toto, inf. de reg. iur.* sed subiacere solum ædibus, recte non dixeris: nec enim pars subiacet toto. locus subiacet locato, vt mare aut fluuius subiacet nauibus, mensa subiacet epulis, quanquam & quidquid subiacet, solum dicatur. Seruius Honoratus, illo Virgilij loco, *Subtrahiturque solum,* quo loco solum accipitur pro mari: *vnicuique,* inquit, *rei quod*
E *subiacet, solum est, vnde mare solum est nauium; aer auium.* & ita etiam mensa quæ subiacet epulis, solum dicitur Æneid. 7. *Et Cereale solum pomis agrestibus augent.* at mare aut fluuius nauis non est pars. quid igitur? Locus vel potius vas propter quod mare flumenve mouetur, dum & nauis ipsa mouetur. vas igitur proprius, quam locus, quia locus proprie est immobilis. & ita Aristoteles 4. Physc. cap. 4. eadem forma qua dicimus, magistratum esse legem loquentem, legem mutum magistratum, ita vas esse ait, locum qui moueri & transferri posset, locum esse vas quod moueri non posset, τόπος ἐστὶν ἀγγεῖον ἀμετακίνητον, ἀγγεῖον τόπος ἀμετακίνητος. & vtitur eodem exemplo nauis. Est igitur mare aut flumen nauis locus, non pars. solum, ædium est pars, non locus. Igitur recte non dixeris, idesse solum ædibus, quod

P

mare nauibus: quamuis & mare dicatur solum nauium, A sed non est eadem vtriusque soli ratio. recte tamen dixeris, id esse solum ædibus, quod est carina nauibus: nam vt carinæ causam tota nauis sequitur, *l. Minicius, inf. hoc tit.* ita ius soli superficies sequitur. Et sequitur postea in eadem *l.* meum esse quod ex re mea superest, *cuius*, id est, eius quod superest, *vindicandi ius habeo*, non est aliò abeundum. vtendum est eodem exemplo quod suggerit initium legis. meum est solum diruto ædificio, mea sunt cæmenta, mea rudera: & ideo solum vindicare possum, cæmenta vindicare possum: latius tamen pertinet hæc definitio; meum est quod ex re mea superest, quam vt eam rem hoc exemplo coerceri velim, vt infra videbimus; sed prius admonendi sumus quod hic docet de dominio, meum est: ideo dominium dici non posse de obligatione: nam si ædes B debeantur actione ex causa legati, diruto ædificio solum quidem superest in obligatione, quia rei legatæ maior pars ea est quæ superest, *l. 22. inf. de legat. 1.* sed si forte ædes chasmate perierint, si absorbuerit chasma & solum & superficiem, & restet cæmentum aliquod, quod vis illa maior proiecerit in proximum locum, cæmentum illud vindicari potest, si fuit dominus ædium. sed si non fuit dominus, & debitæ ei fuerint tantum ædes ex causa legati, cæmenta non supersunt in obligatione, non debentur ex causa legati, quia nec totum superest, nec pars. & ita mortuo boue legato, non debetur corium, caro non debetur, λείψανα, vt vno verbo ait *l. quidam ergo §. si heres, de legat. 1. l. mortuo, de leg. 2.* λείψανα, id est, reliquiæ. Sic *Nouel. 60.* λείψανα τελευτήντων, reliquiæ & cadauera mortuorum. & λείψανα ἁγίων, vt Græci vertunt *ad l. 3. C. de sacros. eccles.* C οὐδεὶς ἁγίων λείψανα πραγματευέσθω. non debentur, inquam bouis λείψανα: videlicet si mortuus sit bos viuo testatore legatus, vel si post mortem testatoris, antequam id adquisisset legatarius, id est, antequam legatum agnouisset. Verum si mortuus sit cum esset in obligatione tantum, non autem in dominio legatarj. atque ita recte respondet Accur. ad *l. mortuo.* Iam dominio adquisito, quidquid superest ex re mea, meum est, idque vindicare possum, & condicere, quoties condictio concurrit cum vindicatione, vt *l. si seruus §. bonorum, inf. de cond. furt.* quæ idem constituit in vuis, vt si ex meis vuis supersint vinacea, possum ea vindicare, aut condicere à fure, quæ etiam dicuntur λείψανα τῆς σταφυλῆς à Galeno *lib. 2. de vi aliment. cap. 8.* Notandum, quod ait, *quod ex re mea superest*: nec enim idem est quod ex re D mea est, & quod ex re mea superest. quod ex re mea superest, id est, re mea non omnino extincta, id dicam indistincte meum esse, & vindicandi eius ius me habere, vt ait, sed si res omnino sit extincta, an quod ex re mea est vindicare possum? vt in hoc exemplo: si ex lana mea Titius vestimentum fecerit, lana consumittur omnino, nec potest vestimentum redire in priorem speciem lanæ. an possum vestimentum vindicare? fuit distinctio hac in re inter Proculianos, & Sabinianos. Sabiniani existimabant me esse dominum, id est, quod ex re mea est, meum esse. Proculiani vero eum existimanbant esse dominum qui fecerit vestimentum, qui nouam speciem fecerit. Paulus probat sententiam Sabin. si mala fide fecerit nouam speciem ex re mea, si ex vuis meis mustum mala fide, vt docet idem §. E *bonorum*, mustum meum est. Proculianorum sententiam probat, si bona fide fecerit, *l. de eo §. sed si quis, inf. ad exhib. §. cum qui, Inst. de rer. diuis.* Igitur, quod ex re mea est, non est semper meum. atque ita multum interest, dicas quod ex re mea est, an, quod ex re mea superest: nam quod ex re mea superest, semper est meum. quod ex re mea est, non est semper meum.

Ad L. L. Si ager.

Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit.

1. §. Sed heres de eo, quod hereditati obuenerit, recte aget, etiam si possessionem eius adhuc non habuerit.

Differentiam ponit inter emptionem & hereditatem, quæ sunt duæ causæ adquirendi dominij, sed non adquirendi dominij statim: nam emptio sola dominium non transfert: perficitur enim nudo consensu, & nudus consensus dominium non transfert. Igitur res empta, non est mea, nec possum eam vindicare. ergo res empta & tradita est mea. in emptione igitur exigitur traditio. in hereditate longe secus: nam hereditas adquiritur ipso iure suis heredibus, vel extraneis cum adierint hereditatem, aut se pro herede gesserint, quod quidem fit mera voluntate, *§. vlt. de her. qual. & diff. Inst.* ergo nuda voluntate hereditatem B adquiro. Hoc ergo casu dominium adquiritur sine possessione & traditione naturali, fictitia scilicet traditione, vt *l. eius, sup.* adquiritur etiam aditione hereditatis, aut gestione pro herede, quod lex facit. legatum eadem ratione adquiritur, non apprehensa possessione ex 12. tab. Igitur potest heres statim vindicare res hereditarias, etiamsi nunquam eas apprehenderit: quia heres dominium adquirit nuda voluntate ex 12. tab. possessionem non adquiri, nisi apprehendat, sed dominium adquirit sine apprehensione. possessionem non acquirit, nisi moribus Galliæ, *le mort saisit le vif*, id est, heres adquirit possessionem sine apprehensione, ipso iure. Quod omnino pugnat cum legibus nostris, & est petitum ex legibus Longobarborum, quæ volunt vt heres non tantum dominium, sed etiam possessionem adquirat ipso iure, sine facto, sine corpore, contra certissi- C mam definitionem iuris, quæ vult vt possessio non adquiratur nisi animo & corpore, *l. cum heres, de diuer. & temp. prescrip.* Neque moueri debemus *l. cum mulier, sup. ex quib. cau. maior.* quam hic affert Accur. quæ dicit possessionem continuari in heredem: nam ibi possessio aliter accipitur, pro vsucapione scilicet, vt quidam interpretes notant, & *l.* declarat, dum ait, possessionem etiam hereditate non adita impleri, id est, vsucapionem cœptam à defuncto, iacente hereditate & nondum adita impleri, procedere, perfici. Hæc vsucapio continuatur ipso iure sine heredis facto. Denique possessio sine possessione continuatur, & meat in heredem sine heredis facto & possessione. hoc est verum. sed illo loco possessio accipitur pro vsucapione, altero pro rei corporalis apprehensio- D ne. vsucapio continuatur ipso iure in heredem sine heredis facto, & vsucapio inchoata à defuncto procedit sine vl. possessione heredis, & ita accipitur possessio pro vsucapione in *l. denique sup. ex quib. cau. maio.* Legem 51. & 52. exposuimus.

Ad L. LIII. Si fundi.

Si fundi possessor eum excoluisset, seruisset ve, & postea fundus euincatur: consita tollere non potest.

Exponamus sententiam *l. 53.* quæ sic est scripta Florent. rectissime: *si fundi possessor cum excoluisset, seuisset ve, & postea fundus euincatur, consita tollere non potest.* E Finge igitur: quidam alienum fundum arauit, & conseuit. dominus euicit fundum per rei vendicationem. quæritur an possessori liceat consita tollere? Ait non licere. quod non ita abscise accipiendum est, sed sub hoc modo: vt non liceat ei consita tollere, si petitor paratus sit reddere sationis impensas, cum est locuples: vel cum est pauper, si tantum paratus est præstare quantum possessor habiturus esset his quæ conseuit, euulsis & ablatis. Ita non licebit consita tollere: nec enim eius malitiæ est indulgendum, vt consita tollat. sed si nihil offerat ei petitor consita tollet, ex *l. in fundo, sup. hoc tit.* quia in princ. parem eum facit qui in alieno fundo ædificauit, ei qui alienum fundum conseuit, & ideo quod ea lex statuit in eo qui

ædificauit, valere debet & in eo qui conseuit. non autem ei qui ædificauit abscisse denegat ius tollendi ædificij quod posuit in alieno. ergo nec ius tollendorum consitorum abscisse denegandum est, & neque quicquam hac in re interest, fuerit quis bona vel mala fide: nam quod ad rationem sumptuum attinet, nihil distat bonæ fidei possessor a malæ fidei possessore: quidquid enim statueris de malæ fidei possessore, idem statuendum in bonæ fidei possessore. malæ fidei poss. non habet retentionem impensarum per exceptionem doli, vel per officium iudicis, sed tantum facultatem tollendorum eorum quæ sine detrimento ex d. *l. in fundo,* cum dominus impensam omnem aliunde soluere non potest. & ex diuerso quidquid statueris in bonæ fidei, poss. idem statuendum in malæ fidei possessore. bonæ fidei possessor habet retentionem sumptuum necessariorum, & vtilium per exceptionem doli, vel officio iudicis: quod vtique procedit, si dominus sit locuples, si aliunde soluere possit. hoc etiam habet locum in malæ fidei possessore, ex *l. plane, sup. de pet. her. l. Iulianus, sup. hic.* eadem æquitatis regula, ne petitor ex aliena iactura lucrum faciat. Itaque in vtroque possessore modo hoc, modo illud valet, & hoc totum positum est in arbitrio & disquisitione iudicis, *d. l. in fundo.*

Ad L. LIV. Inter officium.

Inter officium aduocationis, & rei suæ defensionem multum est, nec propterea quis si postea cognouerit rem ad se pertinere, quod alij eam vindicanti tunc ignorans suam esse adsistebat, dominium suum amisit.

ITa in Florent. legitur, & recte, *multum est,* non, *multum interest,* sed idem est sensus. ita in *l. si multi, inf. de Publican. nam,* inquit, *inter criminis reos & fraudis participes multum esse constituerunt, l. 1. C. Th. ad leg. Iul. de amb. nihil inter cœptum ambitum & perfectum esse.* sic & alij auctores loquuntur plerunque. Ergo hæc *l.* ostendit, multum esse inter aduocationem, seu officium aduocationis, & rei suæ defensionem, id est, multum interesse, vtrum rem suam quis defendat, an alienam. qui rem suam defendit, id est, vindicat. heic defendere, vindicare est, *l. 6. §. etiam, inf. si seru. vind.* & pro *vindicare,* semper Græci dicunt ἐκδικεῖν, quod est defendere suum esse, qui, inquam, suam rem vindicat & defendit, & victus est, iterum si eandem rem vindicet ex eadem causa, repelletur exceptione rei iudicatæ. dominium quidem ipso iure per sententiam non mutatur, sed vi exceptionis rei iudicatæ amittitur & mutatur: & hoc est quod ait, eum dominium amittere non directe, sed posita exceptione rei iudicatæ, quæ infirmat vindicationem iteratam, atque ita dominij causam infirmam reddit, & inutilem: contra, qui rem vindicanti adsistit, vt hic loquitur, aduocatus, ignorans rem suam esse, putans rem esse clientis, qui vindicabat non suam, qui clientis agebat causam, is nihil sibi præiudicat: nam ea lite finita, aut ea pendente, erit ei integrum perfecto aduocationis officio, rem eandem quasi suam vindicare. denique qui rem vindicanti adfuit aduocatus, ignorans suam esse, nihil sibi præiudicat. Ille prior sciens, aut existimans rem suam esse, egit suo nomine, hic egit causam pro alio, ignorans rem suam esse. & inde est differentiæ ratio inter hunc & illum: quod ille sciuerit, hic ignorauerit. qua re etiam nihil obstat lex *vlt. sup. de inoff. test.* quæ ait, filium exheredatum qui poterat agere querela inofficiosi testamenti, non posse agere ea querela, amisisse eam querelam, si legatario quidem petenti legatum ex eodem testamento adfuerit aduocatus: quia hoc facto videtur agnouisse & probasse iudicium defuncti, quia scilicet sciebat testamentum esse inofficiosum, vt recte Accur. respondit. sed quia breuiter ait, & non intelligitur, rursus dicam. ratio *l. vlt.* est, quia sciens testamentum inofficiosum esse, aduocatus legatario adfuit, vnde colligis scisse? quia sciebat se esse exheredatum, aut præteritum, qui cernebat alium heredem

Digest.

A à quo legatum petebat nomine alieno. si sciebat se exheredatum, sciebat consequenter inoff. testamentum. Id ergo approbauit petendo legatum nomine alieno: & ideo ei non est integrum agere de inoff. testamento: nam querela inoff. amittitur approbatione vel minima testamenti. sed heic aduocatus qui adfuit vindicanti, ignorauit rem suam esse. L. 55. exposuimus in *l. 43.* L. 56. exposuimus in *l. 1. huius tit.*

Ad L. LVII. Is, à quo, & l. LVIII. à quo

Is, a quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conuentus est. Querebatur, si alterutri eorum, iussu iudicis, fundum restituisset, & postea secundum alterum petitorem B *res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret? Respondi, vter prior iudex iudicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui iubere, vt possessori caueret, vel satisdaret, si alter fundum euicisset, eum præstare.*

L. 58. A quo seruus petebatur, & eiusdem serui nomine cum eo furti agebatur, querebat, si vtroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret, si prius seru⁹ ab eo euictus esset respondit, non oportere iudicem cogere, vt eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine iudicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte præstari. Sed si prius de furto iudicium factum esset, & hominem noxæ dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem quod hominem non traderet, litem æstimare: quoniam nihil eius culpa, ne- C *que dolo contigisset quo minus hominem traderet.*

AMbæ sunt de cautionibus quæ in hoc iudicio præstantur & interueniunt. interueniunt in hoc iudicium mutuæ cautiones. exemplum vnum adferemus. reus qui restituit rem vel tradit actori, cauet de dolo, nihil se in ea re dolo fecisse, *l. 18. sup.* actor autem qui accipit rem, reo cauet de indemnitate, his rebus recte præstari, *l. 19. sup. de pet. her.* sic igitur interponitur mutua cautio: nam & reus actori cauet, & actor reo. actor reo de indemnitate, vt in hac specie. si à te fundum ego petiero, Titius quoque eundem fundum à te petierit coram alio iudice, & prior iudex iusserit te mihi eum restituere, cum nondum esset ab alio iudice res iudicata inter te & Titium, ne du- D plex damnum trahas in re accipienda, debeo tibi cauere, id est, promittere sine fideiussore, si sim locuples, vel satisdare, id est, dare fideiussores, si non sim locuples, id est, possessor rerum immobilium, si alter qui est, rem euicisset, id est, si secundum Titium res iudicata esset, his rebus recte præstari, id est, indemnem te à me seruatum iri, quia priori tu rem restituisti. & hoc est, quod ait in fine *l. 57. eum præstare.* eum, id est, iudicem, non ita interpretari debemus, sed eum, id est, petitorem. præstare sumitur sæpe in his libris ἀπολύτως, seu absolute, vt *l. 2. § illud. de her. vend. an venditor emptori præstare debeat. Cic. de offic. Qui scire debuit de fuga, de furtis, præstat edicto ædilium: Et de legib. 2. Si tabellariam tuleris, ipse præstabis.* est verbum solemne cautionum. vt *præstare* indemnitatem, quod est, indemnem seruare: & similiter si serui petiti nomine possessor ab E alio conuentus sit actione furti noxali, & quod seruus furtum alteri fecerit, prior petitor seruum euicerit iudicio in rem: in eo seruo accipiendo cauere debet possessori his rebus recte præstari. cuius cautionis formula latior proponitur in *l. 58.* verbis: *quod pro eo homine iudicium acceperit noxale.* sunt notanda verba formulæ. & ait supra, *non oportere iudicem cogere possessorem,* vt tradat petitori, nisi petitor prius subierit hanc cautionem de indemnitate. In his iudiciis, iudicis est cogere vt possessor restituat, vel tradat, vt Cicero 4 Verr. loquens de eadem actione: *necesse est iudicem cogere eum fundum restituere,* modo cogit restituere, modo tradere, vt hoc loco ait, & *l. 18. sup.* cogit restituere seruum nondum vsucaptum, cogit tradere seruum vsucaptum post litem contestatam: nam serui vsucapio impleri

potest post litem contest. nec tamen ideo minus tradendus est seruus actori, quem constat fuisse actoris litis contestatæ tempore, cum nondum esset impleta vsucapio. difficile incipit vsucapio: nam non incipit sine possessione, sine fide bona. sed quæ cœpit, perseuerat & continuatur etiam amissa possessione, aut incidente fide mala, *l. bonæ fidei, inf. de adq rer. dom.* & possessoris morte non interrumpitur vsucapio, quamuis possessio interrumpatur: quia quandiu vacat hereditas, nemo possidet. hereditas vacans habetur pro domino, sed non pro possessore, *l. 1. §. Scæuola, inf. si quis lib. esse test. iuss. fuer.* In summa vsucapio non incipit sine possessione, cœpta continuatur sine possessione, descenditque in heredem etiam ante aditam hereditatem quasi coniunctim *l. cum miles, sup. ex quibus cau. maior.* & ita possessio est sine possessione, priore parte possessione accepta pro vsucapione, posteriore pro detentione. Quod si in proposita specie, is qui eiusdem serui nomine duas patiebatur actiones rei vindicationem, & noxalem actionem furti, si prius condemnatus sit noxali actione & seruum dediderit in noxam, absoluendus est, vt hæc *l.* declarat, petitorio iudicio, id est, lis non est æstimanda eo non restituente hominem, quem iam dedit in noxam, quia scilicet, vt ait, *neque dolo, neque culpa eius contigit*, quo minus hominem traderet, & etiam in dedendo seruo ex causa noxali exiget ab actore cautionem his rebus recte præstari, cautionem de indemnitate, cum & vicissim actor possit ab eo exigere cautionem de dolo, *l. is qui in aliena, inf. de noxal act.* & hoc loco dum significat rem iudicatam fuisse noxali iudicio, ait, *factum fuisse iudicium*, ex quo intelligitur, *iudicium factum* tum videri cum res iudicata est. & ita non omnino male ex hoc loco iudicium factum accipi posse in *l. si post litem, inf. de exception.* dum dicitur exceptionem præiudicialem, quod præiudicium hereditatis petitioni non fiat, comparatam esse futuri iudicii causa, id est, futuræ petit. hered. non facti iudicij causa, vt sit hæc sententia; ante litem contest. hereditatis agenti alia actione obstare exceptionem præiudicialem, eandem etiam obstare post litem contest. hereditatis nondum iudicatam, *l. vlt. C. de petit. hered. l. 7. sup. eod. tit.* nam non obstat eadem exceptio post litem contest. & iudicatam, id est, post iudicium factum, quæ fuit prior interpretatio Accur. ad *d. l. si post litem*, & hoc loco confirmatur qui demonstrat tum iudicium factum videri cum res iudicata est.

Ad L. LIX.

Habitator in aliena ædificia fenestras & ostia imposuit. eadem post annum dominus ædificiorum dempsit. Quæro, is qui imposuerat, posset ne ea vindicare? Respondit, posse: nam quæ alienis ædificiis connexa essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem ædificiorum esse: simulatque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reuerti.

Elegans est valde species quæ proponitur in *l. 59.* Inquilinus seu conductor ædium, ædibus adiecit fenestras, vel ostia. hæc sunt infixa, inædificata, iuncta, *affiches, à fer & à clou*, non ruta cæsa. quæritur finita conductione an ea possit auellere, & secum auferre, vel an possit vindicare? Iulianus hoc loco ex libro ad Minitium iurisconsc. scribit, ea quandiu iuncta sunt ædibus, non posse vindicari, quia accesserunt ædibus. minor res accedit maiori, & quandiu iuncta sunt videntur ædium esse, non eius qui infixit, id est, inquilini. & videntur interiisse quodammodo & nomen suum perdidisse: ideo quandiu iuncta sunt, non possunt vindicari. sed quandocunque adempta erunt à domino ædium, puta post annum, aut post biennium locatione finita, vindicabuntur ab inquilino: & ait *dempta*, quod est verbum 12. tab. apud Festum in lege quadam de vineis, *quandoque sarpta donec dempta erunt*, & ex alia lege 12. tab. tignum iunctum ædibus vel vineis non potest vindicari, sed neque agi de eo eximendo vel soluendo, *l. in*

A *rem, sup.* solutum tamen tignum, demptum, detractum vindicari potest, etiamsi demptum sit ea mente vt reponeretur, *l. quæ religiosis, sup. hoc tit.* quæ est valde in hanc rem notanda. Ergo quod iunctum est ædibus, siue iunctum sit à domino ædium, siue à domino tigni, cum habitaret in eis ædibus, id non aliter vindicari potest, quam si demptum sit. Igitur non omnino videtur dominium abscessisse à domino: nam si abscessisset dominium, nec dempta quidem vindicarentur: sicut ea quæ ferruminatione, vel terræ alimonia, vel religione alieni iuris facta sunt, ne dempta quidem à priori domino vindicari possunt: sed est actio in factum extraordinaria, *l. quæ religiosis, sup.* & quæ dicuntur hîc de inquilino: nam heic habitator dicitur inquilinus, habent etiam locum in fructuario. fructuarius finito vsufructu non potest vindicare ea quæ manente vsufructu

B inædificauit, fixit, iniunxit: sed refixa, dempta, potest vindicare, *l. sed & si quis, inf. de vsufr.* ergo inquilino, fructuario non datur vindicatio eorum quæ iniunxit, nisi postquam dempta sunt. Sed quæro, an saltem detur ei facultas eorum tollendorum? minime, d. l. *sed etsi quis*, ait, fructuarium ea quæ iunxit prædio, non posse tollere: at contra in *l. sed addes §. si inquilinus, inf. loc.* hoc conceditur inquilino, non vt vindicet quæ iunxit ædibus conductis, sed vt ea tollat & auellat. nec est vlla ratio differentiæ inter inquilinum & fructuarium: vterque habet ius vtendi fruendi interim dum manet vsusfructus vel locatio. cur non & finito eo iure ius tollendi vterque habet? datur inquilino actio ex conducto vt tollat fenestras quas adiecit, ædib. conductis, dummodo id faciat sine detrimento æ-

C dium, qua de re debet cauere damni infecti, id est, se in eis tollendis ædes deteriores non facturum. sic ergo ei licet tollere. sed ait *d. §. si inquilinus*, verius esse quod Labeo ait, posse eum tollere. dum ait verius esse, significat fuisse dubitatum inter prudentes: & sane ita est: nam Labeo & cæteri Proculeiani qui sunt eiusdem sectæ, dabant inquilino & fructuario ius tollendorum ostiorum, fenestrarum aliarumve rerum quas adiecerant pendente locatione. Sabiniani contra in *d. l. sed etsi*, quæ est ex libris ad *Sabinum*: fuit Iulianus auctor huius l. Sabinianus, Sabinianus & Minicius, l. *tenetur §. sed si vas, inf. de action. emp.* Minicius natus fuit Traiani temporibus, *l. pen. sup. de feriis.* Igitur hoc loco, Iulianus & Minicius, qui Sabiniani fuerunt, contra Proculianos & Labeonem definiunt, in-

D quilinum non posse recuperare vlla ratione ea ostia quæ iunxit ædibus conductis, sed expectare debere, quoad demantur. erit quidem actio ad exemplum actionis de tigno iuncto, sed non vindicatio, non ius tollendi & diruendi. dominus quidem potest diruere suum ædificium, nulla lex est quæ hoc vetet, aut remouere quædam ex ædificio: sed cum alienam materiam dominus iunxit suo ædificio, dominus materiæ inuito domino eam soluere & eximere non potest, propter legem de tigno iuncto. Qui porro suam materiam iunxit alieno ædificio, eam etiam temere tollere non potest, vt demonstratum est in fructuario & inquilino, secundum Sabinianos: tollere potest secundum Proculianos. Sic in l. *in fundo, ius est tollendi possessori*, qui in alieno conseuit aut ædificauit petitore non fugēte suis partibus. & ita est vestigium in hac *l.* diuersarum sectarum. & simi-

E le est in *l. Minicius*, quę est ex libro 6. *Minicij*. In hac specie si quis fecerit certam speciem ex aliena materia, vt si quis fecerit nauem ex aliena cupresso, abiete, quis est dominus nauis? dominus nauis est, vt ait, is qui dominus est materię pinus, vel abietis, quę fuit sententia Sabinianorum, *l. 7. §. cum quis, inf. de adq. rer. dom.* & ratio est, quia sine materia nulla species effici potest, & ęquum est vt quidlibet cedat ei rei sine qua esse non potest, *l. in rem §. sed & id quod, sup.* vt ergo species cedat materię. At aliud est iudicium Proculeianorum: nam illi existimant, eum esse dominum nauis qui fecit, etiamsi eam fecerit ex aliena arbore, hac ratione, quia nauis quę facta est, antea nullius erat, & hic nauclerus fecit vt in rerum natura esset, quę est idonea

causa adquirendi dominii, *l. 3. §. pen. de adq. poss.* & hæc fuit Sabinianor. & Proculeianor. sententia. Est in hac quæstione media quædam sententia aliorum Iurisconsultor. sunt quidam ercifcundi, id est, mediam sententiam sequentes. licet nobis vti nostris vocabulis cum Grammatici vsi sint. Seruius in Virgil. *Stoici ercifcundi*, id est, *mediam sententiam sequentes*: sunt, inquam, ercifcundi, qui speciem facta ex aliena materia censent speciem esse eius cuius fuit materia, si possit resolui species in pristinam materiam, vt si ex alieno ære facta sit statua, quæ facile resolui possit in æs, & contra speciei dominum eum esse qui fecit, si non possit resolui in pristinam materiam, vt si ex alienis vuis vinum fecerit: quia non potest resolui in vuas. & heic si quis ex aliena arbore nauem fecerit, nauem esse eius qui fecit, quia nauis non potest resolui in pristinam materiam, *l. sed si meis, inf. de adqu. rer. dom.* sed præterea Paulus exigit, vt nauem fecerit bona fide, *l. de eo § si quis, inf. ad exhib.* ergo secundum sententiam Proculianorum, & secundum sententiam ercifcundorum nauis facta ex aliena abiete, est eius qui fecit. Obstat lex *Minicius, inf.* quæ dicit nauem non esse eius qui fecit. respondendum est, Iulianum hoc scribere, & Minicium, qui fuerunt Sabiniani, & hi indistincte dominium speciei addicebant domino materiæ. & facit differentiam d. lex *Minicius* inter *facere*, & *reficere nauem*: si fecit quis nauem ex aliena arbore, secundum Sabinianos, nauis eius non est, quæ tamen sententia non obtinuit: sed si refecit nauem suam ex aliena arbore, eiusdem dominus manet, quia proprietas totius nauis carinæ causam sequitur. carina est fundamentum nauis. carina vitiata non potuit refici nauis: ergo eiusdem manet nauis cum est refecta ex aliena arbore, cum carina eadem semper fuerit. Plautus in *Milite, Bene lineatam si semel carinam collocauit, facile esse nauem facere, vbi fundata & constituta est.* Versus qui ponitur inter leg. *habitator*, & leg. *Minicius*, est facilis. Porro notandum est ad leg. *habitator*, conductorem qui fenestras vel ostia iunxit ædibus conductis, ea quandiu ædibus annexa sunt, vindicare, vel qua alia ratione tollere non posse. Id etiam adiicio, verius esse, conductori eo nomine ne tigni quidem iuncti nomine actionem dari, aut similem: nam actio de tigno iuncto datur si dominus ædium suis ædibus alienam materiam iunxerit, non si ipse qui materiæ dominus est, eam alienis ædibus iunxerit. Cui iunctorum nomine nulla actio datur, reputatio datur, sicut ei qui in alieno solo ædificauit ex sua materia, materiæ & sumptuum reputatio datur, non repetitio, *l. sumptus, hoc tit.* Ita igitur conductor qui ædibus conductis iunxit ostia vel fenestras, quandu ea connexa sunt ædibus, nulla actione consequi potesti vt ea sibi tollere & refigere liceat secundum Sabinianos: at secundum Proculianos habet actionem ex conducto, vt tollat, *l. sed addes §. si inquilinus, inf. loc.* sed quorum sententia, Sabinianorum an Proculianorum in hac re sequenda sit non diximus, & sicut in quæstione *leg. Minicius, hoc tit.* cuius sit species facta ex aliena materia, media sententia obtinuit, ita & hic media sententia est sequenda, exemplo eius qui in alieno solo ædificauit suis sumptibus ex *l. in fundo, hoc tit.* vt si dominus ædium, id est, locator, aliunde soluere possit pretium ostiorum & fenestrarum quas adiecit conductor, liceat conductori reputare locatori pretium eorum: Ita scilicet vt pretium eorum compenset cum mercede, vel si eam integram pensionem soluerit, vt non aliter excedat ædibus, finita locatione, quam à locatore acceperit pretium eorum, quæ adiecit ædibus conductis: vel si locator sit pauper vt aliunde soluere non possit, tunc tollat quæ imposuit non per vindicationem, sed per actionem ex conducto, ex sententia Labeonis, nisi scilicet, nam & hic modus adiiciendus est *ex d. l. in fundo*, dominus sit paratus tantum ei præstare quantum illis ablatis conductor habiturus est. Nam eo oblato nec tollere quidem licebit vel fenestras quas imposuit ædibus: & ita in hac quæstione decurrendum est ad mediam sententiam, vt fit in quæstione *l. Minicius* & leg. *in fundo*, quæ huic est proxima & affinis.

Ad L. LX.

Quod infans, vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est.

POssidebat rem alienam infans, aut furiosus, & cum eo actum est rei vindicatione: quod ait de infante, idem obtinet in proximo infanti ex *l. 1. inf. quan. ex fac. tutor. vel curat.* quæ est huic coniungenda omnino: est enim ex eodem auctore & libro: ait *pupillum*, non infantem, vtitur latiori vocabulo, sed ibi oportet intelligere pupillum non infantem, vel proximum infanti: nam pupillus vel proximus pubertati est doli capax, & si possideret rem alienam & perdiderit male post litem contestatam, tenetur de dolo & culpa. Sed si possessor infans vel furiosus rem perdiderit, vel corruperit, hoc est impunitum, hoc est non condemnatur: nec quanti actor iurauerit, nec quanti interest, quia doli incapax est, dolo & culpa vacat. Addit tamen d. lex 1. teneri pupillum possessorem ob dolum vel culpam tutoris: non teneri ob dolum suum, vel culpam, quia eius non est capax, sed tenetur duntaxat ob dolum vel culpam tutoris, si res eius culpa perierit, pendente lite. & teneri non quidem quanti actor in litem iurauerit, sed quanti interest, quia pupillus nihil damni facit: id enim mox recipiet à tutore, vel si non possit rem seruare à tutore, ne ob dolum quidem tutoris condemnabitur.

Ad L. LXII.

Si nauis à malæ fidei possessore petatur, & fructus æstimandi sunt, vt in taberna, & area, quæ locari solent. Quod non est ei contrarium quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, vsuras præstare non cogitur: nam etsi maxime vectura, sicut vsura, non natura peruenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum nauis possessor petitori præstare non debet, cum pecunia periculo dantis fœneretur. 1. §. Generaliter autem, cum de fructib. æstimandis quæritur, constat animaduerti debere; non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. quam sententiam Iulianus quoque probat.

MAlæ fidei possessor tenetur de fructibus non tantum perceptis, sed etiam percipiendis, id est, de his qui percipi potuerunt ante vel post litem contest. siue titulum habuerit, siue non. bonæ fidei possessor tenetur de perceptis si ex eis sit factus locupletior ante litem contest. & post litem contest. tenetur de perceptis omnimodo, atque etiam de his quæ percipere potuit: & hæc est certissima iuris regula. fructuum autem vicem obtinent mercedes locationum, *l mercedes, de petit. heredit.* nunc finge: Quidam possidet mala fide nauem alienam. is eam non locauit cum posset, & ita fructum non percepit cum posset percipere, vel etiam ea naue vehendum nihil conduxit, vt inde vecturam perciperet, cum non deesset copia conductoris vel locatoris. secundum hoc quod propositum est hoc casu, possessor eius domino nauis tenetur eo nomine quod non perceperit vecturam, quam percepisset ipse dominus eius, si eam possedisset: idemque erit, vt hic proponitur, si quis tabernam vel aream alienam mala fide possederit: nam & hæc locari solent. solet area locari vt fit hodie frequenter, mercatu maxime frequenti, & inde maximi reditus redeunt ad dominos arearum qui eas locant: & inde in *l 7. de vsufr.* ad fructuarium pertinere obuentiones ex areis. locantur areæ mercatoribus, vt in eis disponant suas merces, qua de re dicitur in *l si area, eod* fructuarium qui alioquin in re fructuaria non potest ædificare, posse tamen ponere casam in area custodiendarum mercium causa: habetur mercatus in areis & hæ locantur æstimatoribus: & ob id Cicero, callidos rerum æstimatores *areas & prata magni æstimare solere*, quod inde reditus proueniat sine cu-

ra & opera vlla, *ſans main mettre* & inde etiam in *l. 3. inf. in quib. cau. pig. vel hypot. tac. contr. l huius, inf. qui potior. in pign. habent.* area locata merces in ea poſitas tacite locatori eſſe pignori obligatas pro mercede. vnde & hic procul dubio arearum reditus ſignificatur à M. Tullio *9. Epiſt. Nos iam ex areis tantum habemus.* neque eſt corrigendum *ex arcis,* neque hoc correxiſſet qui ſciſſet arearum magnum eſſe reditum. Sic etiam hoc loco, nihil refert ſpeciem ponas eandem in naui, quam quis mala fide poſſederit, an in taberna, an in area, quæ locari ſolent, & poſſeſſorem, qui non locauit nec inde quæſtum fecit cum mala fide poſſideret eo nomine teneri domino, id eſt, teneri de percipiendis mercedibus locationum. Huic ſententiæ quæ vult malæ fid. poſſ. teneri de percipiendis fructibus, Papinianus obiicit quod dicitur in *l. item veniunt §. Papin. de petit. her.* heredem, id eſt, falſum heredem, ſiue hereditatis malæ fidei poſſeſſorem non præſtare vſuras pecuniæ depoſitæ, id eſt, non pecuniæ depoſitæ ex contractu depoſiti, ſed pecuniæ depoſitæ veluti præſidij cauſa, & inuentæ in hereditate, *l. ſi chorus §. 1. de legat. 3.* hereditatis, inquam, malæ fidei poſſeſſorem non præſtare vſuras pecuniæ depoſitæ & inuentæ in hereditate, ſi eam non attigerit, ſi eam otioſam & ſterilem habuerit: vſuræ autem ſunt vice fructuum, *l. vſura, inf. de vſur.* ergo malæ fidei poſſeſſor non tenetur de vſuris percipiendis, quæ ſunt loco fructuum: & reſpondet ſubtiliter Papin. aliam eſſe cauſam vecturæ nauium, longe aliam vſuræ pecuniarum: nam conueniunt quidem in eo vectura & vſura, quod vterque eſt fructus ciuilis, id eſt, qui iure ciuili percipitur, non fructus naturalis: pecunia enim non fert fructum, nauis non fert fructum: igitur vectura & vſura natura non prouenit, ſed ex obligatione iuris ciuilis, vſura ex ſtipulatione, vectura ex locatione & conductione, *l. vſura pecuniæ, de verbor. ſignific.* Item differunt in eo vſura & vectura, quia pecunia fœnori collocatur periculo dantis, non periculo domini, vt tutor collocat pecuniam pupilli ſuo periculo, non periculo pupilli. curator calendarij collocat pecuniam ciuitatis ſuo periculo non ciuitatis *l. vlt. §. pen. de adm. rerum ad ciuit. pertin.* & ideo ſi debitor, cui, ſciens crediderit alienam pecuniam, non ſit ſoluendo, vel fiat non ſoluendo, is qui pecuniam credidit, eo nomine tenetur domino pecuniæ, quia debuit cautius fœnerari, & meliorib. nominibus. debuit debitorem obſeruare, appellare, admonere: & ita etiam poſſeſſor alienæ pecuniæ eam collocat ſuo periculo, non periculo domini: & ideo ei non eſt imputandum ſi eam non collocauit, cum id non poſſet facere ſine ſuo periculo. noluit adire periculum collocata pecunia incertis nominibus: & hoc quidem ſi mala fide poſſederit pecuniam: Nam bonæ fidei poſſeſſor collocat pecuniam ſine ſuo periculo, quia ſcilicet vſque eo duntaxat tenetur, quo locupletior factus eſt. Igitur non tenetur nomine ſortis collocatæ, ſi eam non poſſit ſeruare à debitore, cui eam credidit bona fide, qui exiſtimauit ſuam eſſe pecuniam. Igitur bonæ fidei poſſeſſor pecuniam alienam domini collocat ſine ſuo periculo, & in hoc tenetur, vt ſi ſortem creditam receperit, & vſuras aliquas, iſque ſit factus locupletior, eas reſtituat domino: ſi nondum quicquam receperit, vt non præſtet periculum nominis, ſed vt liberetur cedendo petitori nomen, id eſt, actionem creditæ pecuniæ periculo petitoris, vt petitor exigat ſuo periculo. at malæ fidei poſſeſſor præſtat periculum nominis, id eſt, ſortis. ſed non præſtat periculum vſurarum, quę adhuc debentur, id debet ſubire petitor, ſed periculum ſortis præſtat. quæ eſt ſententia *l. Iulianus 3. de pet. her.* & ad ſummam, bonæ fidei & malæ fidei poſſeſſor tenentur de ſorte & vſuris perceptis. bonæ fidei poſſeſſor ita demum, ſi locupletior inde factus ſit. malæ fidei poſſeſſor, omnimodo. de vſuris autem percipiendis neuter tenetur. ſed neque vſurarum quæ adhuc debentur periculum, vel hic vel ille præſtat. ſortis periculum præſtat malæ fidei poſſeſſor, non alter. Longe alia ratio eſt vecturæ nauis ſeu areæ: nam nauis locatur etiam à malæ fidei poſſeſſore, periculo domini, non poſſeſſoris: & ideo imputatur poſſeſſori ſi nauem na-

A uigatum non miſerit idonea tempeſtate, atque ita vecturam non tulerit, cum id poſſet facere ſine ſuo periculo: nam malæ fidei poſſeſſor præſtat petitori dolum & culpam, ſed non caſum fortuitum. Ergo non naufragium: nam ſi nauis forte perierit naufragio, quæ miſſa eſt idoneo tempore, & commiſſa idoneis hominibus, perit domino, non poſſeſſori: & inde exiſtit differentia inter vecturam & vſuram huiuſmodi, vt nauis, quam non attigit poſſeſſor, vecturas debeat domino, id eſt, vt teneatur de vecturis percipiendis pecuniæ quam non attigit, vt vſuras non debeat domino. Huic differentiæ Accurſius aliam adiicit dicens, poſſeſſorem malæ fide teneri domino de vecturis perceptis & percipiendis, quod eſt verum, ſed de vſuris eum non teneri domino, ne de perceptis quidem. hoc ego longe aliter iu-

B dico: quia verum eſt, poſſeſſori omne lucrum auferendum eſſe, *l. poſt S C de pet. her.* quod etiam refellitur *l. 1. C. de pet. her. l. 1. C. de his quæ vt ind. auf.* ergo malæ fidei poſſeſſor reſtituet vſuras, quas percepit. fœnerauit quidem ſuo periculo: qua ratione Accurſ. putat non teneri de vſuris perceptis, quoniam eas percepit & fœnerauit ſuo periculo. hoc eſt falſum: quia nullum lucrum apud eum reſidere debet. Nec obſtat *l. ſi vnus §. ſi vnus, inf. pro ſoc.* Species hæc eſt: duo erant ſocij creditæ pecuniæ vel certæ negotiationis, non omnium bonorum. vnus ex ſociis pecuniam communem fœnerauit ſocietatis nomine. ergo communi periculo vſuras inde perceptas debet communicare & partiri, quia fœnus contractum eſt communi periculo ſocietatis: ſed ſi eam pecuniam fœnerauit ſuo nomine, quia periculum ſortis ad eum pertinet, vſuras retinere de-

C bet, non communicare. Ergo etiam eadem ratione poſſeſſor malæ fidei, qui alienam pecuniam fœnori collocauit, quia periculum ſortis ad eum pertinet, vſuras perceptas debet retinere, non reſtituere. eſt falſa comparatio: nam cum agimus de poſſeſſore, tractamus de pecunia aliena, cuius omne lucrum auferendum eſt poſſeſſori quod fecit ex pecunia aliena. In *paragrapho ſi vnus* non agitur de pecunia aliena, ſed communi, quod ſocius lucrum fecit ex pecunia communi ſiue ſocietatis, ſuo periculo & nomine hanc ſubiens aleam ſolus. id ei non aufertur, quia id lucrum fecit ex re ſua: neque enim ideo minus pecunia eſt eius quod ſit etiam alterius. eodemque modo nihil obſtat *l postulante §. vlt. inf. ad Trebell.* ponit heredem rogatum reſtituere hereditatem vel partem hereditatis ad diem, & eum heredem pecuniam quandam hereditariam collocaſ-

D ſe interim, antequam locus eſſet fideicommiſſo, vel reſtitutioni fideicommiſſi, & interim nomina feciſſe & percepiſſe vſuras: quæritur an vſuræ perceptæ ex nominibus factis ab herede, non à defuncto, veniant in reſtitutionem fideicommiſſi. Reſp. non venire, quod confirmat *l. 24. de vſuf. leg.* quoniam heres ſuo periculo fœnerauit. Nam in ea ſpecie heres percepit vſuras de pecunia ſua, non aliena, quia interim fuit ſua pecunia, interim eas vſuras ſuas facit, ſicut & fructus ſuos facit. ſed ſicut bonæ fidei poſſeſſor fructus ſuos non facit cum effectu, ne eos quidem quibus regendis curandiſque conſumpſit operam & impenſam, ſi modo ex ei ſit factus locupletior, ſed eos reſtituit re euicta, deductis impenſis, & malæ fidei poſſeſſor indiſtincte eos reſtituet, deductis impenſis factis fructuum cogendorum cauſa. Ita neuter poſſeſſor vſuras ſuas facit, ſed per-

E ceptas reſtituit, aut etiam de percipiendiendis vſuris neuter tenetur. Adiicit Papinianus in hac l. cum quæritur de fructibus percipiendis, quod expoſui in *l. fructibus, ſup.* animaduerti debere, à iudice ſcilicet, ad cuius officium pertinet æſtimatio fructuum, vt in *l. quod ſe, inf. de reb. cred.* animaduerti, inquam, debere cum agitur de mora, à iudice ſcilicet, quia moræ definitio in æſtimatione iudicis eſt *l. mora, de vſur.* Igitur & in æſtimandis fructibus percipiendis animaduerti debere à iudice non quos percipere potuerit poſſeſſor, ſed quos petitor ſi poſſediſſet, percipere potuiſſet, quod explicatum eſt in *d. l. fructus.*

Ad L. LXIII.

Si culpa, non fraude, quis possessionem amiserit: quoniam pati debet æstimationem: audiendus erit à iudice, si desideret, vt aduersarius actione sua cedat. cum tamen prætor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque, qui litis æstimationem perceperit, possidente, debet adiuuari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit, restituere.

Legem 63. exposui in *l. 21. sup.* sed addendum est aliquid de Publiciana actione. Nemo ignorat directam rei vindicationem dari domino, Publicianam, quæ est vtilis vindicatio, dari bonæ fidei possessori qui rem nondum vsucepit: Nam qui vsucepit habet directam, cum vsucapione efficiatur dominus. & Publicianam dari amissa possessione rei ab eo qui possidebat bona fide, & dari aduersus extraneum possessorem, non aduersus dominum, si forte ad eum possessio peruenerit: nam agenti Publiciana obstat exceptio iusti dominij, *l. pen. inf. tit. seq.* Nunc docet in hac l. multum interesse, vtrum post litem contest. desierit possessor rem de qua agebatur, dolo malo aut culpa possidere: nam si dolo desierit possidere rem post litem contest. tanti damnatur quanti in litem iurauerit petitor. si culpa, tanti condemnatur quanti re vera interest petitoris. quanti ergo æstimauerit iudex, non quanti actor ipse iureiurando in litem, æstimauerit, quæ æstimatio longe minor *l. qui restituere, inf. hoc tit.* Præterea si dolo desierit possidere dominus idemque petitor, ei non cogitur cedere suam actionem, id est, directam vindicationem ad rem persequendam quam desiit possidere. sed neque ipse qui desiit possidere, eam potest persequi actione Publiciana, cum ante litem eam possideret bona fide, *l. is qui per se, hoc tit.* Nec obstat *l. in depositi, de re iud.* vt exposui in *d. l. 21.* quoniam est aliquid speciale in actione depositi: nam si culpa desierit possidere non dolo post litem contest. dominus qui accepit litis æstimationem, debet ei cedere vindicationem directam, qua rei amissæ possess. persequatur, si nondum vsucepit, *d. l. 21. & seq* quinimo etiamsi dominus ei non cesserit actionem, ipse eam rem cuius æstimationem soluit domino, potest persequi actione Publiciana, quia litis æstimatio quam soluit, non ante eum facit dominum, quam rei possessionem recuperauerit. Si soluit æstimationem litis re absente, de eo non fit dominus statim, id est, non habet directam actionem, sed Publicianam tantum. & h. e. quod ait hæc l. & *l. sed & si res, tit seq. culpa.* Si separat culpam à fraude. *Prætor auxilium laturus sit*, id est, etiam non cessis actionib. data scilicet actione Publiciana. sententia hæc est: etiamsi non ceditur actio, nihil damni erit. nam Prætor dat Publicianam, & adiicit Publicianam etiam ei dari ad rem persequendam, ipso forte domino eam rem possidente, qui rei æstimationem accepit. & hoc casu ei agenti Public. non obstabit exceptio dominij: non enim datur temere hæc exceptio, sed causa cognita, *l. mandatum, inf. mand.* & æquum est hoc casu ne agenti Public. obstet exceptio dominij, vt ne idem habeat & æstimationem rei, & rem ipsam: ideoque Publiciana aget aduersus dominum qui iam æstimationem rei tulit, nec repelletur exceptione dominij, quia etiamsi ipse dominus sit paratus rem retro agere, id est, restituere æstimationem litis quam accepit vt rem retineat quam postea nactus est, & ita velit repellere agentem Public. non audietur: quia contentus fuit æstimatione litis, id est, vendidit rem suam semel. æstimatio litis est similis venditioni, & non potest venditor recedere ab emptione inuito emptore, *l ab empt. sup de pact.* Igitur initio dum rem extorquet actione Publiciana, qui æstimationem persoluit & qui eam persoluit suo periculo, tenetur iudicati, id est, condemnati, vt Accursius recte: nam soluendo æstimationem litis qui culpa amisit possessionem, subit periculum pecuniæ amittendæ, subit aleā

A pecuniæ amittendæ: quia incertum erat esset rem recepturus nec ne: itaque soluit æstimationem sub incerto possessionem nancisci rursus posset, an non. igitur non audietur qui æstimationem accepit ab eo qui soluebat suo periculo, si velit omnia retro agere, id est, pretium reddere, & rem recipere. & hoc est quod sequitur, *ipso quoque &c.* vt non obstet exceptio, dominij scilicet.

Ad L. LXIV. Cum in rem.

Cum in rem agitur: eorum quoque nomine, quæ vsui non fructui sunt, restitui fructus certum, est.

B Videtur hoc esse ἄδοξον. hoc pene videtur dici posse: fructus sunt sine fructu, fructus sunt eius rei quæ non est fructui. nec absimile est quod nuper diximus, possessionem esse sine possessione, *l. cum miles, sup. ex quib. cau. maior.* sed hæc l. est iungenda cum *l 3. §. vlt. inf. de vsur.* & delenda omnia quæ scripsit in hanc l. Accur. præter ea verba postrema, *vel dic in vasis, &c.* & ita explicanda: vasa sunt vsui, non fructui: in fideicommissis veniunt vsuræ ex mora. finge: relicta vasa sunt per fideicommissum, an debentur vsuræ vasorum quasi fructus ex mora? distinguit *d. l. d. l. 3. §. vlt.* vel ea vasa ea mente relicta sunt vt venderentur, & pecunia præstaretur fideicommissario: & tunc vsuræ debentur. vel vasa relicta sunt, vt eis vteretur fideicommissarius. & tunc vsuræ non debentur, non debentur vsuræ ex corporibus: sed debentur tamen fructus quidam aut
C aliquid vice fructuum, licet vasa non sint fructui: vt si vasis præstitis, fideicommissarius potuisset ea conducere aut locare: nam solebant Prætores Romani aliorum vasa locare sæpe, quæ præberent legatis Romam venientibus, quibus etiam solebant præbere sæpe lautia & supellectilem. Igitur hoc æstimabitur in restitutione vasorum quamuis non sint fructui, cum locari potuerint, *l. videamus, in fi. inf. de vsur.* quæ etiam ponit exemplum in itinere, & seruitutib. quæ sunt vsui tantum, non fructui: & ob id indiuiduæ: quia consistunt in vsu, & vsus est indiuiduus. itineris nullus est fructus, sed tamen si vindicetur iter, habebitur ratio eius vtilitatis quam percepisset actor, si ei ire licuisset, *l. 4. §. in confessoria, si seru. vindic.* ita ea res quæ non est fructui, natura scilicet, recipit æstimationem fructus, id est, vtilitatis quam fuisset petitor percepturus, si
D eam rem habuisset.

Ad L. LXV.

Emptor prædium, quod à non domino emit, exceptione doli proposita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum prædium habuit, vsurarumque medij temporis superfluum recuperauerit. scilicet si minus in fructibus ante litem perceptum fuit: nam eos vsuris nouis dumtaxat compensari, sumptuum in prædium factorum exemplo, æquum est. 1. §. Ancillam, quæ non in dotem data, sed in peculium filiæ concessa est, peculio filiæ non legato, mancipium hereditarium esse conuenit. Si tamen pater dotis, ac peculij contemplatione filiam exheredauit, & ea ratione reddita, nihil ei testamento reliquit, aut eo
E *minus legauit: filiam defensio tuebitur voluntatis.*

Difficilis est species l. 65. sed cætera erunt facilia. Certi iuris est, vsuras ex mutuo non deberi sine stipulatione. fœnus non contrahitur nisi per stipulationem: ex pacto non debentur etiamsi fiat ex continenti. non veniunt etiam ex mora officio iudicis sine stipulatione, vt in contractibus bonæ fidei, & in legatis, & fideicommissorum restitutione vsuræ veniunt ex mora officio iudicis sine stipulatione. debentur etiam vsuræ in iudiciis bonæ fidei ex pacto facto ex continenti. & in his quidem contractibus vsuræ veniunt, quæ in ea regione frequentantur vbi contractum est, *l. 37. inf. de vsur.* ita tamen vt legis modum non offendant: hæc enim conditio additur *l. 1. inf de vsur. l. idemque § sed etsi*

pecuniam, inf. mand. lege Iustiniani datus est modus vsuris omnibus, *l. eos, C. de vsur.* sed & ante Iustinianum de vsuris pecuniæ creditæ variæ fuerunt leges. ac primo 12. tab. sunt permissæ vsuræ vnciariæ tantum, id est, quæ in centenos reddunt quotannis singulos nummos, & actio quadrupli in eum qui ampliores exegisset, Cato de re rust. cap. 1. & Ascon. Pedian. 1. Verr. deinde redactæ sunt ad semunciarias, id est, in centenos quotannis nummos dimidiatos. tum omnino vetita est vsura. postremo, inquit, Tacitus lib. 5. qui & superiora enarrat, vetita vsura, sic legendum, non versura, cum Liuius scribat latum apud populum ne fœnerari omnino liceret. Sed postea permissæ sunt etiam centesimæ vsuræ pecuniæ creditæ interposita stipulatione: & ita in libris nostris legitima vsura significat centesimam, quam postea contraxit Alexander, vt scribit Lampridius, ad trientes, & si Senatores fœnerarentur, ad semisses. quod non videtur obtinuisse: nam auctorib. nostris legitima vsura est centesima, quæ grauior est triente vel semisse, quæ as est vsurarum: & hunc modum lege definitum Ranconetus existimabat significari in hac l. illis verbis, *vsuris nouis*. vsuras scilicet dici noua lege permissas. Hæ fuerunt centesimæ, quas tamen ad vltimum Iustinianus contraxit ad trientes, vel semisses, vel besses. trientes permisit ciuitatibus & illustribus personis, cæteris personis & fisco semisses, argentariis & negotiatoribus besses. Vsuras autem nouas hoc loco nunquam interpretabitur, noua lege permissas, qui legerit Accursium, qui exposuit quæ dicantur hoc loco nouæ vsuræ. contemptus Accursius facit, vt à vero aberrent magni viri. idemque contemptus forsitan effecit, vt Haloander hic maluerit legere, *nobis*, non *nouis*, quod est stultum. Vt vero maxime Accur. atque etiam Azo patefaciendæ veritatis multum operis attulerunt, hic esset mihi in commendatione maxima qui veram posset huius l. speciem repræsentare. Species hæc est: quidam mihi credidit centum aureos, & stipulatus est vsuras: alioqui non debentur. ego in sortem, & in vsuras, vt agitur plerumque, & si nihil dicatur, actum intelligitur semper, *l. si necessarias § vlt. inf de pign. act.* ego, inquam, in sortem & in vsuras fundum meum creditori obligaui. eius fundi possessionem me inuito, vel ignorante Titius nactus est. & deinde eum fundum vendidit Sempronio: emit igitur eum fundum Sempronius à non domino. emit enim à creditore meo distrahente suo iure pignus. Sed & ab alio non domino: & ita tertio loco speciem posuit Accur. recte. duæ priores positiones Acc. circumscribendæ sunt, aut se per se satis circumscribunt, sed nondum est aperta species: emit ergo Sempronius meum fundum, quem pignori obligaueram creditori meo in sortem & in vsuras, & emit non à creditore, non à me, sed à non domino. post hæc creditor egit aduersus Sempronium, actione hypothecaria persequitur suum pignus. Sempronius vt retineat fundum, mauult ei soluere æstimationem litis, id est, sortem quam ego ei debeo cum vsuris: atque ita Sempronius fundum liberauit pignore & sibi retinuit. me etiam liberauit, cum soluit pro me quod debebam creditori omne, id est sortem & vsuras. ego deinde fundum meum vindico a Sempronio quasi dominus. opponit mihi exceptionem doli. per hanc exceptionem non potest seruare pretium quo emit fundum, quia dominus semper vindicat rem suam ab eo qui emit à non domino, etiam non reddito pretio, sed regrediatur qui incautius emit ad auctorem suum, ad venditorem, *l. 3. l. si mancipium, C. de rei vind. l. 2. C. de furt.* Igitur, hic emptor vindicans fundum, per exceptionem doli non seruabit prêtium quo emit fundum à non domino, sed poterit per exceptionem doli seruare pecuniam, id est, sortem cum vsuris, quam soluit creditori meo, quia eam soluit pro me, aut saltem euentu res vtilitasque mea est, quia fundum repignerauit, liberauit, reluit, qui nexus erat creditori meo. me etiam liberauit actione in personam. ergo per exceptionem doli pretium non seruabit, quod numerauit non domino fundum meum vendenti, sed pecuniam, id est sortem, & vsuras quas sol-

A uit pro me meo creditori fundi liberandi causa, *l. si creditor, inf. de pign. act. l. 2. inf. quib. mod. pig. vel hyp solu.* seruabit etiam vsuras medij temporis, id est, à tempore quo soluit creditori meo, ad tempus rei vindicationis: quæ quidem vsuræ præstandæ fuissent creditori, si non fuisset ei soluta pecunia: quia creditum erat fœneratitium. quæ præstandæ fuissent creditori, præstabuntur liberatori pignoris. ergo reputabit emptor idemque liberator fundi mei non tantum vsuras præteritas quas pro me creditori meo soluit, sed etiam vsuras nouas, & præsentes, quæ à tempore liberati fundi currere cœperunt. ex quo intelligitur plane quæ sunt vsuræ nouæ. dicuntur vsuræ nouæ ad differentiam præteritarum, quæ creditori sunt persolutæ, & nouæ sunt quæ nunc debentur emptori, quæ post solutionem pi- B gnoris currere cœperunt, nondum persolutæ sunt. sed tamen est aliqua differentia inter has, & illas vsuras, in qua consistit tota subtilitas huius legis: nam vsuras nouas me vindicante fundum emptor non potest deducere retento fundo, videlicet si tantum percepit ex fructibus fundi medio tempore, quantum est in vsuris medii temporis: nam compensare debet fructus cum vsuris. quod si plus sit in vsuris medij temporis quam in fructibus medij temporis, superfluum tamen vsurarum, id est, quod excedit quantitatem fructuum: concurrens enim quantitas compensatur cum fructibus, potest deducere posita exceptione doli mali, id est, non restituet mihi fundum quem vindicaui, nisi superfluum ei reddiderim. superflui igitur tantum deductio est concurrentis quantitatis compensatio, non deductio, non retentio fundi eo nomine: vsuras tamen per- C ceptas quas solui creditori meo, simul & sortem omnimodo deducit retento fundo, etiamsi tantumdem perceperit in fructibus: nec enim fructus compensatur cum eis vsuris, quæ iam emptori fiunt sortis cuiusdam vice, nec cum sorte soluta creditori. vnde ita definiendum est: fundum eum mihi vindicanti restituere non debere nisi sortem & vsuras præteritas, quas solui creditori meo. præteritas vsuras in integrum, id est, in solidum: & superfluum vsurarum nouarum, id est, id quod superest compensatis fructibus, à me receperit, & hæc est definitio *l. emptor.* dicam iterum: emptor à quo vindicaui fundum meum, non cogitur restituere, nisi soluerit sortem & vsuras præteritas, & vsurarum nouarum superfluum tantum: nam quod vsura noua currit, cum quantitate fructuum compensatur. & hoc est, D quod Papinianus ait seruari in vsuris nouis, exemplo sumptuum in prædium factorum, id est, exemplo eorum quæ idem Papinianus eodem libro dicit in *l. sumptus*, quæ ea ratione ad hanc coniungenda est: nam sumptus vtiles quos possessor fecit in rem alienam, compensat cum fructibus perceptis, & superfluum tantum sumptuum deducit, id est, seruat sibi per retentionem fundi, posita exceptione doli mali, vel officio iudicis: & hæc lex *emptor* & *l. sumptus*, quæ coniungendæ sunt, loquuntur palam de fructib. perceptis ante litem contestatam vt in Florent. recte vbique scriptum est: nam pessime Haloander legit, *à lite contestata.* id est, post lit. contestatam. Imo longe contra: nam ante litem contestatam legendum, vt in *l. sumptus.* Restat quæstio illa, cur loquatur tantum vtraque l. de fructibus perceptis ante litem, id est, cum fructibus E perceptis ante litem, vsuras nouas compensari, item sumptus à possessore factos compensari; an non idem statuendum in fructibus perceptis post litem contest. sic sane inquit Accur. & verum est. Sed magis dubitatur de fructibus perceptis ante litem, nec explicat rationem dubitationis, quæ est huiusmodi. fructus percepti ante litem contest. non veniunt in rei vindic. nisi nominatim petantur, repetita, non videntur & ipsi petiti: & ideo dubitabatur, licet non veniant in actionem, an compensari tamen possint aut debeant cum vsuris, vel cum sumptibus de quibus agit possessor; & respondetur compensari. Non veniunt igitur vsuræ, sed non ideo minus etiam non compensantur: post litem contest. percepti procul dubio veniunt officio iudicis: & ideo certum est & hos compensari. at hoc etiam

annotandum est, vbi emptor in specie proposita soluit creditori sortem cum vsuris, quæ iam debebantur creditori fundi luendi causa, sortis quidem solutæ vsuras ab eo tempore quo soluit, eum emptorem recte à domino desiderare, id est, vel compensare eas, vel deducere ab eo tempore quo soluit, sed vsurarum solutarũ creditori vsuras eum recte non desiderare, quia & hæ non fuissent præstandæ creditori, quia vsuræ vsurarum vetitæ sunt, vetitus est ἀνατοκισμὸς. *l. si non sortem §. supra duplum, inf. de cond. indeb.* & prætera non potest dicere emptor sibi totius pecuniæ solutæ, id est, sortis cum vsuris, quasi ex negotio domini gesto ob moram, vsuras deberi, vt fit in bonæ fidei iudiciis, quale est iudicium negot. gestorum, quibus vsuræ veniunt ex mora: non potest, inquam, emptor hac actione vsurarum quas soluit, vsuras desiderare, quia non tam habuit animum gerendi negotij alieni, quàm sui, puta vt fundum retineret sibi. maluit præstare æstimationem litis quam fundum restituere: & ideo consequetur tantum vsuras sortis solutæ, quæ cucurrerunt ab eo tempore quo soluit non etiam vsuras vsurarum solutarum, vsque ad tempus quo agitur in rem. Huius rei argumentum præbet *l. secus, C. de pign. & l. 12. §. sciendum, inf. qui pot. in pig. hab.* Cætera erunt facilia: subiicitur in hac eadem l. hæc species: ac prius sciendum est multum interesse vtrum filiæ aliquid detur in dotem, an in peculium: nam filiæfam. possunt peculium & dotem habere. sed inter has duas causas multum interest: nam si quid filiæ dedero in dotem, res ea fit proprie filiæ, etiam si maneat in mea potestate: nam non potero vnquam dotem ei auferre, aut minuere, nec potero soluto matrimonio de ea dote restituenda experiri non adhibita filia, cuius est facta. possunt qui sunt in potestate habere propria quædam bona, vt castrensia, & quasi, & mulieres dotem profectam à patre. Igitur si dedero aliquid filiæ in dotem, res est propria filiæ, & me mortuo filia eam rem vindicabit aut repetet soluto matrimonio, licet sit exheredata. exheredatio non eripit omnia: ius sepulchrorum, libertates assignatas, lucra nuptialia, casum militiæ, non eripit dotem. Et hoc postremum probat *l. vn. §. videamus, C. de rei vx. act.* ergo licet sit exheredata, vindicabit dotem suam filia, non heres patris. Sed si quid ei sit datum in peculium, mortuo patre, quia finitur peculium & extinguitur, si exheredata sit, etsi peculium ei legatum non sit, ipsa non poterit vindicare peculium, sed heres patris vindicabit: at finge nunc speciem hoc modo: pater filiam exheredauit, & vel modicum, vel nihil ei legauit, peculium ei non legauit nominatim, cum dedisset ei ante peculium, & dotem, sed dixit filiam exheredando, vel adiecit hanc rationem, id est, hoc elogium, sufficiat tibi dos aut peculium quod dedi, hoc modo, filia mea exheres esto, contenta esto dote aut peculio quod habes. hoc casu an poterunt heredes vindicare peculium? sic sane, sed repellentur exceptione doli, qua tuebitur filia se voluntate defuncti, qui plane voluit etiamsi non legauit expressim peculium, vt peculium remaneret apud filiam exheredatam: exheredauit enim eam hac ratione: ergo non debet ei auferri peculium, & vindicanti heredi obstabit exceptio doli mali. Legatum non valet ex nuda & tacita voluntate, & hoc distat à fideicommisso: nam fideicommissum constituit nuda voluntas & tacita coniectura voluntatis. legatum non item, quia ex rigore iuris proficiscuntur. sed vbique coniectura voluntatis, siue nuda voluntas parit exceptionem, non actionem legati, qua exceptione qui possidet rem, eius rei defensionem sibi parare debet, sicut pactum nudum actionem non parit, sed exceptionem tantum. & eadem est ratio in specie *l. vlt. § auus, de dol. exc.* quidam legauit nepotibus singulis centena, alio herede scripto, & adiecit: ignoscite mihi si non plus relinquo vobis, potueram vobis amplius relinquere, nisi pater vester me male excepisset, qui quod mihi debebat nunquam voluit soluere: à quo nunquam potui recipere quindecim millia quæ mihi debebat, & mortuus est. post mortem eius heres legata soluit nepotibus, sed postea petiit 16.

A illa mutua quæ pater debebat defuncto. lex ait eum repellendum except. doli mali: quia videtur testator remisisse eis legatum, & eius pecuniæ liberationem, cum diceret, ignoscite mihi si non plus relinquo.

Ad L. LXVI.

Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire à nobis dominium speratur, si conditio legati, vel libertatis exstiterit.

IN l. 66. hoc proponitur: statuliber, id est, cui libertas est relicta sub conditione, qui est interim heredis: res sub conditione legata interim est heredis, sed dominium
B abire speratur ab herede, si existat conditio libertatis. an ideo minus idem heres vindicabit rem? minime. idem demonstratum est in *l. 41. sup.* si emptus fundus addictus sit in diem, dominium abire speratur ab eo, meliore allata conditione, & tamen interim rem emptam vindicat.

Ad Leg. LXVII.

A tutore pupilli domum mercatus, ad eius refectionem fabrum induxit. is pecuniam inuenit, quæritur, ad quem pertineat. Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo ad quem pertinebat, non ablata: nihilominus eius eam esse, cuius fuerat.

C LEx 67. est de thesauro. hoc certum est, thesaurum inuentum in alieno diuidi inter inuentorem & dominum, thesaurum inuentum in proprio fundo totum esse domini, qui hunc inuenit, thesaurum inuentum in communi fundo esse communem, *l. 22. inf. fam. ercisc.* secundum quam definitionem iuris, si ego fundum vendidero, & tradidero, nam hoc exigitur, & mox emptor in eo fundo inueneri thesaurum, thesaurus fit emptoris, nec quicquam desiderare potest venditor. nec mouere nos debet quod si scisset fundo suo reconditum thesaurum, non vendidisset aut eo pluris: nam quod fortuna affert, & virgula diuina, id inuentoris fit. Thesaurus est fortunæ donum, *l. si is cui, inf. de acq. rer. dom.* dei beneficium, *l. 1. C. de thesaur.* erit igitur thesaurus emptoris. non est dicendum vt iudicauit Philostratus meliori viro thesaurum esse adiudicandum. vt res
D mea, est mea in infinitum, sic infixa, est mea in infinitum, quicquid reconditur meum est, quicquid supra extat, meũ est vsque ad cœlum. ergo thesaurus erit emptoris. Non est etiam dicendum thesaurum esse diuidendum inter emptorem & venditorem: nam hoc est ἠλίθιον, id est, stultum. Philostratus ait esse ἄγροικον. Accur. rusticum, *l. Nesennius, sup. de neg. gest.* quod rustici in re perplexa soleant partiri litem, siue bene, siue male, non curant, quod est ἠλίθιον, ἄγροικον. sed si non fuerit thesaurus, aliud sequemur: nam quid vocas thesaurum? pecuniam cuius dominus ignoratur, *l. nunquam, de acq. rer. dom. Boetius: thesaurus est pecunia terra aut pariete recondita, cuius non extat memoria, & dominus est incertus,* & breuius Græci, ἀμνημόνευτος τῶν χρημάτων ἀπόθεσις. sed si eius pecuniæ sit certus dominus, quamuis terra effossa sit, redit ad suum dominum, si quis doceat se scisse illam
E pecuniam, vel se illam eo loco recondidisse, vel inscio eius loci domino. non ita dudum priusquam venderet; non fiet pecunia emptoris, non fiet domini loci, sed eius manebit cuius fuerat.

Ad L. LXVIII.

Qui restituere iussus, iudici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur, & fructuum dumtaxat, omnisque causæ nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit; is, quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione in infinitum iurauerit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fe-

eit, quo minus possit; non pluris, quam quanti res, id est, quanti aduersarij interfuit condemnandus est. Hæc sententia generalis est, & ad omnia, siue interdicta, siue actiones in rem, siue in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.

Hvius actionis duæ sunt clausulæ; clausulas vocat de hac ipsa actione loquens Asconius in Prætura Siciliensi. vna est de restitutione rei, altera de litis æstimatione seu condemnatione. posterior est condemnatoria, prior non est proprie condemnatoria: & ob id hæc actio, quæ, vt dixi, duas clausulas habet, arbitraria est actio: nam arbitraria actio est quæ duas habet clausulas, vnam de restitutione, vel traditione, vel solutione, vel exhibitione, vel deditione: alteram de litis æstimatione. quarum priori si pareat aduersarius, posteriore absoluitur: si non paret priori, ex posteriore plerumque condemnatur. huius generis est rei vindicatio. ergo arbitraria est actio, & huius generis esse hanc actionem hæc lex demonstrat plenissime. cuius etiam generis constat esse Publicianam actionem, & actionem ad exhibendum, quæ huius actionis præparatoria est, & actionem Seruianam, & quasi Seruianam, & actionem quod metus causa, & actionem de dolo: hæ enim actiones constant ex duabus clausulis seu partibus. est etiam huius generis actio illa, quæ nomen commune suum fecit, id est, quæ dicitur specialiter arbitraria, quæ est actio ex stipulatu, cum quis promisit dare certo loco: nam si alio loco agatur, æstimanda est vtilitas eius loci, quo dari debuit, nec dedit: & hæc actio ex stipulatu, in qua venit æstimatio loci, quo dari debuit, dicitur specialiter actio arbitraria, quæ etiam duas clausulas admittit, *l. quod si Ephesi* § *1. de eo quod cer. lo.* eiusdem generis est actio rerum amotarum, *l. sed cum dos* § *1. rer amot.* & actio finium regundorum, *l. 4.* §. *sed & si quis inf. fin reg.* & §. *vlt. Inst. de offic. iud.* & pleræque aliæ sunt vel in rem, vel in personam, & actiones noxales omnes sunt arbitrariæ, quod plerique nolunt concedere: sed est verum. Sic interdicta noxalia omnia sunt arbitraria, quia duas clausulas habent, vna est de deditione, vt seruus dedatur in noxam. quæ quidem deditio quamuis manet ex 12. tab. tamen fit arbitrio iudicis, id est, deditur seruus, non vtcunque, sed vt iudex arbitratus fuerit. Altera clausula est de litis æstimatione. qui priori non obsequitur, obstringitur posteriori. id est, qui non dedit seruum arbitratu iudicis, præstat æstimationem litis, damni, noxæ, § *præterea, Inst. de action. l. vlt. inf. de interd.* quamobrem, vt hoc vtamur exemplo, actio quidem vi bonorum raptorum, quamuis non sit arbitraria, propterea quod vnam tantum clausulam habet de condemnatione in quadruplum, quam iudex semper debet exequi, etiam si reus paratus sit rem, quam rapuit, restituere, rei restitutio non liberat eum à pœna. ergo non liberat hac actione, quæ pœnalis est, quæque vnam tantum clausulam continet in quadruplum, siue restituat rem, siue non: cum tamen restituit rem, & accepit actor, damnatur tantum in triplum, quoniam est actio mixta: nam in quadruplo inest res. Re igitur recuperata actori non superest actio nisi in triplum, ne bis idem consequatur. noxalis tamen actio vi bonorum raptorum est arbitraria. simpliciter non est arbitraria, sed cum adiectione hac, noxalis actio vi bonor. raptor. est arbitraria, quia dominus cum quo agitur actione vi bonor. raptor. puta quod seruus eius alteri rapuerit aliquid, si seruum dedat, arbitrio iudicis euitat æstimationem quadrupli & litis æstimationem. Sic verum est, omnes actiones noxales indistincte esse arbitrarias. sic etiam interdicta noxalia, sic etiam interdicta exhibitoria & restitutoria, quod omittunt qui tractant de arbitrariis actionibus, vt interdictum quod vi aut clam, quod etiam habet duas clausulas, vt declarat *l. semper* §. *in hoc, vsque ad finem l. inf. quod vi aut clam,* & interdictum de precario, *l. 8.* §. *ex hoc, inf. de precar.* & interdictum vnde vi, *l. 1.* §. *non solum, inf. vnde vi,* si modo legatur. *aut eorum,* vt Florent, non *eorum autem,* vt vulgo male; hæc etiam interdicta sunt arbitraria, quia duabus clausulis constant positis in arbitrio iudicis. & sane ideo rectissime in fine huius l. dicitur, sententiam generalem huius legis, quæ proponitur initio, & quæ exprimit vim, potestatem, ordinem rei vindicationis, & duas clausulas, quib. constat hoc iudicium, hanc, inquam, generalem sententiam locum habere etiam in similibus actionibus, vel etiam interdictis. Ergo vt actiones quædam sunt arbitrariæ, sic & interdicta pleraque, vt docui. Item actiones aut sunt bonæ fidei, aut strictæ, aut arbitrariæ. interdicta aut sunt stricta, aut arbitraria, nulla bonę fidei, & sic etiam tres ll. quę sequuntur quę sunt eadem de re, & pertinent proprie secundum inscriptiones ad interdicta, quia in libris vnde sumptę sunt, auctores tractarunt de interdictis. Sic igitur & actiones & interdicta quędam sunt arbitraria quę constant duabus illis clausulis. Dixi eum qui non paret priori clausulę, plerumque damnari ex posteriore, quia scilicet nonnunquam absoluitur posteriore, etiamsi non pareat priori, vt in hac specie. actio quod metus causa est arbitraria. datur hęc actio non tantum in eum qui metu rem extorsit, sed etiam in eum qui rem metu extortam ab alio ipse habet & possidet, quamuis ipse metum non intulerit, quia est in rem scripta, id est, datur aduersus quemlibet possessorem generaliter, nec scribitur in personam, id est, non notat personam vllam, puta non agitur hoc modo: *quod metum feceris,* sed hoc modo: *quod metus causa mihi extortum est, & tu habes, id te mihi dare siue restituere oportet.* Finge igitur agi quod metus causa aduersus eum qui habet rem metu extortam ab alio: is iubebitur id restituere ex priori clausula, & si non restituerit, id est, non paruerit priori clausulę, condemnabitur in quadruplum ex posteriori clausula, videlicet si rem habeat, & pertinaciter contendat se non debere eam restituere: vel etiam si eam rem dolo desierit possidere, aut si eius culpa res interierit. Sed si sine eius culpa res interierit, vel dolo, qui metum ipse non fecit, nec habet rem, nec parebit priori clausulę quia res interiit sine eius dolo & culpa, nec damnabitur ex posteriore, *l. item si cum* §. *aliquando, sup. quod met. cau.* quod plane declarat, vtramque clausulam esse positam in arbitrio iudicis. sed prior clausula dicitur proprie arbitrium, posterior iudicium: priore arbitratur iudex, posteriore iudicat: qua rationem & priorem clausulam exequitur plane, sed ea contempta ab aduersario, transit ad alteram, & hanc alteram exequitur semper. durior est voluntas eius qui dicit se iudicare, quam eius qui dicit se arbitrari rem restituendam esse actori. durior voluntas iudicis exequenda est semper, non arbitrium quodlibet. qui iudicat, condemnat vel absoluit; qui arbitratur, neque iudicat neque condemnat: Nam ita dicit, arbitror rem actori esse restituendam, & quodammodo iubet vt restituas. tu si non parueris dicto, animaduersa contumacia tua, vel dolo iudex litem ęstimabit, & condemnabit te pro potestate sua; & eam condemnationem exequitur omnimodo. cęterę autem actiones siue bonę fidei, siue strictę, quę non sunt arbitrarię, vnam tantum clausulam habent de condemnatione, non priorem illam, de restitutione: & in eis actionib. etiam parato reo rem restituere, si ea restitutio non expleat desiderium actoris, potest enim actori quęlibet vel modica satisfactio satis esse: sed si non satisfaciat restitutio illa, nihilominus sequetur condemnatio in omnem casum, & litem, & accessiones omnes. Sed in actionibus arbitrariis reo parato restituere rem de qua agitur, non proceditur ad condemnationem. Ergo ad hunc modum, quia iam satis perspicimus naturam actionum arbitrariarum, in rei vindicatione iubet primum iudex rem restitui oportere, cui iusso, pręcepto, arbitrio si non pareat aduersarius: ita docet hęc lex distinguendum esse: aut aduersarius quem iubet iudex rem restituere ex priori clausula eam rem habet, aut non. si rem habet, vel iudex eam aufert manu militari, iudex etiam datus siue delegatus, quia iudex datus vtitur eius qui dedit apparitoribus & militibus, ipse nullos habet, *Nou. de testibus, Nou. de duobus reis.* vel ergo iudex ab eo qui rem habet, rem aufert per manum militarem, & faciet

tantum condemnationem fructuum nomine, & cæterarum vtilitatum nomine: vel etiam, quod hic omittitur, iudex re non ablata deferet actori iurisiurandum in litem, & tanti reum condemnabit quanti actor in litem iurauerit, *l. eius 3. hoc tit. l. 5. §. item Iulianus, inf. ad exhib. l. 2. inf. de in lit. iur.* quia iureiurando in litem punitur non tantum dolus aduersarij, id est, si dolo desierit rem possidere, sed etiam contumacia, id est, si rem, quam possidet, nolit restituere. Ergo cum rem habet & possidet, liberum est iudici vel damnare eum quanti actor rem æstimauerit, vel auferre rem manu militari, & cæterarum vtilitatum condemnationem facere. Si vero rem non habet, ita distinguimus: aut dolo desiit eam rem possidere, aut culpa. si dolo desiit eam rem possidere, & ob id non possit parere arbitrio, id est, priori clausulæ, iudex debet eum tanti damnare quanti actor rem suam æstimauerit, & etiam, vt ait, quanti sine vlla taxatione in infinitum iurauerit. Debet igitur eum condemnare in eam pecuniam quanti rem suum quæ non restituitur, se æstimare actor iurauerit, etiamsi sit pretium immensum, iniquum, immodicum, falsum. Ergo ait, *quantum sine vlla taxatione in infinitum iurauerit*, id est, etiamsi iudex non præfinierit ei certam summam ad quam vsque iuraret. potest quidem iudex ei præfinire certam summam, *iura tanti rem esse*, potest modum iuriiurando iniicere, iusiurandum refrænare, *l. 4. §. iurare, l. in actionib. inf. de in lit. 8. §. praeterea, inf. ad exhib.* atque ita quotidie obseruatur, vt declarant formulæ vulgares sententiarum: *nous l'auons condamné & condamnons à rendre lesdits biens qui sont en nature, où à l'estimation & valeur d'iceux, en laquelle ledit demandeur sera creu à son serment, taxation prealablement faite.* Sic igitur solet iudex iuriiurando modum præfinire, taxationem sequitur iusiurandum, iusiurandum sequitur condemnatio: sed etiamsi iudex non præfinierit certum modum, & pro animi sui arbitrio & libidine actor iurauerit in immensum, sine vlla taxatione iudicis, iusiurandum valet: sed postquam iuratum est, licebit iudici iusiurandum moderari, *d. l. in actionibus*, quia hoc iusiurandum iudex defert. cuius est deferre iusiurandum, eius est moderari. Nam etsi valeat iusiurandum, licet rem actor æstimauerit immodico pretio, non ideo tamen vetamur ei modum adiicere. duo primum huic iuriiurando modum iniiciunt. primum religio ipsa præsumitur satis modum iniicere, qua de causa non æstimat rem suam sine iureiurando: denique religio actoris modum præsumitur iniicere, vel si modum non seruarit, eum iniicit religio iudicis. Sed tamen hac via plerumque æstimantur res pretio immodico aut iniquo. varia sunt pretiorum genera: alia sunt quibus res communiter æstimantur, quæ sunt pretia vera & iusta. alia sunt quæ quisque statuit & indicat pro sua animi affectione. quod communiter est tanti, priuatim mihi est pluris forsitan: huius pretij ratio habetur propter dolum, aut contumaciam aduersarij, ita vt liceat petitori iurato rem æstimare, iniquo pretio, id est, non vero. & vt hoc ei liceat æquum est: eam cum cogatur rem suam vendere propter dolum aut contumaciam rei qui non restituit rem, æquum est vt non cogatur eam vendere æquo & iusto pretio, sed si quo possit maiori, *l. non enim, inf. rer. amot. non est aequum*, inquit, *inuitum rem suam suo pretio vendere*, id est, iusto & æquo. postquam cogor vendere, vendam meo pretio, non vere, non iusto. & hoc est quod dicitur in *l. 70.* cum docuissent auctores, tripliciter puniri dolum possessoris: sed vnum tantum genus pœnæ exposuimus, (id est, vt reus damnetur quantum actor in litem iurauerit alia genera non explicabimus) cum ergo dolum tripliciter puniri docuisset, subiicit in *l. 70.* Pomponius, *ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab inuito domino rem iusto pretio comparare.* Florent. habent *iusto.* vulgo omnes, *iniusto*, quod vexauit Acur. & est ratio eorum quæ dicta sunt supra, maxime in *l. qui restituere:* Cur enim damnatur possessor quanti actor rem æstimauerit? iuratus æstimat plerunque iniusto pretio, quia æquum est, ne per rapinam, per dolum & contumaciam possesso-

A ris cogatur dominus inuitus rem suam vendere, & contentus esse vero & iusto pretio, sed liceat ei facere iniustum pretium, cum inuitus vendat. Sed si culpa actor desierit rem possidere, tunc ex posteriori clausula cum non possit obsequi priori possessione amissa, non damnabitur quanti actor in litem iurauerit, sed in verum pretium, id est, quanti res fuerit re vera: mitius punitur & damnatur qui culpa amisit rei possessionem, quam qui dolo, sicut & dolus eius qui amisit possessionem præter iusiurandum in litem ita coërcetur, vt non cogatur ei actor cedere actionem suam, id est, rei vindicationem directam rei persequendæ gratia, cuius possessionem amisit, & tertio, vt non habeat etiam is qui dolo desiit possidere, & ob id sustulit litis æstimationem, id est, passus est litis æstimationem, vt ipse

B etiam non possit actione Publiciana rem persequi, quib. generib. non plectitur culpa, vt significat *69. & 70.* & exposui etiam in *l. 19. l. 21. 36 & 62. sup.* ergo dolus tantum punitur illis tribus modis, vt æstimetur res iureiurando actoris, vt damnetur, non cedatur directa vindicatio, vt non detur Publiciana: sed *l. 71.* excipit vnum casum, nisi actor contentus sit vero pretio. dolus possessoris coërcetur & punitur quanti actor in litem iurauerit: sed si nolit iurare, si contentus est vero pretio, mos ei gerendus est: nam sunt plerique qui nolunt se deuouere, & iurare metu diuini numinis, *l. 8. de condit. instit.* Si igitur ipse actor nolit pretium rei facere, iudex damnabit possessorem, etiamsi dolo fecerit, in verum pretium; qui culpa autem desiit possidere, semper damnatur in verum pretium, & cedenda est ei actio, vel etiam sine cessione danda Publiciana rei

C & possessionis amissæ recuperandæ causa.

Ad L. LXXII. Si à Titio.

L. 72. Si à Titio fundum emeris Sempronij, & tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, & eundem alij vendiderit, & tradiderit: aequius est, vt tu potior sis: Nam & si ipse venditor eam rem à te peteret, exceptione eum summoueres. Sed & si ipse possideret, & tu peteres, aduersus exceptionem, dominij replicatione vtereris.

HAbuimus vnum casum in *l. 62. sup.* quo agenti Publiciana aduersus possessorem eundemque dominum rei non obstat exceptio iusti dominij. alius casus pro-

D ponitur in *l. 72.* qui est talis. Titius rem meam tibi vendidit & tradidit. deinde Titius heres mihi extitit, & adiuit hereditatem meam, & ita aditione factus est dominus eius rei, & post aditionem rursus eam rem alij vendidit & tradidit: quæritur quis sit potior in ea re obtinenda, prior amptor, an posterior cui tradita est res. & constat eum esse potiorem cui priori tradita res est, *l. quoties, de rei vind.* licet ei tradita sit eo tempore, quo venditor non erat dominus eius rei, quia scilicet vnus idemque est homo qui tradidit & tibi & alij. secus esset si tu emisses à Titio non domino, alius à me domino: nam hic qui à me emit, licet posterior sit, potior erit, quia à domino accepit, tu à non domino accepisti, *l si ea res §. vlt. inf. de action. empt.* at si vnus idemque homo, cum non esset dominus, tibi eam rem vendiderit & tradiderit, & deinde cum esset dominus eandem rem

E alij vendiderit, tu omnimodo eris posteriori anteponendus: quia etiamsi venditor hic qui nunc factus est rei dominus aditione hereditatis quasi ex noua causa dominij, velit eam rem à te vindicare, tu poteris eum repellere exceptione doli, vel in factum vel exceptione rei venditæ & traditæ, *l. pen. de excep. rei iud. l. apud. §. si à Tit. inf. de doli exc.* quibus locis proponitur eadem species, quæ in hac l. quia his omnibus tribus locis ex Iuliani libris sumpta est hæc species. Item quia si tu cui priori res tradita est, amiseris possessionem rei, & forte ea possessio peruenerit ad venditorem, recte ages aduersus eum actione Publiciana: & si is opponat exceptionem iusti dominij, quod scilicet postea acquisiuit aditione hereditatis, tu repelles eum replicatione doli, vel in factum, vel etiam exceptione rei venditæ &

traditæ, atque ita elides exceptionem dominij. hoc igitur casu Publicianæ actioni non officit exceptio dominij. & hoc ita verum est, si modo tu pretium solueris vęditori, aut ei satisfeceris pretij nomine; nam satisfactio pro solutione est. alioquin venditori, cui non est solutum pretium, est retentio rei veluti pignoris loco, *l. Iulianus §. offerri, inf. de action. emp. l. 6. inf. de do. præl.* & ideo vt possis exceptionem dominij eludere replicatione rei venditæ & traditæ, & ita infirmare intentionem & exceptionem venditoris, & auctoris tui, necesse est vt rei pretium adnumeraueris, & ob id etiam in hac l. ponitur pretium fuisse solutum, ob id inquam tantum, non etiam vt competat Publiciana, necessarium fuit solutum fuisse pretium, *l. de pretio, tit. seq.* ergo in hac specie, posteriori emptori tradita intelligitur res, quę iam fuerat priori ab alienata, quanquam re vera priori traditione non fuit alienata, quia tum non erat dominus rei, cũ tradidit priori. & certe non fuit dominus prior emptor, nisi vsuceperit. ei necessaria est vsucapio. sed tamen siue agat rei vindicatione prior emptor aduersus emptorem, qui eam rem possideat, siue inter se agant prior emptor & posterior, semper prioris conditio melior erit, licet re vera non sit dominus ipse, sed posterior, quia cum tradidit posteriori, erat dominus rei. Ceterum æquitas exigit vt non verum dominum habeamus pro domino, & vt eum qui non est dominus verus, tueamur quasi dominum.

Ad L. LXXIII. In speciali.

L. 73. In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte eius sit: hoc enim petitoris munus est, non possessoris. quod & in Publiciana obseruatur.

1. §. Superficiario.

Ad Leg. LXXIV.

Id est, qui in alieno solo superficiem ita habet, vt certam pensionem præstet.

Ait, speciali actione in rem, & in Publiciana, quæ est etiam specialis, possessorem non cogi dicere pro qua parte eius sit. non cogi igitur dicere pro qua parte contendat rem suam esse, non cogi dicere titulum suæ possessionis. & recte ait, *in speciali actione:* nam aliud est in vniuersali, id est, in petitione hereditatis, *l. cogi, C de pet. hered.* vt explicaui *sup.* in *l. officium, & l. qui petitorio.* hoc non est munus possessoris in speciali actione, vt doceat titulum suæ possessionis, sed hæ partes sunt petitoris, vt dicat doceatve sui dominii, & iuris titulum & causam. eo non docente, possessor absoluitur, excepto vno casu, qui proponitur in *l. vlt h tit* quo quidem etiamsi petitor non probauerit rem suam esse, possessio rei in eum transfertur, si modo probauerit aduersarium possidere rem, quam mentitus fuerat se non possidere. hęc est pœna mendacii, vt possessio transferatur in actorem, licet non impleuerit probationes dominii, modo conuicerit mandacium rei. & ita etiam plerisque aliis casibus pœnæ causa tantum possessio transfertur in aduersarium, *l. de bonis §. vlt. de Carb. ed. l. 11. §. vlt. de collat bonor l. postquam §. imperator, vt legat. non cau. l. 1. C. vti pos. & Nou. 18. §. vlt.* Sequitur in hac eadem *l. superficiario:* nam verbum illud est huius l. dare Prætorem actionem in rem causa cognita ex edicto de superficiebus, quod proponitur in titulo *de superficiebus:* directa & ciuili vindicatione vindicamus ea quæ nostri patrimonii, siue dominii sunt, vtili & prætoria vindicatione vindicamus superficiaria, vectigalia, id est, prædia vectigalia, siue emphyteuticaria, & ea quæ bona fide possidemus. Ad summam, duplex est vindicatio, ciuilis & Prætoria, vel quod idem est, directa, & vtilis: prætoria est triplex. superficiaria, vectigalis, Publiciana, & inseritur hoc loco ex Paulo definitio superficiarii, vt superficiarius sit, qui in alieno superficiem ita habet, vt pensionem præstet quotannis, certam scilicet, quę pensio appellatur solarium in libris nostris, quod præstetur pro solo, vt apud Iustinum *l. 1. statuto*

A *anno vectigali pro solo vrbis.* Si quis igitur quæsierit quid sit superficiarius, non dixeris eum, qui in alieno solo ædificauit: hoc enim non est satis: quid enim si ædificauit inuito aut ignorante domino soli? hic non est superficiarius, hic nullum ius habet in superficie, nullam habet aduersus dominum rem vindicantem exceptionem, nisi ratione sumptuum, cum dominus non patitur eum tollere ædificium, vt in *l. in fundo, sup. hoc t* igitur dominus rei vindicat ædificium, quia ædificium cedit solo semper, hoc est naturale, vt superficies cedat solo, *l qui domum, inf. ad l. Aquil. l. vlt. inf. de superfic.* & ideo dominus ei rem auferet sine metu exceptionis, & eum expellet tam solo quam superficie. & ita apud Liuium 39. cum Galli Alpes transgressi loca inculta per solitudines Italiæ, & ita sine vllius iniuria occu-

B passent, & oppidum ædificare cœpissent, Senatus respondit, non recte eos fecisse, qui in alieno solo ędificare conati essent sine permissu Romani magistratus, & exire eos atque reuerti in patrium solum iussit, quod quidem iussisset inique, si sola ædificii impositione facti essent superficiarii. Superficiarium igitur ita definiamus: *superficiarius est, qui in alieno solo ædificauit, quod quidem à domino conduxerit:* ergo à volente ea lege vt ædificaret & haberet ædificium in perpetuum vel ad tempus non modicum, sub certa pensione annua: quo genere contractus hodie vtimur frequenter. Hic est plusquam conductor, quia conductio ius nullum tribuit in re. hæc conuentio ius tribuit in superficie, ius quod dicitur superficiarium & ἐμβατευτικόν, seu ἐμβατικόν, *l. 3. § si is, inf. de reb. eor. qui sub tut. vel cu. sunt si decr.* quod

C ἐμβατεύειν, sit frui ædificio alieno, & ob id etiam dominum vindicare superficiem: potest enim vindicare superficiem iure ciuili & naturali, cum cesserit solo, nec soli dominium mutatum sit: sed aduersus dominum vindicantem superficiarius defendet se exceptione in factum, *l. 1. § plane, inf. de superfic.* & ideo sicut proprio quodam iure à conductore separato, siue propria quadam lege conductionis, vt superficiarius censetur: ita etiam proprio nomine censetur & vocatur superficiarius, non conductor, & datur ei non actio ex conducto, quia conductio egreditur fines conductionis vulgaris, sed datur ei actio superficiaria, quæ est vtilis in rem, & interdictum de superficiebus, sicut etiam emphyteuticario: hæc enim est eius definitio certa, id est, ei qui conduxit solum à domino ea lege vt eum excolat, aret, conserat, implantet, *qui le mette en nature,* cum sit forte so-

D lum squalidum & incultum, ei, inquam, qui conduxit solum à domino ea lege vt habeat in perpetuum, vel in tempus non modicum, sub certa pensione annua: sic etiam est plusquam conductor, quia habet ius in re, ius vectigale, quia pensio quæ soluitur quotannis, dicitur vectigal, ideo proprio nomine censetur. Est ergo Emphyteuticarius non conductor, & datur ei propria actio quæ dicitur vectigalis actio. & est vtilis in rem, sicut superficiaria & prætoria, & omnino per similes sunt superficiarius & Emphyteuticarius. superficiarius accipit solum vt superædificet. Emphyteuticarius vt aret, colat, serat, plantet. superficiarius habet ius in superficie, Emphyteuticarius in solo: & ideo superficiarius potest imponere seruitutem in superficie tantum, emphyteuticarius in solo; sed quo ad cætera attinet sunt persimiles, & vtrique datur propria actio vtilis in rem,

E huic superficiaria, illi vectigalis, & vtrique causa cognita: nam prius debet agnoscere prætor quid actum sit inter contrahentes: potest conductio contrahi in perpetuum absque eo quod inferatur vllum ius in re conductori. Igitur videndum est quid actum sit, an vt esset conductio nuda, an vt etiam ius daretur in re conducta, conductori: nam si sit conductio nuda, non dabitur vindicatio neque directa neque vtilis. Item videndum est, an conduxerit tantum ad tempus modicum: nam qui conduxit ad tempus modicum, is habetur pro nudo conductore, non pro superficiario, aut emphyteuticario.

Ad L. LXXV.

Ad L. LXXVI.

L. 76. Quæ de tota re vindicanda dicta sunt, eadem & de parte intelligenda sunt, officioque iudicis continetur, pro modo partis ea quoque restitui iubere, quæ simul cum ipsa parte restitui debent.

EST ex libris ad edictum. edictum de rei vindicatione fuit de tota re quæ vindicatur; ideo monet Caius ad edictum in *h. l.* ea quę de tota re dicta sunt, pertinere etiam ad partem, si pars rei vindicetur: edictum quod est de tota re, coangustari etiam ad partem, partem toto adæquari: & ideo quod in totius rei vindicatione officio iudicis continetur, id etiam continetur in vindicatione partis, vt pro modo partis iubeat iudex restitui, non partem tantum, sed etiam pro modo partis fructus & omnem causam: & vt observet duas clausulas quas dixi in *l. qui restituere*, observari in totius rei vindicatione, id est, vt primum iubeat restitui, deinde condemnet & cogat. *cogere*, ait *l. à quo, sup. h. t.* qui condemnat cogit, qui iubet, arbitratur, rogat. iubeo est verbum precarium non directum, non etiam cogit: plus est cogere, quam iubere, vt est in Comœdia: *Iubeo, imo cogo*, apud Terent. primum iubet restitui, deinde cogit restitui, vel litem æstimat. Subiicitur in h. l. incertæ partis vindicationem dari causa cognita. causa cognita datur vindicatio superficiaria & vectigalis. datur etiam ciuilis vindicatio causa cognita de parte incerta, & hæc verba sunt edicti: incertæ partis vindicatio datur, si iusta causa interuenerit: & ideo ponit mox exemplum iustæ causæ, vt si res legata petatur per vindicationem, quam minuat interueniens lex Falcidia, & incertum sit pro qua parte minuat, interim donec iudex siue arbiter legis Falcidiæ inierit rationem bonorum, & æris alieni, & legatorum, & explicauerit quatenus sit Falcidiæ locus, melius erit legatario dari vindicationem incertæ partis hoc modo: *quantum paret in ea re meum esse iure legati*: melius, inquam, quam legatarium deduci atque in periculum plus petendi: ita causa cognita dabitur vindicatio incertæ partis, *l. 3. §. vlt. & l. 6. sup.* alioquin vt certa debet esse sententia, sic & certa actio, id est, de re certa aut summa certa, & ait, *vix apud iudicem æstimari an sit, aut quatenus sit locus Falcid.* vix, id est, cum difficultate summa & tractu temporis aliquo: & ideo non prohibetur inter moras legatarius incertam partem rei legatæ vindicare, & apud iudicem, id est, apud arbitrum Falcidiæ, qui datur ad ineundam quantitatem bonorum, & æris alieni, & legatorum, vt liqueat de modo Falcidiæ.

Ad L. Quædam, LXXVII.

L. 77. Quædam mulier fundum ita non marito donauit per epistolam, & eundem fundum ab eo conduxit. posse defendi, in rem ei competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur fuisset, cum epistola emitteretur: quæ res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non interuenisset.

SPecies est. mulier quædam extraneo per epistolam donauit fundum, quem is cui donabat, possidebat, & præterea eum fundum ab eo conduxit. certe perfecta est donatio, & dominium translatum est in eum, cui donatum voluit: quia scilicet traditio interuenisse intelligitur. Duo autem sunt argumenta traditionis, primum quia is cui donabat, iam eum fundum possidebat, *§. interdum, Inst. de rer. diuis.* cum ego tibi dono quod possides, iam & tradere videor: atque ita mea voluntas facit te dominum licet factum nullum, id est, nulla traditio corporalis interuenerit: fingitur enim interuenisse, & fictiones in iure pro veritate recipi rerum expediendarum vtilitas desiderat. est & aliud argumentum traditionis, conductio scilicet, quia illa quæ donauit tibi fundum, mox conduxit à te sub

A certa mercede. conductio est species traditionis, sicut retentio vsusfructus, vt si quis donet, nec tradat, sed retineat vsumfructum rei, & constituat se fructuarium, qui ante erat proprietarius, videtur tradidisse, quia retinendo vsumfructum, sicut conducendo, alium possessorem facit, & non ipse possidet iam, sed alius per ipsum, *vlt. in quisquis, C. de donat.* primum quidem ex constitutione Honorij & Theodosij retentio vsusfructus non habebatur pro traditione in donationibus, quæ strictius accipiebantur, sed erat necessaria corporalis traditio, vt videretur perfecta donatio: ægre iura probant donationes, quia & dissolutorum videntur esse hominum: & ideo exigunt multas solemnitates; insinuationem, quam non exigit in aliis contractibus, rerum quæ donabantur olim singularum recensionem: nam donatio omnium bonorum non valebat, nisi quis explicasset & recensuisset singulas res, puta hanc & illam rem: alioqui non valebat: exigebant mancipationem, vel cessionem in iure, vel traditionem naturalem, nec retentio vsusfructus erat pro traditione, sed Impp. hoc mutarunt, *l. pen. & vlt C. Th. de donat.* vt etiam in donationibus & dotibus esset retentio vsusfructus pro traditione, quo iure vtimur vulgo, cum iuris solemnitates æquius & tutius sit contrahi, quam propagari, itaque in venditionibus vt adiectum est in *l. quisquis*, nam in venditionibus retentio vsusfructus est pro traditione, sed non semper pro dominij translatione, quia nec traditio est pro dominij translatione in venditionibus nisi pretio soluto. & ita accipienda est *l. quod vendidi*, quam citat Accurs. *inf. de cont. empt.* nec præterea dicendum, vt Accurs. aliud esse dicendum in donatione, aliud in venditione, quia in vtraque retentio vsusfructus & conductio species est traditionis.

Ad L. LXXVIII. Si eius fundi.

L. 78. Si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti: nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet. Paulus: Immo quæritur, huius fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine perceperit. Perceptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam cœpti ita percipi, vt terra continere se fructus desierint: veluti si oliuæ, vuæ lectæ, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.

RESTAT l. 78. quæ vulgo pessime explicatur & delenda sunt omnia quæ in eam scripsit Accurs. Proponit primum sententiam Labeonis, deinde reprehensionem Pauli. sed quænam est hæc reprehensio? res ita explicanda. loquitur vterque de bonæ fidei possessore, quia agitur de eo qui fructus suos facit, *si eius fundi*, inquit &c. Bonæf. possessor post litem contest. tenetur de perceptis & percipiendis, sed ante litem, de perceptis tantum, & extantibus, de non perceptis non tenetur etiamsi percepturus fuisset petitor. Labeo non ita dicit, sed de non coactis non tenetur. fructus quos non coegit, non restituit. male loquitur: quia restituit fructus quos non coegit, si modo eos perceperit: plus est cogere quam percipere: nam percipere quid est? percipitur frumentum, spica cæsa nondum lecta, percipitur vindemia vua lecta, percipitur oliuitas olea excussa, percipitur fœnum, fœno cæso, nec necesse est fieri frumentum, aut vinum, aut oleum, vt videatur perceptus fructus. Denique percipere est terra separare fructus, at cogere aliud est longe amplius. cogere vindemiam in *l. vsusfructus, inf. quib. mod. vsusf. amitt.* quæ l. ad rem valde pertinet, cogere vindemiam non est colligere vuas & adimere, sed premere & collare vuas, *fouler la vendenge.* Nonio Marcello cogere oues, est premere vbera ouium & mulgere. Labeo ait: eum vindemiam non restituere quam non coegit, quod est falsum. immo restituet si perceperit, etiamsi non coegerit. L. pen. exposuimus in *l. Iulian. & l. fructus sup. h. t. l. vlt.* explicaui in *l. 72.*

AD TITVLVM II.

De Publiciana in rem actione.

8. Iulij 1566.

POst tit. de rei vindicatione datur tit. de Publiciana in rem actione, quæ prætoria est actio. illa de qua agitur super. tit. est ciuilis, cui tamen iuncta etiam est actio superficiaria, *l. 73.* & duab. seq. quod quidem aliud est genus prætoriæ vindicationis, at debuit ei specialis tit. dari, sicut Publicianæ hic tit. datur, & vectigali, quæ est alia vindicatio Prætoria, sequens tit. Sed cum eodem edicto prætor proposuisset simul & interdictum de superficieb. quod est de possessione superficiei comparatum exemplo interdicti vti possidetis, & actionem superficiariam, quæ est quasi de proprietate superficiei, atque ita cum edictum illud posset poni vel inter interdicta, vel inter vindicationes, maluit Tribon. id referre inter interdicta lib. 43. Dig. quam hoc lib. inter vindicationes: satis esse ratus actionis superficiariæ mentionem iniectam tit. superiore *l. 73.* restat tamen & specialis tit. de actione superficiaria, qui est reiectus in lib. 43. Ciuilis vindicatio datur ei qui dominium habet iure ciuili aut iure gentium. superficiaria & vectigalis datur ei qui dominium non habet: superficiarius enim non est dominus, nec emphyteuticarius, cui datur vectigalis, sed prætor vtrumque tuetur quasi dominum datis vtilib. in rem actionib. exceptionib. replicationib. & postquam feuda in vsum venerunt, hodie eadem est conditio feudatarii: nam licet hic etiam dominium rei non habeat, tamen ei accommodat Prætor quasi domino vtilem vindicationem: & ita hodie superficiariæ & vectigali vindicationi adiungenda est feudataria, *2 lib. feudor. tit. 9.* quæ tres vindicationes dantur eis qui dominium non habent: sed quos tamen Prætor habet dominorum loco, & vice. Publiciana item ei datur qui dominium non habet, *l. si ab eo, inf. de pign.* Sed quem Prætor tueatur quasi dominum vt superiores, superficiarium, emphyteuticarium, feudatarium. Et vt rem ipsam statim definiamus, Publiciana actio est vtilis vindicatio quæ amissa possessione datur ei qui à non domino rem traditam ex iusta causa acquirendi dominij bona fide accepit, necdum vsucepit. Hæc definitio breuis edicti huius comprehensio est. Dicit primum hæc definitio, Publicianam esse vtilem vindicationem, quia datur ad exemplum directæ & ciuilis vindicationis, *l. in honorariis, inf. de obl. & act.* & vt ait eleganter *l. 7. § Publiciana, inf. h. t.* satis obscure tamen, Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit, id est, Publiciana actio non auocat nudam possessionem, sicut actio hypothec. quæ est actio in rem prætoria, auocat nudam possessionem *l si cum venditor, inf. de euict.* & recte in Basilicis, ad §. Publ. additur verbum nudæ: Publicianam nimirum, μίμησιν ἔχειν δεσποτείας ἢ οὐ ψιλῆς νομῆς, id est, *Publicianam habere instar proprietatis non nudæ possessionis.* id est, non nudam possessionem auocare, sicut hypothecariam, sed & quasi proprietatem petere, perinde atque si actor rem vsu suam fecisset, quia quantum ius ciuile tribuit veritati, id est, dominio, tantum Prætor tribuit bonæ fidei, *l. bona fides tantum præstat, inf. de reg. iur.* atque ideo prætor eum, qui bona fide rem traditam accepit, loco domini habet, tueturque cum actionib. tum exceptionib. quasi dominum. & eadem ratione in libris nostris dominus sæpe accipitur pro bonæ fidei possessore, licet non sit dominus. *l. si quis, in princ. inf. de vsurp. & vsuc. l. serui §. vlt. inf. de furt. l 1. de fun. dot. l. si finita §. Iulianus, inf. de dam inf.* Est igitur hæc actio, cui nomen fecit Publicius Prætor, fictitia actio: nam fingitur vsucepisse qui nondum vsucepit, dominus esse qui nondum est factus dominus. & hac fictione posita, hocque veluti colore inducto, datur hæc actio, quæ sine colore isto & fi-

A ne fictione ista daretur inique, quod vtilitas exigit admitti, etiamsi id ius ciuile non ferat, Prætor admittit & adumbrat imagine quadam iuris: atque ita sicut bonæ fidei possessori cui datur bonorum possessio ex successorio edicto, qui quidem non est heres, sed prætorio iure est vice heredis, sicut inquam, ei prætor accommodat fictitias actiones, quæ & possessoriæ actiones dicuntur, & sicut vindicationes siue petitiones, in quibus heredes esse finguntur, & fictitias actiones eas appellat Vlp, *in frag. tit. de possess. dand.* Ita etiam bonæ fidei possessori qui rem certam sibi à non domino traditam bona fide accepit, amissa possessione Prætor accommodat fictitiam actionem, in qua fingitur esse dominus qui non vsucepit. hæc est sententia *§ namque, Instit. de action.* in quo recte Theophilus vtitur verbo

B πλάττεται. quod qui agit Publiciana, fingat se esse dominum. Est igitur actio πλαστή, seu fictitia, instar proprietatis, non proprietas. bonam autem fidem sufficit interuenisse initio contractus & traditionis, quod sufficit vt competat Publiciana, si contraxerit bona fide cum non domino de re aliena, & si eam acceperit bona fide, *l 7. §. vlt. inf. h. t.* nam etiam si post traditionem resciuerit rem esse alienam, vt scientia & mala fides quæ superuenit, non interrumpit vsucapionem, *l. bona fides, sup. de acquir. rer. dom.* Ita etiam actionem Publicianam non tollit, *l 7. §. Publiciana 2 inf. h. t.* Igitur actio Publiciana datur etiam ei qui scit rem esse alienam, & inde qui victus est vindicatione directa, atque ita resciuit rem esse alienam, non prohibetur postea experiri Publiciana, victo directa vindicatione superest Publiciana, *l. minor §. si seruus, inf. de euict.* & in

C incerto, id est, si dubitet, rem acceperit à domino an non à domino, licebit ei disiunctim instituere & directam & Publicianam, vt nostri interpretes existimant, *arg. l. 1. §. 1. inf. quod leg. & l. 1. inf. de eo qui pro tut. aut cur. neg. gest.* recte, *disiunctim*, & sub alternatione, cum constet coniunctim vtramque actionem institui posse, vt in specie *l. 3. in prin. tit prox sup.* si gregem ouium demortuis quibusdam capitib. suppleuero, emptis ouib9 partim à domino, partim à non domino, licebit mihi vindicare gregem, & cumulare tam directam quam Publicianam vindicationem, qui locus est singularis, vt ibi diximus. Adiecimus in definitione actionis Publicianæ, *necdum vsucepit*, quod explicat hoc modo *l. 1. in prin.* quia si vsucepit, factus est dominus vsucapione ex 12. tab. habet igitur directam & ciuilem vin-

D dicationem, nec desiderat Prætoriam. melior est actio ciuilis prætoria, *l. si creditori §. vlt. inf. de leg. 1.* quia qui iure ciuili munitus est, & iure prætorio munitus est, quia Prætor subsequitur ius ciuile, *l. scio, inf. de testib.* Prætor est viua vox iuris ciuilis, *l. 8. de iust. & iu.* ius ciuile quodammodo mutus Prætor, Prætor viuum ius ciuile: huius igitur qui habet actionem ciuilem, ius est pinguius & certius. quamobrem si habeo actionem ciuilem, frustra desidero prætoriam, si legionem, frustra auxilium. hoc edicto Prætor dicitur auxilium ferre, *l. si culpa, sup. tit. prox* quod est inane & inutile, si sit actio ciuilis. Illa etiam differentia non est omittenda inter actionem Publicianam & cæteras vindicationes prætorias, quod actio superficiaria, actio vectigalis, actio feudataria dantur etiam aduersus dominum, *l. 1. §. plane, inf. de super. l. 1. tit seq.* nec mirum,

E cum & actio hypothecaria, quæ est etiam vindicatio prætoria, & quæ non quasi proprietatem, vt illæ, sed nudam tantum possessionem auocat, sicut diximus sup. detur etiam contra dominum: nam creditor actione hypothecaria persequitur pignus aduersus quemlibet possessorem, etiam aduersus dominum, & constat hypothecariam in rem esse, *l. pignoris, C. de pig.* & vt hoc exaudiamus magis, *l. vlt. C. si vnus ex plur. heredib. credit. vel deb. part. su. deb. solu.* hoc dicitur, actionem hypothecariam non obligare personam, sed rem sequi etiam si possideatur à domino, qui eam pignori posuit. Sunt vindicationum quatuor species, proprietatis vt directa vindicatio. est etiam vindicatio quasi proprietatis, vt Publiciana, superficiaria, vectigalis, feudataria: est & vindicatio seruitutis vel realis, vel perso-

nalis, vt actio confessoria, est vindicatio pignoris, vt actio hypothecaria, est vindicatio possessionis, sed hæc non exercetur actionis genere, sed per interdictum vti possidetis, vel vtrubi, aut per interdictum de superficieb. id est, possessio vindicatur interdicto, non actione. hypothecaria dicitur, licet auocet possessionem nudam, non possessionem vindicare, sed ius pignoris, quod ius neque est proprietas, neque quasi proprietas, neque possessio, sed aliud quiddam. ergo vt ad initium institutæ differentiæ redeamus, superficiaria, vectigalis, feudataria dantur aduersus dominum rem possidentem, Publiciana non datur aduersus dominum rem possidentem, aut datur inutiliter, quia agenti ob stat exceptio iusti dominij, hac formula scilicet, *si non ea res possessoris sit*: Publiciana actio non est comparata vt res domino auferatur, sed vt is qui ex iusta causa acquirendi B dominij bona fide possessionem nactus est, rem habeat potius, quam extraneus, qui sine causa eam rem possidet, *l. pen. & vlt. inf. h. t.* Certis tamen casib. actio Publiciana datur etiam aduersus dominum. vnum casum habuimus in *l. si culpa, tit. prae.* quem male reiicit Accur. alterum in *l. si 4 Tit. tit. sup.* addit Accur. tertium in *l. vlt. inf. h. t.* ex *l. si quis rem, inf. de exc. rei iud.* Finge: rem emi à non domino, dominus eam vindicat. absoluor per errorem, aut iniuriam iudicis. sententia iudicis non mutat dominium, licet pariat actionem, aut exceptionem iudicati: nam qui victus est, nihilominus dominus rei manet: Pone igitur, victo domino qui aduersus me egerat recte rei vindicatione, & qui victus fuit, me eius rei possessionem amisisse, & eam peruenisse ad dominum, & me nondum eam rem vsucepisse: iudicatum me non fecit dominum, quia iudicis sententia non potest mutare dominium. egeo igitur vsucapione, vt sim dominus, quia nondum rem vsucepi, agam Publiciana aduersus dominum ad quem res peruenit: & si dominus opponat exceptionem dominij, replicabo de re aduersus eum iudicata. atque ita reddam vtilem Publicianam, licet fuerit instituta aduersus dominum, quod necesse est ita statui ne subuertatur res iudicata: nam vtilitas publica exigit, vt stetur iudicatis etiam perperam. Adiicit Accur. quartum ex *l. & qualiter, inf. de nox. act.* recte. Finge: possideo alienum seruum bona fide. is seruus tibi noxam fecit, puta furtum, vel iniuriam. tu egisti mecum noxali actione. recte: nam actione noxali tenetur non tantum dominus, sed etiam bonæ fidei possessor. ego conuentus noxali actione, eum seruum tibi dedi in noxam: deinde tu D eius serui possessionem amisisti, & peruenit possessio ad verum dominum serui, quem quidem tu nondum vsuceperas, & necesse habebas vsucapere: quia deditio in noxam facta à non domino te non fecerat dominum. tu ages Publiciana aduersus dominum, qui eum seruum possidet: & si opponat exceptionem dominij, actionem tuam confirmabit replicatio doli mali, nisi dominus offerat litis æstimationem, id est, æstimationem noxæ, quam seruus fecit tibi. æquum est, vt cum seruus sit eius, noxam ab eo factam sarciat, si velit eum retinere iure dominij. Itaque vtiliter experietur aduersus illum Publiciana, nisi offerat æstimationem noxæ siue damni. Adiicit etiam damni quintum casum *ex l. damni §. pen inf. dam. inf.* Finge: cum ædes tuæ essent ruinosæ, quæ erant iunctæ & affines meis, ego E postulaui abs te rationem damni infecti, vt mihi caueres de damno futuro, si quid mihi labes, aut casus ædium tuarum ruinosarum daret. te non cauente quid fiet? Prætor primo decreto me mittet in possessionem ædium tuarum, & si perseueres non cauere damni infecti, secundo decreto Prætor me iubebit possidere ædes tuas. primo decreto te non eiiciet de ædib. tuis, sed me immittet in eas, vt in eis sim vna tecum & verser, secundo decreto te eiiciet. primo decreto me custodem apponit. secundo me possessorem facit, & constituit, dominum non facit: nam Prætor nunquam facit dominum, nunquam heredem, sed possessorē me constituendo, præbet mihi causam vsucapiendi ædes tuas tempore legitimo, *l prætoris, l. si qui, inf. de dam. inf.* ego vero cum secundo decreto possiderem ædes tuas, nec dum eas vsucepissem, forte amisi possessionem, & ea per-

A uenit ad te dominum ædium: agam Publiciana aduersus te, & si opponas exceptionem dominii, replicabo de dolo, vel in factum, quod non sit æquum te ædes retinere, quarum nomine noluisti cauere damni infecti, quasque possidere me Prætor iussit, & ita vsucapere permisit. Addit etiam Accur. sextum casum in *§. namque, Instit. de action. ex l. Papinia. h. t* cuius species hæc est. ego mandaui tibi vt procuratori vt rem meam venderes. tu ex voluntate mea eam vendidisti & pretium accepisti: hoc enim necesse est poni pretium solutum propter *l. 1. §. 1. inf. de except. rei iud.* vt Accurs. recte notat ad *l. 1.* tu ergo vendidisti rem, & accepisti pretium, sed non tradidisti, cum esses traditurus emptori, ego prohibui ne traderes, & nihilominus tu tradidisti eam rem fidei explicandæ causa, emptor ea traditione non est factus dominus rei, quia facta est inuito domino rei. Finge: idem etiam emptor eam rem non vsucepit, & amisit possessionem forte, quæ peruenit ad dominum, recte aduersus illum experietur Publiciana, & si opponat exceptionem dominii, ita replicabit: si non auctor meus, id est, qui vendidit eam rem ex tua voluntate mihi vendidit, hoc sensu: non est æquum vt mihi auferas quod is qui mihi vendidit ex tuo mandatu, licet non tradiderit ex tua voluntate, sed qui vendiderat & tradere debebat. Sed si emptor non amiserit possessionem, domino rem vindicante, emptor defendet se similiter exceptione. *Si non auctor meus eam rem mihi ex tuo mandato vendidit*: & si forte, vt ait *Papian.* omittat eam exceptionem per ignorantiam condemnabitur: nam exceptiones sunt facti, nisi opponantur, non supplentur à iudice, ni si in iudiciis bonæ fidei, C quib. insunt natura & per se, id est, etiam non oppositæ, nec allegatæ, id est, ipso iure. Ergo si omittat, res ei auferetur à domino, sed eo casu habebit regressum aduersus venditorem eundemque procuratorem domini actione ex empto euictionis nomine, & quod is procurator mandatarius præstiterit emptori, mox consequetur id à domino rei contraria actione mandati, quia non potuit dominus efficere quin traderetur quod erat venditum eius voluntate. atque ita semper vt tutius res agatur, agitur in caput domini cuius mandato perfecta venditio est. His casib. addatur septimus ex *l. mand. inf. mand.* quo actio Publiciana vtiliter datur aduersus dominum. agit ibi de venalitiario. venalitiarius est mango, ne laboremus in eo nomine, cuius ignoratio decepit Accur. est mango, id est, mercator mancipiorum, qui emit mancipia vt vendat: Finge vænalitiarius quidam qui solebat Romæ mancipia vendere & mercari, profectus est in prouinciam coëmendorum mancipiorum causa, & abiens in prouinciam mandauit Titio, vt mancipia quædam sua quæ Romæ habebat, venderet. quo absente Titius mortuus est re integra, id est, nondum venditis mancipiis. mandatum finitum est morte mandatarii: sed heredes mandatarii per errorem nescientes Tit. decessisse re integra, aut finitum esse mandatum, per imperitiam iuris ea mancipia vendiderunt bonæ fidei emptori, exequendi mandati causa, quod defunctus susceperat, quodque morte eius extinctum esse non putabant, non furandi animo: alioquin non possent mancipia vsucapi, quæ postea dicemus vsucapta esse. ea ergo mancipia vendiderunt heredes emptori bonæ fidei: emptor vsucepit, vænalitiarius ex prouincia reuersus qui ea mancipia etiam emerat bona fide à non domino, quæritur an possit agere Publiciana aduersus emptorem mancipiorum, qui ea vsucepit, & ita est dominus: & respondet, eum non inutiliter acturum Publiciana aduersus dominum, & non obstare exceptionem dominii: nam hæc exceptio opponitur & elidit Publicianam non temere, id est, non facile, non passim. sed tantum causa cognita. heic vero æquum est vt exceptio dominii non elidat Publicianam, ne imperitia heredum mandatarii damno afficiat vænalitiarium, & ita hoc casu datur Publiciana aduersus dominum. In definitione Publicianæ actionis & in edicto, facta est tantum mentio traditionis & vsucapionis, hæ sunt duæ species acquirendi dominii, & vt proprie sit locus actioni Publicianæ, exigimus vt neque per hanc, neque per illam speciem iuris domi-

nium possessor acquisierit, id est, vt non dominus tradiderit, quæ traditio dominium non transfert, & vt ipse nondum vsuceperit, sed sunt multæ etiam aliæ partes iuris, vt ait *l. 1.* quib. dominium nanciscimur vltra traditionem & vsucapionem : multæ aliæ sunt species alienationis & acquirendi dominii: nec sunt illæ duæ tantum, traditio & vsucapio : nam & his adiungere debemus legatum, quia rei legatæ dominium recta via & ipso iure transit in legatarium sine traditione, si sit legatum per vindicationem, *l. legatum, inf. de leg. 2.* legatum vindicationis acquiritur ipso iure sine traditione. Itemque donatio causa mortis, exemplo rei legatæ acquiritur donatario ipso iure post mortem donatoris, etiamsi non sit tradita à donatore. & in hanc rem est valde singularis l. 2. quæ hoc omnino exprimit, legatum & mortis causa donationem acquiri ipso iure, citra traditionem scilicet, nec alia ratio, quam quod per omnia fere donatio causa mortis legati vicem obtineat. & hinc sumpta occasione verissime defendi potest, quod prima specie falsum posset videri, in causa interdicti *quod legatorum*, nihil à legatis distare donationes causa mortis. primo quidem nihil distant in lege Falcidia : nam ex constitutione Seueri non tantum ex legatis deducitur Falcidia, sed etiam ex donationib. causæ mortis, & Falcidiam recte seruat sibi heres per retentionem rei legatæ, aut rei donatæ mortis causa, non per vindicationem secundum ius antiquum, quod erat ante Iustinianum, id est, ante *l. pen. C. ad leg. Fal.* heres igitur seruat sibi Falcid. & ex legatis & ex donationib. causa mortis per retentionem rei legatæ, & rei donatæ causa mortis, non per vindicationem, si neque viuus testator rem legatam legatario, neque viuus donator rem donatam donatario mortis causa tradiderit. quare si post mortem testatoris vel donatoris legatarius vel donatarius rem legatam vel donatam sine heredis voluntate occupauerit, quam non acceperat à viuo testatore vel donatore, tenetur interdicto *quod legatorum* possessionis restituendæ causa, vt eam recipiat heres & sibi seruet Falcidiam, quæ interuenit: alioqui cessat interdictum *quod legatorum* per retentionem rei legatæ aut donatæ, quam seruare alia ratione non potest, *l. 1. C. quod. leg.* sed si viuus testator rem legatam, vt fit nonnunquam, ipse tradiderit legatario, vel si donatario causa mortis tradiderit donator, licet legatarius vel donatarius eius rei possessionem non habeat ab herede, vel heredis voluntate, tamen non potest ei auocari interdicto *quod legatorum*, cum eam acceperit à defuncto : & hoc casu necessario ne heres fraudetur Falcid. quod locum habet etiam secundum ius vetus, heredi dabitur vindicatio legis Falcid. *l. lineam, ad leg. fal. l. cum & pater §. mater, & §. Mauio, de leg. 2.* Igitur quæ in causa interdicti, quorum legatorum, notatur differentia in *l. 1. §. si quis ex mortis, inf. quod leg.* respicit ad ea quæ plerunque fiunt: nam plerunque legata ab herede petuntur quasi propria legatarii, siue legatario acquisita ipso iure, & ab herede præstantur : donata autem mortis causa plerunque ab ipso donatore traduntur, atque tum legati quod occupauerit legatarius sine voluntate heredis nomine, heredi competet interdictum *quod legatorum*, non etiam nomine rei mortis causa donatæ donatario, quam occupauit voluntate defuncti, tradente defuncto: Sed vbi omnia sunt paria, id est, cum & legata & donata mortis causa ponimus fuisse tradita ab ipso testatore & donatore, & cum ponimus neutra tradita ab ipso testatore vel donatore, nihil inter se distant legata & donationes causa mortis, quantum attinet ad interdictum quod legatorum, etsi sunt tradita à testatore vel donatore, heredi non competit interdictum, *quod legatorum* : si non sunt tradita heredi, competit: atque ita in vtroque, si paria feceris nihil distabit legatum à donatione causa mortis. denique sicut legatum, per vindicationem scilicet, ipso iure acquiritur legatario sine traditione vel defuncti vel heredis : ita & donationes causa mortis, possunt ipso iure acquiri sine traditione, quia vt ait *l. 2.* donationes causa mortis ad exemplum legatorum capiuntur, id est acquiruntur. capere est acquirere, vt vsucapere, id est, vsu acquirere, legatum capitur, id est, acquiritur ipso

A iure citra traditionem. n : ergo & donatio causa mortis. Donatio autem inter viuos non acquiritur sine traditione, sicut res empta non acquiritur sine traditione : at sicut rei alienæ mihi inter viuos donatæ à non domino & traditæ, amissa possessione ante impletam vsucapionem vti possum Publ. in *l. 7. §. sed etsi quis, inf.* ita etiam rei alienæ legatæ vel donatæ mortis causa à non domino nec traditæ : quia hæ species iuris non exigunt traditionem, possessione amissa ante impletam vsucapionem mihi competit actio Publiciana. Hæc igitur actio locum habet non tantum in specie traditionis, sed etiam in specie legati & donationis causa mortis, quæ etiam sunt species alienationis, id est, acquirendi dominii. Cum ergo Publiciana pertineat ad has omnes species, debuit Prætor in edicto non dicere tantum,

B *si id quod traditur*, sed dicere debuit, si id quod traditur, vel legatur, vel mortis causa donatur. Sunt & multæ aliæ species, & vt loquitur, partes alienationis, vel acquirendi dominii sine traditione, vt hereditas, quæ acquiritur sine apprehensione rerum, *l. si ager, tit. præc.* debuit itaque etiam in edicto addere, *vel hereditate relinquitur.* Item mancipatio, & cessio in iure est species alienationis, quæ constat etiam sine traditione. ergo debuit & has species addere, *vel mancipatur, vel in iure ceditur.* Itemque restitutio hereditatis fideicommissariæ ex SC. Trebel. videtur his speciebus alienationum quodammodo adnumerari posse, quæ fiunt sine traditione scilicet, si ea restitutio fiat verbo sine traditione : recte enim fit verbo, & verbum res omnes facit in bonis fideicommissarii, eumque heredis loco constituit ex SC. Trebell. *l. facta in prin. ad Trebell.* quapropter si

C restitutio facta sit verbo, non re, & ita fideicommiss. bonor. nactus sit possessionem non per heredem, sed alia quauis ratione, ea amissa fideicommiss. competit Publ. cum is qui verbo restituit, non fuit heres, *l. cum sponsus §. 1. inf. h. t.* & pari ratione heredi competit Publiciana amissa possessione rei alienæ inuentæ in hereditate. Competit & ei cui res mancipata est, & in iure cessa : & generaliter vt est proditum, in *l. quacunque, inf. h. t. quacunque sunt iusta causæ acquirend. rerum, &c.* Debuit igitur Prætor non tantum traditionis mentionem facere, quia vna tantum est species alienationis, sed debuit alias species alienationum commemorare, quæ fiunt sine traditione, cum & ad eas hoc edictum pertineat. Debuimus & nos in definitione actionis Publicianæ, non tantum mentionem facere tradi-

D tionis, sed etiam cæterarum specierum iuris quibus sine traditione dominium nanciscimur; quæ alienationem continent. Sed voluimus definitionem ad edictum accommodare : in quo ex vna specie traditionis, debemus & ceteras species alienationis intelligere, quæ sine traditione constant : vt Vlpian. cum hæc quærit, cur non & ceterarum specierum iuris meminerit prætor, nec respondet, tacite demonstrat defectum edicti, & suppleri vult cæteras species alienationis. Traditio est species alienationis frequentior & plenior, cum & res omnes complectatur, siue admittat tam mancipi quam nec mancipi, & causas innumeras. Ceteræ species alienationum angustiores sunt & strictiores. A pleniori igitur specie ceteræ omnes intelliguntur, & ita passim in libris nostris traditionis nomine subintelligitur semper omnis species alienationis præter vsucapionem.

E à nuda traditione solet separari vsucapio, *l statu-lib. C. de testam. man.* quæ causa est separationis ? an quia traditio est iuris gentium ; vsucapio iuris ciuilis ? minime. an quia alienatio traditio est, si fiat à domino, vsucapio necessaria cum traditio facta est à non domino ? minime : sed præcipua separationis ratio hæc est, quia omnes aliæ species alienationis præter vsucapionem proficiscuntur ab alio, vt legatum & hereditas à defuncto, donatio causa mortis à donatore, mancipatio, cessio in iure, traditio, ab eo qui mancipauit, cessit, qui tradidit. vsucapio non est ab alio, sed à lege sola, & à nobis ipsis qui vsu rem nostram facimus. Cicero pro Cæcinna : *vsucapio non à patre relinquitur, sed à legib.* Ideoque falsum est quod vulgo dicitur, non dominum tradendo non transferre quidem dominium, sed transferre conditionem vsucapionis : prius

eſt verum non transferri dominium, poſterius, transferri conditionem vſucapionis, eſt falſum. & ex *l. 1. C. de acq. poſſ.* ex qua hoc eruunt, quæ tamen non ita loquitur, ſed ait, per liberum hominem nobis acquiri poſſeſſionem, & inde vſucapionem inchoari : inchoari autem per ſe ipſo iure, non cauſam dante libero homine, non principio vſucapionis exiſtente libero homine. Igitur vtendum eſt alia ratione, & caſtigandus vulgaris ſermo, & dicendum, non dominum tradendo bona fide accipienti præbere occaſionem vſucapiendi, & ita loquitur *l. qui alienat. inf. de donat. cau. mort.* occaſio autem neque eſt cauſa, neque principium agens : ergo qui occaſionem præbet vſucapionis, non transfert vſucapionis conditionem, quia occaſio nec eſt cauſa, nec principium, ſed occaſio circunſtat cauſam, eſt παραίτιος, eſt acceſſio cauſæ, id enim eſt occaſio quod Græcis σύμπτωμα, acceſſio cauſæ, quod acceſſiones dicantur occaſiones : vt ſi quis in ſegetem alienam ignem immittat ſua manu, is cauſa eſt incendij : at ſi ignem non immittat ſua manu, ſed ventoſo forte die comburat ſuam ſtipulam, vel ſpicam, & ignis longius euagatus comburat ſegetem vicini, occaſio eſt incendij, non cauſa, non principium : ſed in l. Aquil. nihil intereſt fuerit quis cauſa damni, an occaſio, vt hic: & hoc eſt quod ait lex *qui occidit §. pen. inf. ad leg. Aquil. qui occaſionem præſtat, damnum feciſſe videtur.* occaſio damni habetur pro cauſa, pro principio, pro damno in lege Aquil. Sed ad rem redeamus. traditio eſt genus alienationis. multæ ſunt ſpecies, inter eas eſt traditio : cum autem docuiſſet Vlp. multas eſſe ſpecies alienationis & ex ſententia Prætoris tacita demonſtraſſet ad omnes ſpecies alienationis hoc edictum pertinere, reſumit ſpecialiter idem *Vlp.* in *l. 3.* ſpeciem traditionis, & docet traditionum multas eſſe cauſas iuſtas. neque cauſa per ſe alienatio eſt, nec traditio per ſe ſola, traditio nuda, id eſt, ſine cauſa, alienatio non eſt, *l. nunquam, inf. de acq. rer. dom.* neque etiam traditio ex omni iuſta cauſa alienatio eſt : vt traditio ex cauſa pignoris, eſt ex iuſta cauſa : traditio precaria iuſta cauſa eſt, & tamen alienatio non eſt. Certæ tamen ſunt cauſæ iuris ex quibus ſi fiat traditio, dominium alienatur, & ad has omnes iuſtas cauſas traditionis hoc edictum pertinet, denique vt hoc edictum pertinet ad omnes ſpecies alienationis ; ita ad eius alienationis ſpeciem quæ dicitur traditio : ad omnes iuſtas cauſas acquirendi dominij hoc edictum & actio Publiciana pertinet. ergo huic edicto locus eſt non tantum ſi res tradatur ex cauſa venditionis, ſed etiam ſi tradatur ex cauſa permutationis, *l. 7. §. ſed et ſi,* vel ſi tradatur ex cauſa dotis, & nihil intereſt, vt ait l. 3. æſtimata fuerit res quæ traditur dotis cauſa, an inæſtimata. quia vtroque caſu & modo dominium rei traditæ in dotem transfertur in accipientem, domino dominave tradente : æſtimatæ quidem rei omnimodo, quia ea æſtimatio eſt vera vẽditio, *l. plerumque, inf. de iur. dot.* inæſtimatæ autem conſtante matrimonio etiam dominus factus eſt maritus domino dominave tradente : non domino autem tradente dotem æſtimatam vel inæſtimatam, eſt vſucapiendi occaſio, & agendi Publiciana ante impletam vſucapionem. eodemque modo erit huic edicto locus, ſi res tradatur ex iudicati cauſa à non domino, vt ſi quis rem alienam, quam poſſidebat, damnatus ſit tradere alteri, *l. 3.* itemque ſi res tradatur ex ſolutionis cauſa, vel ſi res tradatur ex cauſa adiudicationis in iudiciis famil. erciſcund. vel com. diuid. vel finium regundorum, *l. ſi per errorem, inf. de vſurp. & vſucap.* vel etiam ſi res retineatur ex cauſa litis æſtimatæ, cum ageretur de re aliena, *l. 7. §. 1.* vel ſi res tradatur ex cauſa noxæ à bonæ fidei poſſeſſore, qui noxium ſeruum alienum bona fide poſſidet. ſi ſeruus dedatur noxæ, deditio traditio eſt, & in hac ſpecie locus eſt Publicianæ, *l & generaliter, inf. de nox. act.* Item ſi ſeruus noxius non dedatur ex cauſa noxali, ſed cum nemo eſt qui eum defendat, ſi ex cauſa noxali ducatur iuſſu Prætoris, vt in l. 6. vel etiam ſi quis poſſidere iubeatur ædes alienas ex cauſa damni infecti, hæc poſſeſſio eſt iuſta : ideo ſi amittatur ante vſucapionem, poſſeſſori competit Publiciana actio, id eſt ei qui amiſit poſſeſſionem, *l damni*

A §. *pen. inf. damni infec. l. 7. §. ſed etſi de vſufr. inf. comm. diuid.* & hoc eſt quod dicitur in *l. iuſte, de acquir. poſſ.* quod ita explicandum eſt. *iuſte poſſidet, qui auctore Prætore poſſidet,* vt qui duxit ſeruum ex cauſa noxali cum non defenderetur, Prætoris iuſſu, vel quem Prætor poſſidere iuſſit ex cauſa damni infecti. hæc poſſeſſio eſt iuſta & præbet occaſionem vſucapionis. ergo ea amiſſa dabitur Publiciana, quæ quidem actio ſemper exigit poſſeſſionem iuſtam. Iuſſus iudicis non facit dominum, ſed loco domini, & occaſionem vſucapionis præſtat. Nec obſtat quod dicitur in *l. 2. in fi. ſup. ſi ex nox. cauſa,* eum ſeruum qui ductus eſt, eſſe in bonis eius qui duxit Prætoris iuſſu: nam illud etiam dicitur de eo cui reſtituitur hereditas verbo tantum. in *d. l. facta, ad Trebell.* res eſſe in eius bonis, & vbique ſignificatur non

B iuſtum, id eſt, ciuile dominium, ſed quaſi dominium, ſiue quaſi poſſeſſionem : nam vt iuſti fiant domini, non ſufficit iuſſus Prætoris, ſed neceſſaria eſt vſucapio. & ad has quidem iuſtas cauſas traditionis, quæ alioquin tradente domino rem alienant, generaliter definiendum eſt, hoc edictum pertinere ex *l. 3.* vſque ad *l. 7.* ad cæteras autem iuſtas cauſas traditionis, quibus dominium non alienatur domino tradente, & non domino tradente, hoc edictum non pertinere : vt ſi dominus tradat ex cauſa precarij, vel pignoris, iuſta eſt cauſa traditionis, nec dominium mutatur. & ſimiliter, ſi non dominus tradat ex cauſa pignoris vel precarii, eſt iuſta cauſa traditionis, ſed neque eſt occaſio vſucapiendi, nec actio Publiciana ante vſucapionem, *l. quæcunque §. 1. inf.* Ad ſummam ita concludamus. quæ ſunt iuſtæ cauſæ ſtatim adquirendi dominii domino tradente, eædem

C etiam ſunt iuſtæ cauſæ adquirendi dominii per vſucapionem, domino non tradente, ſimul ac agendi Publiciana ante vſucapionem completam. & iuſti tituli ſiue cauſæ eæ ſunt : pro emptore, qui titulus complectitur non venditionem tantum veram, ſed etiam dotis æſtimationem, litis æſtimationem, adiudicationem, permutationem : nam hæc omnia venditionem, & emptionem imitantur. non afferam locos qui ſunt notiſſimi. Item pro donato, & pro ſoluto, pro noxæ dedito, pro dote æſtimata, vel inæſtimata, pro iudicato, & nihil intereſt, vt eleganter ait l. 5. veri ſint hi tituli an falſi, vera ſit cauſa an falſa : nam idem eſt effectus traditionis eademque vis : nam definitio iuris certa hæc eſt ſatis exagitata in *l. Celſus, de vſurp. & vſuc.* errorem falſæ cauſæ non parere vſucapionem. vt ſi errans

D putem mihi legatum quod non eſt legatum, non vſucapiam pro legato, *l. 1. & 2. inf. pro leg.* error falſæ cauſæ non parit vſucapionem. ergo nec Publicianam : non error falſæ cauſæ ſolus cum non interuenit etiam traditio rei, ſed traditio interueniens ex falſa cauſa parit vſucapionem : vt ſi heres mihi tradat rem quaſi legatam, quæ non eſt legata, eam vſucapiam pro legato, ſi accepero bona fide. & ita traditio interueniens ex falſa cauſa facit vt falſa pro vera habeatur, niſi in contractu emptionis venditionis, *l. 2. §. cum Stichum, inf. pro emptore,* quia ſi quis rem tradat ex falſa venditione, non vſucapiam pro emptore : nam in hoc contractu exigitur bona fides duobus temporibus, tempore traditionis, & tempore contractus, *l. 7. §. vlt. inf.* non poteſt eſſe bona fides tempore contractus, ſi non fuit tempore venditionis. detracta igitur hac exceptione, in

E hac quæſtione certiſſima iuris definitio hæc eſt : errorem falſæ cauſæ aſſumptum ex traditione parere vſucapionem & Publicianam ante vſucapionem, errorem falſæ cauſæ aſſumptum ſine traditione non parere vſucapionem. & hoc eſt quod ait in *l. 5.* nihil intereſſe fuerit vera cauſa, an falſa.

Ad Leg. VII.

Sed & ſi res adiudicata ſit, Publiciana actio competit.

§. 1. Si lis fuerit æſtimata, ſimilis eſt venditioni, & ait Iulianus libro viceſimo ſecundo Digeſtorum, ſi obtulit reus æſtimationem litis, Publicianam competere.

§. 2. *Marcellus libro septimodecimo Digestorum scribit: Eum, qui à furioso ignorans eum furere, emit, posse vsucapere. ergo & Publicianam habebit.*

§. 3. *Sed & si quis ex lucratiuis causis rem accepit, habet Publicianam, quæ etiam aduersus donatorem competit: est enim iustus possessor, & petitor, qui liberalitatem accepit.*

§. 4. *Si à minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam.*

§. 5. *Sed & si permutatio facta sit, eadem actio competit.*

§. 6. *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.*

CVm Vlp. proposuisset varias causas iustæ traditionis, & ad eas omnes docuisset hoc edictum pertinere, resumit in hac *l.* 7 §. *Marcellus*, causam emptionis, & venditionis, & quærit an is qui à furioso bona fide emit, existimans eum esse sanæ mentis, puta cum esset inumbratæ quietis, vt ait *l. quod meo* §. *si furioso, inf. de acqu. poss.* In quiete inumbrata, non vera quiete animi, in specie esset sanus, fureret intus, si ab eodem ex ea causa rem sibi traditam bona fide acceperit sine curatoris auctoritate, rem, inquam, non propriam furiosi, sed alienam, quam is furiosus possidebat, an emptori competat actio Publiciana, amissa possessione rei emptæ & traditæ. & refertur ex Marcello, ei competere Publicianam: *quia,* inquit, *& vsucapere eam rem emptor potest titulo pro emptore.* quod etiam probat *l. pignori* §. 1. *de vsurp. & vsuc. & l. 2.* §. *si à furioso, inf. pro empt.* quicunque potest vsucapere, habet etiam Publicianam & ea agere potest, si modo non vsucepit, in qua fingitur vsucepisse. qui capax est rei ipsius, & fictionis est capax: qui potest vsucapere, & fingi potest vsucepisse, id est, dari ei potest fictitia actio, nempe Publiciana. Dices. atqui traditionis causa nulla est, quia ea venditio iure non valet: furiosus enim rerum suarum alienationem non habet, nec propriarum, nec alienarum, quas possidet bona fide. venditio igitur nulla est. & tamen in cōtractu emptionis & venditionis, vt emptio fuerit vera, id exigimus semper: hic non fuit emptio vera: nec enim est vera emptio quæ initio nulla est. quomodo igitur potest ex ea parari vel vsucapio, vel actio Publiciana? Respond. ex *d. l. 2.* §. *si à furioso,* vtilitatis ratione receptum esse vt vsucapio procedat, vt qui emit à furioso bona fide, possit vsucapere pro emptore, etsi nulla ipso iure sit emptio venditio. quæ est vtilitatis ratio? ne qui bona fide accedit ad emptionem, ob obscuram & inumbratam quietem venditoris damno adficiatur. quem enim non decipiat falsa species sanitatis? & ita sunt plerique, quibus languet animus, nec tamen languere videtur, & in hoc proposito nihil aliud est furor, quam languor animi, *l. iusto* § *pen. inf. de vsurpat. & vsucap.* In hoc proposito, furor non est ille furor inquies eorum qui aduersa ratione feruntur vehementius more ferino, qui dicitur à Medicis [Greek]: & qui eo tenentur in libris nostris dicuntur furiosi. illi qui sunt quietis & sanitatis inumbratæ, dicuntur plerumque mente capti, vel dementes. Igitur non loquimur de his qui dicuntur furiosi proprie, sed de mente captis, qui per abusionem dicuntur furiosi: nec de eorum furore ferino loquimur, sed de languore animi. Igitur vtilitatis causa receptum est, ne hæc res officiat emptori, vt nihilominus possit vsucapere, & vt plus valeat opinio emptoris, qui putat se contrahere cum homine sano, quam veritas: nam & eadem ratione si quis emerit à pupillo vel minore vigintiquinque annis, quem putabat puberem, vel maiorem vigintiquinque annis, atque ideo si emerit sine tutoris, aut curatoris auctoritate, plus valet quod est in eius opinione, quam quod est in re, & vsucapio procedit, §. *si à minore, inf. & l. 2* §. *si à pupillo, inf. pro empt.* videlicet si emerit rem alienam quam pupillus possidebat, non si emerit rem propriam pupilli, quæ non potest vsucapi, *l. bona fidei, inf. de adquir. rer. dom.* eadem ratio furiosi, *l. qui neque* §. 1 *inf. de reb. eor. qui sub tut.* res pupilli propria non potest vsucapi, sed res aliena quam pupillus possidet, potest vsucapi. & ita accipiendi sunt omnes loci quibus in iure nostro agetur de rebus pupilli vsucapiendis, alienis puta, quas possidebat pupillus: nam res propriæ pupilli nullo modo vsucapi possunt. possunt vsucapi res alienæ quas pupillus bona fide possidet, licet non possint a tutore alienari sine decreto, *l. magis* § 1. *de reb. eor.* vt tutor non potest rem pupilli propriam alienare sine decreto Prætoris: ita nec potest rem pupilli alienam, quam pupillus bona fide possidet, sine Prætore, sed vsucapi potest ab alio. & si culpa tutoris forte vel negligentia sit vsucapta, eo nomine tenetur tutor, vel etiam tutore non existente soluendo, restauratur possessio pupillo rescissa vsucapione, *l. 3.* § *pen. de reb. eor.* vsucapio tamen procedit rei alienæ, quam pupillus possidebat. Eadem igitur in hoc proposita est ratio furiosi, & pupilli siue minoris. Igitur in furioso, exemplo pupilli, receptum est vtilitatis causa, vt quod is vendiderit bona fide emptori, alienum scilicet quod possidebat bona fide, emptor possit vsucapere. ergo eadem vtilitatis ratione recipi illud debet, vt qui bona fide emit à furioso, agat Publiciana amissa possessione ante vsucapionem completam, quæ est sententia §. *Marcellus.* Sed huic sententiæ omnino aduersatur *d. l. 2.* §. *si à furioso,* vbi proponitur eadem species. Quidam emit à furioso bona fide, cum eum putaret esse sui compotem: ait, *constare, emptorem posse vsucapere,* & hoc congruit cum hoc §. sed quod sequitur pugnat omnino: nam ait: *quamuis emptio nulla sit, constat posse vsucapere: & ideo nec de euictione actio nascitur, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.* propositio hæc est: nulla est venditio quam fecit furiosus. ex eo sequitur, emptori re euicta non competere aduersus venditorem actionem de euictione, quia ipso iure nulla fuit venditio. Item ex ea colligit, emptori non esse accessionem possessionis, id est, coniungi & continuari non posse tempora possessionis inter venditorem & emptorem. coniunguntur & continuantur tempora §. *inter venditorem, Instit. de vsucap.* id est, tempus quo possedit venditor. vsucapiendi causa coniungitur cum eo tempore quo possedit emptor, & vtroque tempore coniuncto vsucapio completur. Sed hic non erit accessio possessionis, quia nulla est venditio. Postremo ex eo colligit, etiam non competere actionem Publicianam, quia scilicet deest causa possessionis iusta. & vbi non est iusta causa, nec actio Publiciana, quod manifeste pugnat cum hoc §. *Marcellus* & puto ea ratione Harmenopulum ea verba reiecisse, *nec Publiciana competit.* ab hoc §. *si à furioso,* quæ cum non reiiciant Basilica *lib. 50. tit. 4.* videndum est, an sit aliqua ratio ineundæ concordiæ & sedandæ pugnæ. Primum quidem mihi non fit verisimile, vt idem §. huic §. *Marcellus,* consentiat & aduersetur. consentit, quia dicit eum qui emit à furioso vsucapturum. distat, quia negat eum acturum Publiciana, quæ etiam videntur esse dissentanea inter se, vt possit vsucapere, & non possit agere Publiciana. Igitur, videntur verba huius §. *vt hæc vtilitatis causa,* ad hæc omnia pertineat quæ continentur in hoc §. id est, ad vsucapionem, ad actionem de euictione, ad Publicianam, ad accessionem possessionis: ait, eum qui emit à furioso vsucapturum, idque receptum esse vtilitatis causa. vtilitatis causa fit quod fit iure singulari, exigente rerum gerendarum vsu communi & promiscuo, contra strictam rationem iuris ex benignitate quadam, §. *recte, Instit. mand. l. seruitutes* §. *si sublatum, inf. de seru. vrb. pr.* Iure igitur stricto non procedet vsucapio si quis emerit a furioso bona fide, etiamsi bona fide emerit. vtilitatis ratione procedit. & sic etiam dicimus, iure emptori non competere actionem ex empto euictionis nomine, nec actionem Publicianā, nec iure eum posse vti accessione possessionis ex persona venditoris: vtilitatis tamen causa hæc omnia admittenda sunt, perinde ac si iusta & legitima esset emptio venditio. denique emptionem quæ iure nulla est, vtilitatis ratione non esse habendam pro nulla. Ad summam, ea verba, vt dixi initio, *vtilitatis causa,* referemus ad ea quæ referuntur in hoc §. & ita nihil pugnabit. exigimus etiam ab eo qui emit à furioso bonam fidem: quia si emerit sciens à furioso, cessabit vtilitatis ratio,

habebitur pro prædone, nec vsucapiet vel aget Publiciana, *l. nec vllam* §. *1. sup. de pet. heredit.*

Ad §. si petenti.

Si petenti mihi rem, iusiurandum detuleris, egoque iurauero rem meam esse: competit Publiciana mihi, sed aduersus te dumtaxat: ei enim soli nocere debet iusiurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum erit iusiurandum, & iurauerit rem petitoris non esse: aduersus eum solum petentem exceptione vtetur, non vt habeat actionem.

POst hæc Vlp. in hac *l. 7.* §. *si petenti*, incipit tractare de causa iurisiurandi, quam non supra numerauerat inter cæteras traditionis causas, & quærit an iusiurandum iusta sit possessionis causa, vt in hac specie: si reus petenti mihi rem alienam quam is possidebat, detulerit iusiurandum, & iurauero rem meam esse, & mox reus ex causa iurisiurandi eam rem mihi tradiderit, an ex hac possessione competit mihi Publiciana actio? & videtur competere prima fronte, quia competit Publiciana, si res tradita sit ex causa iudicati, *l. 3. sup.* ergo competet multo magis, si res tradita sit ex causa iurisiurandi: quia iusiurandum maiorem auctoritatem habet quam iudicatum, vt ait *l. 2. de iureiur.* Contrarium tamen proponitur in hoc §. & negatur ei qui ex causa iurisiurandi rem accepit, dari Publicianam aduersus alium, quam eum, qui detulit iusiurandum. ergo dabitur quidem aduersus eum qui detulit iusiurandum, & secuto iureiurando rem tradidit, amissa possessione scilicet, sed aduersus alium non dabitur actio Public. cum, vt posui, possessor petitori detulit iusiurandum: sed similiter si petitor possessori detulerit iusiurandum, & iurauerit possessor rem suam esse, amissa possessione non dabitur ei Publiciana, nisi aduersus petitorem qui detulit iusiurandum: & hoc ita, vt diximus, si iurauerit rem suam esse. quæ omnia proponuntur in hoc §. Sed si iurauerit rem petitoris non esse, hoc casu nec aduersus eum quidem qui detulit iusiurandum, ei dabitur Publiciana, sed exceptio tantum dabitur aduersus vindicantem, quia iurauit non rem suam esse, sed rem petitoris non esse: & quod non est petitoris, non ideo est possessoris: potest enim esse neutrius, *l. si inter me & te, inf. de except. rei iudic.* at quia in pari causa melior est conditio possessoris, & par est causa, si neque hic, neque ille sit dominus, si adhuc possideat qui iurauit rem actoris non esse, ei dabitur exceptio siue retentio rei, non petitio, *l. & non tantum* § *veniunt, sup. de pet. her.* idemque proponitur de actione in factum ex iureiurando, quod diximus de Publiciana in *l. 9.* §. *vlt & l. 11 inf. de iureiur.* actio in factum ex iureiurando datur ante traditionem rei: actio Public. datur post traditionem rei, sed aduersus eum tantum qui detulit iusiurandum: vtroque & illo & superiore casu retento tantum, non actio in factum vel Public. Idem videtur omnino esse obseruandum in actione iudicati, vel etiam in actione Publiciana, ex causa iudicati, inter quas eadem subest differentia, quod actio iudicati sit ante iudicatum, ante traditionem: actio Publiciana post iudicatum solutum, post traditionem: in vtraque autem idem videtur statuendum, vt scilicet detur vtraque aduersus quem iudicatum est, non etiam aduersus alium qui contendat rem suam esse, *l. 12. inf. de iureiur.* quia res inter alios acta siue decisa sit iureiurando, siue iudicato, aliis non nocet vllo modo, *l. 10. eod.* Itaque causa iuris iurisiurandi nihil videtur differre à causa iudicati: sed tamen est differentia: hoc plus in iudicato quam in iureiurando, quod actio Public. ex caussa iudicati soluti amissa possessione detur aduersus alium qui non contendit rem suam esse, quia is secundum quem iudicatum est, pro domino habetur. res iudicata pro veritate habetur: at actio Public. ex causa iurisiurandi non datur aduersus alium etiamsi non contendat, rem suam esse, quia qui iurauit pro domino non habetur, *l. si iurauero, inf. de iu. patron.* res iudicata patronum facit quodammodo, aut vice patroni facit vt ha-

A beatur qui non est patronus, quia pro veritate habetur, iusiurandum patronum non facit. eadem est ratio patronatus & dominij. plus igitur est virium in iudicato, quam in iureiurando, & quod dicitur in *l. 2. inf. de iureiur.* maiorem esse auctoritatem iurisiurandi quam rei iudicatæ, hoc vtique verum est, qua in re valet iusiurandũ. Iusiurandum propter religionem plus auctoritatis habet quam res iudicata: iudicato inest etiam religio iudicis, qui iurat in leges priusquam disceptet causam. Sed nescio quo modo maior est auctoritas in religione aduersarij, qui sibi ipsi iudex constituitur, deferente iusiur. aduersario, quam in religione iudicis, ad quem inuitus litigator perducitur. ergo qua in re valet iusiurandum, certe plus habet auctoritatis, quam res iudicata. sed qua in re valet res iudicata, non vtique
B semper valet iusiurandum, *d. l. si iurauero.* Ex his igitur restat quod ad hunc tit. attinet, iurisiurandi causam, quia dominum non facit, etiam non facere vt quis habeatur pro domino, & vt ei accommodetur actio Publiciana, vel vt is vsucapiat. nullus est titulus pro iurato, nisi scilicet aduersus eum tantum, qui detulit iusiurandum. ergo ea iurisiurandi causa in hoc titulo non habetur pro iusta, nisi aduersus eum qui detulit iusiurandum, quæ est sententia § *si petenti.* cætera sunt faciliora & pene explicata à nobis in prima recitatione ad hunc titulum. Ait deinde Vlp. in *Publiciana actione omnia eadem erunt quæ in rei vindicat.* recte Accur. quæ dicta sunt in rei vindic. de dolo, culpa, mora, fructibus, sumptibus, eadem omnia esse transferenda ad Public. in rem actionem. Concurrit cum Publiciana interdictum Publicianum, cuius quidem nullo loco fit
C mentio, sed eadem vtilitas exigit vt introducatur: nam cum sit vindicatio vtilis Publiciana, quæ est quasi de proprietate, debet etiam de possessione dari interdictum, hoc est, ei cui datur Publiciana, quæ est quasi de proprietate, debet etiam de possessione dari interdictum. si quasi proprietatem possum vindicare, cur non vindicabo possessionem, quod fit per interdictum. Similiter cui datur actio superficiaria, quæ est vtilis vindicatio, datur interdictum de superficiebus in *tit. de superfic.* & consequenter cui datur vectigalis actio, datur etiam interdictum de emphyteusi. Similiter & feudatario datur vtilis vindicatio & interdictum de feudo. & quod dicitur in *l. 1.* §. *omnia, inf. de superf.* omnia quæ seruantur in interdicto vti possidetis, quod quidem datur domino de possessione, non de proprietate, seruari etiam in interdicto de superficie: & quæ dici possunt
D etiam de interdicto Publiciano, quod exemplo superficiarij introducitur, & interdicto vectigalis, & feudatario: sicut inquam ea quæ dicuntur de interdicto vti possidetis, sunt transferenda ad eadem interdicta quæ comparata sunt exemplo interdicti vti possidetis: sic etiam ea quæ dicta sunt de rei vindicat. tit. superiori de officio iudicis, sunt transferenda ad actionem Publicianam superficiariam, vectigalem, feudatariam, quæ ad exemplum directæ vindicationis comparatæ sunt. & inde sequitur hanc actionem competere heredibus & honorariis successoribus. hoc in tit. superiore non docuit, rei scilicet vindicationem dari heredib. & honorariis successoribus, quia scilicet heres non habet vindicationem vt heres, sed vt dominus, hoc est agit rei vindicatione non iure hereditario, sed iure suo & nomine
E suo, vt in *l. de eo* § *vlt inf. ad exhib.* sed vt de eo moneamus, in hoc tit. subest ratio: quia hæc actio non datur nisi cum & vsucapio interuenit, & dubitari poterat an coepta vsucapio à defuncto interrumpatur morte, an descendat in heredem: nam si non descendit vsucapio in heredem, nec descendet actio Public. sed quia vsucapio quasi coniunctim descendit in heredem, nec morte interrumpitur, etiamsi aliquo tempore iaceat hereditas sine possessore, *l. cum miles, inf. ex quib. cau. mai. l. cum heres, inf. de diuer. & temp. præs.* consequenter monet, heredi etiam & cæteris omnibus successoribus prætoriis dari actionem Public. descendere & in eos vsucapionem & Public. & spectandam non esse opinionem heredis: quia si defunctus bona fide emerit rem & acceperit, hoc nihil nocet heredi,

licet ſcierit rem eſſe alienam. bona fides defuncti prodeſt heredi etiamſi ſcierit rem eſſe alienam, ſicut & mala fides defuncti nocet heredi, licet bona fide eam rem poſt aditam hereditatem apprehenderit: ſuccedit enim in vitia & virtutes, in fidem bonam & in fidem malam defuncti in §. *in Public. actione, hac l. & d. l. cum heres.*

Ad §. Si ego

Si ego non emero, ſed ſeruus meus, habebo Publicianam. Idem eſt, & ſi procurator meus, vel tutor, vel curator, vel quis alius negotium meum gerens emerit.

VLpianus in *l. 7. §. ſi ego* reſumit cauſam emptionis & venditionis, & deinceps toto titulo idem Vlpian. cæterique auctores de ea tantum cauſa fere diſputant. cur de hac præcipue? quia etiamſi huius edicti ſententia pertineat ad omnes iuſtas cauſas acquirendarum rerum, proprie tamen eſt de cauſa emptionis & venditionis: edicitur enim hoc edicto nominatim de re tradita ex cauſa emptionis & venditionis, vt indicat §. *Prætor ait, qui bona fide emit.* idem etiam indicat *l. 3. ſup.* quia cum porrigit vim huius edicti ad omnes iuſtas cauſas acquirendarum rerum, dum auget edictum interpretatione, ait Public. actionem competere non tantum bonæ fidei emptori, licet de eo tantum loquatur edictum, ſed etiam aliis iuſtis poſſeſſoribus. Idem etiam indicat *l. 8.* quæ oſtendit in actione Public. quæ ſcilicet datur bonæ fidei emptori verbis edicti, ſententia omnibus iuſtis poſſeſſoribus, ſed ſecundum verba edicti dari etiam actionem Publicianam bonæ fidei emptori, cui res tradita fuerit, nec requiri vt is pretium ſoluerit, quod non ita fit in rei vindicatione directa: nam vt ſit & competat directa vindicatio emptori, neceſſe eſt, vt emptor ſoluerit pretium, vel vt de eo ſatisfecerit, puta pignore, vel expromiſſore dato, vel alia ratione, quia dominium rei emptæ non acquiritur traditione, niſi & pretium ſolutum fuerit. Igitur in directa vindicatione exigimus vt acceperit rem emptor, & viciſſim ipſi venditori ſoluerit pretium. In Public. exigimus tantum traditionem: nam in edicto, de traditione rei tantum exprimitur, de pretio ſoluto nihil exprimitur: vnde coniicitur, vt competat Public. non eſſe neceſſarium, vt emptor qui rem accepit, & viciſſim ſoluerit pretium venditori. & cauſa differentiæ iuſta eſt, quia dominium, quod quidem parit directam vindicationem, non acquiritur niſi ſoluto pretio, *l. quod vendendi, inf. de cont. empt.* poſſeſſio iuſta, ſiue bonæ fidei, quæ parit Public. actionem, acquiritur etiam non ſoluto pretio. traditio facit te poſſeſſorem, etiamſi non ſolueris pretium, ſed traditio non facit te dominum, niſi ſolueris pretium. Demonſtraui tria argumenta, vnum ex §. *Prætor hac l.* alterum ex *l. 3.* tertium ex *l. 8.* quibus intelligitur hoc edicto fuiſſe tantum expreſſam cauſam emptionis & venditionis: & ideo de ea auctores potiſſimum tractare, ſed tamen quidquid de ea dicitur, idem eſſe ſtatuendum in omnibus iuſtis cauſis acquirendarum rerum, quia ad has omnes edictum extenditur prudentum interpretatione. ait in §. *ſi ego non emero.* Ergo ſi ſeruus meus emerit & acceperit: nam hoc exigitur in Public. & ſubaudiendum eſt ſemper, mihi competit Public. perinde ac ſi emiſſem & accepiſſem: & hoc eſt verum indiſtincte, ſiue ſeruus emerit peculiari nomine, ſiue non, *l. 9. §. vlt. & l. 10. inf.* vbi quod dicitur de municipibus, eadem ratione obtinet in omnibus priuatis. ſi ſeruus municipum, municipia ſunt inſtar priuatorum, emerit rem aliquam, & acceperit, Public. competit municipibus, ſi emerit rem alienam bona fide: nam receptum eſt per ſeruum municipes poſſidere, & vſucapere poſſe, *l. tigni §. item municipes, ad exhib. l. 1. §. vlt. de acq. poſſ.* ergo & per ſeruum poſſunt acquirere Public. actionem, quæ vbi interuenit poſſeſſio iuſta, & vſucapio ſequi poteſt, interuenit & ipſa ſemper, & hoc, vt ait *l. 10.* ſiue peculiari nomine emerit eam rem ſeruus municipum, ſiue non, hoc eſt, ſiue eam emerit ſuo nomine, ſiue nomine domini. hæc duo oppo-

A nuntur ſemper in libris noſtris, *peculiari nomine, & nomine domini, l. cum municipium inf. de ædil. ed. l. 2. §. ſi ſeruus tuus, inf. pro empt. nomine domini,* id eſt, ex iuſſu mandatoque domini, & *nomine peculiari,* id eſt, ſuo nomine, ſerui nomine, quia peculium ſeruo eſt quaſi patrimonium, *l. ſi decem 2. inf. de ſtatulib.* quod ergo emit peculiari nomine, ſuo nomine videtur emiſſe, *l. in. huiuſmodi, inf. de contrat. empt. ſuo nomine,* id eſt peculiari nomine. & pari ratione, ſi ſeruus meus ſit in fuga, & emerit rem alienam, & acceperit, ego habebo Public. *l. ſi ſeruus, inf. hoc tit. licet,* inquit, *poſſeſſionem rei per eum nactus non ſim,* id eſt, ſic enim id eſt accipiendum, licet corpore meo eius rei poſſeſſionem non apprehenderim ſeruo exiſtente in fuga; quia ſcilicet ſecundum Sabinianorum ſententiam; eſt autem ea *l. ſi ſeruus* ad B Sabinum, poſſeſſio ſerui qui eſt in fuga, & poſſeſſio rerum quas ille accepit, mea eſt ſecundum Sabinianos. iure ciuili poſſideo rem corpore ſerui, etiam eius qui eſt in fuga, licet nondum poſſideam corpore meo, *l. 1. §. per ſeruum qui in fuga, & l. per eum qui, in fi. inf. de acq. poſſ.* ergo indiſtincte etiam per eum ſeruum, qui eſt in fuga mihi parabitur poſſeſſio, & vſucapionis occaſio, & actio Public. Idem eſt ſtatuendum de ſeruo hereditario ex *l. 9. §. pen. inf. hoc tit.* Seruus hereditarius ſemper in libris noſtris, licet plerique aduerſentur, dicitur, quamdiu iacet hereditas, quamdiu non aditur hereditas. poſt aditionem hereditatis ſeruus eſt heredis, non hereditarius. iacente tantum hereditate dicitur hereditarius, nec vnquam fallet hæc definitio. Finge; ſeruus hereditarius, id eſt, iacente hereditate, necdum adita, emit rem alienam, & accepit bona fide; nam hoc ſemper eſt intelligendum in Public. actione, quæritur an Public. competat heredi poſtea facto, & placet competere: C nam vel emit peculiari nomine, vel non. ſi emit peculiari nomine etiam iacente hereditate, videbitur acquiſiſſe poſſeſſionem eius rei, & procedet vſucapio interim, *l. 1. §. item acquirimus, inf. de acq. poſſ. l. qui à ſeruo in fi. inf. de oblig. & act. l. pen. de capt. & poſt. l. iuſto §. nondum, de vſurp. & vſuc. inf.* ergo interim videbitur eius rei acquiſiiſſe poſſeſſionem hereditati, & procedet vſucapio interim, & deſcendet in heredem poſtea factum, atque etiam actio in eum deſcendet Public. Quod ſi rem emerit, non ex cauſa peculiari hereditate iacente, eius rei ſane interim vſucapio non procedit, nec poſſeſſio, ſed vſucapionis initium erit tempus aditæ hereditatis, id eſt, vbi deſierit eſſe ſeruus hereditarius, & factus fuerit heres per aditionem, tum incipit eius rei interim emptæ & acceptæ poſſeſſio eſſe heredis D & vſucapio, & Public. actio. Igitur etiam indiſtincte per hereditarium ſeruum, vel interim paratur Publiciana; vel vſucapio heredi futuro, vel ab eo tempore demum quo heres extiterit, & adierit. Neque his quæ diximus obſtat *l. præſcriptio §. vlt. inf. de vſurp. & vſuc.* quæ negat procedere vſucapionem iacente hereditate, etſi ſeruus hereditarius emerit peculiari nomine: nam hoc eſt ibi ſcriptum ſecundum ſtrictam rationem iuris, & hoc verum ſecundum ſtrictam rationem iuris, *d. l. iuſto §. non ſolum,* ait, iure ſingulari hoc eſſe receptum, vt interim procedat vſucapio, cum peculiari nomine emit ſeruus hereditarius: ſecus eſt igitur iure ciuili, vt in *d. l. præſcriptio §. vlt.* Summa eſt hæc, per ſeruum qui emit & accepit rem, nobis parari Public. ſiue emerit peculiari nomine, ſiue noſtro. Addamus, aliud E eſſe dicendum ſi acceperit rem alieno nomine puta Titij: nam poſſeſſio acquiritur Titio, *l. 1. § hæc quæ de ſeruis, inf. de acq. poſſ.* non poteſt igitur domino competere Public. cum poſſeſſio eius non ſit, ſed Titij, cuius nomine rem accepit ſeruus: nam ſeruus alienus non prohibetur rem accipere nomine alieno, non prohibetur ſeruus alij rem gerere, operam ſuam alteri accommodare quàm domino. recte igitur accepit nomine Titij, & Titio acquiret poſſeſſionem. non ergo domino: ob id non dabitur domino Public. nam vt ſit Public. exigimus vt ipſe emerim, vel vt emerit aliquis noſtro nomine, & vt acceperimus, vel vt acceperit quis noſtro nomine. vbi hæc duo non concurrunt, non eſt Public. Quod autem diximus de ſeruo, idem alie-

no, puta omnino statuendum est de procuratore nostro, in tutore, in curatore, in gestore negotiorum, vt ait in §. *si ego*, scilicet si nostro nomine emerit, & rem acceperit, non si suo nomine, non si alieno nomine, *l. 1. §. per procuratorem, inf. de acq. poss.* Seruus suo nomine non potest sibi rem gerere, vel sibi acquirere possessionem, quin eam confestim acquirat domino iure potestatis: igitur seruus etiamsi suo nomine rem acceperit, possessio confestim fit domini: at si liber homo, puta procurator, tutor, curator, gestor rem acceperit suo nomine, possessio non fit domini: igitur idem tantum statuemus in his personis, si nostro nomine rem apprehenderint, non si suo, aut alieno. at quia in Public. non satis est rem emisse & traditam accepisse, sed necesse est etiam bona fide emisse & bona fide accepisse, videndum est cum seruus noster emit & accepit, vel procurator, cuius fides sit spectanda, an eius qui emit, an eius cui acquiritur, cuius opinio sit spectanda, an eius qui emit, an eius cui adquiritur: quod satis difficile est ostendere, & tamen in §. *in hac*, illo versu *sed enim*, ait generaliter, quod si seruus meus emerit, dolus eius spectandus est, id est, mala fides non meus, vel contra, eius bona fides spectanda est, non mea: sed necesse est vt hoc explicetur distinctius hoc modo: aut seruus meus emit peculiari nomine, aut meo. si emit peculiari nomine, procul dubio eius opinio spectanda est. si mala fide emerit, non erit domino etiam ignoranti Public. si bona fide emerit, erit domino Public. etiam si dominus scierit rem alienam esse. atque ita spectabitur opinio serui qui emit suo & peculiari nomine, non opinio eius cui acquiritur, sed eius opinio qui contrahit suo nomine; & excipiendus est tantum vnus casus, si eo ipso tempore quo emit seruus, dominus scierit rem alienam esse: hoc enim casu bona fides serui non proderit domino qui adfuit venditioni sciens vendi rem alienam. *l. 2. § si seruus meus, inf. pro empt.* est similis eademque exceptio, *l. imo, inf de liber cau.* si emente seruo præsens fuerit dominus, & potuerit prohibere seruum emere, & scierit seruum emere rem alienam, hoc casu domino non procedit vsucapio, nec datur Public. licet seruus bona fide emerit. excepto hoc casu, cum seruus emit peculiari nomine, serui tantum opinio spectatur non domini. ignorantia serui prodest domino etiam scienti rem esse alienam, scientia serui nocet domino etiam ignoranti rem esse alienam. sed si seruus emerit rem nomine domini: puta iubente vel mandante domino, hoc etiam casu idem statuemus quod superiori, cũ emit peculiari nomine: si emerit sciens, nam hoc etiam casu scientia, dolus, mala fides serui nocet domino etiam ignoranti rem esse alienam, siue certam rem emi mandauerit, puta certum hominem, siue incertam: sed cum seruus hic emit nomine domini ignorans, bona fides serui non spectatur, bona fides eius & ignorantia eius non prodest domino scienti, *l. 2. § si seruus tuus & seq duobus §§. inf. pro empt.* idem est in patre & filiofam. *l. heres § vlt. inf de vsurp. & vsuc.* nam quod seruus emit nomine domini, vel filiusfam. nomine patris, dominus vel pater non vsucapiet propter suam scientiam, vel propter scientiam serui aut filij, id est, siue ipse scierit solus, siue filius aut seruus solus, non procedit vsucapio: & ita scientia domini ei nocebit, licet ignorauerit seruus, & contra scientia quoq; serui ei nocebit, licet ignorauerit dominus vel pater. Idem etiam omnino sequimur, in actione redhibitoria, *l. cum mancipium §. vlt. inf. de adil ed.* quæ actio emptori datur ignoranti, id est, ei qui emit rem vitiosam. scienti non datur. Finge: seruus alienus vel filiusfam. emit, cuius opinio spectatur? idem omnino sequimur, *d l cum mancipium*, & facimus eandem distinctionem, an emerit peculiari nomine, an nomine domini. eandem etiam facimus in procuratore, tutore, & cæteris qui nostro nomine emunt, vt scilicet scientia eorum noceat etiam ignorantibus, siue certam rem cui mandauerimus, siue incertam: itaque non poterimus vsucapere quod illi nostro nomine emerunt scientes rem esse alienam, quamuis nos putemus non esse alienam, sed ipsi tenentur nobis actione mandati, vel negotiorum gestorum, vel tutelæ, quod temere nobis emerint rem, quam sciebant esse alienam. ignorantia autem eorum nobis etiam non prodest scientibus rem esse alienam in *d. l. cum mancipium*, quæ est de actione redhibitoria, vt dixi, sed idem ius sequimur in quæstione vsucapionis, & in quæstione actionis redhibitoriæ, quia non facile datur redhibitoria actio si vel seruus scierit alienam, vel dominus. facile etiam non procedit vsucapio, si vel hic vel ille scierit. In aliis tamen causis cæteri auctores non omnino idem admittunt, cum quis emit nomine domini, id est, cum quis emit mandatu domini: nam in causa actionis redhibitoriæ & vsucapionis, cum quis emit nomine domini, id est, mandatu domini, non distinguimus emi mandauerit certam rem an incertam. *l. cum mancipium* tollit hanc distinctionem nominatim, quam tamen retinent cæteri auctores in aliis causis, vt in quæstione emptæ rei litigiosæ, quæ res nocet emptori scienti, non ignoranti, & in emptione liberi hominis: nam si seruus, vel procurator, vel tutor emerit nomine domini rem certam, id est, mandante domino, scientia eius qui emit rem certam ex mandato domini, non nocet domino ignoranti: sed si emerit rem incertam ex eius mandato, scientia eius nocet domino etiam ignoranti. & ita est accipienda *l. 2 inf de litig. l. imo, & l seq & l. non solum § pen inf de lib cau* Post hæc in *hac l* proponitur bonam fidem, vt sit actio Public. exigi duobus temporibus tantum, tempore emptionis, & tempore traditionis: nam etiam vt procedat vsucapio, non satis est bona fide accepisse, sed etiam oportet bona fide emisse: cum tamen in aliis causis acquirendarum rerum sufficiat bona fide accepisse. sed emptionis negotium bonam fidem exigit duobus temporibus, contractus scilicet & traditionis. atque hoc modo fit, vt sciens rem alienam recte agat Public. sicut sciens rem alienam recte vsucapit, rem inquam bona fide cœptam vsucapi: nam incidens scientia, siue mala fides non interrumpit vsucapionem, nec tollit Public. actionem: nec enim exigimus vt ignorauerit rem esse alienam ante emptionem, nec vt ignorauerit rem esse alienam post traditionem. satis est si emerit bona fide, & acceperit bona fide. cætera tempora non nocent ei. exigimus tantum bonam fidem emptoris, bona fides venditoris non exigitur: nam etiam quod venditor non potuit vsucapere propter malam fidem, quia sciebat rem alienam, emptor potest vsucapere si acceperit bona fide, §. *quod autem, Instit de vsucap.* quia vsucapio non descendit a venditore in emptorem, sed sumit eam emptor à lege, ipseque incipit vsucapere, quod nec ceperat, nec poterat vsucapere venditor. Sicut ergo mala fides venditoris non nocet bonæ fidei emptori in vsucapione, sic nec in Public. actione. & longe alia est ratio heredis, & defuncti. mala fides venditoris non nocet bonæ fidei emptori. bona fides venditoris non prodest malæ fidei emptori ad vsucapionem, vel Public. actionem. defuncti tamen mala fides nocet bonæ fidei heredi, & retro defuncti bona fides prodest malæ fidei heredi, si vel defunctus bona fide emerit & acceperit.

Ad l. IX.

Siue autem emptori res tradita, siue heredi emptoris: Publiciana competit actio.

Ait quidem Publicianam competere si emerit quis bona fide. nihil interest tradatur ei, an heredi eius. sed si emerit quis bona fide, & tradatur heredi eius scienti rem esse alienam, bona fides defuncti nihil ei prodest, *l. heres in princ. de vsurp. & vsuc.* rursus dico, si emit defunctus bona fide, sed non accepit, & traditum accipiat heres eius mala fide, non vsucapiet. bona fides defuncti ei non proderit: necesse est, vt sicut defunctus emit bona fide, sic & traditum accipiat bona fide. ita accipiendum initium huius *l. 9.* sed si defunctus emit & accepit bona fide, vsucapiet, & aget Public. heres eius, etiam si possideat mala fide, quia heres est vniuersi iuris successor, tam actiuè quam passiuè

succedit in bonam & malam fidem defuncti: & videtur eadem persona, idem homo, heres & defunctus: longe secus quam si quis succedat in rem. succedit heres in vniuersam qualitatem defuncti. emptor non succedit in vniuersam qualitatem auctoris sui, sed in rem tantum. Tunc igitur mala fides defuncti heredi nocet, & bona fides prodest: nisi cum defunctus emit tantum rem bona fide, & heres accipit rem traditam tantum mala fide: quia in traditione nullius interuenit bona fides, & exigitur bona fides illis duobus temporibus: non potest procedere vsucapio: alias cum mala fide defunctus emit & accepit, dicemus nocere malam fidem heredi, & adiiciemus etiam heredem non vsucapturum eam rem pro herede: qua de re addubitat Accur. quod emit defunctus mala fide, & accepit, non vsucapiet heres pro emptore, sed nec vsucapiet etiam pro herede, licet sit bonae fidei possessor, & putet rem esse hereditariam: nam rem possessam à defuncto mala fide, nullo titulo heres vsucapere potest, sicut nec defunctus potuit, in cuius vitia succedit heres. sed rem non possessam à defuncto si inueniat in hereditate & existimet esse hereditariam, eam vsucapiet pro herede, *l. pen. inf. pro her.* ita etiam retro, si emit mala fide defunctus, & non accepit, & deinde heres eius accepit bona fide: rem igitur non possessam à defuncto heres vsucapiet, nec ei officiet mala fides in qua fuit defunctus emendo.

Ad §. si quis apud se.

Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.

VLp. ait Public. actionem competere siue emptori res tradita sit, siue emptoris heredi. eadem est persona propemodum heres & defunctus, nec vllus est qui propius accedat ad vicem defuncti quam heres, & ideo dum traditur heredi, & ei qui emerit tradi videtur. qua de causa etiam vt procedat vsucapio, & competat Public. non satis est defunctum emisse bona fide, nisi & heres eius rem traditam sibi acceperit bona fide, *l. heres, inf. de vsurp. & vsuc.* & vice versa, vt non procedat vsucapio, & non sit Public. non satis est defunctum mala fide emisse, nisi etiam heres eius rem traditam acceperit mala fide: nam si eam acceperit heres bona fide quasi hereditariam, cum sibi traderetur, etiamsi non pro emptore, poterit tamen vsucapere pro herede, & pro suo, quam nunquam defunctus possedit, & consequenter ante vsucapionem impletam, poterit agere Publiciana: quae est sententia eorum quae diximus supra ad initium huius *l.* Sequitur in hac l. in Public. exigi, vt iam dictum est, causam iustam traditionis, & traditionem, & non vtique exigi semper traditionem corporalem, sed fictitiam traditionem nonnunquam sufficere, vt in multis iuris partibus tantum potest fictio, quantum veritas: fictitia est traditio, si vendam tibi rem, quam tu iam habes ex alia causa, puta quia commodaui, vel deposui apud te, vel pignori dedi: res itaque habetur pro tradita quae venditur ei qui eam iam habet, & possidet ex alia causa, *§. interdum, Instit. de rer. diuis. l. quadam, tit. prae. l. si seruus, in fi. de acq. rer. dom.* & vbique Accur. praefracte defendit rei praesentiam esse necessariam hoc casu, vt res tradita videatur ex causa venditionis ei, qui eam possidebat ex alia causa, perperam & frustra: nam satis est praesens res, quam emptor ipse iam habet, nec praeterea necesse est conuenire in rem praesentem. in re praesenti contrahere, id est, insidere rei dum contrahitur emptio venditio: nam satis praesens est quam habet emptor, cui insidet emptor & ita etiam in *l. eius, tit. prac. sup.* si is cum quo agitur rei vindic. sustulerit litis aestimationem, eo genere statim rei dominium ei acquiritur, quasi ex causa emptionis, quia emptoris loco habetur, si modo eam rem penes se habuerit, nec exigitur vt in rem praesentem veniatur, vt in re praesenti contineatur aestimatio litis. Post haec sequitur, *sed & si*

A *praecessit traditio &c.* quod male Accur. interpretatur de emptione conditionali, atque ita praua interpretatione obscurat praeclaram sententiam huius loci, quae est talis: rem venditam pro tradita haberi, non tantum si vendatur ei qui eam habet iam ex alia causa iusta, puta pignoris, depositi, commodati, aut precarij, sed etiam si vendatur ei qui eam iam habet sine causa. traditio hic significat traditionem nudam. Species haec est: tradita est res Titio sine causa, est traditio nuda. deinde eidem Titio rem habenti vendita est eadem res. atque ita traditionem nudam secuta est causa, emptio. causa sequens corroborat & confirmat traditionem nudam, & ideo inefficacem. traditio erat inefficax, sed redditur efficax subsequente emptione, atque ita desinit esse nuda: vnde quod dicitur in *l. nunquam, de acq.* B *rer. dom.* nudam traditionem non transferre dominium, sed ita demum si iusta causa praecesserit propter quam traditio sequeretur, id est ita supplendum interpretatione, vt idem sit si iusta causa sequatur traditionem nudam: nam & hoc modo traditio nuda, id est, quae initio fuit nuda, transferet dominium, vel praestabit vsucapiendi occasionem, & actionem Public. Ergo sententia huius loci haec est, rem quam habebas, venditam tibi, & traditam videri ex causa venditionis, siue eam habueris ex alia causa iusta, siue sine causa, id est, ex traditione nuda. Tum deinde Vlp. docet, huic edicto siue actioni locum esse, non tantum si venierint res singulae, & traditae fuerint, sed etiam si venierit hereditas, & res quaedam, quae sunt hereditariae, emptori traditae fuerint, quod vtique necesse est venditorem hereditatis exequi, id est venditor hereditatis res hereditarias tra-C dere debet, *l. qui filiusfamilias, inf. de hered. vend.* ergo earum rerum nomine quas tradidit venditor hereditatis bonae fidei emptori, dabitur actio Publiciana: & hoc ait placere Neratio, qui scilicet fuit Proculeianus. videntur dissensisse Sabiniani hac ratione, quia cum venditur hereditas, ius venditur, quod est incorporale, corpora singula, vel res non venduntur: hereditas est nomen iuris & inde fit etiam vt euictis rebus hereditariis non teneatur venditor hereditatis actione de euictione, *l. 1. C. de euict. l. vlt. inf. eod. tit. l. 2. in princ. inf. de her. vend.* si euictis rebus hereditariis non est actio de euictione, videtur etiam non esse Public. *arg. l. 2. § si à furioso, inf. pro empt.* Sed Neratio aliud iudicium est hac ratione, quasi vendita hereditate & res hereditariae quae traditae sunt emptori pro emptis habendae sint: nam quod eis euictis non sit emptori actio de D euictione, hoc non ideo est, quod non videantur res traditae emptori emptae, sed quod id agatur inter venditorem hereditatis & emptorem, vt neque plus, neque minus habeat emptor hereditatis, quam venditor habiturus foret, *d. l. 2. & l. 5.* vnde si res quae euincitur, non sit hereditaria, ideo non agit de euictione emptor, quia id non est actum, vt res non hereditaria veniret: & si res sit hereditaria reuera euincitur iniuria iudicis, iniuria autem iudicis non onerat venditorem: nam vt teneatur de euictione venditor, iure rem euinci oportet, non iniuria, *d. l. 5.* hac ratione ob res singulas non est actio de euictione: non quod & ipsae si sint traditae, non habeantur pro venditis; sed cum sequantur venditionem hereditatis, ob ipsam hereditatem euictam ab alio qui se heredem dixerat, constat esse actionem E de euictione.

Ad §. si duobus.

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana vti possit: vtrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Iulianus libro septimo Digestorum scripsit, vt, si quidem ab eodem non domino emerint, petitor sit, cui priori res tradita est: quod si à diuersis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis. quae sententia vera est.

PRoponitur elegans quaestio, vtri competat actio Public. si quis duobus eandem rem vendiderit, & tradi-

derit separatim, id est, diuersis temporibus in solidum, quod hic Azo distinctius perduxit per omnes casus qui possent in hanc quaestionem incidere, & summa quaestionis distinctius excussa diligenter haec est. aut vnus vendit duobus eandem rem in solidum diuersis temporibus; aut duo vendunt duobus separatim quisque. si vnus vendat duobus, aut est dominus, aut non. si vnus dominus vendat & tradat duobus, praefertur is cui priori tradiderit in vindicando dominio, in vindicatione directa, *l. quoties, C. de rei vind. l. 3. C. Gregor. eod tit.* sed exigimus vt is cui priori tradiderit, soluerit pretium: alioqui traditio non fecit dominum, non dedit directam vindicationem, atque ita *l. quoties* exigit, vt pretium soluerit cui priori res tradita est. & ait, *quoties duobus pradium iure distrahitur,* vbi haerent interpretes propter illud vocabulum, *iure;* dicunt enim B fieri non posse, vt duobus eadem res iure distrahatur, cum constet eum qui duobus vendit, teneri crimine falsi, sed remissius punitur quam lege Cornelia: nam bona ei non auferuntur, & relegatur tantum ad tempus, bonis non ablatis, *l. qui duobus, ad leg. Cor de fals.* ideo etiam impostor coërcetur legibus Longobardorum *tit de his qui rem alienam post denunciationem, id est, post traditionem fraudulenter alienant,* & constat etiam eundem ciuiliter posteriori emptori teneri ex empto, in id quod interest, *l. qui tibi, C. de her. vend.* Sed ex his male colligitur rem non iure distrahi duobus. Cur non iure distraho vni, ac deinde alteri, cum & rei alienae emptio sit? valet igitur venditio, etiamsi teneatur falsi. quod teneatur falsi, non ideo sequitur venditionem esse nullam. & quod ait *d. l. quoties, quoties iure distrahitur,* id est, lege non prohibente: sunt enim quaedam C res quae non possunt alienari neque vni, neque duobus, vt fundus dotalis: ergo quoties est talis res quae possit distrahi, & distrahitur duobus, haec est sententia legis, praefertur is cui priori res tradita est. idem etiam dicendum est, si vnus non dominus rem vendiderit & tradiderit duobus: nam & sic praefertur is cui priori tradiderit, nec exigimus hoc casu vt ei suppetat Public. vtque in ea praeferatur alteri, vt is pretium soluerit, quia possessio rei traditae transit in emptorem etiam pretio non soluto, licet dominium non transeat, & possessionem transisse satis est, vt sit Public. quia & Publific. species ad eos tantum casus pertinet, quibus dominium non transfertur in emptorem, id est, ad venditionem rei alienae, *l. de pretio 8.* Et nihil obstat *l. si à Titio, tit prae.* quae exigit in quaestione Public. vt pretium solutum sit, sed D non propter Public. sed alia ratione, alioque intuitu. Idem etiam dicendum est, si vnus & idem cum non esset dominus, vendiderit Titio primum, deinde cum esset dominus, vendiderit Caio. Nam & hoc casu Titius qui prior est, cuique priori res tradita est, licet ab eo acceperit qui nondum erat dominus, praeferetur ei qui ab eodem accepit, cum esset tum rei dominus, quae est sententia *d. l. si à Titio:* & idem erit è contrario, si cum esset dominus, vni vendiderit, & deinde cum non esset dominus, alteri vendiderit; nam semper praefereturis cui priori tradiderit. quid si duo vendiderint diuersis? non possunt duo diuersi domini in solidum diuersis vendere, quia non possunt esse duo domini eiusdem rei in solidum, & ita distinguitur: aut ex illis qui vendiderunt, vnus est dominus, alter non dominus; & hoc casu is qui à domino emerit, & acceperit, praeferetur, licet E sit posterior, *l. si ea re § vlt. inf. de action. emp.* praeferetur directa vindicatio Publicianae, id est, qui emit à domino, licet posterius emerit, ei qui emit à non domino, & agenti Publiciana obstabit exceptio dominij iusti, *l. pen. inf. hoc tit.* quod si duo non domini duobus singuli singulis in solidum eandem rem vendiderint, quis praeferetur in actione Publiciana? & ait hoc loco Vlp. ex Iuliano praeferri possessorem, non eum cui priori res tradita est. In pari causa melior est conditio possidentis, vtriusque emptoris potior est causa, quia vterque à non domino emit. hic igitur non est quaerendum quis prior emerit, & acceperit, sed quis possideat nunc, is melior est & potior qui nunc possidet, cum agitur Public. nam si alter emptor agat Public.

A quia forsitan prior rem emerat, & acceperat, is qui possidet excipiet hoc modo: *si non mihi quoque res vendita & tradita est à non domino,* & erit sententia haec exceptionis, & mihi & tibi res vendita est à non domino. par ergo vtriusque causa, & consequenter te vincere debeo, quia possideo. Idemque obtinet in donationibus, si duo non domini donauerint duobus. Idem in pignoribus, idem in dotibus, *l. quoties, infra, de pignorib. & l. si dominus, qui pot. in pign. hab.* vnus est, aut duo, vnus non dominus rem eandem pignori obligat duobus. Quis erit potior in pignore? prior: sed si duo non domini separatim rem pignori obligauerint duobus, potior erit, non prior, sed possessor: atque ita etiam id ex Iuliano definitur. Sed obstat lex *si ea res § vlt. inf. de act emp.* quae dicit rem à duobus non dominis venditam duobus, & tamen ait eum praeferri cui priori res tradita fuerit; potior est igitur is qui prior rem accepit, non qui nunc possidet. & circa vnam rem multos ambitus facerem si quae de earum legum pugna variarunt interpretes omnia referre vellem. Illa sententia est receptior, vt si inter ipsos agatur qui eandem rem emerunt à duobus non dominis, melior sit causa possessoris, *arg. l. si debitor, inf. de pignor. & leg. 1. inf. de Salu. interd.* Sed si agatur aduersus tertium, aduersus personam tertiam, & extraneum, vt praeferatur is cui priori res tradita fuerit, & ita intelligitur *l. si ea res § vlt.* denique secundum hanc sententiam cum ipsi inter se agunt qui à duobus non dominis emerint, ex sententia huius *§. si duobus,* praeferetur possessor, non prior emptor: si agam aduersus extraneum, ex sententia *l. si ea res,* praefertur prior emptor. at profecto vel cauillamur, vel necesse est fateri in *l. si ea res § vlt.* proponi quaestionem motam inter ipsos emptores, & quaeri vter vtri praeferatur in Public. & ait tuendum esse priorem emptorem aduersus posteriorem, scilicet non aduersus extraneum vt aduersus extraneum agi in *d. l. si ea res §. vlt.* non magis possis dicere quam in hoc *§ si duobus.* animaduertendum hoc potius est, *l. si ea res* esse Neratij ex lib. 3. Membranarum, quo libro tractauit de actione Public; vt constat ex *l. vlt. huius tit.* hic Neratius Proculeianus fuit, Iulianus Sabinianus, ex cuius sententia Vlp. refert in *§. si duobus,* possessorem praeferri priori emptori, id est, possessorem posteriorem praeferri priori possessori, is, inquam, Iulianus Sabinianus fuit, & in hac specie etiam diuisas fuisse sectas nostrorum Iurisconsultorum indicio est affirmatio ad Vlp. posita in hoc §. *quae sententia,* inquit, *vera est,* id est, Iuliani, verior scilicet quam sectae alterius. In priori specie, cum hereditas venditur, & res hereditariae traduntur, Vlp. probauit sententiam Neratij. in hac sequenti specie, cum duo non domini vendunt duobus, non probat sententiam Neratij, sed Iuliani. & ad extremum dicit Vlp. in hac l. actionem Public. non competere de rebus quae vsucapi non possunt in *§. haec actio,* cuiusmodi sunt res furtiuae, quae non possunt vsucapi ex 12. tab. & seruus fugitiuus, quia quod attinet ad vsucapionem quodammodo est furtiuus, id est, ipse sibi furtum fecisse intelligitur, *l. 1. C. de seru. fugit. l. ancilla, inf. de furt.* in his ergo rebus quae non possunt vsucapi, non habet locum Public. amissa possessione, quia scilicet Public. fingit rem vsucaptam, non finguntur impossibilia nisi stulte, non fingit haec actio res vsucaptas nisi eas, quae possunt vsucapi, quae non est capax vsucapionis verae, nec est capax fictae. Sed huic sententiae opponitur lex *cum sponsus §. in vectigalibus, inf.* quae docet Public. locum habere in agris vectigalibus, qui non possunt vsucapi, inquit, atque etiam in aliis agris, & in superficiariis videlicet, qui etiam non possunt vsucapi. vectigales agri sunt emphyteuticarij in iure nostro: eadem fere est conditio vt dicitur, in *l specialt, tit. praeced.* agri emphyteuticarij, & superficiarij, vt demonstrabitur *tit. seq.* agrum emphyteuticarium si possideam vt emphyteuticarium, ita in suo habitu possessum non possum vsucapere, quia scio eum esse emphyteuticarium, scio esse alienum. eadem ratione superficiarias aedes non possum vsucapere, quia cum scio superficiarias, & scio superficiem cessisse solo, & eas esse alienas; & ideo vecti-

galia, & superficiaria prædia non possunt vsucapi, sed ius illud emphyteuticarium & superficiarium quod dicitur, ἐμφυτευτικόν, potest longo tempore acquiri. diuturna possessio eius prædij non faciet me prædij dominum, quia eum alienum esse non ignoro. sed pariet mihi ius illud ἐμφυτευτικόν. *l. si finita* §. *si de vectigalibus, inf. de dam inf.* idem erit etiam in aliis prædiis, vt ait §. d. leg. *cum sponsus*, id est, in prouincialibus prædiis, puta in tributariis, stipendiariis. Nam hæc etiam prædia non poterant vsucapi, quia erant res nec mancipi, & vsucapione quidem res mobiles acquiruntur siue mancipi sint, siue nec mancipi. & ita est intelligendum quod ait Vlp. in fragm. *vsucapione acquiri dominium tam rerum mancipi quam nec mancipi*, mobilium scilicet, non etiam idem in immobilibus, mobilium scilicet, non etiam immobilium. vsucapione acquiritur tantum dominium rerum mancipi, id est, quæ mancipari possunt, siue mancipationis iure alienari possunt, qualia erant tantum Italica prædia. prouincialia, quæ erant tributaria, vel stipendiaria, quæ erant nec mancipi non poterant mancipari, nec vsucapione acquiri, quia & possessores eorum prædiorum non censentur esse domini, sed Resp. Rom. potius, cui tributum aut stipendium pendebatur: Et ita recte Aggenus Vrbicus 2 *de limit. agror. constit Stipendiarij*, inquit, *agri quales erant prouinciales, nexui non habentur, id est, mancipio: sed neque mancipatio eorum, neque nexus legitimus eorum esse potest: possidere enim priuatis fructus tollendi causa & tributi soluendi conditio concessa est.* sed adiicit, eos tamen possessores agrorum stipendiariorum, eorum agrorum vindicationem habere: quod etiam significari dixi in § *in vectigalibus*, dum ait in aliis prædiis, puta in stipendiariis, vel tributariis, Public. locum habere, quia scilicet eadem ratione qua vsi sumus in vectigalibus & superficiariis, licet non possint vsucapi, longo tempore acquiri possunt. vsucapio parabat dominium, longi temporis possessio possessionem perpetuam, & firmam præscriptionem, id est, exceptionem tantum: & in actione Public. nihil interest res possit vsucapi, an longo tempore acquiri: ergo quod dicitur in hoc §. *in his quæ vsucapi non possunt cessare Public.* subaudiendum est, si & longo tempore acquiri non possunt: nam si possint hoc modo adquiri, hoc sufficit ad Public. actionem, *d.* §. *in vectigalibus*. eodem modo in seruitutibus vrbanis locum habet Public. *l. si ego* § *1 sup. hoc tit.* quæ tamen non semper vsucapiuntur; sed quia longo tempore acquiruntur, ideo in his locum habet Public. ante impletam possessionem. longi temporis 10. aut 20. annorum vsucapio erat anni, aut biennij, quod postea transformauit Iustinianus.

Ad L. XI.

Si ego emi, & mea voluntate alij res sit tradita: Imperator Seuerus rescripsit, Publicianam illi dandam.

1. § Si de vsufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque seruitutibus vrbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam: forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci. item rusticorum: nam & hic traditionem, & patientiam tuendam constat.

2. §. Partus ancillæ furtiuæ, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo, qui emit, possessus non est Sed heres furis hanc actionem non habet: quia vitiorum defuncti successor est.

3. §. Interdum tamen, licet furtiua mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi, & apud me conceperit, & pepererit: competit mihi in partu Publiciana, vt Iulianus ait: si modo eo tempore, quo experiar, furtiuam matrem ignorem.

4. § Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem vsucapere possem, si furtiua non esset, ex ea causa partum me vsucapere, si furtiuam esse matrem ignorabam. Ex omnibus igitur casibus Publicianam habeo.

5 § Idem est, & si ex partu partus est: & si non natus, sed post mortem matris, ex secto ventre eius extractus est, vt & Pomponius libro quadragesimo scripsit.

A *6. §. Idem ait, ædibus emptis, si fuerint diruta, ea quæ ædificio accesserunt huiusmodi actione petenda.*

7. §. Quod tamen per alluuionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit; & ideo, si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc petetur. si autem potest, & ad partem, quæ per alluuionem accessit, & ita Pomponius scribit.

8 §. Idem adserit, & si statuæ emptæ partes rescissæ petantur, similem actionem proficere.

9 §. Idem scribit, si aream emero, & insulam in ea ædificauero, recte me Publiciana vsurum.

10 § Item, inquit, si insulam emi, & ad aream ea peruenit, æque potero vti Publiciana.

B SI, *ego*, inquit, *emi, & mea voluntate alij res sit tradita*, vt Flor. scriptum est, *Public. dandam.* quod in § *ex his, Inst. per quas pers. nob acq.* proponitur ex constitutione Seueri, id existimo iunctum fuisse cum eo quod hic refertur ex eodem Seuero: ita scilicet vt primum constituerit Seuerus procuratorem constitutum in rem meam, qui rem mihi venditam meo nomine accepit, mihi acquirere possessionem, & per hanc dominium, & actionem Public. *d.* §. *ex his.* deinde procuratorem in rem suam, cui scilicet ego cessi actionem ex empto donandi animo, si rem mihi venditam mea voluntate suo nomine acceperit, & sibi habeat, eum sibi acquisiisse possessionem: & per hanc dominium, vel vsucapiendi conditionem, & actionem Public. & hoc est quod ait hoc loco, Seuerum rescripsisse, vt si alij res empta à me tradita esset mea voluntate, cum scilicet ei donatum volo, illi, vt & Florent. recte competere Public. non C mihi. Denique procurator aut constituitur in rem meam, aut in rem suam, rei ex causa emptionis accipiendæ. si in rem meam & meo nomine accipiat, mihi acquirit possessionem ex rescripto Seueri, & Public. actionem parat ex eodem rescripto. si sit procurator in rem suam, atque ita rem emptam à me accipiat sibi & suo nomine, sibi acquirit possessionem, & actionem Public. proinde sicut alius recte tradit rem venditam voluntate venditoris, §. *vendita, Inst. de rer. diuis.* ita etiam alij recte traditur voluntate emptoris, siue accipienti nomine emptoris, quo casu emptori paratur Publiciana, siue accipienti suo nomine, quo casu illi paratur Publiciana, non emptori: vt cum emptor iussit venditorem ei tradere cum scilicet ei donatum vellet: habebit ergo Publicianam, licet rem non emerit, quasi D scilicet ego videar illi emisse non mihi, cui mox iussi tradi rem emptam donandi animo. Sed adnotandum hac in re traditionem rerum singularum multum distare à restitutione hereditatis fideicommissariæ, & quod hic dicitur ex rescripto Seueri de traditione rei emptæ facta alteri voluntate emptoris, qui alteri donare voluit, non esse producendum ad restitutionem hereditatis fideicommissariæ factam alteri voluntate fideicommissarij: Nam si heres scriptus rogatus sit restituere hereditatem Titio, & heres restituerit alij voluntate Titij accipienti nomine Titij, ex SC. Trebelliano actiones transeunt in Titium, cuius nomine restituta & accepta est hereditas, actiones, inquam, quas heres habuit, qui restituit & quibus fuit obstrictus: quod ostenditur in *l. restituta inf. ad Trebell.* & possunt omnia quę continentur in ea *l. restituta* accommodari ad Publicianam ex E *l. cum sponsus* §. *vlt. & l. quicunque* §. *vlt. inf.* Sed si heres rogatus restituere hereditatem Titio, eam alij restituerit accipienti suo nomine, cum hoc vellet Titius, vt suo nomine acciperet, & sibi cum vellet haberet, in accipientem non transeunt actiones ex SC. Trebell, quas heres habuit, & quibus fuit obstrictus, *l. si mulier* §. *ex asse, inf. de iur. dot.* quia ex eo SC. non transeunt actiones Trebellianæ, sic enim appellantur, nisi in eum cui debetur fideicommissum. huic non fuerat relictum fideicommissum. ergo non possunt in eum transire actiones. si rem quam mihi vendidisti, tradas Titio accipienti mea voluntate suo nomine, transit in eum vindicatio siue directa, siue vtilis: sed si rogatus restituere mihi hereditatem eam restituas Titio accipienti suo nomine mea voluntate, cum & id transisse dicatur

tur transit in eum vindicatio siue directa siue vtilis: sed si rogatus restituere mihi hereditatem, eam restituas Titio accipienti suo nomine, mea voluntate, cum ei fideicommissum donatum vellem, in eum non transeunt actiones Trebellianæ. Quia hæc restitutio est successio quædam & defunctus noluit sibi esse successorem, sed Titium. & ad summam, sicut hereditas directa non potest cedi in iure alteri, antequam adita sit, vt Vlp. docet in *Frag. tit. de dominiis*, ita etiam hereditas fiduciaria non potest cedi alteri, antequam restituta sit, puta vt alteri restituatur, & in alterum transeant actiones, hoc fieri non potest: post aditionem hereditas directa vendi potest, atque etiam cedi alteri: post restitutionem hereditas fideicommissaria vendi potest, atque etiam cedi alteri: sed vtroque genere siue post traditionem, siue post restitutionem vendatur siue cedatur hereditas directa aut fiduciaria, idem heres manet qui fuit ante, & ei atque in eum competunt actiones directæ. Sed receptum est, vt etiam in emptore hereditatis directæ vel fideicommissariæ atque emptori competant vtiles actiones *l. emptor, C. de her. vend.* quod non ita fit omnimodo cum quis post aditionem cessit hereditatem alteri: nam hoc genere cum heres maneat, vt diximus, non liberat se à creditoribus hereditariis: neque enim se suo facto liberat sine voluntate creditoris, quibus semel obligauit se, & hic obligauit se creditoribus: deinde post aditionem cedendo non liberat se sine voluntate creditorum, sed liberat à se debitores hereditarios, cum abdicet se omni iure heredis: cessio hereditatis est abdicatio omnis iuris, quæ potest nobis esse fraudi, non aliis non assentientibus, quod ita docet Vlp. in *Frag.* ex veteri iure. Nam in his libris de hac cessione hereditatis nihil est proditum, de venditione, multa; quanquam olim erat frequens cedere hereditatem, vel ante, vel post aditionem: vt & quidam alij meminerunt. Seruius in hunc Virgilij locum: *Et patrio Andromachen iterum cessisse marito: cessisse de iure est, cedi enim hereditas dicitur.* Igitur cessione hereditatis post aditionem non liberabant se heredes. Itaque in eum creditoribus erãt actiones directę, in heredem cessicum forte vtiles exemplo emptoris, sed debitores hereditarij liberantur ipsa vniuersi iuris cessione iusta & abdicatione. Verum quod attinet *ad d. §. ex asse,* quod in eo est proditum de hereditate fideicommissaria, vt non possit alij restitui ne voluntate quidem fideicommissarij ex SC. Trebelliano, id est, vt transeant actiones, adnotandum in eo §. Vlp. idem esse in hereditate directa, vt etiam inutiliter cedatur alteri, antequam adita sit, sicut fideicommissaria, antequam restituta sit; at res singulæ recte traduntur alteri voluntate nostra, ita vt etiam transeat in eum vindicatio rei directa, vel vtilis: nam hæc traditio non est successionis species, sicut restitutio. In successione exigitur non tantum voluntas eius cui competit hereditas, sed etiam concurrere debet cum eius voluntate voluntas defuncti, alioqui successio iusta non est. Denique sequitur: *si de vsufructu, &c.* in hoc §. *1*. ostenditur hanc actionem Public. non tantum pertinere ad res corporales, sed etiam ad res incorporales: puta seruitutes, vel personarum, vt vsumfructum, vel prædiorum, emptas scilicet & traditas: nam hoc exigit edictum vt res sint emptæ & traditæ, priusquam agi possit Public. Atqui hæ res tradi non possunt: fateor: nam traditio est corporalis, seruitus incorporalis, non potest rei incorporalis corporalis esse traditio: non potest igitur seruitutum esse traditio. sed pleraque habentur pro traditione, & vt seruitus ipsa intellectu solo percipitur, ita intellectu solo tradi potest. Ac primum quidem pro traditione est cautio, vt si is, qui mihi vendidit actum, ita caueat, per eum non fieri, quo minus ire agere liceat: hæc cautio pro traditione seruitutis habetur, *l. quoties, de seruit. inf. l. 3. si iter, de action. emp.* pro traditione item est cessio seruitutis, id est, si in iure dicat, se iter cedere, vel viam: Nam & seruitutes in iure cedi possunt, vt docuit Vlp. in Frag. cessio, inquam, & est inductio, admissio in prædium seruiens *l. 3. inf. de vsufr. vlt. inf. comm. præd. l si vnus, inf. de ser-*

Digest.

A *uit. rust.* vbi dare seruitutem, est cedere in iure, quod fit verbo tantum: igitur cessio, datio siue traditio est transdatio, vt loquebantur veteres Iurisconsulti. item pro traditione seruitutis est patientia, vt demonstratur hoc loco, & apertius in *l. 1. in fi. D. de ser. rust. & l. si à te, inf. si seruit. vindic.* quo tractatur de actione Public. à te emi vt mihi liceret ex meis ædibus in ædes tuas tignum immissum habere, nec cessisti mihi eam seruitutem tigni immittendi, sed ego te patiente ex causa emptionis tignum immissum habeo. ait me tuendum esse hac exceptione, si possideo, & amissa possessione, Public. actione, quia patientia illa pro traditione est. hæc igitur tria, cautio, cessio, quæ fit verbo, vel inductio in fundum seruientem, & patientia quasi possessionem constituunt, & vt ait *d. l. 1.* officium Prætoris in-

B ducit, id est, efficit, vt Prætor eam possessionem quasi veram tueatur interdictis, & actionibus, & exceptionibus, *d. l. si à te, & d. l. quoties.* Ergo vt etiam eam possessionem tueatur actione Public. Proinde actio Public. locum habet, siue res sit tradita, siue quasi tradita, id est, non tantum in possessione, sed in quasi possessione seruitutum est quasi possessio, vt seruitus intellectu tantum percipitur, ita & eius possessio intellectu tantum percipitur, *l. ait Prætor §. item ei qui, sup. ex quib. caus. maior.* Præter hæc quæ continent præcipuam definitionem huius §. notanda sunt duo ex *hoc §.* quod aquæductum numerat inter seruitutes vrbanas, vt si emero vt mihi liceret per domum tuam aquæductum transducere. frequentius aquæductus est seruitus rustica: sed potest etiam esse vrbana, sicut etiam iter, vt in *l. iter, inf. com. præd.* & *l. seruitutes §. 1. inf. de seruit. vrb.* Item

C quod Vlp. in hoc §. prius atque adeo, vt videtur, facilius admittit Public. actionem in seruitutib. vrb. pręd. quam in seruitutibus rusticorum, non absque ratione: nam seruitutes vrbanorum prædiorum olim poterant vsucapi, hodie non possunt vsucapi propter legem Scriboniam, per se scilicet, cum ædificiis possunt, *l. si aliena, §. 1. inf. de vsurp. & vsuc.* rusticarum vsucapio nunquam fuit admissa: sed hodie, vt dixi, neutræ vsucapiuntur, longo tamen tempore acquiruntur, *l. si quis diuturno, inf. si seru. vind.* & Public. habet locum, etiam in his quæ non vsucapiuntur, dum modo longo tempore acquirantur, *l. seq. §. in vectigalibus.* ergo habet locum etiam in seruitutibus, vt hic proponitur, quia possunt acquiri longo tempore, & in *d. l. si aliena §. 1.* scripserat Vlp. vsucapi non posse, sed mutauit con-

D textum Tribonianus propter transformationem Iustin. & scripsit longo tempore capi non posse: nam biennium, quo implebatur vsucapio, Iustinianus mutauit in longum tempus. tota autem ea *l. si aliena* pertinet ad hanc actionem Public. & est ex eiusdem Vlp. *lib. 16. ad edictum.* omnes ll. Vlp. quæ sumptæ sunt ex eod. lib. pertinent ad vindicationem directam, vel ad Public. & possunt aptissime ad hanc vel illam accommodari: exceptis tribus, quarum vitiata est inscriptio, *lex 1. & 3. sup. de fideicom. hered. pet.* vbi legendum 15. non 16. nam 15. tractauit de vindicationibus vniuersalibus. 16. de specialibus tantum: & ob id in *l. 1. sup. tit prox.* quæ est ex *lib. 16. post actiones,* inquit, *de vniuersitate,* id est, hereditatis petitionem directam, vel possessoriam, vel fideicommissariam, de qua, *d. l. 1. & 3.* tractemus, inquit, de actionibus singularibus. tertia est *lex 9.*

E *sup. de legib. non ambigitur Senatum ius facere posse.* quæ debet annotari ex 15. non 16. & pertinet ad Senatusconsult. de petit. hered. In cuius interpretatione admonuit Vlp. non ambigi Senatum ius facere posse. & quod attinet ad *d. l. si aliena,* iam quod in ea scriptum est de seruitutibus id accommodaui palam ad Public. actionem; quod etiam est scriptum de seruitutibus initio huius legis, id omnino pertinet ad actionem Public. nam cum emitur res aliena, quæritur quo tempore bona fides exigatur, vt vsucapio currat, an emptionis, an traditionis tempore; & ait Sabinianorum sententiam obtinuisse, vt traditionis initio bonam fidem exigamus. ex quo male colliges, traditionis initio sufficere bonam fidem, quoniam exigitur omnino duobus tempo-

R

ribus, emptionis tempore, & præterea traditionis tempore. ſed ad initium leg. *ſi aliena*, addendum eſt quod additur in *l. 7. § vlt. ſup.* quod dicat emptionis tempore bonam fidem deſiderari, non ideo debere nos exiſtimare ſufficere hoc, ſi bona fides interuenerit traditionis tempore, ſed exigit etiam vt interuenerit contractus tempore. Poſtremo quod proponitur in *d. l. ſi aliena §. vlt*, de partu ancillæ furtiuæ an poſſit vſucapi, hoc pertinere ad actionem Public. §. *partus* qui ſequitur, aperte demonſtrat, vt ſit ea l. coniungenda cum hoc §: & cum *l. partum, inf. de verb. ſign.* omnes ſunt ex lib. Vlp. 16. *ad Edictum*. Conſtat quidem ancillam furtiuá non poſſe vſucapi, non poſſe acquiri longo tempore, ergo ad eam Public. non pertinere, *l. 9. § hac actio, ſup.* ſed quæſtio eſt de partu ancillæ furtiuæ an poſſit vſucapi, & an in eo locum habeat Public. quæ dirimitur hac diſtinctione. aut ancilla furtiua concepit apud furem, aut apud bonæ fidei emptorem. ſi concepit & peperit apud furem, vel apud furis heredem: nam in hac re eadem eſt cauſa defuncti & heredis: vel ſi pariat tantum apud hunc vel illum, vt ſi prædonibus ſubrepta ſit, vel ſi concipiat apud furem, pariat apud furis heredem, vel ſi concipiat tantum apud furem, vel furis heredem, & pariat apud bonæ fidei emptorem, conſtat à fure non poſſe partum vſucapi, quia in malo verſatur, etiamſi exiſtimauerit partum non eſſe furtiuum. non vſucapietur etiam ab herede furis, licet ancillam ignoret eſſe alienam ſiue furtiuam, & licet apud eum ignorantem conceperit & pepererit, *l. 4. § heres inf. de vſurp & vſuc.* quia heres ſuccedit in malam fidem defuncti, & quod non potuit defunctus, nec poteſt ipſe vſucapere. Hoc ergo certum eſt nec à fure, nec à furis herede partum vſucapi poſſe: ſed ſecundum ſententiam Scæuolæ, poſſe vſucapi à bonæ fidei emptore, ſi apud eum edatur partus, quia partus non ſit pars rei furtiuæ, *d. l partum, d. l. ſi aliena, § vlt.* ſed Scæuolam reprehendit Marcellus, vt explicat *d. l ſi aliena*: nam Marcellus exiſtimat, hac in re partum eſſe habendum pro parte matris furtiuæ: & ideo partum à nemine vſucapi poſſe, ac ſi eſſet furtum, quæ ſententia obtinuit, *l. qui vas §. ancilla, inf. de furt. l. pen. ſup. de ſta. hom.* atque ita, ſi ancilla concipiat & pariat apud furem, vel furis heredem, procul dubio partus eſt furtiuus, & à nemine poteſt vſucapi: ſi pariat tamen apud furem vel eius heredem, etiam eſt furtiuus partus, nec poteſt vſucapi: ſi concipiat tantum apud furem vel eius heredem, & pariat apud bonæ fidei emptorem, etiam ex ſententia Marcelli, quæ obtinuit, partus habetur pro furtiuo, & à nemime poteſt vſucapi. longe ſecus eſt, ſi ancilla furtiua concipiat & pariat apud bonæ fidei emptorem, partus poteſt vſucapi. Quo titulo? non pro emptore, quia partum non emit, emit vacuam ancillam, ſed vſucapiet partum titulo pro ſuo, quaſi ſuum ſit quod ex re ſua natum eſt, aut rem ſuam eſſe putat. Quod ex ancilla mea naſcitur, poſſideo pro meo, & ſi erro in dominio ancillæ, vſucapiam pro meo, *d. § ancillæ l ſi matrem, pro empt. l. non ſolum* in *pr. inf.* de *vſurpat. & vſucap.* Ergo partus conceptus apud bonæ fidei emptorem & editus, ab eo vſucapietur, ſed non à fure aut furis herede propter fidem malam. Idem erit ſi partus concipiatur apud bonæ fidei emptorem, non edatur, ſed alibi, poterit vſucapi à bonæ fidei emptore, vel ab alio quolibet bonæ fidei poſſeſſore: & hoc eſt quod ait in § *partus*, bonæ fidei emptorem vſucapere partum ancillæ furtiuæ apud ſe conceptum, licet ab eo poſſeſſus non ſit, id eſt, licet alibi: editus ſit. ſatis eſt ſi apud eum conceperit. Idemque eſſe adiicit, ſi conceperit ancilla apud bonæ fidei donatarium, id eſt, apud eum cui ancilla furtiua donata eſt, ex cauſa donationis tradita eſt bona fide accipienti: quia hoc edictum pertinet ad omnes cauſas iuſtas acquirendarum rerum, licet ſit de emptione nominatim, porrigitur tamen ad omnes cauſas acquirendarum rerum: ſed hoc caſu ſiue ancilla furtiua concipiat apud emptorem, ſiue apud donatarium bonæ fidei, exigimus partus tempore bonam fidem, id eſt, vt partus tempore neſciuerit ancillam eſſe furtiuam, &

A alienam: ergo exigi bonam fidem editionis tempore demonſtrat *d. l. non ſolum, inf. de vſurp. & vſuc. l. 4. §. ſi antequam, eod tit.* quod habet ſummam rationem. Sed ei obſtat §. *partus*, qui exigit bonam fidem vtroque tempore, id eſt, eo tempore quo agit Public. de partu apud ſe concepto, & citat in eam rem Iulianum bis, quomodo, aut ex quo libro, non poteſt intelligi: verba legantur. *ait, partus ancillæ furtiuæ, &c.* quia videtur eum poſſediſſe cum prius donator poſſederit, conſentit nunc, idem eſſe & in partu donato, quia vitiorum eſt ſucceſſor: hæc Iulianus ſcripſit *lib. 7. Digeſt.* quo tractat de Public. actionis tempore. Idem Iulianus 54. *Digeſtorum in d l. non ſolum*, cuius verba hic referuntur, ait, ſufficere bonam fidem partus tempore & ex *d. l. 4. §. ſi antequam*, ex eadem, inquam, *l.* quam B hic recitat Vlp. non eſt dubitandum, quin ſuperius ſit legendum, *eo tempore quo & pariat*, id eſt, non tantum conceptus tempore, ſed & editionis neceſſe eſt vt emptor ignoret ancillam eſſe furtiuam, vt partus poſſit vſucapi: nam vt exigatur etiam actionis tempore, natura actionis Publicianæ non patitur, quæ bonam fidem duobus exigit temporibus: nam Public. agit is qui ſcit rem eſſe alienam, *l. 7. §. Public. & §. vlt ſup.* nec poteſt defendi actionis tempore vt procedat vſucapio partus concepti apud bonæ fidei emptorem, exigi bonam fidem, ſed defendi ex *l. 4. inf. pro ſuo*, quæ non tantum exigit bonam fidem actionis tempore, ſed etiam toto tempore vſucapionis partus. ergo ſi poſſit defendi ex illo loco, non tantum debuiſſe dicere eo tempore quo experior, ſed toto tempore vſucapionis: & C obſeruanda tamen eſt hac in re diſtinctio *l. 4. inf. pro ſuo*: nam ſi ancilla furtiua concipiat apud bonæ fidei emptorem, partum vſucapiet, etiamſi poſt editionem ſciuerit alienam eſſe ancillam, dummodò certiorem fecerit dominum ancillæ enixam eſſe ancillam, vel certiorem facere non potuerit, vſucapiet eum pro ſuo quaſi ex re ſua editum: ſed ſi cum poſſet dominum certiorem facere, non fecerit qui reſcierat ancillam eſſe furtiuam, hic non poterit vſucapere pro ſuo, quia videtur iam clam poſſidere. iam non poteſt poſſidere titulo pro ſuo & clam: nam titulus pro ſuo, iuſtus eſt titulus, quæ eſt definitio huius rei. & quod eſt de partu ancillæ furtiuæ idem ſeruatur in partu partus, etiamſi non ſit editus partus, ſed extractus cæſo vtero matris. ait *etſi non natus*: quibus verbis ſignificat hoc edictum fuiſſe nominatim de mancipio vendito & tradito. *Si*, inquit, in D edicto, *id quod traditur*, mancipium ſcilicet. Sed trahitur ad res omnes, ſicut ad omnes cauſas acquirendarum rerum iuſtas. & ob id in edicto facta erat mentio partus, quæ ſolet circumſcribi his verbis: quod ex ancilla natum erit, vt in edicto Saluiano, vbi loquitur de ancilla, l. 1. de Salu. interdicto, cum & in edicto ſcriptum eſſet, *quod natum eſt*, quia qui extrahitur ex vtero matris, non naſcitur: & ideo opus fuit addi eorum interpretationem. Idem iuris eſt in cæſo ſiue extracto ex vtero matris mortuæ quod in nato, licet edictum loqueretur tantum de partu edito & nato.

Ad §. vlt.

E LEx 11. §. *vlt* vulgo perperam explicatur. Huius hæc ſunt verba: *Idem ait ædibus emptis*. Idem, non eſt Pomponius, quem proxime adduxit ſup. ad finem §. *partus*, ſed eſt Iulianus, cuius auctoritate vſus eſt paulo ante ex *lib. 7. Digeſtorum*, quo tractauit de actione in rem directa, & de Public. Idque indicat *lex. idem eſt trigeſimaquarta ſup. tit. prox.* ex eodem libro, qui pars eſt eorum quæ hoc loco referuntur ex Iuliano. Sententia autem hæc eſt: ſicut bona fide empta ancilla furtiua, partus qui conceptus eſt apud bonæ fidei emptorem vſucapi poteſt, & peti per actionem Public. licet ancilla ipſa furtiua vſucapi & peti hac actione non potuerit, quod eſt quod præcedenti §. demonſtrauimus, ita licet ædes emptæ mala fide non

possint vsucapi & peti hac actione, tamen tigna quæ iis ædibus adiiciuntur, dirutis ædibus vsucapi possunt, & peti hac actione: quia scilicet sicut partus non intelligitur esse furtiuus, vt mater, ita etiam tigna quæ ædibus adiiciuntur non suscipiunt naturam & conditionem ædium: & licet interim cedant ædibus quandiu connexa sunt ædibus, tamen ius retinent proprium, propriamque causam: atque ideo detracta continuo redeunt ad ius pristinum, *l. in rem §. vlt. l. habitator, sup. tit. prox.* igitur tigna non fiunt similia ædibus, quibus iunguntur: & ideo licet ædes non possint peti hac actione, poterunt tamen tigna quæ detracta inde fuerint: nam connexa vetat solui lex 12. tab. Sed diuersum esse ait statim si quid fundo empto per alluuionem accesserit: tigni iunctio non mutat dominium tigni, licet cedat ædibus, nec possit solui. alluuio mutat dominium. quæ ædibus adiiciuntur & imponuntur, non coalescunt ædibus. B quæ flumen paulatim lambendo fundo alluunt, ea coalescunt & confunduntur fundo. Quapropter tigna quæ non coalescunt proprie ædibus, non confunduntur, non fiunt propria ædibus, id est, non sunt eiusdem iuris conditionisque. sed id quod amnis alluit fundo, id quod per alluuionem accedit, simile fit ei cui accedit: & ideo si fundus non possit peti actione Public. puta, quod sit vi possessus, ex lege Plautia vi possessa non vsucapiuntur, & ideo non possunt peti Public. nec pars peti poterit quæ per alluuionem accessit, & si potest peti fundus actione Public. potest peti ea pars quę per alluuionem accessit, *d. l. si pars, sup. tit prox. l. puto, inf. famil. ercisc.* Sequitur in hoc §. *idem adiicit etsi, &c.* idem ait esse in statua, cui pars aliqua adiicitur, quod in fundo dixit esse cui pars aliqua per alluuionem accedit: C nam & pars, puta brachium quod statuæ cohæsit ferrumine, simile fit statuæ: & ideo si statua, vt pote furtiua, peti hac actione non potest, non poterit etiam brachium abruptum inde hac actione peti. si statua potest peti hac actione, brachium peti poterit, si ferrumine coierit, vt Azo annotauit recte, vt vis verbi rescissæ exigit: rescinduntur enim ferruminata, non applumbata, & præterea adplumbata suam causam, suumque ius retinent, nec fiunt similia his quibus adplumbantur: ferruminatio per eandem materiæ confusionem, commixtionem perfectam facit, & iuncta ferrumine in eorum quibus iunguntur causam, conditionemque commutat. proinde applumbata non transeunt in naturam iusque eorum quibus applumbantur, nec enim excedunt dominio pristino: at ferruminata transeunt in ius D conditionemque eorum quibus agglutinantur ferrumine, & excedunt dominio pristino, & fiunt similia his quibus agglutinantur, *l. in rem §. item quæcunque, sup. tit. prox.* & huius loci hanc esse sententiam indicant illa verba, *similem actionem*, similem scilicet & quæ de statua competit: vel si de statua non competat, nullam. quo verbo etiam vsus est sup. agens de alluuione, & id quod alluuio aufert vni, & adiicit alteri fundo, simile ei fieri cui adiicitur. Quod sequitur in hac l. eandem rationem habet. Si emero aream bona fide, & in ea domum ædificauero, vindicabo actione Public. ædificium, quia superficies cedit areæ, ἰσχύματα τῷ ὑποκειμένῳ, quia superficies sequetur ius soli, sicut quod per alluuionem accedit, sequitur ius fundi: sicut quod accedit statuæ, sequitur ius statuæ. sed non ita tigna sequuntur ius ædium. proinde etiam in area, si area peti possit hac actio- E ne, poterit & ædificium, quod constat ex superficie & solo. Idem dicendum, si emero bona fide, & diruta sit domus atque in aream redacta: nam vt domus erat Public. ita erit areæ quæ superest, Public. actio, quia est area maxima pars emptarum ædium, *l. qui res §. vlt. inf. de solut.*

Ad L. XII.

Cum sponsus sponsæ seruum donasset, eumque in dotem accepisset ante vsucapionem, rescriptum est à Diuo Pio, diuortio facto, restituendum esse seruum: nam valuisse donatio- A ***nem inter sponsum, & sponsam. dabitur ergo & possidenti exceptio, & amissa possessione, Publiciana: siue extraneus, siue donator possideat.***

1. §. Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, vti potest Publiciana.

2. §. In vectigalibus, & in aliis prædiis, quæ vsucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.

3. §. Idem est, & si superficiariam insulam à non domino bona fide emero.

4. § Si res talis sit, vt eam lex, aut constitutio alienari prohibeat: eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem Prætor tuetur, ne contra leges faciat.

5. §. Publiciana actione etiam de infante seruo nondum B *anniculo vti possumus.*

6 §. Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione vti potest.

7 §. Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experietur.

QVæ sola l. restat ex hoc tit. pertinet ad causam vindicationis. donatio inter virum & vxorem non est iusta causa acquirendarum rerum, quia improbata est iure ciuili, & ideo hæc causa non pertinet ad hoc edictum, quia donatio valet, & est iusta causa adquirendi ante matrimoniũ: & ideo si sponsus sponsæ donauerit rem alienam bona fide accipienti, & mox eandem rem sponsa sponso dederit in dotem ante vsucapionem, & antequam eam rem sponsa C suam fecisset, Paulus ait ex constitutione Diui Pij soluto matrimonio mulierem posse repetere eam rem actione de dote, id est, rei vxoriæ actione, vel hodie actione ex stipulatu de dote, *l. 1. & l. si consentiente, C de donat. an. nupt.* quia scilicet quasi suam rem dedit in dotem, licet re vera non fuerit sua, cum nondum eam rem vsuceperit, dedit quasi suam rem, quia eam acceperat ex iusta donationis causa: & ideo soluto matrimonio eam repetit quasi suam actione de dote: non etiam actione Public. vt dixit Accurs. quia actio Public. datur ei qui amisit possessionem casu aliquo, non qui eam amisit suo facto vt transferret in alium: vt si ego rem quam possidebam tibi tradidero, an agam aduersus te Publiciana? minime: hic porro mulier possessionem non amisit, sed ipsa eam transtulit in maritum. ergo D non aget in maritum Public. sed soluto matrimonio aget de dote: quia quasi rem suam dedit, cum donatio valeret, licet eam nondum vsucepisset. Ergo eadem ratione, vt subiicit Paulus, si eius rei possessionem maritus nactus sit, non ex causa dotis, sed forte fortuna possessio eius rei ad eum redierit, vel etiam si possessio eius rei peruenerit ad extraneum, mulieri aduersus extraneum dabitur actio Public. atque etiam aduersus maritum eundemque donatorem, *l. 7. §. sed etsi quis, sup.* quia scilicet eam rem acquisiit mulier ex iusta causa donationis, scilicet contractæ sponsaliorum tempore non nuptiarum. & multo magis mulieri possidenti eam rem dabitur exceptio aduersus quemlibet etiam aduersus donatorem: nam cui damus actionem, multo magis ei damus exceptionem, & ita in *l. si à te inf. si seru. vind.* ait, eum cui per patientiam tradita est serui- E tus, & actione & exceptione esse tuendum: patientia pro traditione seruitutis est, vt heri diximus. Sed omisimus, etiam in rebus corporalibus patientiam esse pro traditione: vt si emero fundum & te sciente eum ingressus fuero eoque me continuero, *l. 2. C. de acq. poss.* nam res corporales recipere possunt etiam intellectualem vt ita dicam traditionem, fictam traditionem: at res incorporales non possunt recipere corporalem traditionem: sed vt intelliguntur, non sunt: ita earum traditio intelligitur animo & abstrahitur, non est. denique traditio rei corporalis etiam intelligentia concipi & perfici potest. traditio rei incorporalis, corpore adimpleri non potest.

Ad §. is cui.

SEquitur in hac *l. is cui ex Trebelliano &c.* quod exposuimus in *l. 3. sup.* sed ne impediant quenquam salebrę Accurs. ita molli limite explicanda sunt verba, & nihil erit apertius: *Is, cui ex Trebell. restituta est &c.* verbo solo, non re ipsa vt recte Accursius, etiamsi non fuerit nactus possessionem, per heredem scilicet, qui rogatus fuerat restituere, qui debuit esse auctor huius causæ. Sed si alio quo modo nactus sit possessionem, ea amissa vti potest Public. in qua his qui verbo restituit, fingetur & tradidisse: & ita actor fingetur habere iustam causam possessionis, licet eam non acceperit ab herede re vera, sed fingitur accepisse, cum verbo restituerit.

Ad §. in vectigalibus.

QVod sequitur in §. *in vectigalibus*, id exposuimus in *l. 9. §. hac actio.* Sed adnotemus paucula, quibus comprehendentur ea quæ diximus. *In vectigalibus*, id est, in emphyteuticariis & in vectigalibus, id est, tributariis & stipendiariis, qualia erant prædia prouincialia, Public. competit. licet enim vsucapi non possint, quia aliena sunt, i. Pop. R. tamen longo tempore acquiri possunt, & hoc sufficit vt sit Public. licet edictum loquatur de vsucapione tantum: sed longi temporis præscriptio est proxima & finitima vsucapioni: nam sicut emphyteuticarium prędium, ita superficiarium non potest vsucapi, cum sit qui possidet quasi superficiarius & consequenter sciat esse alienum: sed potest longo tempore acquiri, ius scilicet ipsum superficiarium, ius ἐμβατευτικόν. Sequitur in hac l. Public. locum non habet in iis quę vsucapi non possunt, nam in edicto fit mentio vsucapionis, id est, rei quæ vsucapi potest. Immo generaliter Public. locum non habet in iis rebus, quas lex vel constitutio alienari vetat: nam edictum exigit iustam causam alienationis. Igitur si maritus fundum sibi datum in dotem vendiderit, quæ alienatio prohibetur lege Iulia, vel etiam si post contractum perduellionis crimen aliquis rem suam vendiderit, quæ alienatio prohibetur constitutione Seueri & Antonini, *l. ex iudiciorum, inf. de accusat.* post contractum crimen perduellionis non valet alienatio, siue reus superstes condemnatus sit, siue post mortem suam: Nam hoc crimen non finitur morte. idem est in omni crimine capitali ex eadem constitutione, vt post contractum capitale crimen facta alienatio non valeat, si modo reus superstes damnatus sit: mortuus non potest damnari alio crimine, quam perduellionis, *l. post contractum, inf. de donat. l. qui pœna, inf. de manumiss.* Igitur his casibus, id est, ex his causis, vt in *l. præc. §. ex omnibus casibus*, sicut Florent. scriptum est, ex omnibus casibus Public. habeo, id est, ex omnibus causis iustis alienationum: & ex his igitur causis iniustis, quia vel lex prohibuit alienationem vel constitutio, non est actio Public. ne inquit Prætor, est enim hæc actio prætoria, faciat contra leges, & qui est tutor, comes, adiutor iuris ciuilis, qui subsequitur ius ciuile, *l. scio, inf. de testib.* qui viua vox est iuris ciuilis, seu ἔμψυχον δίκαιον, vt ait Aristoteles, & etiam quia mala fide emit qui contra leges mercatur, quas non potest ignorare: iuris ignorantia neminem excusat, qui contra leges mercatur *l. quemadmodum, C. de cens. lib. 11.* interdum tamen Prætor deflectit à iure ciuili, & facit quodammodo contra leges, vbi scilicet hoc suadet æquitas & vtilitas, & vbi videtur etiam defecisse sententia iuris ciuilis: & ideo dat nonnunquam actionem contra ius ciuile, vt puta contra eum qui vsucepit, & rescindit vsucapionem in edicto ex quib. cau. maior. *l. in honorariis, inf. de oblig. & act.* & ita licet vbicumque lex vel constitutio prohibet hereditatem aliquam capere, Prætor etiam non dat bonorum possessionem, *l. non est, in fi.*

A *de bonor. possess.* tamen vtilitatis & humanitatis ratione dat etiam bonorum possessionem contra tabulas liberis, puta emancipatis, quos ius ciuile non nouit, atque ita quodammodo impugnat ius ciuile, ne minus habeant emancipati quam sui, cum omnes natura nouerit, & sint omnes liberi, *§. 1. in verbo impugnandi, Instit. de bonor possess.* quin & in alienationibus quæ lege aut constitutione in *tit. de his qui sub. tut. vel. cur. sunt*, prohibentur, Prætor vtilitatis ratione dabit etiam Publicianam nonnunquam, vt si quis bona fide emerit à pupillo sine tutoris auctoritate quem pubere esse existimabat ex habitu corporis, etiam prudentissimos quosque fallit habitus pupillorum, vel etiam si quis à minore 25. ann. emerit sine curatoris auctoritate, fallente habitu corporis, cum putaret eum esse maiorem 25. an-
B nis, vel etiam si à furioso emerit, quem putabat esse mentis sanæ, quiete & sapientia inumbrata fallente, alienatio iure interdicta est sine tutoris, & sine curatoris auctoritate: & tamen vtilitatis ratione procedit vsucapio, & dabitur Public. *l. 2. §. si à pupillo, & §. si à furioso, inf. pro empt.* Idemque erit si emerit à pupillo tutoris auctoritate, quem existimabat esse tutorem, cum esset tutor falsus: nam huic etiam succurritur data Public. *l. quæcunque §. vlt* alioquin si scierit esse falsum tutorem eum qui interponebat suam auctoritatem, non est bonæ fidei emptor, *l. qui à quolibet, inf. de cont. empt.* Sed si emerit à pupillo quem esse pupillum sciebat, sine tutoris auctoritate, rem alienam, quam tamen ignorabat esse alienam: atque ita si ex hac parte fuerit bonæ fidei emptor, non ideo habebit Public. quia errat cum fingit se errare in iure, & erranti in iure non procedit
C vsucapio, *l. si fur. §. 1. inf. de vsurp. & vsucap.* ergo nec Public. Et ad hæc addit in hac lege Paulus, Public. actionem competere de infante seruo nondum anniculo. diximus hoc edictum videri fuisse nominatim scriptum de seruis qui venderentur & traderentur & quorum possessio amitteretur, nondum completa vsucapione ex *l. 11. §. partus*, in illo loco, *non solum natus*, quæ verba notant de partu venditi hominis fuisse aliquod adscriptum edictum his verbis, *vt similiter quod natum est, vel erit*, quæ verba contra proprietatem sermonis propter eandem rationem & vtilitatem trahuntur etiam ad eum qui cæso matris vtero extrahitur, *l. quod dicitur, inf. de lib. & post.* regula, *natus rumpit testamentum*, pertinet etiam ad eum qui cæso vtero extrahitur, ex hoc edicto: & ita hoc edicto mentio videtur facta hominis. & ideo quæritur an pertineat etiam hoc edi-
D ctum ad infantem, sicut in lege Cornelia de sicariis, qui hominem occiderat, ambigitur an leg. Cornelia teneatur qui infantem occiderit, quia is non videtur esse homo, & trahitur etiam ea lex ad infantem, *l. pen. ad leg. Corn. de sicar.* ita hoc edictum trahitur etiam ad infantem, atque ideo Public. agere possimus, non de homine tantum vendito & tradito nondum vsucapto, sed etiam de infante nondum anniculo, id est, nondum vsucapto: nam seruorum vsucapio erat annua, vt cæterarum rerum mobilium & mouentium hodie ex constitutione Iustiniani est triennalis: sed dum ait, nondum anniculo, vestigium est iuris antiqui quo rerum mobilium vsucapio erat annua. & hæc actio exigit vt nondum sit impleta vsucapio. Igitur hæc actio dabitur de infante nondum anniculo, id est, nondum vsucapto. &
E ad extremum addit hanc actionem dari etiam de partu, de qua re admonuit in actione directa. *l. quæ de tota, sup. tit. præced. l. in ratione §. diligenter, ad leg. Falcid.* Itemque vt sit hæc actio sufficit, si quis vel momento possederit rem sibi traditam ex iusta causa. vel si intelligatur possedisse: nam tantum prodest in iure fictio scite & perite suscepta, quantum veritas. Addendum est ad *§. si res talis*, eum etiam qui emit ab eo quem Prætor alienare prohibuit, cuive interdixit bonis, non posse vsucapere. ergo nec agere Public. *l. 12. de vsurpat. & vsuc.* ait in eo *§. si res talis sit vt eam lex vel constitutio alienare prohibeat.* addatur ergo vt alienare eam possit etiam si res talis est vt prætor vetuerit: tantum potest prætoris prohibitio quantum legis vel constitutionis. Addatur ad eiusdem legis *§. vlt.* vulgo legi: *Etsi pro*

parte quis repetere velit, Florentin. recte, *petere*, non, *repetere*, quod est verbum condictionum, non vindicationum, & inde adfirmo in *l. qua religiosis, sup. de rei vind.* etiam esse legendum *petere*, non, *repetere*, ad eiusdem leg. *cum sponsus* §. *vlt.* vbi ait, *sed etiam is qui momento possedit*, valde pertinet lex *cum Prætor, de reg. iur.* & lex *videamus, sup. quod met. causa.*



AD TITVLVM III.

Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

VErba sunt edicti: *Si ager vectigalis, vt si vsusfructus petatur, si certum petatur, inf.* & adiiciebatur, *causa cognita, iudicium dabo*, vt in edicto de superf. *l. 1. de superf. inf.* & hic additur interpretatio, id est, emphyteuticarius, ne quis accipiat agrum vectigalem pro stipendiario, vel tributario, sicut accipi solet in aliis auctoribus. sed hic & vbique in iure nostro, ager vectigalis nihil aliud est quam ager emphyteuticarius, & stulti sunt qui inter hæc differentiam constituunt, quive legunt in *h. tit. & in l. pen.* §. *1. sup. qui satisd. cog. vel, iur. prom.* id est, vtroque loco Florent. recte, *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius*, & semper ita dicitur ager vectigalis in his libris pro emphyteuticario. Hoc igitur titulo, siue edicto, proponitur in rem actio emphyteuticaria siue vectigalis, quæ de fundo vectigali proponitur. sic appellatur in *l. si finita*, §. *si de vectigalib. inf. de dam. infec. l. si cum venditor, inf. de euict.* vindicatio est prætoria, & vtilis, sicut superficiaria actio, & Public. de quibus superioribus titulis tractauit, & superficiariæ est magis affinis: nam vtraque, id est, superficiaria & emphyteuticaria, datur amissa possessione, ei qui amisit possessionem etiam aduersus dominum, *l. 1.* §. *plane, inf. de superfic* & *l. 1. in fi. hoc tit.* Public. regulariter non datur aduersus dominum, *l pen. tit præc.* superficiaria & emphyteuticaria datur ei qui conduxit agrum à domino: Public. datur ei qui emit, vel alio genere iustæ alienationis accepit rem alienam à non domino. superficiaria & emphyteuticaria est de rebus immobilibus tantum, & quæ instar immobilium habentur, de seruitutibus prædiis cohærentibus: nam superficiario & emphyteuticario non tantum datur vtilis vindicatio prædii, sed etiam seruitutis vtilis vindicatio debita prædio, *l. ei qui pignori, inf. de seruit.* Public. actio est non tantum de rebus immobilibus, sed etiam de mobilibus, & de incorporalibus per se, vt si vsusfructus vel alia seruitus empta & tradita sit bona fide accipienti, *l. si ego* §. *1. tit. præc.* præterea vtraque actio, id est, emphyteuticaria & superficiaria datur ei, qui conduxit in perpetuum, vt ipse & successores sui in infinitum agro fruerentur, sub pensione vel canone certo, vel ei qui conduxit non ad modicum tempus, *l 1.* §. *quod ait, inf. de superfic.* & recte Accursius ad *leg. vlt huius tit.* dum ait, *idem est ac si ad tempus habuerit conductum*, addit, non modicum. Sententia leg. 1. est, emphyteuticariis dari vtilem actionem siue conduxerint in perpetuum, siue ad tempus: nam intra illud tempus dabitur illis vindicatio vtilis, post finitum tempus non dabitur, quia ius finitum est quod eis competebat. recte autem supplet Accurs. ad illa verba, *ad tempus non modicum*, scilicet exemplo superficiarij: qua de causa vtraque actio dabitur causa cognita, vt etiam de superficiaria est proditum *d. l. 1. de superf.* & *l. in speciali, sup. de rei vind.* quia prætor debet examinare vtrum is qui locauit agrum fruendum, voluerit nudam & simplicem locationem & conductionem contrahere, an pleniorem conductionem, in re ipsa iure aliquo concesso, constitutoque. alia est conductio simplex & vulgaris, quæ nullum ius tribuit

A buit conductori in rem ipsam, obligationem tantum parit conductori in personam: alia est conductio plenior, quæ ius tribuit in rem ipsam, & dicitur vel ἐμφύτευσις, vel ἐμβάτευσις, id est ius emphyteuticum, vel superficiarium constituit. Sic igitur causa cognita danda est actio hæc: nec enim dabitur ex locatione nuda & simplici, sed ex causa tantum quæ ius conductori tribuit & constituit, & si quidem locatio fuit in modicum tempus, puta in quinquennium, videtur fuisse locatio & conductio nuda ac simplex, siue vulgaris. Solebant enim locationes fieri in quinquennium, quod multi loci demonstrant, *l. si quis domum* §. *hic subiungit, l. item quæritur* §. *quod autem, l. si in lege* §. *si dominus, inf. loc. l. quis per collusionem inf. de action. emp. l. 4.* §. *pen. inf. de rebus cred.* Nam & priuata & publica
B quoque vectigalia, puta portoria, & agri publici locari solebant in lustrum, id est, quinquennium, *l. qui concubinam*, §. *qui hortos, de legat. 3 l 3* §. *cum quinquennium, inf. de iur. fisc l. 7. C de loc. & cond.* poterat hæc conductio simplex fieri in longum tempus, sed solemne tempus erat lustrum, siue quinquennium. atque ita in *l. si in lege* §. *vlt. l. qui fundum, l. cum in plures, inf. loc.* locare in plures annos, id est in plures quam quinque. quod Siculus Flaccus demonstrat *libro de limitibus constit.* dum ait, *alios colones per singula lustra locare, & per mancipes id est conductores reditus percipere, alios in plures annos*, & Hygenus *de limitibus agrorum, ciuitatum subiici vectigalibus alios per annos quinque*, sic legendum, *alios mancipibus conducentibus in annos centenos.* Quemadmodum igitur in supradictis
C legibus in plures annos, id est, in plures quam quinque, ita in *l. 1 de superfic.* non modicum tempus interpretamur longius tempus, quàm annorum quinque: quod & Nouel. Iustiniani CXX. demonstrat, quæ Ecclesiæ Constantinopolitanæ permittit rerum suarum locationes facere in longius tempus quam quinque annorum, cæteris Ecclesiis in singula lustra tantum, vt solent priuati, vel etiam Censores cum locant vectigalia publica, vel agros publicos. at locationes quibus conceditur conductori & constituitur ius emphyteuticum, vel ius superficiarium, quod & ἐμβατευτικὸν dicitur, *l. 3.* §. *si ius. inf. de reb. eorum:* vel vt rectius est in Basilicis ius ἐμβατικὸν: vt quemadmodum emphyteusis dicitur contractus quo ius illud ἐμφυτευτικὸν constituitur, ita & contractus quo ius superficiarium constituitur dici potest ἐμβάτευσις: nam ἐμβατεύειν est proprie superficiem habere
D in solo alieno, quæ habetur iure ex causa conductionis, constituta mercede annua, quæ dicitur solarium, quod soluatur pro solo, cui inædificata est superficies: eæ, inquam, locationes quibus ius constituitur conductori vel ἐμβατευτικὸν vel ἐμφυτευτικὸν, fiunt in longius tempus quam quinque annorum: alioquin non est ἐμφύτευσις, vel ἐμβάτευσις, & hac nota discernitur à cæteris conductionibus, potissimum, nisi aliud actum sit quæ nullum ius tribuunt conductori. locatio & conductio vulgaris nullum ius tribuit conductori in rem ipsam, parit tantum conductori actionem in personam, id est ex conducto. ius superfic. vel emphyteut. parit conductori actionem in rem vtilem, vt hoc edicto siue titulo demonstratur, & titulo de superfic. & ideo emphyteusis est alienatio. qui dat agrum in emphyteusim alienat,
E *l. vlt. C de rebus alien non alien.* locatio conductio simplex non est alienatio: & eodem modo quo diximus emphyteuticario vel superfic. dari actionem in rem vtilem, dicemus etiam dominis, licet non sint domini, quasi dominis dari & cæteras actiones quæ solent dominis competere, veluti actionem arborum furtim cæsarum, & actionem aquæ pluuiæ arcendæ, *l. cedere* § *vlt inf. arbor. fur. cæs. l. quod principis* §. *1. inf. de acq. plu ar.* & si sint plures eiusdem rei emphyteuticarii vel superficiarii, dabimus etiam inter eos actionem com. diuid. vel fam. ercisc. & inter vicinos fin. regund. *l. 4.* §. *pen inf fin reg. l. item prædia, inf famil. ercisc. l. 7. in prin. inf. com. diuid.* quæ tamen actiones non dantur cæteris conductoribus: vt si sint plures conductores, qui in lustrum conduxerint, non habent inter se actionem commun. diuid. *d l. 7.* §. *neque:*

x eadem ratione ius superficiarium, ius emphyteuticarium, ædes superficiariæ, agri vectigales possunt ab emphyteuticario, vel superficiario vendi, donari, legari iure translato in alterum, *l. 1 §. pen. inf. de superfic. l. si domus §. vlt. inf. de legat 1.* cæteri conductores non donant, non legant, non vendunt, quia nihil habent quod vendere possint, id est, nullum ius, sed relocare possunt alteri, vt qui cœnaculariam exercent, id est, qui conducunt ædes à domino, & deinde locant cœnacula diuersis, vel etiam totas ædes relocant. Ius igitur emphyteuticarium vel ἐμβατικὸν parit actionem in rem conductori, & cæteras actiones quæ solent dominis competere, quia alienationis species est emphyteusis, siue ἔμβασις. Ne dixeris parere vtile dominium: nam vtile dominium nullum est, vt interpres Feudorum docuit recte, vt & videtur quodammodo hic Accur. probare. non est duplex dominium, aliud directum, aliud vtile. vnum est tantum dominium, quod nihil aliud est quam ius proprietatis, vel plenius: dominium est potestas & ius quo quis rem suam esse propriam asserit vel defendit iure ciuili, vel iure gentium. plerosque tuetur Prætor quasi dominos, sed hos nulla dominij appellatione insignire possis, nec directi, nec vtilis. Et præterea agri qui locatione simplici dantur colendi, non dicuntur vectigales agri, licet annuam mercedem domino pensitent: agri tamen, qui iure emphyteuticario locantur, dicuntur vectigales, vt declarat *l. 1.* at contra agri qui superficiario iure locantur, non dicuntur vectigales, licet & hi annuam mercedem domino pensitent, sicut emphyteut. vt nihil pene distent ab emphyteuticariis, nisi quod superficiario ius est in superficie tantum, & emphyteuticario in vniuerso prædio. Cur autem hoc tam varie, vt superficiarii non dicantur vectigales, emphyteuticarij dicantur vectigales, & vt etiam qui locantur in quinquennium, non dicantur vectigales, cum pensitent omnes domino canonem annuum, mercedem annuam? ratio differentiæ, hæc est, quia locatio vulgaris, nuda & simplex, & ἔμβασις, sic vocamus eam quæ ius superficiarium constituit, contrahitur etiam inter priuatos, quorum reditus in iure non appellantur vectigalia. nec ergo agri ex quibus reditum ferunt, sunt vectigales. at emphyteusis contrahitur tantum de agris publicis pop. Rom. vel de publicis coloniarum, municipiorum, ea lege, vt quis eos colat, simul ac eis fruatur in perpetuum, vel ad tempus non modicum sub certa pensione annua, quæ quidem pensio proprie dicitur vectigal. in iure vectigalia cum dicimus, ea tantum sunt quæ inferuntur Reip. contrahitur enim emphyteusis tantum de agris Reip. vt ait *l. 1.* quæ de municipibus loquitur, *d. l. si domus, §. vlt. de leg. 1. & d. l. si finita §. si de vectigalib. inf. de dam. inf.* sed deinde cœpit etiam emphyteusis contrahi de agris sacerdotum, virginum vestalium, vt Hygenus scribit his verbis; *Solent hi agri sacerdotum & virginum, per singula lustra mancipem accipere: solent & annua conductione,* id est, *in plures annos,* siue in emphyteusim *locari.* quod deinde retinuerunt Christiani, vt iure emphyteut. darentur tantum vel agri Reip. vel sacerdotum, & templorum. deinde moribus obtinuit, vt etiam priuatorum agri eodem iure concederentur: morem igitur hodiernum si spectes, qui dicuntur vectigales hoc titulo, hodie non possunt dici vectigales, cum promiscue omnes eo genere contrahunt conductionem, etiam qui vectigalium percipiendorum ius non habent, vt priuati. Verum quæres, quid distent agri vectigales, siue emphyteuticarij, qui sunt Reip. ab agris stipendiariis, & tributariis. omnes dicuntur publici, vel populi Rom. vel ciuitatum, vt stipendiarii, & tributarii, & vectigales: at hæc est differentia, quod agri stipendiarii, & tributarii non locantur possessoribus, sed proprio quodam iure ad possessores pertinent in prouinciis: & verius sunt priuati quam publici, publici tamen dicuntur, quod tributum soluant vel stipendium. tributum populo, stipendium Principi. antequam Principes occupassent Rempub. agri pendebant tantum, annua vectigalia, id est, emphyteumata, aut vltro tributa, sic loquitur Liuius & Varro: nam accipiebat

A pop. Roman. tributa quasi ab offerentibus vltro, non ab inuitis, & ob id nomine notiore dicebantur vltro tributa, sed vbi Principes rerum potiti sunt, cœperunt exigi ab agris vectigalia, cum erant emphyteuticarii, vel stipendia à principe in prouinciis principi deputatis, vel tributa à populo in prouinciis populo relictis secundum diuisionem prouinciarum, quam inter populum & principem factam Strabo narrat & Theophilus in *§. per traditionem, de rer. diu.* Igitur agri stipendiarii, & tributarii dicuntur tantum publici, quod stipendium & tributum pendant: & ideo Aggenus Vrbicus: *priuatus,* inquit, *dum in proprio laborat, & tributum populo, & sibi alimoniam, arua excolendo procurat,* & eadem ratione fieri dicit, vt eadem arua dicantur & priuata & publica. vectigales autem agri locantur possessoribus, & sunt vere publici, modo in singula lustra,
B quæ locatio præbet actionem ex conducto, non actionem in rem, modo in plures annos contracta emphyteusi, quæ locatio parit actionem in rem, etiam aduersus dominum & ita Siculus Flaccus subcessiua, id est, loca ea quæ, vt idem loquitur, centuriæ modum explere non potuerunt. Quærunt plerique, quid sit quod ait Liuius 37. *Cum candidati,* inquit, *qui petebant consulatum, centuriæ modum explere non potuissent, cum centurias non explessent, non est consul creatus,* id ex Siculo intelligitur & cæteris auctoribus limitum: eum scilicet, qui petit consulatum non explere centurias, cui desunt centuriæ quædam, cui non suffragantur tot centuriæ quot sunt necessariæ ad creandum consulem, sicut subsessiua loca dicuntur in agris diuidundis, & adsignandis, qui non explent modum centuriæ quibus de-
C est aliquid ad implendam centuriam. centuriæ assignabantur militibus integræ. quod non explebat centuriæ modum id quasi reiectitium & subsecatum ab integro, dicebatur subcessiuum: & ea loca subcessiua non assignabant, sed plerunque municipiis & colonis suis concedebant: *& coloni,* inquit, *ea loca vel locabant per singula lustra, vel in annos plures,* vel contracta locatione communi & simplici, vel contracta emphyteusi. interim id agebatur inter contrahentes, vt emphyteuticarius quod vellet haberet prædium, nullo certo constituto tempore, quo genere contrahebatur emphyteusis, vt Liuii 31. *Cum Respubl. non esset soluendo æri alieno, Senatus decreuit vt creditoribus darentur agri publici, in iugera impositis vectigalibus testandi causa agrum publicum esse ea lege vt si, &c.* Illud est maxime
D notandum quod dixi, hanc actionem dari aduersus dominum sicut superficiario. sed addendus est modus *l. 2.* ita demum si vectigal soluat emphyteuticarius. ergo habet actionem in rem etiam aduersus dominum amissa possessione, dummodo soluat vectigal: alioqui licet domino rem retinere quasi sibi commissam, quod cessarit emphyticarius in soluendo vectigali, & agentem in rem repellet exceptione doli mali, vel in factum: & si forte emphyteuticarius cum possidebat fundum, eum interim pignori obligauerit, vel si interim seruitutem imposuerit, quod potest facere iure suo emphyteuticarius & superficiarius, *l. tutor §. vlt. de pign. act. l. 1. de superfic. l. 1. inf. quibus mod. vsusfr. amitt.* finietur ea pignoris obligatio, finietur seruitus fundo domino commisso, ob cessationem præstandæ pensionis, *l. lex, inf. de pign. l. etiam, inf. qui*
E *pot in pign. hab.* ergo municipes quibus non soluitur vectigal, id est, emphyteuma, sic vocatur, retinebunt rem quasi sibi commissam, & emphyteuticarium agentem vindicatione repellet, & ex constitutione quidem Iustiniani, hoc iure retentionis vt dominus vti possit aduersus emphyteuticarium, necesse est vt cessauerit per triennium in soluendo canone, alioqui fundus non committitur domino, *l. 2. C. de iur. emphyt.* & hoc tantum constituit in emphyteuta pagano, id est inter paganos, non in emphyteuticario Ecclesiastico, id est qui accepit ab Eccles. nã putat sufficere cessationem biennij, vt Ecclesiæ committatur prædiũ emphyteuticarium, in *Nou. 7.* quod obtinet in quolibet conductore, & obtinuit ante Iustinianum in quolibet emphyteuticario, vt sufficeret cessatio biennij, post biennium

expelli posset conductor vel superficiarius, vel emphyteuticarius, & si agat vindicatione, repelli per exceptionem doli, *l. quaero §. inter, l. cum domino, inf. loc.* & exigitur etiam eadem cessatio biennij, vt dominus possit exequi ius pignoris: nam inuecta & illata in praedium conductum, pro pensione sunt obligata tacite in praedium vrbanum, in rusticum non item, sed fructus sunt tacite obligati: hoc ius pignoris non exequitur locator, nisi post biennium, *d. l. quaero.* Et inde Martialis lib. *12. vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi: quas non retentas pensione pro bima* &c. quia exigitur cessatio biennij. post biennium licet domino retinere vasa, atque mancipia, friuola omnia, & potest concludere aedes *l. pen. inf. in quibus casibus pig. vel hyp. cont.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI Recitationes solemnes.

Ad Tit. 1. De Seruitutibus, lib. 8. Dig.

Ad L. I.

Seruitutes aut personarum sunt, vt vsus & vsusfructus, aut rerum, vt seruitutes rusticorum praediorum ac vrbanorum.

SEruitutes aut sunt personarum, aut rerum: Sunt hominum, aut praediorum, vt in *l. quoties 15. h. t.* Possunt & ita diuidi: seruitutes aut in rem constituuntur, aut in personam, *l. Gaius 12. de annu. leg.* Seruitutes personarum sunt iura, per quae res alienae hominibus seruiunt, *l. quod nostrum, 63. de vsufr.* Hinc notandum est, res alienas hominibus seruire per vsum. Quid est vsus? Est ius vtendi. Et multa in iure nostro, vt hereditas, dos, aeque iura dicuntur. Item res alienae hominibus seruiunt per vsumfructum, id est, ius vtendi fruendi. Seruiunt & res alienae per fructum, sine vsu in specie *l. per seruum 14. §. vlt. de vsu & habit* & *l. hac stipulatione, sup. Vsufruct. quemadm cau.* Hoc summe notandum, quia vt plurimum in libris nostris fructus, est vsusfructus. Item res alienae nobis seruiunt. per habitationem, id est, ius habitandi. Item, per operas seruorum, id est, ius vtendi operis alienorum seruorum. Item res alienae nobis seruiunt, per alia quaedam iura personarum, de quibus libro superiori dictum est. Cur haec dicantur iura personarum, videamus. Id fit, quia hominibus competunt propter seipsos, non propter praedia, quae possident. Notandum vero est, haec iura hominum hominibus competere, non tantum in rebus immobilibus, sed etiam in mobilibus, & mouentibus se, id est, in omnibus rebus, *§. constituitur, Institut. de vsufr.* Haec autem iura hominum distant à seruitutibus rerum, quae hominibus debentur propter praedia: quia nemo sine praedio habet seruitutem, & verius seruitus debetur praedio, quam homini, *l. 1. de seruit. rust. praed.* Item, seruitutes non nisi rebus soli imponuntur, & adhaerent, *l. pen. C de seruit & aqua.* Seruitutes rerum ita definiuntur: *sunt iura per quae praedia praediis seruiunt.* Notandum autem est, has seruitutes, proprie seruitutes appellari *§. vlt. Instit. de rebus corp. & incorp.* Hic ergo titulus est de seruitutibus rerum, non personarum. Hic enim seruitutis nomen proprie accipimus. In Codice hic titulus ita conceptus est: *De seruitutibus & aqua.* Aqua ibi significat seruitutem aquae. Ibi autem separatur ab aliis seruitutibus, quia de aqua in eo titulo praecipue tractatur. Quoniam vero praedia alia sunt vrbana, alia rustica, ideo seruitutum aliae sunt vrbanae, aliae rusticae. Videtur autem Neratius dissentire à caeteris, qui vrbana à rusticis ex loco distinguit: Vrbana vocat, quae

A sunt in vrbe, rustica, quae ruri aedificata sunt. Quamobrem putat praetoria ruri exstructa esse rustica praedia, *l. rusticorum, de seru. rust. praed.* Idem putat stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, & ruri aedificata, esse rustica praedia, *l. eo iure 4. in quibus caus. pig vel hypoth. tac. contr.* Ceteri Iurisconsulti à sententia eius discedunt, qui distinguunt seruitutes non loco, sed materia, qualitate & genere praediorum: Ideo praetoria existimant vrbana praedia, *l. 1. commun. praed. l. vrbana 198. de verb. signif.* Notandum est, eorum sententiam etiam seruari in familia, id est, in seruis. Vrbanos enim seruos à rusticis distinguunt non loco, sed genere, operis & ministeriis, *l. vrbana familia 166. de verbor. signific.* quae à me explicabitur primum. Haec sententia in ea ponitur: vrbanam familiam à rustica distingui

B non loco, sed genere vsus: Institor etiam si ruri habitet, numeratur inter vrbana mancipia. Huius regulae ponitur tale exemplum: Dispensator plerunque numeratur inter vrbanos seruos, sed qui dispensat rationes rerum rusticarum, numeratur inter rusticos seruos. Verba legis quae sequuntur: Quod ait: *ibique habitet,* pugnare videtur cum superioribus. Quia ex loco rusticum mancipium non definimus. Ceterum puto legendum: *vbique habitat.* Saepe enim reperitur vbique, pro vbicunque, vt in *l. 77. de contrah emp. l. quod nisi fiat 20. de oper. libert.* secundum Florentinam scripturam. Postremo lex ait, *videndum esse, quo quemque seruum loco dominus habuerit.* Ait vero haec lex: *id vero apparebit ex numero familiae,* id est, *ex libellis familiae, l. seruis vrbanis 27. de leg. 3.* Ait lex: *id etiam apparet ex vicariis,*

C quod obscurum est. Vicarius, est ordinarii serui peculiaris seruus. Vnde: *Esse sat est seruum, iam nolo vicarius esse.* Vt hic locus emendetur, sciendum est, multa in Pandectis esse scripta inuersis literis, vt, *modus,* pro *domus, iurna,* pro *ruina: suspecta,* pro *suscepta: superbus,* pro *subreptus.* Item sciendum est, hunc scriptorem vti promiscue literis, *V.* pro *B.* & contra, vt *d. l. seruis vrbanis, de leg. 3.* vbi *Ciuariis,* legitur, pro *cibariis,* vnde apparet legendum *ciuariis in d. l. vrbana fam.* id est, cibariis. Illud ad extremum notandum est, multum interesse inter seruitutes, & iura praediorum. Quia non omnia iura prediorum sunt seruitutes. Iura praediorum sunt conditiones, & qualitates praediorum, Cicero in 3. *Agrar.* Appellantur etiam seruitutes aliquando conditiones, *l. via 23. §. si fundus. de seruit. rusticor. pred. l. cum fundus 12. commun prad.* Dico

D autem non omnia iura praediorum esse seruitutes: Nam inter iura seruitutum praediorum haec numerantur, *bonitas, salubritas, amplitudo, l quid aliud 86. de verbor. signif.* Haec verba à nobis sunt explicanda breuiter. Haec tria sunt iura praediorum, id est, conditiones, qualitates, causae: *Bonitas* respicit solum: *Salubritas* coelum. Quae duo in agris praecipue spectantur. *Amplitudo,* agri modum. Sed quid est quod ait: *Seruitutes nihil aliud esse, quam praedia qualiter se habentia,* id est, *qualitate aliqua affecta,* Graeco more. Et definiuntur ibi seruitutes ex subiecto & adiuncto. Ea est lex Celsi. Simili loquendi forma vsus est in *l. qui fundum 12. quemadmod. seruit. amit.* Sententia legis haec est: Seruitutem retineri per bonae fidei aut malę fidei possessorem, si modo vsi sunt his seruitutibus. Retinentur, id est, vsurpan-

E tur, quod contrarium est vsucapioni, *l. vsurpatio 2 de vsucap.* Sequitur in lege: *Fundus enim qualiter se habens, &c.* Adiicit seruitutem retineri, si aqua sua sponte fluxerit. Haec est sententia *l. qui fundum, quemad seruit amitt.*

Ad L. II. Vnus ex dominis.

Vnus ex dominis communium aedium seruitutem imponere non potest.

IN *l. 2.* de hac quaestione tractatur: *Quis seruitutem imponere possit vel acquirere:* De hac quaestione haec sunt praecipua: *Eum posse seruitutem acquirere, qui pleno iure est dominus.* Item *acquisitam seruitutem praedio suo remittere posse.* Item, *imposita seruitute praedium liberari posse* Contra,

qui non est dominus, hoc facere non potest. Et hæc quidem sunt notiora: Hinc tamen multæ existunt quæstiones. Primum enim quæritur, *an vsufructuarius seruitutem imponere possit,* quia in plerisque causis est loco domini, *l. vsusfructus 4. de vsufr.* & traditum est, non posse. *l. sed etsi quid 15. §. vlt. de vsufr.* Secunda quæstio est, *de eo, qui nudæ proprietatis est dominus,* an is seruitutem acquirere vel imponere prædio possit. Et illud quidem in primis constat, eum seruitutem acquirere posse. Nam & res fructuario fraudi non est, imo vero vsusfructus fit melior, *d. l. sed & si quid §. vlt.* An autem potest seruitutem imponere? Et constat posse eam imponere, ex qua deterior non fit vsusfructus causa. An autem eam possit imponere, qua fit deterior conditio fructuarii? Et traditum est, non posse, etiamsi consentiat fructuarius, *d. l. sed etsi quid §. vlt. & l. prox.* Quæ sit huius sententiæ ratio videamus. Et hæc est, cum vsufructuarij maxime intersit, eam seruitutem non imponi: non potest hoc dari proprietario, quin & fructuario dari videatur: quod tamen ius non patitur. Fructuarii enim interest eam seruitutem non constitui: Igitur fructuarius & proprietarius inuicem sibi obstant, quia neque ipsi per se, neque si consentiant, seruitutem possunt imponere: nam hæc res pertinet ad dominum. Tertia quæstio hæc est, *An superficiarius insulæ superficiariæ seruitutem imponere, vel acquirere possit.* Videndum primum quid sit *superficies.* Superficies est, & solum: solum est planum, æquum, area. Superficies est, quod supra aream & solum est. vt ædificium dicimus, ita & superficium, vt *l. si ex lapidicinis 32. de iure dot.* Item *l. 1. §. 1. de superfic.* Eadem vox restituenda apud Caium, *lib. 2. Instit. tit. 1.* Aliud est autem superficium, aliud ædificium. Nam ædificium comprehendit & superficium & solum, *l. eum qui 23. de vsuc. l. solum 49. de rei vindic.* Illud etiam notandum, superficium non tantum esse, quod supra solum ædificatum est, sed etiam id, quod est implantatum aut satum, vt seges, est superficies campi frumentarii, & vinea soli, *l. certo generi 13. de seruit. rust. præd.* Genera agrorum distinguuntur superficie, id est, illis rebus, quę in iis nascuntur. ait lex, certo generi agrorum seruitutem imponi posse, vt vineis. Nunc videamus, quis dicatur *superficiarius:* Est is, qui in alieno solo superficiem emit vel conduxit in perpetuum, aut non modicum tempus, constituta mercede certa domino, *l. vlt. de superfic. l. habitator 59. de rei vindic.* Constituto iure superficiario fit, vt vnus videatur dominus soli, alter dominus superficiei. Merces autem quæ superficiario præstatur domino soli, dicitur *solarium,* quod pendatur pro solo. Hoc ius plerunque constituimus, cum quis in nostro solo ex sua materia ædificat, *l. prætor ait § si quis nemine, ne quid in loco pub.* vbi ostenditur, hoc vectigal solarium appellari, *l. etiam superficies 15. qui pot. in pig. l. cum seruus 39. §. heres, de legat.* 1. item *l. vsufructu 7. §. 1. de vsufr.* vbi male legitur, *salarium,* pro *solarium.* Intelligimus, quid sit superficies, videamus nunc an possit superficiarius superficio seruitutem imponere. Ipso iure non potest: quia non est dominus, propter regulam iuris: *superficies solo cedit, l. vlt. de superfic.* Est tanquam inquilinus, *l. in prouinciali §. vlt. de noui oper. nuntiat.* Non potest igitur seruitutem imponere. Notandum tamen est, prætorio iure recte à superficiario seruitutes imponi. Prætor enim tuebitur has seruitutes, *l. 1. §. vlt. de superfic.* Et generaliter notandum, superficiarium in superficie apud prætorem esse domini loco. Ideo prætor superficiario dat actionem in rem, qua superficiem vindicet, *l. 1. de superf.* dat etiam Publicianam in rem, *l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus, de Public. in rem. act.* Præterea prætor dat ei interdictum vti possidetis, quo vim fieri vetat superficiario, quo minus vtatur superficie. Denique prætor eum tuetur contra dominum: Nam si dominus agat actione in rem, prætor superficiarium tuebitur, *l. si duo §. ceterum, vti possid. & l. 1. de superfic.* Præterea superficiario datur vindicatio seruitutum superficiei, debitarum, *l. in prouinciali §. vlt. de noui oper. nunt.* Postremo vt initio dictum est, iure prætorio potest seruitutes impone-

A re, non tantum reales, sed & personales. Hæc de superficie. Quarta quæstio est, quid iuris sit in Emphyteuticario, *an seruitutem imponere possit, vel acquirere?* Constat idem fere ius esse superficiarii & emphyteuticarii, *l. cum sponsus 12. D. de Public. in rem act.* vbi dicitur ei dari rei vindicationem, vt superficiario. Hac tamen in re differunt, quod superficiarius superficiem tantum habeat: emphyteuta autem habet solum & totum agrum. Sed definiamus emphyteutam. Emphyteuta est is, qui alienum agrum excolendum accepit in perpetuum tempus, vel non modicum, ea lege, vt pro eo, statis temporibus pendatur vectigal, & eum fundum auferre ei non liceat tamdiu, quandiu vectigal pendatur, *l. 1. si ager. vectig.* vbi legendum est, *id est, emphyteuticus,* vt in *l. sciendum 15. §. 1. qui satis. cog.* Qui

B vero agri dantur in emphyteusim? Dari solent agri ciuitatum, Fiscales, Ecclesiarum. Neque vero omnes dantur, sed hi tantum, qui sunt inculti & deserti, & steriles, vt emphyteutæ cura excolantur, oblato domino vectigali. Inde etiam nomen habet emphyteusis. Ea enim significat sationem, implantationem, & omnem rationem agricolendi. Idem significatur ἐμβάσεως nomine, quo etiam nostri vtuntur, vt in *l. sed si §. ius, de rebus eor. qui sub tut.* Est tamen quoddam aliud ius ab eis diuersum, quod dicitur πατρικόν, nostri vocant Colonarium ius. Differentia talis est inter hæc iura, quæ colligitur ex *Nouel. 7. & 120.* Prima differentia hæc est, quod emphyteuta non est dominus, sed quasi dominus. At πατρικος est dominus, quia is fundum emit, quanti est, vel pluris, vel minoris, & deinde certis temporibus & pensionibus præstat mercedem certam:

C Itaque est dominus, qui emit. Præterea emphyteuta nonnunquam est temporarius *l. vlt. si ager. vectig.* Πατρικὸς est perpetuarius, nec res ei auferri possunt iure emphyteutico, non πατρικῷ. Postremo est quoddam ius, quod dicitur *Libellarium.* Ius illud πατρικόν, videtur appellari ius Patrimoniale *lib. 11. Cod.* Hoc vero ius libellarium, videtur vocari ius perpetuarium, *tit. de locat. præd. ciuilium, vel fiscalium, lib. 11.* Est autem ius libellarium, cum agri etiam fertiles & culti in perpetuum locantur. Appellatur autem ius libellarium, *in consuetud. Feudorum lib. 1. tit. 5. lib. 2. tit. 9.* & apud Cassiodor. *lib. 5. variar.* Et hoc quidem ius perpetuarium dicitur. Isti enim non sunt quasi domini, sed conductores perpetuarii. Ceterum neque domini sunt, ne que quasi domini. Hinc apparet corruptam esse

D legem 1. *C. de offic. comit. sacri palat.* In qua vulgo ita legitur: *Ius perpetuarij, id est, emphyteuticarij,* legendum: *iuris perpetuarij* vel *emphyteuticarij,* vt docent libri manuscripti. Summa est, hi qui hæc iura habent, seruitutes imponere possunt & acquirere: quia aut sunt domini, aut quasi domini, aut in perpetuum rebus fruuntur. Restat tantum hæc quæstio, *an prouinciales* potuerint imponere seruitutem prædiis suis ante Iustinianum. Nam ante eum non erant prædiorum domini ex iure Quiritium, sed erant domini in bonis, id est, ex iure naturali, ideo *Bonitarij* domini appellantur à Theophilo in *§. vlt. de libert.* Alij ab eodem vocantur Quiritarij, in t. eod. Prouinciales igitur non erant domini iure Quiritium, nec eorum prædia erant res mancipi, sed erant nec mancipi. Res mancipi alienabantur mancipatione. Nec mancipi, traditione. Vlpian. in *Fra-*

E *gmen. tit. de dominiis.* Hodie sublata est differentia à Iustiniano, & omnes res nunc sunt mancipi. Sublata est differentia locorum, eodemque iure omnia prædia nunc sunt, *l. 1. de vsucap. transform.* At videamus, an ante Iustinianum prouinciales potuerint seruitutem imponere: Et constat potuisse. Ex quo apparet, eum recte seruitutem imponere, qui rem habet in bonis, licet dominus non sit iure Quiritium, *l. & in prouinciali 3. C. de seruit. & aq.* Et certe in prouinciali solo seruitutes imponi possunt. Huic simile est quod traditur in *l. prouinciali, de noui op. nuntiat.* Vbi dicitur, *in prouinciali solo recte nouum opus nuntiari.* Nunc quęro, *an pater possit imponere seruitutem prædio castrensi filij familias?* Cur de hac re dubitamus? quia ipso iure pater est dominus peculij castrensis, omnia patri acquiruntur iure

patrio, etiam castrensia. Priuilegium tamen habet in castrensi peculio filiusfamilias, vt in eo habeatur pro patrefam. Sed hoc priuilegium non omnino abrogat ius patrium in peculio filij. Hinc tria consequuntur. I. Mortuo filio intestato, patri non acquiri castrense peculium, sed non adimi. non dicitur ei obuenire iure hereditario, sed iure peculij, *l. proponebatur 9. de castr. pecul. l. 1. § si is qui bona, de collat bon.* II. Ex eo sequitur filiofam. deportato, patri non auferri castrense peculium à fisco, *l. si filius 3. C. de bonis proscript.* III. Ex eo sequitur, patrem posse acquirere seruitutem castrensi prædio, quia ipso iure peculij castrensis est dominus, *l. ex castrensi 18. de castr. pecul.* Lex aperte ait, patrem posse prædio castrensi seruitutem acquirere. Quæro, an etiam possit imponere? Minime. Ne scilicet faciat contra priuilegium, quod militantibus datum est, *d. l. ex castrensi §. 1.* Et omnino notandum est, patrem in castrensi peculio similem esse ei, cui bonis interdictum est, quia is seruitutem acquirere potest, qua melior fit eius conditio: imponere non potest. Hæc est explicatio *l. ex castrensi.* Ex his constat eum, qui potest acquirere seruitutem, non posse eam semper imponere. Addendum est aliud exemplum de proprietario, qui seruitutem acquirere potest, non tamen imponere, quia deterior fit vsusfructus causa, *l. sed etsi quid 15. §. vlt. de vsufruc.* Et id adeo verum est, vt nec consentiente fructuario possit. Ratio vt intelligatur, notandum est: fructuarius si velit, potest cedere ius suum, fructuario. ergo retinente hoc ius, non potest seruitutem imponere, quia non est dominus. Quando autem videtur seruitutem imponere? Non tantum cum ipse imponit solus, sed etiam si proprietario eius rei auctor existat: Et facilius, quod facit proprietarius ex consensu fructuarii, id propemodum fructuarius facit, quod ius non patitur. Et his casibus fit, vt, qui potest acquirere, non possit imponere. Vltima quæstio, *An is, qui pro parte dominus est, prædio communi possit seruitutem imponere.* Hæc est quæstio *l. vnus hoc tit.* Ait autem, *vnus ex dominis communium ædium seruitutem imponere non potest.* Quod sic accipiendum est: Vnus ex sociis, qui rem tenent pro indiuiso, id enim proprie commune dicitur: Nam diuisio tollit communionem, & eam soluit: quinimo communia dicuntur etiam pro indiuiso. Aggenus Vrbicus, *lib. de limit. ag.* vbi ait, *in quibusdam prouinciis prædia esse indiuisa.* id, quod est diuisum, non est pars, sed totum, *l. recte 25. de verbor. signif. l. Maeuius 68. §. duorum, de legat. 2.* Deinde ait lex, *communium ædium.* Sed notandum, idem esse in fundo. Ergo vnus ex sociis neque vrbanas seruitutes, neque rusticas imponere potest. Deinde ait lex: *imponere.* Quæro, *an acquirere possit?* Et constat etiam acquirere non posse, *l. vnus ex sociis 34. de seruitut. rust. præd. l. proprium 5. commun præd.* Sed quæ sit eius ratio, videamus. Id fit, primum, quia socio acquiri non potest, quia liber homo libero homini non acquirit: Non potest etiam sibi acquirere, quin acquirat socio, quod ius non patitur. Eius ratio hæc est: quia res ita est communis, vt in ea partes habeant magis intellectu, quam corpore, *l. seruus, de stipul. seru.* Præterea sunt domini pro indiuiduis partibus. Deinde vt imponere non potest, ita nec acquirere: Non potest etiam acquisitam seruitutem remittere. Item non potest libertatem prædio communi acquirere. Denique à socio nihil fieri potest in hac seruitutum quæstione. id indicant *ll. sup. dicta.* Rursus ait lex, *imponere non potest. Imponere* seruitutem, est constituere seruitutem. Quomodo autem constituitur ea? *Cessione, datione, & traditione.* His autem tribus vocabulis, Iurisconsulti vtuntur, & hæc tria idem significant. Ergo aliud est, seruitutem promittere, aliud constituere, quia seruitus promitti potest sub conditione, *l. existimo 98. de verbor. oblig.* sed non potest constitui sub conditione, *l. seruitutes 4. hoc tit.* Id etiam sic demonstro. stipulatio seruitutis corrumpitur communicato prædio: nam cum prædium sit communicatum, non potest cedi vni ex dominis, *l. pro parte 11 hoc tit.* Constitutio autem seruitutis non vitiatur communicato prædio, *l. vt pomum 7. §. 1. hoc tit.* Postremo seruitus

A seruitutis constitui non potest, vt si habeo ius aquæ, non possum in eodem iure ius tibi constituere. at seruitus seruitutis promitti potest, *l. cum essent 33. §. vlt. de seruit. rust. præd.* Quæro igitur nunc, an vnus *ex sociis possit promittere seruitutem, aut stipulari?* Hoc definitum est in *l. si vnus 19. de seruit. rust. præd.* vt non possit. Summa igitur est huius quæstionis, vnus ex sociis non potest seruitutem imponere, acquirere, promittere, stipulari, impositam remittere: denique libertatem prædio communi acquirere non potest.

Ad L. III. Seruitutes prædiorum.

B *Seruitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.*

IN hac lege ponitur vna diuisio seruitutum. Quidam sic eam legem interpretantur: Aliæ imponuntur à domino soli, aliæ à superficiario. Superficiarius enim iure prætorio recte imponit seruitutes. Sed hæc opinio falsa est: quia hæc verba, *in superficie consistunt,* latius patent. Sic igitur interpretanda est: In solo consistunt seruitutes rusticæ, in superficie seruitutes vrbanæ, *l seruitut. 29. de seruit. vrb. præd. l. certo generi 13. de seruit. rustic. præd.* Ergo alia seruitus superficiaria, alia solaria, à Græcis δουλεία vocatur. Constantinus in *tit. περὶ δουλειῶν, lib. 9. Epitom. tit. 4.*

Ad L. IV. Seruitutes

C *Seruitutes ipso quidem iure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia, quandiu volam) constitui possunt. Sed tamen si hæc adiiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita seruitutem vindicanti. Idque & Sabinum respondisse, Cassius retulit, & sibi placere.*

§. 1. Modum adiici seruitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur: veluti vt equo duntaxat, vel, vt certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.

§. 2. Interualla dierum & horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutæ seruitutis.

D IN hac lege 4. tractatur de illis, quæ seruitutibus possunt aut non possunt adiici. Tria sunt, quæ adiiciuntur, Dies, Conditio, Modus. De his generaliter hoc traditur: Ipso iure diem vel conditionem frustra adiici, modum recte adiici. Dicendum inprimis de die & conditione. Seruitutes ipso iure, id est, ciuili & mero iure, non recipiunt diem vel conditionem: Nam iure prætorio recte seruitutibus adiicitur dies: quod non potest fieri iure ciuili, fit per prætorem æquitatis magistrum. Colligimus igitur, ipso iure nec à die vel conditione incipere, neque die vel conditione finiri seruitutes posse: iure prætorio posse. Ait lex, *seruitutes*, scilicet prædiorum, & recte dixit, seruitutes, quia diuersum est in vsu & vsufructu. Nam hæ seruitutes recte constituuntur ex die & conditione, ad diem & conditionem, *l. vsusfructus 4. de vsufr.* Si vsufructus sit constitutus ad diem, finietur eo ipso die, *l. & puto 16. §. vsusfructus, famil. ercisc.* Idem ostenditur in *l. 1. §. vlt. quando dies vsusfr. leg ced.* Et Paul. libro quarto *Sentent. tit. de vsufr. Vsusfructus,* inquit, *finitur tempore, si ad certum tempus constitutus sit.* Quæ sit ratio differentiæ, videamus. Et hæc est: quia vsus & vsusfructus sunt iura hominum. Nihil autem vetat, homini dari hæc iura ex tempore, vel ad tempus. Seruitutes autem sunt qualitates rerum: qualitates autem rebus imprimi non possunt, quin subito existant & appareant. Rursus impressæ qualitates, vix auelli queunt, nisi certis præscriptisque modis. Igitur, si ex die sint constitutæ seruitutes, ipso iure statim existunt, nec expectatur dies vel conditio. Quod si sint constitutæ ad diem vel conditionem, ipso iure tempore vel conditione non

finiuntur: quia inhærent prædiis, nec temere auelli possunt. Videamus quid sit ex die, vel ad diem: ex conditione, ad conditionem. *Ex die*: Cedo tibi iter ex Calendis Febru. *Ad tempus* ita constituitur: Cedo tibi iter vsque ad Calendas Febru. Ex die, vt ab eo die incipiant: Ad diem, vt ad eum diem exstinguantur. Vtrumque vero dicitur fieri in diem. Nam in diem non tantum significat ad diem, sed etiam ex die, *l. quoties 6. §. vlt. de hered. instit. Ex conditione*, hoc modo: Cedo tibi iter, si nauis ex Africa venerit. *Ad conditionem*: Cedo tibi iter quoad viuam. Ex conditione, vt ab ea incipiat: Ad conditionem, vt ad eam finiatur. Vtrumque fieri dicitur sub conditione. Sub conditione fit, quod fit & à conditione, & ad conditionem, *l. pater 101. §. vlt. de condit. & demonst.* In hac autem lege proponitur tale exemplum seruitutis constitutæ, *quamdiu volam*. Hoc exemplum est seruitutis constitutæ ad certam conditionem. Nihil interest autem, dixerit, *quandiu volam*: an, *quandiu nolim*, eodem verbo vtrumque tempus significatur, quod Gellius notat *lib. 2 cap. 21.* Recepta autem hæc conditio, *quamdiu volam*, & in hac seruitutum quæstione iure prætorio. Sed hæc: *si volam*, nusquam recepta est, quia inane est quod fit sub hac conditione, *si volam, l. sub hac conditione 8. de obligat. & action.* Nunc ait lex: *Constitui possunt. Constitui*, id est, imponi, & acquiri. Id autem fit cessione, id est, si cedatur, si detur, si tradatur. An vero potest promitti? Nam aliud est promittere, aliud constituere seruitutem. Et notandum, constitutam seruitutem vindicari posse: promissam non posse, sed competit actio in personam, vt cedatur, *l. obligationum 3. de obligat. & action.* Quæro, an promitti possit ex die vel conditione? Et constat posse. Ergo recte dixit, constitui. Hoc intelligitur ex *l. existimo 98. de verb. oblig.* Quæ autem est vis promissionis? Vt ante diem vel conditionem non agatur de tradenda seruitute. Quæro, an etiam promitti possit seruitus ad diem vel conditionem? Constat ipso iure non posse: quia nulla obligatio ipso iure constitui potest ad diem vel conditionem. Sensus hic est, semel nata obligatio, tempore vel conditione ipso iure non tollitur. Hoc ostenditur in *l. obligationum fere 44. §. placet, & §. conditio, de obligat. & act.* Idem ostenditur in *l. eum qui ita 56. §. qui ita stipulatur, de verbor. obligat.* Et *Instit. eod. tit. §. & si ita.* Sed quæ sit huius rei ratio, videndum est. Hæc ratio traditur in *d. §. placet* quoniam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, non tempore & conditione. Sed hæc ratio latius explicanda est. Sciendum est, naturam primum, quam ars imitatur, rebus compositis certos modos constituisse, quibus essent, aut non essent. Nam eodem modo non omnia creantur, aut intereunt. Sic in his, quæ arte fiunt, sunt certi modi, quibus ea inducantur aut tollantur, non sunt infiniti modi, sed certi & præscripti. Certi sunt modi inducendæ obligationis, id est quædam conuentiones iuris gentium. Soluendæ autem obligationis modi hi sunt, qui exprimuntur *Instit. quibus modis toll. oblig.* In his autem causis pactum non est modus tollendę obligationis. Item, tempus aut conditio non potest tollere obligationem, aut inducere. Ex his efficitur, post pactum diem, vel conditionem, ipso iure actionem competere, quia dies aut conditio non potest tollere obligationem. Ceterum notandum est, hanc actionem excludi exceptione pacti, vel doli, per prætorem. Hoc pacto fit, vt quæ iure ciuili non tollitur obligatio, iure prætorio, id est, per exceptionem tollatur. In summa, notandum est, tollendæ obligationis modos ex iure ciuili esse certos & definitos: ex iure prætorio incertos & indefinitos modos. Et addendum est, in his exigi factum, id est, exceptionem. In illis non exigitur exceptio, vt ostendit lex *si vnus 27. §. pactus, de pact.* Idem prorsus est in seruitutib. vt traditur in hac lege. Seruitutes enim constituuntur ex die, iure ciuili, *sed per exceptionem occurretur contra placita vindicanti.* Recte dixit, *placita*, quia non vindicat contra ius, quia iure ipso statim existit seruitus. Quæro, cur exceptio doli? Exceptio doli subsidiaria est exceptioni pacti, id est, vbi non competit exceptio

A pacti, competit exceptio doli, *l. rescriptum 10. §. vlt. de pact.* Item, quia exceptio doli est generalis, *l. palam §. & generaliter, de doli except.* Sequitur in lege: *Idque & Sabinum respondisse. &c.* Ex quo apparet, hanc fuisse sententiam Sabinianorum. Videntur in alia sententia fuisse Proculiani, at obtinuit sententia Sabinianorum. Quod ad modum tamen attinet, nulla erat inter eos controuersia. Et hoc est, quod sequitur: *Modum adiici, &c.* Ponatur igitur hæc regula: *Ipso iure modus adiici seruitutibus potest.* Ratio hæc est, quia modus respicit non seruitutem, sed vsum seruitutis, id est, præscribit vsum seruitutis, at dies aut conditio perimit. ponatur exemplum de actu, vt hæc regula intelligatur. Actus est seruitus rustica. Modus ita adiici potest, si definiatur vehiculi genus, quo agatur, veluti vt equo

B duntaxat, id est, vehiculo, cui equus solus sit iunctus. Huius etiam exemplum est in *l. si cui via 11. quemad. seruit. amit.* Vel, vt certum pondus vehatur, hoc est etiam modum adiicere, in *d. l. 11.* ait, *certum onus, vel grex ille transducatur.* hoc etiam modus est. Sequitur: *vel carbo portetur*, hoc etiam est modum adiicere. Duci dicuntur animalia: ferri, quæ quis, secum sumendo ducit, *l. ferri 235. de verb. sign.* Interualla quoque dierum & horarum, certum est, per modum recte seruitutibus adiici. Et notandum est, recte modum adiici, si vsus seruitutum temporib. secernatur, verbi gratia, si conuenerit, vt vtatur alternis mensibus vel annis, vel si vtatur ab hora tertia in horam decimam. Item si conuenerit, vt noctu vtatur, non interdiu, vt in specie *l. si prius, 17. de acq. plu. arc.* Ergo modus adiicitur, cum vsus seruitutum distinguitur temporibus. Notandum est

C etiam, cum hæc interualla adiiciuntur, non videri seruitutes constitutas ex tempore vel ad tempus: quia ita modus seruitutis adiicitur ex interuallo & diuisione temporum. Hoc est, quod ait hic §. *Interualla dierum vel horarum*, quibus scilicet intermittitur seruitutum vsus, *non pertinent ad temporis causam*, id est, vt non videantur à tempore, vel ad tempus constitutæ. Hoc est etiam quod traditur §. *vlt. leg. proxima*: *Vsus seruitutum temporibus secerni potest, ipsa quidem seruitus non potest.* Nunc notandum est, vnam & perpetuam esse seruitutem & continuam, licet intermissione temporis diuisa sit, vt quotidiana est aqua, licet intermissionem habeat, *l. 1. §. 1. de aqua quotid. & æst.* Seruitus, aut vsus seruitutis habet intermissionem dupliciter: Ex conuentione, & ex sui natura. natura, vt seruitutes rusticorum prædiorum, vt iter. Nec enim quis semper ire po-

D test. Idem dicendum de similibus, *l. seruitutes 14. hoc tit. l. vsufructus 13. de vsufr. leg.* Quocunque autem modo seruitus habeat intermissionem, perpetua est. Ex eo intelligimus, eo tempore, quo non licet vti seruitute, prædium non desinere seruire, nec esse liberum. Diuersum est in vsufructu: qui si diuisus sit pluribus temporibus, vsusfructus non vnus est, sed plures sunt. Et ideo eo tempore, quo non licet vti frui, proprietas plena pertinet ad dominum, vt in l. 2. *quib. mod. vsusfr. amit* & in *l. 1. quan. dies vsusfr. leg. ced. l. cum vsusfru. 13. de vsufr. leg.* Videamus quæ sit ratio differentiæ. Hæc est: Seruitutes inhærent prædiis, etiamsi eis vti non possumus per quædam interualla: Nam hæ sunt insitæ & impressæ prædiis: sunt enim prædiorum qualitates: Vsusfructus autem cohæret personæ. Denique

E non potest esse sine persona, quæ vti & frui possit, etiamsi non vtatur. Ex hoc apparet seruum hereditarium non posse acquirere vsumfructum ante aditam hereditatem, quia ipse seruus frui non potest. Ipsa autem hereditas in hac causa non sustinet causam & personam defuncti, *l. hereditas 61. de acquir. rer. dom. l. vsufructus 26. de stipul. seru.* Quid dicemus, si vsusfructus alternis diebus legatus sit? tunc eo die, quo vsufructuarius frui non potest, videtur desinere, rursus postero die videtur renasci. Atque ita plura sunt legata, & plura iura hominis. Ergo quamdiu persona vti potest, tamdiu vsusfructus manet: cum vti non potest, cessat vsusfructus, quia tunc nec est, nec intelligitur esse. Secus est in seruitute: nam seruitus semper cohæret prædio, etiamsi is, cui propter prædium concessa est, ea vti non

possit: quia seruitus sine persona esse potest, non sine prædio: Ergo diuisio temporis non diuidit seruitutem: nam vna est & perpetua, licet habeat intermissionem. At diuisio temporis vsumfructum diuidit, & plures vsusfructus facit.

Ad L. V. Via

Via, iter, actus, ductus aquæ, iisdem fere modis constituuntur, quibus & vsumfructum constitui diximus.

§. 1. *Vsus seruitutum temporibus secerni potest: forte vt quis post horam tertiam vsque in horam decimam eo iure vtatur, vel vt alternis diebus vtatur.*

IAm ante dixi, *sola cessione seruitutem constitui proprie.* Ergo vno tantum modo constituitur. At notandum plures esse modos, quibus consequimur, vt tradatur & cedatur. Et hi explicantur in hac lege. Ait autem: *Via, iter, &c.* (hæ sunt seruitutes rusticorum prædiorum) *iisdem fere modis constituuntur, quibus vsufructus.* Idem dicit *l. vsusfructus 6. de vsufr.* Lex est eiusdem auctoris, & ex eodem libro & merito cum hac coniungenda. Videndum est igitur, quibus modis vsusfructus constituatur. Primum constat, vsumfructum constitui stipulationibus. quo nomine omnes contractus intelligimus, quemadmodum cum dicimus traditionem, omnem intelligimus modum transferendi dominium. Id traditur in *l. omnium, de vsufr.* Constituitur etiam pactionib. id est, pactis conuentis, quæ ex continenti contractibus adiiciuntur, id est, nullo interiecto interuallo: Nam non omnibus pactionibus constituitur vsusfructus, sed his solum, quæ sunt vtiles ad agendum, quales sunt, quæ contractibus ex continenti adiiciuntur, vt pacto venditionis, permutationis, diuisionis, donationis, *l. quisquis 21. C. de donat. l. Seia 42. de donat. caus. mort.* Eæ autem pactiones dicuntur leges, sed eæ solum, quæ adiiciuntur contractibus, quia legem dant contractibus & formam, vt ait *l. iurisgentium 7. de pact.* Præterea constituitur iure legati vsusfructus in testamentis. Tunc vero aut ipso iure constituitur, aut per factum heredis: ipso iure, si legatus sit per vindicationem. per factum heredis, si sit legatus per damnationem. Hoc addit Paulus 3. *Sentent. tit. de vsufr. in princip.* Sed à Iustiniano confusa est hæc differentia legatorum, & ex omnibus legatis hodie vindicatio competit, ideoque constituitur vsusfructus hodie ipso iure.

Constituitur & alio modo, si proprietas legata sit deducto vsufructu, *l. vsufructus 6. de vsufr.* Iure etiam legati constituitur, si eiusdem fundi proprietatem alteri legaueris, alteri vsumfructum, *d. l. vsusfructus.* Quæro, an iure fideicommissi vsusfructus constituatur? & quidem ipso iure non constituitur: quoniam fideicommissa non sunt iuris, nec dominium transferunt, sed possessionem tantum, *l. qui vsumfructum 3. si vsusfr. pet.* Sed per prætorem iure fideicommissi constituitur vsusfructus, *d. l. qui vsumfructum & l. 1. §. 1. & l. si vsusfructus mihi 9. vsufruct. quemad. cau.* Adde *l. si quis vsumfructum 29. de vsufr. leg.* Videamus, quomodo constitui possit per fideicommissum. Id fiet hoc modo: si heres rogatus fuerit alteri vsumfructum tradere. Constituitur etiam si is, cui legatus est vsusfructus, idem rogetur eum alteri cedere. Interpretes existimant, ei legatam videri proprietatem, cui legatus est vsusfructus, addito onere fideicommissi. idque probant ex *l. vlt. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum. l. species, de au. arg. leg. l. filius 39. de vsufr. leg.* Species earum legum hæc est: Quidam rem legauit Titio, & rogauit, vt eam rem alteri restitueret, & adiecit: Nam vsusfructus eius rei, quoad viuet, sufficit. Quæstio est, an vsufructus legatus videatur, an proprietas? Distinguendum est: aut rem legauit, aut vsumfructum, addito onere fideicommissi. Si vsumfructum, absurdum est dicere proprietatem legatam: & ideo tunc cauendum est heredi de vsufructu restituendo. At cum res legatur, licet fiat vsusfructus mentio, videtur tamen proprietas legata: & hoc casu non cauetur heredi de

A re restituenda. Et sic accipiendæ sunt hæ leges. Præterea notandum est, vsumfructum constitui, mortis causa donatione: nam hæc donatio instar legati obtinet, *l. 1. §. 1. vsuf. quemad cau.*

Postremo, vsufructus constituitur adiudicatione quam facit iudex in iudiciis familiæ erciscundæ, & communi diuidundo: poterit enim vni adiudicare proprietatem, alteri vsumfructum, & adiudicatione dominium transfertur, *§. vlt. Instit. de offic. iudic. d. l. vsusfr. de vsufr.* iis fere modis constituitur seruitus stipulatione *§. vlt. Instit. de seruitut.* Constituitur etiam pactionibus, contractibus adiectis, *l. duorum 3. & l. proprium 5. commun. præd. l. fundus 32. de seruit. rustic. præd.* addatur etiam *l. via 23. §. vlt. eod.* quo loco legendum est: *diuisionis iure,* pro, *diuisi iure.* Nam hæc est species: Fundus qui debebatur, diuisus est certis

B portionibus. Seruitus præterea constituitur per legatum, vt cum testamento fundo suo seruitutem testator iure legati imponit. Item per fideicommissum, auxilio prætoris. Item adiudicatione, sed non omni modo, sed eo loco, qui explicatur in *l. item Labeo 22. §. sed etiam, famil. ercisc. & l. item 10. §. 1. & l. vt fundus 18. comm. diuid.* Cur ait, fere? quia non omnino iisdem modis constituitur seruitus, quibus vsusfruct. quia potest proprietas legari deducto vsufructu, non tamen potest legari fundus deducta seruitute ei fundo debita: quia à fundo separari non potest. Item non potest legari seruitus sine fundo. Præterea non potest adiudicari seruitus sine fundo; cum adiudicatur fundus, & seruitus ei debita adiudicatur.

C Ad L. VI. Ad certam partem.

Ad certam partem fundi seruitus tam remitti, quam constitui potest.

SEntentia huius legis hæc est: seruitutem imponi non tantum fundo, sed etiam loco, id est, certæ portioni fundi. Item, remitti posse non tantum fundo, sed & loco. Certum dicitur à cernendo: ideo certa pars est, quæ cerni & demonstrari potest. huiusmodi est pars quæ distincta est certis finibus & regionibus, *l. placet 25. quib. mod. vsusfruct. amit.* Pars indiuisa non est certa, sed intelligitur certa: ideo merito à parte certa separatur in *d. l. placet.* Ergo parti indiuisæ imponi aut remitti seruitus non potest, diuisæ potest.

D Ad L. VII. Ius cloacæ.

Ius cloacæ mittendæ seruitus est.

AIt hæc lex, *ius cloacæ mittendæ seruitus est.* Hoc obscurum videtur. Cloaca quid sit explicatur in *l. 1. de cloacis.* Est locus cauus, per quem colluuiones quædam fluunt & dicitur *à colluendo,* vt Victorinus in lib. de orthographia. Sententia huius legis hæc est: Ius cloacæ ducendæ vel immittendæ ex ædificio in vicini aream, ædes, agrum, ius est prædij, non personæ. Cur autem est ius prædij potius quam hominis? Quia ea res prædiis nostris est salubris & necessaria: nam pertinet ad salubritatem prædij, & tu-

E telam, vt ait *l. 1. de cloac.* Ostendit etiam ea lex, eum, qui habet hanc seruitutem, posse introire in ædes vicini, & aperire pauimenta, cloacæ purgandæ & reficiendæ gratia. Et hac de re datur interdictum prohibitorium. Est autem seruitus vrbani prædii. Hoc iure enim plerumque indigent vrbana prædia, Gaius 2. *Institut.* Ceterum notandum est ex sententia Neratij, hanc seruitutem esse etiam rustici prædii, vt apparet etiam ex his quæ supra dixi, & traditur in *l. rusticorum, de seruit. rust. præd.*

Ad L. VIII. Vt pomum

Vt pomum decerpere liceat, & vt spatiari, & vt cœnare in alieno possimus, seruitus imponi prædio non potest.

§. 1. *Si prædium tuum mihi seruiat, siue ego partis prædij tui dominus esse cœpero, siue tu mei, per partes seruitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non potuerit.*

PEr seruitutes prædia prædiis seruiunt, & res rebus, & ideò non poteſt vltra conſtitui ſeruitus, quam quatenus ad prædia eſt opus & prædio eſt vſui. Denique conſtitui non poteſt, niſi quæ prædii meliorem cauſam facit, *l. ergo* 5. & *l. veluti, de ſeruit. ruſticor. præd.* Sciendum tamen eſt, ſeruitutes prædiis imponi poſſe, non tantum ob vtilitatem, ſed etiam ob amœnitatem, *l. hoc iure 3. princ. de acq. quotid. & æſt.* Et ideò iùs hoc, *ne proſpectui officiatur*, eſt ſeruitus, quod tamen pertinet magis ad amœnitatem, quam vtilitatem prædii, *l. luminum 3. tit. prox. ſeq.* Quæ neque vtilitatem adferunt, neque amœnitatem, imponi non poſſunt. vt puta, vt pomum decerpere liceat, vel ſpatiari in tuo agro, quia hæc iura non pertinent ad amœnitatem & vtilitatem prædiorum: vt enim liceat mihi pomum decerpere ex tuo prædio, quid prædio meo prodeſt? Eſt quidem ius hominis, non prædii. Præterea, vt liceat mihi ſpatiari, hoc nihil affert prædio meo amœnitatis. Multum intereſt inter iter & ſpatium, vt mihi liceat ire per tuum agrum in meum, eſt ſeruitus prædio meo neceſſaria. vt liceat mihi ſpatiari in tuo agro, non eſt ſeruitus prædio meo neceſſaria. Iter igitur ſeruitus eſt, non ſpatium. Ire eſt progredi vlterius in meum fundum, ſpatiari, non eſt pergere vlterius, ſed ſubinde in flexum recedere & ſpatia quædam facere, aut ſanitatis, aut voluptatis cauſa. *ſe promener.* Præterea iter mihi conceſſum, iter mei prædij eſt: ambulatio eſt mea non prædii mei. Ad ſummam notandum eſt, hæc iura, de quibus tractatur hac lege, perſonis cedi poſſe: prædiis tamen imponi non poſſe, vt his inhæreant: Quia ea iura non pertinent ad prædia. Ergo hæc iura morte perſonæ finiuntur.

Sententia §. 1. hæc eſt. Prædio communi non poteſt ab vno ex ſociis pro parte indiuiſa imponi vel acquiri ſeruitus, *l. vnus 2. hoc tit.* Hinc quæritur quid fiat, ſi ego prædio meo ſeruitutem impoſuero, vel acquiſiero, & id poſtea alteri communicauero, an retinebitur ſeruitus pro parte indiuiſa? Nam videtur recidiſſe in eam cauſam, à qua incipere non poterat, pro parte videlicet indiuiſa conſtitui non poterat. Receptum tamen eſt hoc caſu, ſeruitutem retineri pro parte indiuiſa, *l. pluribus 140. in fi. de verbor. obligat.* Ergo conſtituta ſeruitus communicato prædio non vitiatur. Diuerſum eſt in ſtipulatione ſeruitutis, vt docebimus in *l. pro parte 11. inf.* Summa eſt: pro parte indiuiſa ſeruitus imponi vel acquiri non poteſt, retineri tamen poteſt.

Mihi ſeruiat.] Addendum eſt, propter prædium medium. *Prædij tui*, id eſt, ſeruientis. Eſt prædium ſeruiens, & prædium dominans. Seruiens eſt, quod ſeruit: dominans, cui ſeruitus debetur.

Ad L. IX. Si cui ſimpliciter.

Si cui ſimpliciter via per fundum cuiuſpiam cedatur, vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet eius partem) ire agere licebit: ciuiliter modo. Nam quædam in ſermone tacite excipiuntur: Non enim per villam ipſam, nec per medias vineas ire agere ſinendus eſt, cum id æque commode per alteram partem facere poſſit, minore ſeruientis fundi detrimento. verum conſtitit, vt qua primum viam direxiſſet, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandæ eius poteſtatem haberet: ſicuti Sabino quoque videbatur: qui argumento riui vtebatur, quem primo qualibet ducere licuiſſet: poſteaquam ductus eſſet, transferre non liceret. Quod & in via ſeruandum eſſe verum eſt.

IN hac lege tractatur, per quam partem ire agere liceat cum ſeruitus ſimpliciter conceſſa eſt, aut relicta, vt, ſi quis mihi viam ceſſerit ſine diſtinctione loci, per quam partem via erit conſtituenda, quæ indiſtinctè promiſſa eſt?

A Explicanda ſunt ſingula verba. Initio oſtendit, ipſo iure tunc licere hac & illac circumquaque ire. Ita ait Paulus in *l. certo 13. §. 1. & l. ſi mihi conceſſeris 21. & l. prox. de ſeruit. ruſt. præd.* Hoc videtur eſſe ex legibus XII. tabularum. idque indicat Tullius pro Cæcinna: *Si via ſit immunita, lex iubet, qua velis agere iumentum.* Nunc ait lex noſtra, *ſi cui ſimpliciter*, vt in *l. & hæc diſtinctio 35. Loc. Cedatur vel relinquatur.* (Cedere, eſt viuentium actus, *l. vlt. in fi. commun. præd.* Relinquere, eſt morientium in teſtamento vel vltima voluntate, *l. 1. §. 1. de tab. exhib. Licebit*) lege *XII. tabularum. Modo ciuiliter.* (Quia non omne, quod licet, honeſtum eſt, *l. non omne 108. de reg. iur.* Eundum igitur eſt ciuiliter. Eundum, loquitur de fundo. Quare ait, *villam*: quia villa eſt acceſſio fundi, *l. fundi 8. l. quid tamen* B *10. inf. quib. mod. vſusfruct. amitt. l. vxori 24. de vſu & vſufr. leg.* Plinius XVIII. 6. *Sic vſi Sabino quoque.* Notandum, id non tantum probari Proculo, ſed etiam Sabino. Mouebatur argumento riui Sabinus. *Ducere*) id eſt, facere. Ducere cloacam dicimus, *l. 1. §. hoc amplius, De cloac.* Ducere maceriam, *l. ſi precario 17. commun. præd.* Via ſimpliciter conceſſa, ei electio datur, cui conceſſa eſt, per quam partem velit ire agere, id aperte lex indicat. Huic ſententiæ opponitur *l. ſi via 26. de ſeruitut. ruſtic. præd.* quæ ait, electionem eſſe heredis à quo via legata eſt, per quam partem ſeruitutem velit conſtituere, ſi modo ea res non ſit damno legatario. Lex iſta pertinet etiam ad vltimas voluntates, vt apparet ex verbo, *relinquatur*, In quæſtione de iure electionis ſemper diſtinguuntur vltimæ voluntates à contractibus. Exemplo id demonſtremus. Si legatum ge- C neraliter relinquatur, electio eſt legatarii, cui debetur, *l. legato 37. de leg. 1.* Si autem aliquid generaliter promittatur, electio eſt eius, qui debet, *§. huic autem, Inſtitut. de action.* Sic etiam in ſtipulationibus diſiunctiuis electio eſt eius, qui debet, *l. plerumque, 10. de iure dotium.* In legatis diſiunctiuis electio eſt eius, cui debetur, id eſt, legatarij, *d. l. legato.* Sic igitur definiendum in legatis: ſi ſimpliciter via legata ſit, electio eſt heredis. quia hoc eſt conſentaneum voluntati teſtatoris, vt *l. ſi via 26. de ſeruit. ruſt. præd.* Huic ſimile eſt, quod traditur in *l. ſi quis plures, l. legato 37. §. ſi de certo, de leg. 1.* Diuerſum eſt in contractibus, in quibus electio eſt eius, cui conceſſa eſt ſeruitus: Quia in contractibus ſolet fieri interpretatio aduerſus eum, qui potuit legem apertius dicere, neque dixit, *l. veterib. 39. de pact.* At- D que ita lex iſta obtinebit in contractibus, lex *ſi via*, in legatis.

Ad L. X. Si iter.

Si iter legatum ſit, qua niſi opere facto iri non poſſit, licere fodiendo, ſubſtruendo, iter facere, Proculus ait.

QVæſtio huius legis hæc eſt, an is, cui iter ceſſum eſt vel legatum, poſſit opus facere itineris inſtituendi cauſa? Verbi gratia, iter legatum eſt, qua iri non poteſt, an poterit legatarius opere facto iter ſibi facere? Et lex ait, poſſe, *Opere facto.* (id eſt, ſubfodiendo, & ſubſtruendo. E Subſtructiones ſunt fabricæ, quæ fiunt in locis, quib. iter munitur. *Proculus ait,*) Ex cuius ſchola prodiit Celſus. Addendum eſt, eum qui iter habet, pontem facere poſſe, ſi aliter ire non poſſit, vt ſi locus ſit paluſtris, vel vliginoſus, *l. inde etiam 3. §. vlt. de itin. actuque priu.* Ad hæc pertinet etiam. *l. ſeruitutes 20. §. 1. tit. prox. ſeq.* Species iſtius §. hæc eſt. Mihi conceſſiſti iter per aream tuam in domum meam. in hac ſpecie iter eſt vrbana ſeruitus, vt in *l. iter 14. comm. præd.* Area autem tua domo mea eſt altior, & per eam ex plano non eſt aditus in domum meam, ideo iter mihi ceſſiſti, qua iri non poteſt. Lex ait, me, vt ſit aditus, poſſe prope ianuam domus meæ gradus vel cliuos facere, eundi cauſa. Scalæ fiunt gradibus vel cliuis, quibus recta aſcenditur vel in gyrum. Nunc videndum, an & vſufructuarius poſſit opus facere fruendi cauſa. Hac in re quoque

que distinguetur vsusfructus ab rerū aliis seruitutibus. Fructuarius tueri debet, quod accepit, & reficere, nisi qua vetustate sint collapsa, *l. vsufruct. 7. §. vlt. de vsufr.* Vbi id traditur ex eodem libro Celsi, ex quo sumpta est hæc lex. aliquid noui facere potest, construere non potest casam nisi fructuum recondendorum causa. Hoc ostenditur in *l. si cuius 13. §. fructuarius, & §. prox. & l. si area, 73. de vsufr.* Ergo nihil noui facere potest. Sed ædes fructuarias exornare, vel tectorium inducere non poterit, *l. vsufructuarius 44. de vsufr.* vbi ait, eum non posse tectorium inducere. Nam quamuis fiat melior conditio domini, fructuarius tamen id suo iure facere non potest. Et ita accipiendum quod traditur, in *d. l. si cuius 13. § sed si adium.* Si pictas eas acceperit, pingere potest, alioqui non potest: non potest denique aliquid noui facere, quia tunc mutat qualitatem rei, & mutata qualitate, extinguitur vsusfructus, *l. vsusfructus 5. de vsufr.* Id etiam intelligitur ex definitione vsusfructus tit. de vsufr. in Inst. Est autem ea lex Neratij. Vnde quæro, quid sit quod idem Neratius in *l. vsufructuarius 61.* iisdem prope verbis, dicit? Hic locus emendandus est, nec legendum, riuum imponere. Non enim ita loquimur. Denique riui non ducuntur per parietes, sed solum per canales, aut fistulas. Præterea etiamsi ducantur per parietes, fructuarius non minus potest ducere per parietes, ac per solum. Ergo absurde hoc lex dicit, cum id facere non possit per terram. Legendum igitur est ibi: *nouum tectorium,* non *riuum,* vt *l. Titius 50. de vsufr.* Restat hæc quæstio, an ædificium inchoatum, cuius relictus est vsusfructus, fructuarius perficere possit? Et constat non posse, quia nihil noui à fructuario institui potest, *d. l. vsufructuarius.* Ideo in hac specie inutile erit legatum vsusfructus, quia inchoati ædificij nullus est vsus. Cur non poterit consummare? Quia mutaret rei speciem, ex non ædificio ædificium faceret: At mutata re, consumitur vsusfructus. consummatio ædificij, est consumptio vsusfructus.

Ad L. XI. Via.

Pro parte dominij seruitutem acquiri non posse vulgo traditur Et ideo si quis fundum habens, viam stipuletur, & partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, à quo stipulatio incipere non possit. Pro parte quoque neque legari neque adimi via potest. Et si id factum est, neque legatum, neque ademptio valet.

IN libris quibusdam legitur: *Pro parte domini,* vt in *l. pluribus 140. de verbor. obligat. Pars,* hoc in loco significat rem indiuisam, pars enim diuisa totum est, *l. recte 25. §. vlt. de verb. signific.* Sententia legis hæc est: A domino pro parte fundi diuisa seruitus acquiri non potest, pro certa potest, *l. ad certam 6. hoc tit.* Nunc proponenda species legis, quæ hæc est. Stipulatus sum viam ad fundum meum, nondum tamen acquisiui, quia mihi adhuc cessa non est: deinde fundum totum vendidi, quæstio est, an stipulatio transeat in emptorem? Minime: Nam emptor est successor rei, non iuris, si mandetur tamen ei, transit in eum, & dabitur ei actio, *l. si sub vna 136. in fin. l. existimo 98. de verb oblig.* Addatur & *l. sed etsi quid 25. §. si operas, de vsufr.* Quæritur deinde, quid iuris sit si partem fundi vendidero pro indiuiso communicato fundo, an dabitur emptori actio? Minime. Hoc est in parte, quod in toto. Sed summa quæstio est, an hoc casu venditori competat actio ex stipulatu pro sua parte? Minime: quia seruitus acquiri non potest pro parte indiuisa. Inutilis igitur est hæc stipulatio. Et hoc est, quod dicitur his verbis: *Et ideo, &c. Acquisita seruitus pro parte retineri potest, l. vt pomum 7. hoc tit.* Quia iam hæsit prædio, facilius hæret prædio, quam imponitur. Promissa autem seruitus communicato prædio, pro parte indiuisa acquiri non potest. Diuersum est, si stipulator decesserit, pluribus relictis heredibus: Nam stipulatio tum transit in heredes, in emptorem transire non potest. Ergo illi heredes agent singuli non pro parte indiuisa, sed agent in solidum ex stipulatu, & singuli solidam viam petent. Huc pertinet *l. pluribus 140. in fin. & l. stipulationes non diuiduntur 72. de verbor. oblig. l. si vnus 16. de seruit. rust. prad. & l. heredes 25. §. an ea, famil. ercisc.* Ceterum his omnino coniungenda est *l. via 17. hoc tit.* Ait ea lex, non potest quis stipulari seruitutem pro parte indiuisa, quia vsus earum indiuisus est, id est, his vti pro parte non possumus. Quod sic rursum explicandum est. Vsus seruitutis potest distingui & secerni temporibus, *l. seruitutes 4. h. t.* At vsus seruitutis non potest diuidi, id est, dum vtor, pro solido vtor, neque possum pro parte ire, pro parte non ire. Cum vero plures vtuntur, singuli vtuntur in solidum: neque tamen minus vteris pro solido itinere, quam ego vtor. Ergo vsus potest esse apud plures pro solido, non pro parte indiuisa. Rem autem plures non possunt pro solido tenere, id est, possidere, at si tecum vtor, vterque pro solido vtitur, *l. si vt certo 5. §. vlt. commod.* Inde colligitur, seruitutem vsus esse indiuiduam, *l. vsus 19. de vsu & hab.* Diuersum est in vsufructu: Nam vsusfructus est diuiduus, & in hac re distat ab vsu & seruitutib. Ratio est, quod fructus diuidi possunt, *d. l. vsus, l. vsusfructus 5. de vsufr. l. 1. §. si vsusfructus, ad leg. Falcid.* Ceterarum autem seruitutum indiuiduus est vsus. Hunc vsum qui partitur, naturam eius corrumpit, atque ob eam rem fit, vt in specie proposita, singuli heredes partem petant pro solido, non pro parte indiuisa. Addenda est *l. vlt. de seruit. leg.* Et quod additur in fine legis nostræ, *pro parte:* quæ non possunt pro parte legari, certe non adimi, *l. legata inutiliter 14. de adim. legat.*

Ad L. XII. Non dubito.

Non dubito quin fundo municipum per seruum recte seruitus acquiratur.

QVæsitum fuit à Iaboleno, an fundo municipum per seruum acquiri seruitus possit? Respondit, non dubitare se quin recte sic constituatur. Fuit hic Iabolenus ad respondendum ardens, & fuit dubiæ sanitatis, vt ait Plinius libro sexto Epistolarum, ad Romanum scribens. Ea res faciebat, vt esset ad respondendum promptissimus. Dubitari tamen potest hac ratione: municipes per se nihil acquirere possunt, quia vniuersi consentire non possunt, *l. 1. §. vlt. de acquir. poss.* Quod autem quis non potest per se acquirere, neque id per seruum potest, *l. Labeo 8. de vsurpat.* Ergo hac ratione tentari potest, seruum publicum municipio publico seruitutem acquirere non posse. Responsum tamen est, posse. Et hoc receptum est, vt Respub. per seruum publicum vsucapere & possidere possit. Possunt etiam possidere & vsucapere municipia per liberam personam, videlicet per actorem & administratorem, *l. sed hoc 2. de acquir. poss. l. tigni 7. §. item municipes, ad exhib.* quæ aiunt: municipia possidere per administratores, licet per se possidere non possint. Hac etiam via fit vt recte legetur municipiis, vel fideicommissum relinquatur. Item, vt restituatur hereditas fideicōmissaria. Item, per actorem petunt bonorum possessionem. Hæc omnia Senatusconsulto introducta sunt, *l. cum senatus 20. de rebus dub.* Initio hoc fuit introductum ab Imperatore Nerua, Vlpianus in Fragment. tit. de legat. Postea id senatus confirmauit temporibus diui Marci, quod factum fuit Apronio & Paulo Coss. *l. omnibus 26. ad Senatuconsf. Trebell. l. 1. de libert. vniuers.* Olim municipiis legari non poterat, quia incertum est corpus. hoc etiam trahimus ad omnia corpora & vniuersitates, nempe ad collegia licita, ad sodalitia, ad vicos. Olim etiam non licebat ciuitatem instituere. Legimus quidem Attalum, populum Romanum heredem fecisse, sed id nullo iure fecisse videtur. Quia vniuersi ciues adire non possunt. Vlp. *tit. qui hered instit. poss.* Et Plinius

Digest. S

libro 5. Epistolarum. Sed postea Senatusconsulto Aproniano permissum fuit, vt municipes à libertis suis instituti possent, quod ad omnes postea tractum est. Ergo hodie ab omnibus heres institui ciuitas potest, *l. 1. §. si autem collegium*, & *l. recusare 6. §. Item si municipes, ad Senatusc. Trebell.* & *l. hereditatis 12. C. de hered. instit.* fuit hoc etiam receptum in procuratore Cæsaris, quia per eum recte acquiritur Cæsari hereditas. cæterum per procuratorem acquiri hereditatē non potest, *l. per procuratorem 90. de adq. hered.* Id ita non seruatur in iure prętorio: Nam bonorum possessio per procuratorem peti, & acquiri potest, *l. si maritus 5. mand. l. si quis alicui 48. de acquir. hered.* Et hæc est differentia vna inter hereditatem & bonorum possessionem. Huius differentię hęc est ratio: quia ius prætorium iure ciuili est benignius. In d. *l. per procuratorem* in Digestis Florent. legitur, *per curatorem*: tamen idem est in procuratore quod in curatore: Nam per tutorem quoque non potest acquiri hereditas, nisi pupillus sit infans, *l. potuit C de iure delib.* quæ ait, operam pupilli exigi & voluntatem, *l. seruo inuito 65. §. si pupillo, ad Senatusconf. Trebell.* Illud autem vulgare est, recte eam acquiri tutore auctore & non agente solemnia, sed pupillo: Neque tamen adiri potest à pupillo, curatore auctore, quia ad eam rem necessaria est auctoritas tutoris, *l. impuberi 9. de tut. & curat. dat. l. cum in vna 17. §. tutor, de appell.* Vlpianus in *tit. de tutel.*

Ad L. XIII.

Si tam angusti loci demonstratione facta via concessa fuerit, vt neque vehiculum, neque iumentum ea inire possit, iter magis, quam via, aut actus acquisitus videbitur. Sed si iumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur adquisitus.

Explicandum in hac lege, *quid sit iter, actus, via*, quæ sunt seruitutes rusticorum prædiorum, Iter est ius eundi, ambulandi hominis, *l. 1. & l. inter 12. de seruitut. rustic. prad.* Sententia hæc est: qui habet iter, potest per alienum fundum in suum ire, nam prædij gratia iter conceditur non hominis. Potest autem ire non tantum pedibus, sed etiam equo, *d. l. 12.* Potest etiam ire lectica & sella gestatoria. Potest etiam ambulare, & spatia facere valetudinis causa. Et hoc est quod dicitur, iter esse ius ambulandi hominis. Actus est ius agendi iumentum, vel ducendi vehiculum, *d. l. 1.* Hæc apertius distingui possunt. Iter quo homines transeunt, Actus, quo pecora. Hoc recte exposuit interpres Sententiarum Pauli libro *primo Sentent. de seruit. Actus est*, inquit, *qua pecora minare consueuerunt.* Minare, est agere, & ante se pellere, quo verbo vsi sunt veteres. De hoc verbo fit mentio in legibus Burgundorum & Alemannorum. Et apud Festum Pompeium sæpius hoc legitur. Inde Galli dicunt, *mener*. Is qui actum habet, etiam iter habet: Nam is potest ire solus, etiamsi non agat iumentum, vel ducat vehiculum: qui tamen iter habet, actum non habet. Qui habet iter, iumento vehi potest, at iumenta agere non potest, *l. 1. de seruit. rust. prad.* Ex eo duo sequuntur: Primum, eum qui actum petiit, nec obtinuit, deinde si iter petat, nihil agere: Nam obstabit exceptio rei iudicatæ: quia qui à toto est repulsus, nec admittitur ad petitionem partis. Diuersum est, si quis petierit iter, nec obtinuerit. Nam licebit ei deinde actum petere quia aliud iter, aliud actus, nec videtur actum in iudicium deduxisse, qui iter deduxit, *l. si quis cum totum 7. in princip. l. si mater 11. §. si quis iter, de except. rei iud.* Item, ex eo colligimus, eum, qui stipulatus est actum, deinde stipulando iter, nihil agere, nisi id faciat nouandi animo. Contra qui iter est stipulatus, recte stipulatur actum, *l. si pupillus 9. §. vlt. de nouat. l qui vsumfructum 58 de verbor. oblig.* Via continet in se, suo ambitu iter & actum,

A & est ius eundi, agendi, & ambulandi, *l. 1. de seruit. rust. prad.* Dices, nihil igitur interest inter actum & viam. Imo differunt. Qui habet actum, actum vindicat, non recte autem vindicat iter & actum: Diuersum in via. nam is, qui viam habet, potest vindicare & iter & actum. Summa hæc est: his verbis iter & actus, significatur via, non actus, *l. qui iter 2. inf. quemad. seruit. amit. l. si eo loco 9. §. 1. si seruit. vindic. l. & per iusiurandum 13. § 1. de accept.* Qui accepto tulit iter & actum, viam videtur accepto tulisse. Alia differentia hæc est: Latitudo actus non est lege definita, sed ab arbitris aut contrahentibus definienda est. at viæ latitudo definita est lege duodecim tabularum, *l. via latitudo 8. de seruit. rust. prad.* Ea est octo pedum in directum, in reflexum vero sedecim, vt videlicet currus vel
B vehicula circumflectere liceat. Alia differentia est, quia via est, qua iumentum ire, & vehiculum duci potest: non est via, nisi ea possit vehiculum duci, idque etiam nomen indicat: *Via* enim dicitur, quasi *veha*, à vehendo. actus est, qua iumentum agi potest, etiamsi non possit vehiculum duci, vt in hac l. Est etiam alia differentia in *l. qui sella 7. de seruit. rust. prad.*

Ad L. XIV. Seruitutes.

Seruitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, & ideo vsu non capiuntur: vel ideo quia tales sunt seruitutes, vt non habeant certam
C *continuamque possessionem: Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, vt nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem & in seruitutibus prædiorum vrbanorum obseruatur.*

§. 1. Seruitus itineris ad sepulchrum priuati iuris manet, & ideo remitti domino fundi seruientis potest, & adquiri etiam post religionem sepulchri hæc seruitus potest.

§. 2. Publico loco interueniente, vel via publica haustus seruitus imponi potest, aquæductus non potest. A principe autem peti solet, vt per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. Sacri & religiosi loci interuentus etiam itineris seruitutem impedit, cum seruitus per ea loca nulli deberi potest.

D Quæstio legis hæc est: *An seruitutes vsucapi possint?* Sed primum videndum est, an seruitutes non vtendo amittantur, id est, an is, cui debetur seruitus, eam amittat non vtendo: distingue. Seruitutes sunt aut rusticorum prædiorum, aut vrbanorum. Seruitutes rusticorum prædiorum non vtendo amittuntur, vt, iter, actus, via, aquæd. *l. sequitur 4. §. si viam, de vsucap. l. hac autem 6. tit. prox.* Amittebantur autem non vtendo biennio, quia cohærent rebus immobilibus, quæ biennio amittebantur iure antiquo. Diuersum est in vsufructu: nam vsusfructus, quia consistere poterat in rebus mobilibus, modo anno interibat, modo biennio. Hodie autem ex constitutione Iustiniani, seruitutes rusticorum prædiorum amittuntur decennio inter præsentes, vicennio inter ab-
E sentes, *l. pen. C. de seru & aq.* Ergo per hoc tempus amittuntur. harum seruitutum libertas non vsucapitur, id est, qui seruitutem talem debet, non potest id vsu acquirere, vt prædium liberet. Ea enim proprie non vtendo amittuntur, quorum libertas non vsucapitur. Hoc sentit Paul. *lib 1. Sentnet. tit. de seru.* Viam, inquam, vel aquæductum, qui biennio vsus non est, amisisse intelligitur: amitto enim iter, si non vtor itinere. Diuersum est in seruitutib. vrban. præd. nam hæ non omnino amittuntur non vtendo, sed ita demum, si vicinus simul libertatem vsucapiat: non satis est, non vti vt amittantur, nisi etiam libertatem suarum ædium vicinus vsucapiat, *d. l. hac autem.* Huius l. duo exempla proponũtur: Vnum de seruitute altius tollendi, alterum de seruitute tigni immittendi. nam inquit l. seruitus tigni immissi

non amittitur, si tignum exemero, nisi etiam vicinus foramen obturauerit, vnde tignum extractum est, alioqui si nihil noui fecit, integrum ius mihi manet. Summa hæc est: Seruitutes rusticorum prædiorum non vtendo amittuntur: seruitutes vrbanorum prædiorum amittuntur vsucapione libertatis, quod etiam ostendit *l. si quis alia 18. §. vlt. quemad seruit amitt.* In vrbanis seruitutibus facto opus est eius, qui seruit: nam necesse est aliquid faciat: In rusticis sufficit cessatio eius, cui seruitur, neque factum eius, qui seruit, exigitur. Alia est differentia, inter vsucapionem libertatis & amissionem quę fit non vtendo. Tempus, quo venditor non vsus est seruitute rustica, emptori computatur: Nam tempora coniunguntur in amittenda seruitute, *l. si quis alia 18. §. pen. quemadm seruitut. amitt.* Tempus, quo præcedens dominus vsus non est, non imputatur ei, qui successit. Contra tempus, quo ædes possedit venditor, non imputatur emptori in vsucapienda libertate, *l. si ædes 32. §. libertas, tit. prox.* nam vsucapio interpellatur mutatione domini. Ergo mutato domino denuo inchoanda est vsucapio, vt ostendit *§. libertas.* Hoc tamen non obseruatur in possessione longi temporis: Nam in possessione longi temporis ea tempora continuantur inter emptorem & venditorem, *§. inter vend. Instit. de vsuc.* vt euidenter expressum est à Constant. Harmenop. *lib. 2. tit. 1.* Videamus nunc, *an seruitutes vsucapi possint?* Distinguendum est: seruitutes sunt aut rusticorum prædiorum aut vrbanorum. Seruitutes rusticorum prædiorum non vsucapiuntur, quia non possidentur, & sine possessione non contingit vsucapio: vel quia sua natura intermissionem recipiunt, etiamsi possideri intelligantur: nec enim quis potest perpetuo ire, aut agere, l. *cum vsusfruct. 13. de vsufr. leg. Etiamsi corporibus*, id est, prædiis. Hæc locum obtinent in seruitutibus rusticorum prædiorum. Seruitutes vrbanorum pręd. olim vsucapi poterant, quia tales sunt vt habeant continuam possess. id est, continuum vsum. Possessio enim hîc accipitur pro vsu & patientia, vt in *l. seruitutes 20. tit. prox.* Sed sublata fuit earum seruitutum vsucapio lege Scribonia, *l. sequitur 4. vlt. de vsuc.* Videtur ea lex plebiscitum esse. meminit. Tull. Scribonij cuiusdam tribuni plebis. Et hic §. vlt. pertinet tantum ad vrbanas seruitutes: quia primum exemplum in eo §. est propositum de seruitute altius non tollendi, quæ est vrbana. Deinde hic §. loquitur de vsucapione libertatis, quæ tantum locum obtinet in vrbanis seruitutibus. Hæc lex Scribonia fuit moribus recepta populi Romani, vt indicat *l. si aliena 10. §. 1. de vsucap. Hoc iure*, inquit, *vtimur*, scilicet, post legem Scriboniam, *vt nusquam possint seruitutes per se longo tempore vsucapi.* Et legendum: *nusquam*, pro *nunquam*, vt quidam legunt. Hoc etiam ostenditur in hac *l.* Nam cum tractasset de seruitutib. rusticis, subiicit: *Idem obseruatur in seruitutib. vrbanis* ex lege Scribonia: Totum ergo hoc sic concludi potest: *Nec rusticorum, nec vrbanorum prædiorum seruitutes vsucapi posse.* Rusticorum vsucapioni obstat ratio iuris, id est, naturalis earum intermissio: Vsucapioni vrbanorum obstat lex Scribonia. Huic definitioni tria potissimum obstant. Primum, sententia Pauli. lib. 1. Sentent. tit. de seruit. qua traditur, biennio recuperari traditam seruitutem fundi, & vsurpari biennio, ergo vsucapitur: quia vsucapere est tempore biennij vsucapere. Respondeo: Paulum dicere, seruitutem biennio vsurpari, non vsucapi. Aliud est autem vsucapere, aliud vsurpare. *Vsucapere*, est vsu acquirere. *Vsurpare*, est vsu retinere, ne vsu capiatur res, vel ne amittatur non vtendo. Ita vsurpandi verbum accipitur in *l. vsurpatio 2. & l. naturaliter 5. de vsucap.* vbi etiam dicitur vsurpationem interrumpere vsucapionem. Ita etiam accipitur in *l. nam satis 6 § 1. & l. si stillicidij 8 l. si in partem, & l. aquam 16. quemad. seruit. amit.* vtrumque verbum est ex duodecim tab. *l. necessarium 2. de orig. iuris.* vbi dicitur Appium Claudium auctorem duodecim tab. scripsisse de vsurpationibus. Id etiam indicat A. Gellius *lib. 3. cap 20.* Non est vero omittendum quod traditur in Digest.

A *l. vsurpatio 2. de vsucap.* aliter nos accipere verbum vsurpandi, ac Oratores. Illis enim vsurpare, est frequenter vti: Iurisconsultis est vsu retinere, quod fit etiam si non vtamur frequenter, vt ait Tullius *lib. 3. de Oratore.* Sententia autem Pauli hæc est, aquam amitti non vtendo, si is cui debetur, biennio nullo modo vtatur. Deinde Paulus hoc quoque ostendit, si quis vtatur aqua biennio, i. e. si eam vsurpauerit, cuius vsu se abstinuerat aliquo tempore, non iam amitti aquam, sed recipi quodammodo, & quasi extinctam retineri, & recipi. Atque ita Paulus recte verbo vsurpandi vsus est. Secundo obstat id, quod Aggenus Vrbicus in *lib. de limit. agr.* scribit, cum tractat de controuersia finium. Verba eius hæc sunt: *Iter, non quo ad culturas peruenitur, capitur vsu, sed id, quod in vsu biennio fuit.*

B Sententia hæc est. Fines agrorum habent latitudinem quinque secundum XII. tab. & legem Maniliam: vel etiam sex pedum. Nam necesse est vt habeant latitudinem gradus Geometrici, qui olim quinque pedes habuit, nunc sex habet. Id spatium ideo definitum est, vt eo itinere perueniatur ad culturas: & vt circumagi aratrum possit. Id spatium occupat circumactus aratri, vel iter, qua peruenitur ad culturas, ideo id spatium non vsucapitur. item non acquiritur longo tempore, *l quinque pedum. 5. C. fin. reg.* Vbi præscriptio accipitur pro longi temporis possessione, vt in *l. qui alienam 54. de euict & l. ei à quo 21 de vsucap. & §. ex his, Instit. per quas pers. nob. acq.* Iter quinque pedum non potest vsucapi: sed iter, quod in vsu biennio fuit, vsucapitur. Hoc quomodo accipiendum sit, videamus. Respondeo: Falsum esse, quod ille scribit, si per se iter bien-

C nio vsucapi intelligamus. Nam per se iter biennio non vsucapitur: cum tamen prædium vsucapitur cui debetur iter, tunc biennio iter etiam vsucapitur: Nam prædium vsucapitur cum sua qualitate, *l. si aliena 10. §. 1. de vsucap.* Per se autem non vsucapiuntur, quia res sunt incorporales. Multum ergo distat seruitus à prædio seruo vel dominanti, vt multum differre scribit Aristotel. ποιότητα καὶ τὸ ποιόν. Summa igitur est, qualitates prædiorum non vsucapiuntur. Tertio obstat *l. si quis diuturno 10 si seruit. vind.* Lex ait, seruitutes acquiri longo tempore, siue diuturno vsuc. vel longa aut diuturna consuetudine. Idque colligitur ex *l foramen 28. de seruit. vrb. præd.* Idem ostendit *l. 1. §. vlt. & l. 2. de aqua & aq. plu arc.* Idem lex *apparet, de itin. actuque priu.* Addatur etiam *l. 1. & 2. C. de seruit. & aqua.* In qui-

D bus locis id aperte proponitur, seruitutes longo tempore acquiri. Ex eo DD. nostri efficiunt, vt dicant, seruitutes posse vsucapi. Id tamen illis negandum est, quia vitiosa est hæc collectio: Longe enim aliud est, *longo tempore acquirere*, longe aliud vsucapere. Vectigalia prædia, item tributaria & stipendiaria vsucapi non possunt: longo tamen tempore acquiri possunt, *l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus, de Pub. in rem act.* Addatur etiam *l. si finita 15. §. si de vectigalibus, de dam infec.* Non possunt vsucapi vectigalia prædia, longo tamen tempore acquiri possunt. Idem dicendum est de stipendiariis & tributariis prædiis. Ante Iustinianum huiusmodi erant prædia prouincialia, *§. per traditionem, Institut. de rerum diuis.* Item vsucapio exigit possessionem, & eam quidem ciuilem. longi temporis acquisitio quasi possessione contenta est, vt in seruitutibus. Item

E vsucapio parit directam actionem, & ea dominium acquiritur; ideo directas actiones habet: longi temporis acquisitio vtilem actionem parit, *d. l si quis diuturno.* Item vsucapio sine titulo non procedit, titulus est possessionis causa. In longi temporis acquisitione non est necesse de titulo docere. Id quidem necesse est vt doceat se eo iure vsum longo tempore, sed non necesse est, vt doceat, qua de causa vsus sit: Nam qui longo tempore possedit, hoc ipso satis iustum titulum sibi acquisiuit & idoneum, *d. l si quis diut.* Illud deinde notandum, id tamen exigi, vt is, qui sibi vindicat seruitutem hac actione vtili, per longum tempus ea seruitute vsus non sit vi aut clam, aut precario. Nam is, qui ita vsus est, nihil acquirit: quia his tribus modis mala fide possidet. At in hac acquisitio-

ne bona fides exigitur, vt indicat *l. Pomponius* 13. §. 1. *de acquir. poss.* Legis sententia hæc est: emptorem vti accessione venditoris, si venditor nec vi, nec clam, nec precario possederit: Nam si venditor his tribus modis possederit, emptor non vtitur accessione venditoris. Ex quo apparet, his tribus modis rem mala fide possideri. Oportere interpretes existimant, vt is, qui seruitute vtitur, vtatur etiam sciente domino, id est, vidente, & patiēte. Hoc tamen non est eis concedendum: nam pugnat cum *l. vlt. C. de præscript. long. temp.* quæ ait, seruitutes acquiri longo tempore, etiam inter absentes, atque adeo inter ignorantes.
A Doctoribus tamen facit *l. 2. C. de seru. & aq.* quæ ait, aquam acquiri, si is qui duxit eam, duxerit sciente domino. Hinc dicunt, scientiam exigi. Sed respondendum ad *d. l. 2.* non id dici quod semper est necessarium, sed hoc adiectum fuisse, vt intelligatur ex eo, eum clam non duxisse: Nam qui sciente domino aquam ducit, clam fecisse non videtur. *l. aut qui aliter 5. §. sed & seruius, quod vi aut clam.* Etiam ignorante domino, aquam ducere quis potest, dummodo is qui ducit, celandi animum non habuerit: nam si habuerit, est indicium clam adquisitæ possessionis. Ergo hæc tria si absunt, seruitus longo tempore acquiritur. *d.* Illud tamen obseruandum est, ita seruitutes non acquiri ipso iure, sed per tuitionem prætoris, non directa actione, sed vtili. Longum tempus est decem aut viginti annorum: decem inter præsentes, viginti inter absentes. Ergo acquiruntur seruitutes decennio vel vicennio, *l. 2. C. de seru. & aq.* quæ pertinet ad prædia prouincialia, non Italica: quia tunc Italica prædia acquirebantur biennio, nec requirebatur longum tempus. Ita longum tempus definitur à Paulo *l. 5. Sent. tit. de vsuc. & tit. de effectu sent.* Huic tamen sententiæ multa opponuntur. Quidam enim contendunt exigi tempus infinitum, id est, tempus memoria hominum antiquius. Id colligunt ex *l. hoc iure 3. §. ductus, de aq. quotid. & æst. Ductus,* inquit, *aqua cuius origo memoriam hominum excesserit, iure constituti loco habetur.* Id etiam colligunt ex *l. 1. §. vlt. & l. 2.* Item *l. vlt. de aq. & aq. plu arcen.* Ita aiunt non sufficere decem aut viginti annos, sed tempus desiderari, quod memoriam hominum excedat. Sed in his legibus tractatur tantum de aquæ ductu & vsu. Sic autem statuendum est: aquæ ducti auctoritatē dat longa consuetudo, id est, si quis cōtendat, se vsum decem aut 20. annis bona fide. Quod si id non contendat, aquæ ductui vetustas auctoritatem dabit, id est, infinita memoria: nam vetustas ita fere accipitur in libris nostris. Idem etiam seruatur in ductu aquæ publicæ, *l. vsum aquæ 4. C. de aqua duct. lib. 11. l. si manifeste, C. de seruit. & aq.* quæ lex est accipienda de aqua publica, quia loquitur de procuratore Cæsaris. Ait, eam recte duci ex veteri more. Huc etiam pertinet *l. diligenter 9. C. de aq. duct. l. vsus aq. C. de fund. priu. lib. 11.* Sic ergo concludendum est: & longi temporis vsus & vetustas vicem iure constitutę seruitutis obtinent. Hoc amplius, vetustas vim legis obtinet, *l. 2. de aq. & aq. plu. arc.* Sed quærat aliquis: quomodo distinguitur seruitus à lege? Seruitus imponitur à domino. Seruitus omnis est imposititia, *l. de pupillo 5. §. Sextus, de op. non. nunt.* Lex autem prædio dicitur ab his, qui prædia constituunt. Lex prædiis dicta est ab iis, qui primi prædia constituerunt. Ab his igitur lex lata est, *l. quod principis 23. de aq. & aq. plu. arc.* Hoc etiam scribit Hygenus in lib. de limit. constitut. Sequitur alia differentia inter seruitutem & legem. per seruitutem prædium prædio seruit ciuili modo. at constitutione, per vetustatem, vel legem naturaliter. Et in summa tria sunt, per quæ prædium prædio sēruit naturaliter: Lex initio dicta prædio, vetustas quæ vim legis habet, & locorum natura, *l. 1. §. vlt. cum l. seq. de aq. & aq. arcen.* Et hanc locorum naturam certum est vocari supercilium à Frontino, & Siculo Flac. Supercilium est locus deuexus. Naturaliter autem inferius prædium supercilio seruit. Quia naturaliter aqua influit ad prædium inferius. Nam vt pinguedo ad prædium inferius defluit, sic & aqua. Qua ratione fit, vt omnis deuexus locus cedat superiori possessori, ne sc. inferior inuadat terras possessoris. Sed totius quæstionis summa hæc est: Primum hoc pono: Seruitutes rusticorum prædiorum non vtendo amittuntur: seruitutes vrbanorum prædiorum non vtendo non amittuntur: seruitutum vrbanorum prædiorum libertas vsucapitur: seruitutum rusticorum prædiorum libertas non vsucapitur: seruitutes rusticorum prædiorum nunquam potuerunt nec possunt vsucapi: seruitutes vrbanorum prædiorum olim vsucapi poterant, nunc ex lege Scribonia non possunt vsucapi. Inde etiam generaliter constituendum est, seruitutem vsucapione legitima non adquiri, quæ est biennij, vel anni in mobilibus. Seruitutes quasi adquirimus longo tempore. Postremo, seruitutes vsucapione Iustinianea omnino adquiri, ita vt competat directa actio. Vsucapio Iustinianea est 10. aut 20. annorum.

Ad §. Seruitus.

Locus religiosus in commercio hominum non est: est enim diuini iuris, non humani: Fit autem religiosus locus mortui illatione, id est, si in meum locum mortuum intulero, is locus desinit esse meus, quia fit religiosus, *l. quamquam 4. de aqua plu. arcen. l. in tantum 6. de rer. diuis.* Quæstionis est, quatenus hæc religio se extendat, an occupet totum locum, qui sepulturæ destinatus est. Sepulturæ olim certi fines destinabantur, idque adscribi solebat in lapidibus & monumentis, vt puta decem pedes in frontem, & viginti in agrum, id est, in longitudinem. Ita definitur locus sepulturæ destinatus. Inde Horat. Flaccus, in sermon. lib. 1. Satyra 8.

Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agrum.
Hic dabat, heredes monumentum ne sequeretur.

Item Cic. in Philipp. huius rei mentionem facit. An igitur religio se eatenus extendebat? Minime. Sed quatenus corpus humatum erat, eatenus extendebatur religio, *l. locum 2. §. sepulchrum, de relig. & sump. fun.* Nunc illud notandum est, seruitutem sepulchro imponi non posse: est enim religiosum: propterea mortui sacri vocantur, vt ait Plutarchus in Numa. Non potest sepulchro imponi seruitus vlla, *l. caueri 4. inf. commun. præd.* At quæstionis est, an iter ad sepulchrum adquiri & concedi possit? Videtur non posse. Quia domini soli adquirunt seruitutes: at sepulchri nemo est dominus, ideoque sepulchro iter adquiri non potest. Sed tamen receptum est fauore religionis, vt recte iter adquiratur ad sepulchrum, *l. si venditor 10. & l. si quis 12. de relig. & sump. fun. l. vtimur 5. de sepul. viol. l. iter 4. quemad seruit. amit.* Valde est notanda sent. huius l. quæ ait: *Iter sepul. debitum non vtendo non amitti.* id fit propter religionem, quia etiam non possumus semper ire inhumandi causa. Hæc confirmantur *l. 1. si seruit. vindic.* Potest autem hæc iuris constitutio hoc iure defendi: Sepulchrum quidem non est nostri dominij: est enim religioni dedicatum. at ius inferendi nostrum est, licet domini non simus sepulchrorum: & ob eam rem datur etiam nobis actio in factum subsidiaria vindicationis, id est, datur, cum vindicatio non competit, *l. qua religiosis 43. de rei vind.* Datur etiam actio in factum pœnalis, si quis volet mortuum inferre, quo illi ius non est, *d. l. 2. §. præt. l. is qui 7. de relig. & sump. fun.* Datur etiam interdictum de mortuo inferendo, si quis eum, qui ius inferendi habet, prohibeat inferre, *toto tit. de mort. infer.* Ex his apparet, sepulchra esse religiosa, non iura sepulchrorum, vt adquiri iter potest sepulchro, ita & remitti potest, quia iter est priuati & humani iuris, hoc est quod ait hic §. *post religionem sepulchri,* id est, postquam mortuus illatus est, quia locus non fit religiosus, nisi iniecta sit humus & gleba. Concrematio locum religiosum non faciebat, sed illatio.

Ad §. Publico loco.

Locus publicus hoc §. est, qui in vsu est populi, id est, qui vsui publico destinatus est, vt fuit Campus Martius, *l. prætor ait 2. §. publici, ne quid in loco publ.* Area publica dicitur solum publicum, *l. vlt. h. t. l. qui tabernas 32. de contrah. empt.* Quæstio huius §. hæc est, an publico loco interueniente inter prædium tuum & meum, seruitutis impediatur constitutio? Et quidem: non impediri constat seruitutem viæ, itineris, actus, aquæ haustus: Nam in his medius locus non impedit hæc iura, quia locus medius est publicus, & per eum quisque ire potest, propterea per tuum fundum ibo iure seruitutis, per locum publicum, iure publico, per fundum meum iure meo. Hinc apparet, interuentu publici loci hæc iura non impediri. Atqui publico loco interueniente aquæductus impeditur. Cur ita? quia aqua duci non potest, nisi aliquid fiat in via publica, aut facta substructione, aut cauata via publica. Nihil autem nobis facere licet in via publica. ire quidem licet, sed non aliquid moliri, non possumus ædificare in via publica, aut sepulchrum ædificare, aut super eam aream facere: nam nec licet facere supra iter priuatum, *l. supra iter 11. de aqu. & aqu. plu. arcen.* Non licet etiam in viam publicam cloacam immittere *l. 2. §. si quis cloacam, ne quid in loco publ.* Denique nihil noui facere licet in via publica. Itaque dicemus & inutiliter cedi aquæductum interueniente loco publico. Sic etiam interueniente loco publico, non recte cedi seruitutem protegendi, proiiciendi, immittendi, aut seruitutem stillicidiorum, *l. si opus 21. §. in opere, & l. vlt. §. pen. quod vi aut clam, l vlt. de flum.* Cur non possunt imponi hæ seruitutes? quia necesse est, vt his cœlum, sicut solum, liberum sit. quod etiam ostenditur hoc §. sane vt quam per viam publicam ducere liceat peti & concedi solet à principe, *l. si in publico 18. in fine, de aq. & aq. plu. arcen.* Cæterum hac in re loca publica distant à sacris vel religiosis. Nam loca publica non impediunt viam, iter, actum, aut aquæductum: at loca sacra aut religiosa, si interueniant, hæc iura omnia impediunt, vt heic in fine, & quia non licet vti locis sacris vel religiosis, *l. si prius, 17. §. sed loco, de aqu. & aqu. pluu. arcen.* Item qui ædificauit in loco publico, non semper id ædificium deponere compellitur; sed pro ædificio præstat solarium, & efficitur superficiarius. At qui ædificauit in loco sacro & religioso, semper opus tollere compellitur, propter loci religionem, *l. 2. §. si quis nemine, ne quid in loco pub.*

Ad L. XV. Quotiens.

Quotiens nec hominum nec prædiorum seruitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet. Veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas: & ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo vti frui, nihil agitur. Aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ gratia.

E *§. 1. Seruitutum non ea natura est, vt aliquid faciat quis: veluti viridia tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc, vt in suo pingat: sed vt aliquid patiatur, aut non faciat.*

Legis sent. hæc est, si quis mihi cesserit *ius sibi non esse in suo fundo consistere*, inutilis est cessio. Ratio hæc est, quia omne id quod ceditur, est ius personale, aut reale. Seruitus omnis est rerum aut personarum: hoc autem neque personale est, neque reale, quia nihil vicini interest, propter se vel propter suum prædium, ne vicinus in suo prædio consistat: hinc efficitur, hac cessione nihil agi. Idem est, si quis mihi cesserit, *ius sibi non esse suo fundo vti frui*: nam

A mea nihil interest si vtatur vel non vtatur. Idem si quis mihi cesserit, *sibi per fundum suum ire non licere*: mea enim non interest, ne eat. Eæ igitur cessiones nullæ sunt, nec his aliquid agitur. Cæterum Accursius hæc recte interpretatur: *nec hominum*, id est, personarum, vt in *l. & an eadem 14. §. qui cum partem, de except rei iudic l si mihi 20. § vlt. de seruitut. rusticor. prædior, l. & si forte 6. §. Labeo, si seruit. vindic.* Huic legi opponitur *l. ei fundo 19. h. tit.* qua in re interpretes valde laborant. in ea lege agitur de aqua. Aqua autem est seruitus prædij. ius aquæ constitui & adquiri potest, etiamsi aqua nobis non sit vtilis, nec mihi aquam ducere expediat. Videamus verba legis: *Seruitutem imponi, lege venditionis sc. etsi non vtilis sit, posse existimo, veluti, si aquam alicui debere ducere non expediret*, vbi legendum
B est, *deducere*. Summa legis hæc est: Si quis mihi cesserit aquam, ea cessio valet, etiamsi aqua mihi vtilis non sit. Ratio huius sententiæ hæc est: Quia licet aqua mihi inutilis sit, tamen ita fit vt aquam in fundo meo habeam: quamuis autem per se sit inutilis ipsa aqua, tamen iuuat habere: non enim quæritur, an quæ tu habeas, sint vtilia, quia iuuat habere, & *habere verbum est optimum*, vt ait Plautus, *non habere autem pessimum.* Manet ergo hæc constitutio aquæ, quia ita fit vt in fundo nostro habeamus aliquid. Diuersum est in specie legis *quotiens*: Nam ea, quæ ibi ceduntur, sunt inutilia, nec ea cessione fit vt habeamus aliquid; quid enim habeo, si tu per fundum tuum non eas? In specie *d. l. 19.* valet cessio aquæ mihi facta, quia etsi aqua sit inutilis, habeo tamen in fundo meo aquam. At in specie huius *l. quotiens*, cessio non valet, quia quæ ceduntur, sunt
C inutilia, & quia rem nostram non augent, nec per ea fit vt aliquid habeamus. Nunc quæro, an sit vtilis hæc cessio, si quis mihi cesserit, ne sibi liceat in suo fundo aquam quærere? Constat verò hanc cessionem valere, quia est mihi vtilis, ne scil. minuatur aqua mei fundi, nec præcidantur venæ aquariæ mei fundi aut putei: Alioqui sic statuendum est, vicinum posse aquam quærere, & mihi eam amouere præcisis venis: Hæc enim facere potest suo iure, *l fluminum 24. §. vlt. & l. Proculus 26. de dam. infec.* Si tamen hæc cessio facta sit, non licebit vicino aquam quærere. Et hoc est, quod sequitur in *§. aliter.* Hoc etiam confirmat *l. 1. §. si quis hoc cesserit 28. de aqua quotid. & æst.* Item quæritur, an hæc cessio valeat, si vicinus mihi cesserit, *ius sibi non esse, suum fundum alienare*, vel etiam, *nec liceat suum fundum*
D *sacrum vel religiosum facere?* Olim quidem videbatur nulla esse huiusmodi cessio, quia prima specie nihil videtur interesse eius, cui fit cessio, *l. pen. de pact.* Notandum tamen est, animaduertisse Iustinianum, fieri posse vt intersit paciscentis, docente scil. id vsu rerum: & ideo Iustinianus cōstituit hanc cessionem valere. Ratio Iustiniani hæc est, quia interest propter vicinum: nam vt aliquid boni est propter vicinum, sic & aliquid mali. Hoc tradit Iustinianus in *l. vlt C. de pact. inter emp & vend.* quæ corrigit *d l. pen.* quod fit ex quinquaginta Decisionibus, quæ abrogant ius Pandectarum. hanc esse ex quinquaginta Decisionibus apparet ex subscriptione, quæ hæc est: *Datum 15. Calend. Nouemb. Constantinopoli, post consulatum Lampadij & Orestis.* Ea non reperitur in Codicibus impressis.

Ad §. Seruitutum.

Vt intelligatur hic §. sciendum est, eum, qui seruitutem debet, nihil vnquam facere. Is, cui debetur seruitus, facit. Hoc est contra naturam seruitutis, vt is, qui eam debet, faciat aliquid: nam prædium seruit verius, quam homo, *l sicuti 8. si seru. vind.* Sic ergo concludamus: Seruitus ita constitui non potest, vt *aliquid faciat vicinus*; id est, hæc constitutio, non est seruitus, nec hæc pactio seruitutem constituit: parit tamen actionem personalem: Nam si quis paciscatur, vt vicinus aliquid faciat, aget ex stipulatione adhibita pacto, atque ita constituet ius hominis, non prædij. Denique ita seruitus constitui non potest, vt *aliquid vicinus faciat*, quia hoc est constituere ius homini, non

prædio, vt in hoc §. Veluti *viridia*. Hic legitur, *viridia*, vt in *l. ædificia*, *12. tit prox. & l. impensæ 79. de verb signific.* Dicuntur etiam in Pandectis Florentinis virdaria, *l. si cuius rei 13. §. fructuarius, de vsufr. l. in instrumento 8. in fine, de instruc vel instrum. leg.* Veteres viridaria conserere solebant supra ædificia, id quod etiam hodie fit in Italia, *d. l. ædificia*. Cuius legis sententia hæc est: si ædificia debent seruitutem altius non tollendi, supra eam altitudinem viridaria, habere licet: Nam ponere supra eam altitudinem viridaria, non est altius tollere ædes. Contra ait lex, si ædificia debent seruitutem, ne prospectui officiatur, non licet supra ædificia ponere viridaria: nam ea officiunt prospectui. Ex eo apparet viridaria officere prospectui, atque ex eo etiam apparet, hunc §. emendandum esse, vt legatur: *vt amœniorem*, non, *aut In suo pingat*, is scilicet, cui hoc ius ceditur: nam pictori lumen est necessarium. Ponebant etiam veteres viridaria in fenestris. Hoc explicat Plinius libro 19. *cap. 4. Iam*, inquit, *in fenestris suis*, &c. & Martial. libro. XI.

Donasti, Lupe, rus sub vrbe nobis:
Sed rus est mihi maius in fenestra.

Conclusio autem huius §. hæc est: Seruitutem ita constitui non posse, vt aliquid vicinus faciat: ideo ex hac non competit vindicatio, sed actio in personam. Hinc quæritur quid sit dicendum de seruitute *oneris ferendi*: Nam qui debet onus ferre, necesse est vt faciat aliquid. Respondeo, eum qui debet hanc seruitutem, non facere, sed onus sustinere, id est, pati. Iure tamen singulari receptum est, vt is, qui hanc seruitutem debet, cogatur parietem caducum oneri ferendo destinatum reficere & restituere. Fuit quidem hoc controuersum, sed vicit hæc sententia, *l. eum debere 33. de seruitut. vrban præd.* Rursus quæritur, quid iuris sit in seruitute *ius altius tollendi?* Respondeo, ius altius tollendi non esse tale, vt is, qui debet, faciat & tollat ædes suas, puta, vt venti arceantur, vel vt æstus solis excludatur: nam ita non constituetur seruitus, sed ius personale: Sed ius altius tollendi tale est, vt is, cui debebatur seruitus non tollendi, hoc iure remisso, vicinum patiatur altius tollere, atque ita, qui hoc ius debet, non facit, sed patitur, *d. l. ædificia 12.* Restat hoc tantum, quomodo seruitus constituatur. Ita constituitur, vt patiatur, vel non faciat aliquid vicinus. Ita non cōstituitur, vt faciat aliquid. Pati, & non facere differunt. Patitur is, qui iter debet, actum, vel viam, vel aquæductum. Non facit autem is, qui non potest ædes suas altius tollere. Prædium suum nihil patitur, quia nemo eo vtitur. Est etiam hæc differentia. vbi is, qui seruitutem debet, patitur: is, cui debetur, facit, vt in itinere. Contra vero vbi is qui debet seruitutem, non facit, is cui debetur, etiam nihil facit. Summa disputationis hæc est: *Seruitutes consistunt in patiendo, vel in non faciendo.* Seruitutes non consistunt in faciendo. Denique addendum est; hæc pactio, vt *vicinus aliquid faciat*, ius personæ adquirit, non prædio.

Ad L. XVI. Ei qui pignori.

Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum vtilem petitionem seruitutis dari: sicuti ipsius fundi vtilis petitio dabitur. Idem seruari conuenit & in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

Ista lex est Iuliani ex libro 49. Digest. Duæ vero sunt leges ex eodem lib. sumptæ, quæ simul explicabuntur, *l. si autem 2. & l. qui viam 14. de noui oper. nunt.* Hic autem videndum est, quibus seruitutum vindicatio competat. Est hæc quæstio vtilis & obscura. Vindicatio seruitutum dicitur actio confessoria, *§. æque, Instit. de act.* quoniam is qui vindicat seruitutem, eam suam esse affirmat & profitetur. Est autem duplex hæc vindicatio, directa & vtilis. Directa datur domino fundi, cui seruitus debetur, *l. 2. §. hæc autem, si seruit. vindic.* Vtilis autem datur creditori, cui prædium dominans pignori obligatum est, *l. creditori 9. de no-*

A *ui oper. nuntiat.* Ratio hæc est: quia creditori datur etiam vtilis vindicatio fundi: hæc autem vindicatio appellatur hypothecaria, siue creditor vindicet fundum, siue seruitutem fundi sibi obligati: quia vtroque modo creditor defenditi ius hypothecæ, h. e. quod ait hæc lex, *in prin. vtilem petitionem*, id est, *vindicationem*. Notandum est citari Iulianum in hanc sentent. & hæc verba adferri in *l. 1. §. vlt. de remission.* vbi ait, *eum qui pignori rem accepit, non esse iniquum detentionem seruitutis habere.* Sed emendandus ille locus ex hoc loco, & legendum, *seruitutis petitionem*, non *detentionem*, quia seruitutes non detinentur: nam detinere significat factum & naturalem possessionem. Notandum est etiam, vtilem vindicationem seruitutis dari emphyteuticario: Nam & is fundum vindicare potest vtili a-
B ctione, *l. 1. §. vlt si ager vectig. pet.* Lex ait, *emphyteuticario vtilem actionem in rem dari fundi nomine.* Et hoc est, quod ait hæc lex *in fine.* Hæc autem vindicatio, quæ datur emphyteuticario, vocatur vectigalis actio, quia datur ob prædium vectigale, *l. si finita 15. §. si de vectigalibus, de damno infec l. si cum venditor 66. de euict.* Ergo summa legis est, vindicationem seruitutis dari creditori & emphyteuticario. Item datur vindicatio superficiario, *l. in prouinciali 3. §. pen de noui oper. nuntiat.* Addenda est etiam eadem ratio, quia etiam is vtilem vindicationem fundi habet, *l. id est 74. & l seq. de rei vindicat.* His etiam omnibus datur nuntiatio noui operis *d l in prouinciali §. pen. & l. creditori 9. de noui oper. nuntiat.* Nuntiatio noui operis fit, cum vicinus aliquid noui operis instituit, quo res nostra
C fit deterior, aut contra seruitutem ab ipso expresse nobis debitam. Nuntiare nouum opus, est iubere, vt desistat ab opere nouo. Duæ sunt causæ nuntiationis noui operis, dominium, & seruitus. vna est causa naturalis, altera imposititia, id est, ei licet nuntiare nouum opus, qui aut rei, aut seruitutis rei debitæ vindicationem habet, *l. de pupillo 5. §. Sextus, de noui oper. nunt.* Hi autem vindicationem habent non seruitutis tantum, sed etiam rei. nuntiare ergo vicino possunt nouum opus. Restat tantum hæc quæstio, *an fructuario detur nuntiatio noui operis?* Item, *an vindicatio seruitutum?* Hac in re contendo inter se dissentire prudentes. Iulianus ait, fructuario dari vindicationem seruitutum, *l. vn. §. item Iuliano, de remiss. Item Iuliano placet*, inquit: *fructuario ius esse seruitutum vindicandarum.* Id autem Iulianus scripsit in eo libro ex quo lex ea sumpta est,
D nempe libro 49. Id apparet ex *l. si autem 2. de noui oper. nuntiat.* quæ est ex hoc libro, & eius legis integra verba referuntur in *d. l. vn §. item Iuliano.* Huic Iuliani sententiæ obstat *l. 1. in prin. si vsusfruct petat.* Explicanda est earum legum sententia. Hæc igitur est: fructuarium non posse seruitutem debitam prædio vindicare, vsumfructum tamen vindicare posse, id est, seruitutem sibi debitam: & non tantum aduersus dominum, sed etiam aduersus quemlibet possessorem. Vindicare autem poterit, si prohibeatur vti frui, aut ire agere, vtendi fruendi causa. Seruitutem autem itineris non vindicabit: vt tamen ei pateat iter ad vtendum fruendum, vindicabit. Dicendum igitur est, Iulianum ab aliis reprehensum fuisse, à Marcello præcipue, *l. 1 si vsufru. petat.* Ibi probatur Labeonis sententia à Marcello ad Iulianum, id est, in notis ad Iulianum. Et merito non obti-
E nuit Iuliani sententia: quia fructuarius etiam non habet vindicationem fundi. Absurdum autem est vindicationem seruitutis ei dari, cui non datur vindicatio fundi. Cur tamen dabat Iulianus? quia fructuarius potest vti seruitutibus fundo fructuario debitis. Cæteri non dant, & existimant sufficere vindicationem vsusfructus. Ex his apparet in *d. §. item Iuliano* sententiam Iuliani referri, non probari. id sæpe faciunt Paulus & Vlp. & huius rei varia reperiuntur exempla in libris nostris. Nunc quæramus, *an fructuario detur nuntiatio operis noui?* Pendet huius quæstionis definitio ex superiori. ex Iuliani sententia fructuarius nouum opus nuntiare potest, *d. l. vn. §. item Iuliano.* Et certe hoc generaliter statuendum est, eum qui seruitutem vindicare potest, & ius nuntiandi habere, *l. inter seruitutes*

14. *de seruitut. vrban prad l. in iudicio, comm. diuid. l non solum 8. in prin. de noui oper. nuntiat.* Ex Iuliani sententia id licet fructuario. Ergo & nuntiare potest nouũ opus vicino, non ipsi domino aliquid facienti in fundo fructuario: Nam vt habet vindicationem seruitutis aduersus vicinum, habet & nuntiationem. Sed si ex opere domini deterior fiat vsusfructus causa, poterit vindicare vsumfructum, & consequi quod sua interest, *l si autem 2. de noui oper. nuntiat.* Eodem etiam modo explicanda est lex *quia viam* 14. *de noui oper. nuntiat.* Species & quæstio eius legis hæc est, an is, qui viam habet, ædificanti in via possit nuntiare nouum opus? Ex supradictis sequitur posse; quia qui seruitutem habet, nuntiare potest nouum opus. At lex ait, non posse: Hoc intelligendum est de domino fundi: Nam quis ædificaturus est in via, nisi dominus? sed poterit seruitutem vindicare si via impediatur. Huic simile est quod traditur in *l. si eo loco, inf. si seruit. vindic.* Hæc sunt ex Iuliani sent. Aliorum sententia quæ obtinuit, hæc est, fructuario nuntiationem non dari, *l.* 1. §. *vlt. de noui oper. nuntiat.* Ponuntur tres regulæ in eo §. prima hæc est, suo nomine fructuarius vicino nuntiare non potest nouum opus. II. procuratorio nomine, id est, quasi procurator proprietarij, potest. III. vicino aliquid noui faciente, fructuarius quamuis non potest nuntiare, potest vsumfructum vindicare à vicino, & id, quod sua interest, consequi: Nam vindicatio præstabit id, quod interest. quod etiam confirmat *l. stipulatio* §. *vlt. eod.* Postremo, restat hæc quæstio, *an remissio valeat, si forte fructuarius nuntiauerit vicino nouum opus.* Remissio est contraria nuntiationi: Eam enim excludit & extinguit: nam remissio est remissio nuntiationis, & fit auctoritate magistratus in hoc, vt vicinus, cui nuntiatum est nouum opus, hanc nuntiationem missam faciat & ædificet. Nam vis nuntiationis est, vt non possit vicinus ædificare, donec remissionem impetrauerit à magistratu. Quando autem danda sit remissio, dicendum est. Remissio vtilis est, si nuntiatio non tenet, id est, si is, qui nuntiauit, non habet ius nuntiandi & prohibendi, *l.* 1. *in pr. de remissionib. l.* 1. *& l. de pupillo* 5. § *si is cui renuntiatum, &* §. *qui procuratorio, de noui operis nuntiat. l. prætor,* 20. & *l non solum* 8. § *sciendum eod tit* Summa huius rei hæc est, vbi vtilis nuntiatio est, inutilis est remissio: Contra vero, vbi nuntiatio non valet, vtilis est remissio. Si fructuarius nouum opus nuntiauerit, ex Iuliani sententia remissio est inutilis, quia potuit nuntiare, *d l vn.* §. *item Iuliano.* Sed corrigendus hic §. duobus locis. Illo loco: *Et remissio vtilis erit,* legendum est: *inutilis erit.* Denique vbi ait: *remissio inutilis,* legendum est, *vtilis,* quia non potuit nuntiare domino. Hæc ex Iuliani sententia. Ex aliorum sententia, quæ obtinuit, omnimodo remissio valet, quia nuntiatio valet. Hæc de quæstione illa omnium difficillima.

Ad L. XVII. Viæ.

Viæ, itineris, actus aquæductus pars in obligationem deduci non potest, quia vsus eorum indiuisus est. Et ideo, si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli in solidum viam petunt. & si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, à singulis heredibus solida petitio est.

HÆc lex à nobis explicata est ad legem *pro parte,* sup. hoc tit.

Ad L. XVIII. In omnibus.

Papinianus notat: in omnibus seruitutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est: doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

PAulus libr. 31. Quæstionum Papiniani notat, &c. (scripsit notas Paul. ad Papinianum, sed improbatæ sunt à Theodosio propter excellentiam Papiniani, *l.* 1. *de respons. prud. C. Th.* Sed postea à Iustiniano probatæ sunt: Ideo

A multa reperiuntur ex his notis desumpta, *l* 1. §. *sed neque, C. de vet. iure enucl*) Nunc vt in eligatur quæstio huius legis, notandum est, *seruitutes extingui confusione,* id est, si dominus fundi seruientis, adquirat fundum dominantem, aut è contrario: vtroque enim modo tollitur seruitus: quia nemo sibi ipsi seruitutem debere potest, nec prædium meũ, prædio meo, *l.* 1. *quemadm seruit. amitt. l. si quis ædes* 20. *de seruitut. vrbanor. præd l. quidquid* 10. *commun præd.* Ex eo colligitur, confundi seruitutem, si dominus fundi dominantis heres extiterit domino fundi seruientis, & adierit: nam heres adeundo adquirit fundum seruientem. Ergo confunditur seruitus & tollitur. Hinc quæritur, si testator, herede instituto domino fundi dominantis, ab eo fundum seruientem alteri legauerit, an hic fundus liber præstandus B sit legatario, necne? & constat, liberum non esse præstandum: Nam si legatarius petat fundum liberum, heres opponet ei exceptionem doli mali, per quam consequetur, vt patiatur legatarius seruitutem reintegrari quæ confusione sublata fuerat: nec carere videtur dolo legatarius, qui fundum liberum petit, cum seruus relictus sit. Summa legis hæc est: si fundus legatus seruiat fundo heredis, licet aditione confundatur seruitus, non tamen aliter præstandus est, quam si legatarius iterum patiatur imponi seruitutem. ita fit, vt amissa seruitus restituatur noua impositione: quia fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Hoc etiam ostenditur in *l. si seruus* 70. *& l legatum* 116. §. *vlt. de leg.* 1. & *l. cum filius* 76. §. *dominus, de leg.* 2. Ait, *in omnibus seruitutibus,* prædiorum, scil. In vsufr. idem: nam etiam amittitur confusione, sicut & seruitus, sed in hoc dif- C fert à seruitute, quod si proprietarius heredem instituat fructuarium, & ab eo leget fundum fructuarium alteri, ille legatarius non cogitur heredi rursus cedere vsumfructum. Cogitur tamen rursus cedere seruitutem, *l. is cuius* 25. *& l. cum filius* 76. §. *dominus, de leg.* 2. differentiæ ratio colligitur ex *d.* §. *dominus.* hæc autem est: Qui legat fundum, plenum ius legat, neque vult quidquam detrahi: & ideo is fundus non est præstandus, deducto vsufructu: Nam vsusfructus est veluti pars fundi, *l. qui vsumfructum* 58 *de verbor. oblig. l. si alij fundum* 19. *de vsufr. lec.* At cum legatur fundus, non hoc testator intelligit, vt liber præstetur, sed qualis est, *l. legatum* 116. §. *vlt. de legat.* 1. Erit igitur in hac specie vsusfruct. sublatus confusione, nec restituetur. Deinde lex ait: *Doli exceptionem nocituram legatario.* Hinc D colligimus, heredi non dari petitionem seruitutis, sed retentionem tantum fundi legati: Retentio autem fit per exceptionem doli mali. Est ergo hæc retentio facti. Hinc quæritur, quid fiat, si heres hac retentione non vtatur, id est, si non excipiat, sed fundum tradat, an ei aliqua actio tunc dabitur: Nam retentione sibi amplius consulere non potest? Hoc casu heredi dabitur condictio indebiti, quia legatario dedit indebitum possessionem. Erit autem hæc condictio incerti condictio. Omnis condictio est certi vel incerti. Condictio certi est condictio datæ indebitæ pecuniæ. Condictio incerti est condictio datæ indebitæ possessionis, quam retinere scilicet poteram. Possessio est quid incertum, quia non videtur. *l. si tibi* 8. *de act. emp vend. l. si binarum* 35 *de ser. vrb prad. l. sed et si* 22. §. *vlt. & l. qui exceptionem* 40. §. *si pars, de condict indeb. l heres* 21. *ad* E *Treb.* Summa hæc est: heres aut vtetur retentione, aut condictione possessionis, seruitutis confusæ recipiendæ gratia. His duobus modis heredi prospicietur. Obstat huic sententiæ *l. ex quibus* 51. *de condict. indeb.* Vbi ponitur regula generalis, ex quibus causis retentionem habemus, petitionem autem non habemus, ea si soluerimus, condictionem non habemus. In hac vero l. 18. contrarium dicitur. Sed ea lex accipienda est de condictione certi, non de condictione incerti, vt hæc sententia sit legis: Vbi petitionem non habemus, si soluerimus, nec repetitionem habemus, id est, condictionem certi: at condictionem possessionis habemus. Vel, vt apertius dicamus; vbi retentionem habemus, si soluerimus, & condictionem retentionis habemus, hoc est, condictionem possessionis. Sic accipienda est lex *ex*

quibus. Nunc quærendum est ad hanc l. *in omnib.* quid dicendum sit in conuersa specie, si legatus sit fundus dominans, id est, fundus, cui heredis fundus seruiebat; an erit rursus imponenda seruitus ab herede in legatarij gratiam? Eadem ratio etiam in hoc casu ius idem desiderat. Ergo ab herede ius pristinum legatario restituendum est. Debet igitur legatario tradere fundum dominantem, & ei pristinam seruitutem cedere, *l. huiusmodi 84. §. ædes, & l legatum 116. §. vlt. de legat.* 1. Postremo colligitur ex hac lege, heredem adquirere aditione dominium rerum legatarum, fundorum legatorum, alioqui non confunderetur. Non obseruanda distinctio Accursij inter legata pura, & conditionalia, quia lex non distinguit: quia quoquo modo res sint legatæ, dominium tansit in heredem. Huc etiam pertinet *l si heredis, de leg.* 1. Quid ergo, dicet aliquis, statim legatario adquiritur dominium ab adita hereditate? Hoc non est concedendum, sed ita demum legatario adquiretur, si ipse agnouerit. Cæterum posteaquam agnouit, retro videtur fuisse dominus, *l. proinde 8. de reb. cred.* Vbi tollendum mendum est. Vulgo enim legitur: *appositum*: Sed legendum: *adquisitum*.

Ad L. XIX. Ei fundo.

Ei fundo, quem quis vendat, seruitutem imponi, & si non vtilis sit, posse existimo. Veluti si aquam alicui dedere, ducere non expediret: nihilominus constitui ea seruitus possit. Quædam enim debere habere possumus, quamuis nobis vtilia non sunt.

Hæc lex explicata est supra ad *l. quotiens 15.*

Ad L. vltim.

Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur cauendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure vti possit: quia nulla eiusdem iuris vacua traditio esset. ego puto vsum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque & interdicta veluti possessoria constituta sunt.

VT intelligatur hæc lex, sciendum est, eum qui vendidit rem aliquam, teneri vacuam tradere possessionem rei venditæ, dominium vero transferre non cogitur. Vacua possessio, est minime ab alio occupata: hoc si non faciat, tenetur ex empto. *l. 1. de rer. permut. Et l. si in emptione 2. §. vacua, de act. emp.* Quæro, quid fiat, si quis iter vendiderit, aut ius aliquod prædij? Hoc enim ius tradi non potest, quia tradere est de manu in manum transferre, atque ita iura tradi non possunt quod sint incorporalia. Lex ait, hoc cautionib. explicari, id est, venditorem cauere debere, *per se non fieri, quo minus emptor eo iure vtatur.* Hæc cautio pro traditione habetur, hoc etiam confirmat *l. ratio 3. §. si iter, de act. emp. vend.* Et hinc notandum est, cautionem esse summum iuris remedium, quo quæ natura fieri non possunt, fieri tamen videntur vt heic. Detur aliud exemplum: Vsusfructus non est in abusu, per cautionem tamen constituitur earum rerum quæ in abusu sunt quasi vsusfructus, §. *constit. Instit. de vsuf.* Simile exemplum habemus in *l. vsufructu 57. sol. matrim.* Ergo hoc casu cautio erit traditionis loco. Iauoleno auctori huius legis aliter videtur. Sententia Iauoleni hæc est: Cautionem quidem esse modum satis idoneum tradendę seruitutis, sed tamen verius patientiam & vsum pro traditione accipi, id est, si venditor patiatur emptorem vti, tradidisse videtur. Id quod confirmat *l. omnium 3. §. dare, de vsufr.* Ait deinde, *de seruitutibus esse constituta interdicta veluti possessoria.* Non sunt vero hæc interdicta proposita, si non possiderentur. sed proposita sunt, quia vsus seruitutum pro possessione habetur. patientia pro traditione est: & ideo interdicit prætor, si quis in ea interturbetur, *l. 1. §. vlt. de superfic.* Interdicta hæc sunt *de itinere actuque priuato, de riuis, de fonte, de cloacis, & aqua quotidiana & æstiua.* Hoc etiam confirmatur *l. 1. §. vlt. de seruit. rustic. præd.* Ait ille §. *traditio & patientia seruitutum inducet officium prætoris*, id est, traditio & patientia seruitutum, quæ facit, vt possideantur seruitutes, efficit, vt datis interdictis eam possessionem prætor tueatur. Id confirmat *l. si ego 11. §. 1. de Publ. in rem act.* Atque ita apparet, quemadmodum seruitutes possideantur.



AD TITVLVM II.

De Seruitutibus vrbanorum prædiorum.

Ad L. I.

Si intercedat solum publicum, vel via publica, neque itineris actusve, neque altius tollendi seruitutes impedit, sed immittendi, protegendi, prohibendi: item fluminum & stillicidiorum seruitutem impedit, quia cœlum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

§. 1. Si vsusfructus tuus sit, ædium proprietas, quæ onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi potest, tecum nullo modo.

IN hac l. 1. ostenditur, quæ seruitutes imponi possint interuenientibus locis publicis: sunt enim quædam quæ imponi possunt, quædam quę non possunt, *l. non solum 8. in prin. de no. op. nunt.* Hę sunt quę imponi possunt: Iter, actus, via, aquę haustus. hę non impediuntur interuentu loci publici. Item seruitus altius non tollendi, vel tollendi: nam hęc seruitus neque solum publicum attingit, neque cœlum. Seruitutes autem, quę non possunt imponi, hę sunt: Aquęductus, *l. seruitutes 14. §. publica, sup. tit. prox.* seruitus immittendi, proiiciendi, protegendi, fluminum, stillicidiorum. hę imponi non possunt, quia sicut solum publicum est publicum & peruium, ita necesse est, cœlum, id est, quod est supra solum, liberum esse. quo iure est cœlum, eodem iure esse debet solum, & contra. At si quid immittitur, non erit liberum so lum, ideo nec cœlum. *Immissa* sunt ea, quæ ita protenduntur, vt aliquo loco requiescant. huiusmodi sunt tigna, quę ex ędibus meis in vicini ędes immittuntur, *l. malum 242. §. 1. de verbor. signif.* Ergo seruitus immittendi, est seruitus tigni immittendi. *Proiecta* sunt ea, quę ita proiiciuntur & protenduntur, vt nusquam requiescant, hęc occupant cœlum alienum. Huiusmodi sunt meniana, id est, tabulata aut pergulę, quę ex ędibus nostris proiiciuntur, ita vt nusquam quiescant, ex quibus in solum spectatur. Dicuntur *meniana* à quodam Menio Romano. Gręci ea meniana vocant ἐξώσεις, ἀπὸ τοῦ ἐξωθεῖν, quod est expellere: sunt enim meniana expulsiones & ea vox restituenda in *l. meniana 11. C. de ædific. priuat.* Id apparet ex libris scriptis, & ex Constantino. vide obs. 1. c. 30. *Protecta* autem sunt partes tecti prominentiores. & hę protecta *grundia* vocant siue suggrunda, & inuenta sunt vt arceantur stillicidia. Vocantur etiam suggrundia *tit. de dam. inf. & suggrūdiis vel proiectionibus.* Item in *l. si vero 5. §. prætor, de his qui deiec. vel effud.* A Gręcis dicuntur γεῖσα siue ὑπόγεισα. Nunc videamus, quid distent flumina à stillicidiis: *Stillicidium* cadit in aream aut tectum guttatim. *Flumen* fluit continuo, canalibus adhibitis aut fistulis. Item, stillicidium cadit ex superiore loco: flumen ex inferiore loco fluit. Pręterea stillicidium cadit leuiore casu, flumen grauiore. Flumen grauior est seruitus. quia grauiore cursu decurrit, quia est collectio aquarum, *l. foramen 28. l. seruitutes 20. §. si antea, hoc tit.* Valde notandum est, quod ait in *d. §. si antea. Cafitare*, est proprie stillicidij, & aquę stillatim cadentis: *Fluere* est proprium fluminis. Atque hinc apparet quid inter hęc duo intersit.

Ad §. vlt.

VVlgo creditur hic §. pertinere ad omnes seruitutes. Secus tamen est, quia pertinet ad seruitutem tantum oneris ferendi. Hæc seruitus est specialis, non generalis, vt quidam putant. In eo errore est Theophilus in §. *prædiorum, Institut. de seruitut.* hæc seruitus imponitur, aut dicitur in legibus ædium vendendarum, *l. eum debere 33. hoc tit.* has leges & hæc iura dicere & definire solebant architecti, Vitruuius lib. 1. c. 1. aut præfectus vrbi, adhibitis architectis, quorum ars est, ædificia instituere & definire, *l. in sacris 12. §. modum, de proxim. sacr scrin lib. 12. Cod.* Sciendum autem est, singularia quædam recepta esse in seruitute oneris ferendi: ideo distat hæc seruitus ab aliis. Prima differentia hæc est: qui alias seruitutes debet, nihil facere cogitur, sed pati, aut non facere, *l. quoties 15. §. seruitutum, tit. prox. sup.* At qui onus ferre debet, cogitur id, quod oneri ferendo, & sustinendo destinatum est, reficere & restituere, *l. & si forte 6. §. etiam, si seruit. vind. l. eum debere 33. hoc tit.* Non tantum columnæ destinabantur oneri ferundo, sed etiam simulachra & imagines. Vitruuius *lib. 1.* Secunda differentia est: Aliarum seruitutum vindicatio datur non tantum aduersus dominum, sed aduersus quemlibet impedientem seruitutes, *l. 1. § competit, de aqu. quotid. & æst. l. si quis diuturno 10. si seruit. vind. l. vti frui 5. §. vtrum, si vsusf. pet.* At huius seruitutis vindicatio non datur nisi aduersus dominum, videlicet, quoties de pariete reficiendo agitur, aut generaliter, quoties de onere ferendo agitur: Nam stultum est refectionem exigere ab eo, qui non est dominus. Ideo de hac seruitute non agitur cum fructuario ædium, sed cum domino, seu proprietario. Nam fructuarius non cogitur reficere ea quæ lapsa sunt propter onus seruitutis: non cogitur etiam reficere, quæ vetustate collapsa sunt, *l. vsufructu 7. §. quoniam, de vsufruc.* Denique non cogitur fructuarius onus ferre, nec idoneum parietem præstare. Et hæc est sententia huius §. *Tecum nullo modo.*] Hæc verba notanda sunt: Cum fructuario de onere ferendo nullo modo agi potest, id est, neque directa, neque ciuili, neque in solidum, neque in partem. Denique ita concludamus. Hoc commune est omnium seruitutum, vt directa vindicatio non detur alij, quam domino. Hoc autem proprium est seruitutis oneris ferendi, vt eius vindicatio non detur, nisi aduersus dominum. Ita accipienda *l. & si forte 6. §. vlt. si seruit. vind.* Vltima differentia hæc est: In aliis seruitutibus, si pluribus debeantur, singuli agunt in solidum, quia non possunt diuidi. Item, si plures debent, singuli in solidum tenentur, eadem ratione, *l. via. 17. sup. t. prox. l. loci 4. §. si fundus, si seruit. vind.* At seruitus hæc, si pluribus debeatur, singuli eam petunt in solidum. At si plures debeant, singuli pro parte tenentur *d. l. & si forte §. si ædes.* Ratio hæc est, quia æstimatio refectionis diuidi potest, & pro parte præstari. Est & alia differentia. qui alias seruitutes habent, domino non possunt nuntiare nouum opus, *l. si autem 2. & l. qui viam 14. de non. op. nun.* At qui hanc seruitutem habet, domino facienti deteriorem parietem, potest nuntiare nouum opus. *d. l. & forte §. vlt. & l. seq.* Ratio hæc est: quia in hac seruitute dominus, qui eam debet facere, id est, reficere cogitur id, quod facere debet: si recte non faciat, inhiberi potest noui operis nuntiatione. In aliis seruitutibus, qui eas debet, nihil facere debet. Non est igitur cur prohibeatur, quasi non recte fecerit.

Ad L. II. & III.

L. 2. Vrbanorum prædiorum iura sunt, altius tollendi & officiendi luminibus vicini, aut non extollendi: item stillicidium auertendi in tectum vel aream vicini, aut non auertendi, item, immittendi tigna in parietem vicini: & denique proiiciendi, protegendive, cæteraque illis similia.

L. 3. & hac seruitus, ne prospectui officiatur.

A PRoponuntur hic varia genera seruitutum vrbanarum. Primum genus est, seruitus altius tollendi, & officiendi luminib. vicini. De ea magna quæstio est inter interpretes: nam hoc ius, vt inquit Ioannes, est libertatis, non seruitutis, *l. altius 8. & l. si in ædib. 9. C. de seruit. & aqu. & l. cum eo 9. h. t.* Ergo ius altius tollendi vnicuique, suo iure, competit, etiamsi id a vicino non concedatur. Nam eodem iure potest etiam quis in suo fundo aquam quærere, & minuere aquam vicini, *l. fluminum 24. §. vlt. de dam. infec.* sed lex ista ait, ius altius tollendi esse seruitutem vrbani prædij, quod perinde est, ac si diceret, neminem posse altius tollere ædes, nisi ius à vicino impetrauerit, & vicinus altius ædes tollens, libertate non vtitur, sed seruitute sibi à vicino constituta. Itaque distinguendum est: Aut suo

B iure ædes tollit quis, aut seruitutis iure, id est, hoc iure à vicino constituto. Suo iure, id est, proprio iure, nec ab alio postulato & impetrato. Iure suo ædes altius tollit qui vicino non cessit, id est, qui hanc seruitutem non imposuit suis ædibus. ius sibi non esse ædes altius tollere: qui hanc seruitutem non imposuit, iure suo ædes suas altius tollere potest. Iure autem seruitutis ædes suas altius tollit qui vicino concessit ius sibi non esse ædes suas altius tollere, & postea impetrauit ab eodem sibi licere ædes suas altius tollere. Iure seruitutis ædes tollit, qui depressas ædes habere cogitur, & vicinum rogat, vt sibi liceat ædes sublatas habere, neque vero aliter hæc seruitus constituitur. Et ita hanc seruitutem imponi ostendit *l. si domus 21. hoc t.* & *l. si mihi 20. de seruit. rust. prædior* Hoc etiam aliis propositis differentiis demonstrandum est: Qui iure suo ædes altius tollit, eas potest

C in immensum extollere, vsque ad cœlum, vt ait Acc. At qui iure seruitutis ædes altius tollit, non potest, nisi ad certam altitudinem, de qua conuenit, extollere, *l. egi tecum 26. de excep. rei iudic.* Quid tamen fiet, si non conuenerit de altitudine? An tunc poterit ædes in infinitum extollere? Poterit, dummodo non grauiore seruitute oneret inferiorem vicinum, quam ipse pati debeat, *l. cuius 24. hoc t.* Vbi notandum est, quid ea verba significent: *Cuius ædificium superius est,* id est, altius sublatum. *iure,* id est, iure seruitutis. *grauiore seruitute,* hæc verba ostendunt, hoc ædificium sublatum fuisse seruitutis iure. Est & alia differentia inter eum qui suo iure vtitur, & eum qui iure seruitutis. Nam qui suo iure ædes altius sublatas habet, in earum refectione mutare potest formam ædificij. Is autem, qui iure seruitutis ædes altius sublatas habet, in earum refectione pristi-

D nam ædificij formam seruare & retinere debet. Ergo iisdem fundamentis reficere debebit, nec murum poterit crassiorem facere, *l. qui luminibus 11. hoc t. l. seruitutes 20. § si sublatum, hoc t.* Secunda seruitus, quæ in hac *l.* proponitur, est *seruitus altius non tollendi.* Et hanc esse seruitutem nemo dubitat. Huic seruituti additur plerunque causa, ne luminibus officiatur, & plerumque ita vocatur, vt in *l. hac autem 6. hoc t. & §. prædiorum, Instit. de seruit.* Tertia seruitus est *stillicidij auertendi,* hoc est, vt liceat aquarum stillicidia auertere, aut deducere in vicini tectum, aut impluuium, id est, aream. Hoc loco *aream* accipi puto pro impluuio, in quam sc. collecta ex omni tecto pluuia descendit. Festus in verbo *atrium.* Alibi area est locus in vrbe sine ædificio, *l. fundi. 211. de verb. signif.* Alibi etiam area

E est locus in agro, in quo frumentum exprimitur, & cætera legumina, *l. Mela 14. in fi. & l. à filio 15. §. testator, de alimen. leg. l. vlt §. vlt. C de seruit. & aq.* Quarta seruitus hæc est, *stillicidij non auertendi.* Hæc dicitur seruitus stillicidij non recipiendi aut auertendi. *Auertere* dicitur is, ex cuius fundo aqua fluit in fundum vicini. De hoc etiam est magna quæstio inter Doctores: Hæc enim etiam est illis libertas, non seruitus. Vtendum est eadem distinctione: Aut suo iure non recipit stillicidia, aut seruitutis iure. Suo iure non recipit, qui vicino non cessit ius stillicidij immittendi. Iure autem seruitutis stillicidia non recipit is, qui vicino cessit ius stillicidij immittendi, & deinde illum rogauit, ne stillicidia immitteret. Ex postrema rogatione ei ius adquiritur, ne sc. stillicidia recipere cogatur. Hæc recte

explicat Theoph. in §. *prædiorum*, *Instit. de seruit.* Sequitur: *tigni immittendi, proiiciendi & protegendi.* Proponũtur heic tres seruitutes, de quibus satis supra dictum. Sequitur in *l. 3.* alia, *ne prospectui officiatur.* Videndum est, quid intersit inter has seruitutes, ne luminibus officiatur: &, ne prospectui officiatur. Primum dicemus de seruitute *ne prospectui officiatur.* Imposita hac seruitute id agitur, vt vicino sit gratus & liber prospectus, *l. inter seruitutes 14. hoc t.* Liber prospectus, qui nulla re coercetur: Gratus, qui coercetur arboribus, montibus aut mari. Quæro, an non imposito hoc iure, possit quis suo iure officere prospectui vicini? Et cum necesse sit hanc seruitutem adquirere, apparet licere. Cæterum notandum est, intermittendum esse aliquod spatium inter suam domum & vicini. Item, si quis velit vicino prospectum eripere, intra centum pedes non posse nouo opere officere prospectui maris, ex *Nouel. Iustin. de generali forma prospectus in mare.* Intermisso autem centum pedum spatio, licet auferre vicino prospectum maris, licet sit constituta hæc seruitus. Hoc ostenditur in *Nou. de no. oper. contr. prosp. in mare 39.* vel vt alij vertunt, *de noui oper. nuntiat.* idemque spatium obseruatur, si quis velit vicino auferre prospectum montium: Hoc scripsit Papinian. *3. quæst.* auctore Constan. Harmenop. *2. Epit.* Hæc de seruitute ne prospectui officiatur. In seruitute, *ne luminib. officiatur* hoc agitur, ne fenestræ & ædes obscuriores sint, & ne cœli aspectus intercipiatur, *d. l. 15. hoc t.* Vbi videntur lumina accipi pro fenestris, vt apud Ciceron. *lib. 2. ad Atticum.* Hinc apparet, quæ sit differentia inter has seruitutes: Alia est seruitus luminum, alia prospectus, ab ea, quæ proposita est, diuersa. Videamus, quid inter ea iura intersit. Seruitus *prospectus* hæc est, vt liceat maria prospicere, aut montes, aut nemora, aut ædificia publica, aut scripturam publicam, aperto pariete. Seruitus luminum est, vt liceat cœlum aspicere. Hoc etiam sic explicari potest: Lumen est ex superiori loco, prospectus etiam ex inferiore, *l. lumen*, *15. hoc tit.* Item prospectus est, vt liceat aperire parietem & longius prospicere. Seruitus luminum est, vt liceat aperire parietem, & fenestras immittere in ędes vicini. Hic obiter notandum est, non imposita hac seruitute luminum, non posse fenestras immitti in ædes vicini, *l. pen. h. t.* Eos, qui ius luminis immittendi non habent, non posse aperire parietem communem fenestræ causa. Quare ait, *communem*? Non ne idem etiam est in proprio? Nemo enim parietem proprium potest aperire, vt immittat fenestras suas in vicini ædes. Constant. *2 Epit.* legisse videtur, *parietem cæcum.* Cæcus paries est is, qui fenestras non habet.

Ad L. IV. Luminum.

Luminum in seruitute constituta id adquisitum videtur, vt vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem seruitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, inuitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum.

NVnc videndum est quæ sit differentia inter seruitutem luminum, & ne luminibus officiatur, quæ proprie pertinet ad h. l. Seruitus *luminum* est ius immittẽdę fenestræ in ædes alienas, id est, vt liceat nobis immittere fenestras in vicini domum. Ideoque hæc seruitus appellatur vno nomine fenestra à Gaio *lib. 2. Instit. tit. 1.* Idem est ius immittendi luminis, id est, ius excipiendi vel recipiendi luminis: Nam fenestram, quam vnus vicinus immittit, alter excipere dicitur. Sic etiam stillicidium est, quod vnus auertit, alter recipit in suas ædes. Idem ius stillicidij auertendi & recipiendi: is cui seruitur, dicitur auertere stillicidium: is vero qui seruit, recipere: Item is, cui seruitur, dicitur lumen immittere; qui seruit, recipere, vel excipere. Item is qui debet seruitutem luminum, non prohibetur in suo ædificare, dummodo non intercludat fenestras vicini

A sui & inutiles faciat. *ne luminibus officiatur.* Qui seruitutem debet, ne luminibus officiatur ædificare non potest, & obscurare ædes vicini. Is denique prohibetur ita ædificare, vt lumina tollat, & hoc ostenditur in *l. 4.* Huic legi interpretatio *l. Imperatores 14. h. t.* addenda est. Papyrius Iustus collegit omnes constitutiones Diuorum fratrum, id est, Antonini & Veri, easque redegit in 20. libros, & omnes huius auctoris leges incipiunt, Imperatores. Circa hanc legem de duobus potissimum quæri & dubitari solet: Quoniam lex ait, *intermissi spatio*, quantum spatij à vicina insula, is, qui ædificat in suo, intermittere debeat. Hoc vt intelligatur, sciendum est, *insulam* in libris nostris esse, quæ proprio ambitu constat, nec est coagmentata ædificiis: Et insulæ quidem tutiores erant ab incendiis. Contra hanc definitionem insulæ facere videtur lex *si finita 15. §. ex hoc edi-*
B *cto, de dam. infec. inf.* ait lex, si insula domui adiacens vitium faciat. eo in loco dicitur insula domui adiacere. Videtur ergo adiecta esse cohærentibus domibus. Respondeo, quod ait lex, *insulam adiacere*, id non significat adiunctam esse insulam, sed proximam esse domui, & domui accedere. *Accedere* dicimus, non quæ adnexa sunt, sed quæ proxime posita. Præterea contra hanc definitionem facere videtur *l. quidam 13. h. t.* Quæ lex ostendit, parietem eius insulæ fuisse communem cum vicino. ergo non ambiri videtur proprio pariete: Facile hoc explicari potest. Nihil vetat adiacentis insulæ communem esse parietem, etiamsi ea non sit coniuncta ædificio vicini. Ergo insula est ædificium, quod proprio ambitu constat. Videamus nunc, quantum ex lege spatij inter insulas esse debeat. Hac de re nullum alium habeo auctorem, quam Sextum Pompeium *lib. 1.*
C in *verbo ambitus.* Ait, *ambitum insulæ appellari locum duorum & semipedis ad circumeundi facultatem relictum.* Et ad hanc rem explicandam hoc satis esse arbitror. Hoc spatio intermisso recte quiuis ædificat in suo solo. Sequitur alia quęstio: Quęritur quid in hac re opus fuerit rescripto? Nam sententia huius rescripti hæc est: Vnusquisque in suo loco potest ædificare, modo id solum non seruiat, & si intermittat legitimum spatium. Quis vero hac de re dubitat? Stultum videtur esse, hoc constitutione comprehendere? Fuit mihi aliquando hac de re quæstio cum viro acutissimo, qui dicebat, hanc legem mendosam esse, & legebat, *qua seruitutem luminum deberet.* Et ita hæc lex pertinebit ad leg. nostram. Id quidem satis mihi probatur. Et propterea huic l. 4. adiunxi hanc l.
D

Ad L. V. Inuitum.

Inuitum autem in seruitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo, & infantem & furiosos inuitos recte dici, ait. Non enim ad factum, sed ad ius seruientis hæc verba referuntur.

IN hac lege explicatur, quis dicatur inuitus in seruitutibus. Valde quæritur, quorsum hoc quæratur, neque id Accursius interpretatur. Credo, hoc esse explicandum ex *l.* præcedenti, in qua hæc sunt verba: *ne ius sit vicino, inui-*
E *tis nobis ædificare.* Et ita constituitur seruitus, ne ius sit vicino, me inuito, ædificare. Quæro, quando vicinus dicatur inuitus? Duobus modis dicitur quis *inuitus.* Primo is qui contradicit: deinde is, qui nescit, vel qui tacet, & patitur. Id Seneca indicat *libro 3. de benefic. cap. 7.* Quæstionis est, quemadmodum inuitum accipiamus in hac seruitute? Vt hoc intelligatur, notandum est, differentiam facere Iurisconsultum inter velle, non velle, nolle, & non nolle. *Velle*, est clara voce dicere, volo. *Nolle*, ego nolo, *non velle*, est pati: &, *non nolle*, est non dicere, ego nolo. Ergo multum interest inter velle & non nolle. Quia non nolle est tacere, inter non velle & nolle. Propterea is, qui tacet & patitur, non dicitur velle, *l. qui tacet 142. de reg. iur.* Ex hac differentia verborum manarunt duæ iuris regulæ. Pri-

ma est, *Eius est non nolle, qui potest velle*, id est, qui potest velle, potest pati, *l. eius 3. de reg. iur. l. 1. §. scientiam, de tribut. act.* qui potest velle, potest & non nolle. In plerisque locis patientia domini sufficit, vt in tributoria actione. Altera regula hæc est. *Eius est non velle, qui potest nolle.* Quæ regula proponitur in hac *l.* Summa harum regularum hæc est: Is, qui potest velle aut nolle, pati etiam potest: E contrario etiam, qui non potest velle, aut nolle, pati etiam non intelligitur. Ponatur exemplum in pupillo, qui velle non creditur, propter infirmitatem ætatis, nec nolle quoque, *l. pupillus 189. de reg. iur.* Pupillus etiam pati non intelligitur, *l. in eo 110. § pupillus, de reg. iur.* Quædam sunt negotia, in quibus exigimus velle, nec sufficit pati, id est, tacere. In his negotiis taciturnitas dissensum imitatur, id est, in istis qui tacet, dissentire videtur: quia in iis exigimus velle. Denique hoc totum sic concludi potest, in his negotiis: *inuitus* is dicitur, non tantum qui propalam contradicit, sed etiam is, qui tacet. Horum negotiorum exempla sunt in *l. filiusf. 8. §. inuitus, de procurat. l. in eo iure 45. § deinde ait lex, de ritu nup.* etiam exemplum eius rei in hac *l.* quæ dicit, inuitum accipi debere, non solum qui contradicit, id est, qui dicit, *ego nolo*, sed & eum, qui non consentit. Inde colligitur in hac quæstione, infantes, ignorantes, furiosos, &c. inuitos esse dicendos, quia hi dicere non possunt, ego volo. Non enim ad factum, sed ad ius seruitutis hæc verba referuntur. Videamus nunc quæ & qualia hæc verba sint: Verba hæc sunt: *Ne ius sit vicino nobis inuitis altius tollere, vt d. l. 4. Hæc verba*, inquit, *non referuntur ad factum.* id est, non hoc significant, vt ius sit altius tollere, non contradicente vicino: nam etiamsi non contradicat, ius non est altius tollere, sed referuntur ad ius seruitutis, hoc est, hæc verba hoc significant, ius non esse altius tollere, nisi vicinus cesserit vicino ius ædes suas altius tollendi. Summa hæc est, id exigimus, vt vicinus concedat ius tollendi altius nominatim. Quædam vero sunt negotia ab istis diuersa, in quibus non exigimus velle, sed sufficit pati & tacere, id est, non nolle, & in his taciturnitas pro consensu habetur. In his negotiis inuitus dicitur is, qui dicit, ego nolo: Nam si hoc non dicat, velle creditur & consentire. Horum negotiorum exemplum est in *l. 1. §. scientiam, de tribut. act. & l. soluto 2. §. voluntatem, sol. matr.* In seruitutibus vero taciturnitas accipitur pro dissensu. qui non consentit, videtur contradicere, vt in hac lege.

Ad L. VI. Hæc autem iura.

L. 6. Hac autem iura similiter, vt rusticorum quoque prædiorum certo tempore non vtendo pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est: quod non omnimodo pereunt non vtendo, sed ita si vicinus simul libertatem vsucapiat, veluti si ædes tuæ ædibus meis seruiant, ne altius tollantur, ne luminibus ædium mearum officiatur: & ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero: ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil noui feceris, retineo seruitutem. Item, si tigni immissi ædes tuæ seruitutem debent, & ego exemero tignum: ita demum amitto ius meum, si tu foramen, vnde exemptum est tignum, obturaueris, & per constitutum tempus ita habueris. Alioquin, si nihil noui feceris, integrum ius suum permanet.

QVæ pertinent ad hanc legem exposui in *l. 14. sup. tit. prox.* dicamus tamen breuiter: differentiam esse inter seruitutes vrbanas & rusticas, quod rusticæ non vtendo amittuntur, earum vero libertas non vsucapitur; quæ enim non vtendo pereunt, eorum libertas non vsucapitur. Contra vrbanæ seruitutes non aliter amittuntur non vtendo, quam si earum libertas vsucapiatur. Non satis est, non vti, nisi dominus aliquid faciat contrarium, id quod etiam ostendit *l. si quis alia 18. §. vlt. quemad. seruit. amit.* Quemadmodum autem libertas vsucapiatur, duobus exemplis

A demonstratur. *Certo tempore* (id est biennio, nunc 10. & 20. annis iuxta *l. pen. C. de seru. & aq. Veluti si ædes*) Sequuntur exempla. ait, *perfixas habuero*, sic Fl. in aliis legitur *præfixas*, quod verius est ex Plinio *lib. 14. c.* Græci vocant προσγωνίας, alij vero κλομίνας. *Item si tigni.* Sequitur aliud exemplum.

Ad L. VII. Quod autem.

Quod autem ædificio meo me posse consequi, vt libertatem vsucaperem, dicitur: idem me non consecuturum, si arborem eodem loco sitam habuissem, Mutius ait. Et recte, quia non ita in suo statu & loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris.

B SEntentia huius l. hæc est: per parietem altius sublatum contra ius seruitutis libertatem vsucapi, quia parietis possessio est continua. Necesse autem est, vt libertatis vsucapio sit continua, ne interpelletur, *l. si ædes 32. §. libertas, h. t.* At per arborem non potest vsucapi libertas, cum nempe arbor lumen aufert vicino, quoniam arbor non semper eodem loco & statu manet, quemadmodum paries, idque fit propter motum naturalem arboris. Hæc est sent. huius l. 7.

Ad L. VIII. Parietem.

C *Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum, & reficiendi ius non est, quia non solus dominus est.*

CVm hac lege pugnare videtur *l. si ædes 12. comm. diuid.* Vt vero intelligatur, quemadmodum hæc difficultas explicari possit, sciendum est, hanc esse regulam iuris: *In re communi* vnum ex sociis *quidquam facere non posse inuito altero, l. Sabinus 28. commu. diuid.* Hinc existit quæstio, an vnus ex sociis parietem communem demoliri & reficere possit, videlicet si paries indigeat refectione? Dicendum est, non posse. Nam id suadet ea iuris regula. Potest igitur prohiberi à socio, ne parietem communem reficiat, *l. an vnus 11. si seruit. vind.* Ex eo rursus colligendum est, eum socium, qui vult reficere, communem parietem, si prohibeatur, non posse agere ius sibi esse reficiendi,
D recte enim prohibetur à socio. Hæc est sententia huius legis. Paries est naturali ratione communis, cum ædificatus est communibus expensis. *Reficiendi ius non est*, id est, agere non potest, ius sibi esse reficiendi: Quia, inquit, non solus dominus est, quia qui socium habet, non proprie est dominus, *l. illud dubitationis 46. de ritu nuptiar.* Nunc quæro quid iuris sit, si paries sit ruinosus & refectione indigeat; & me vicinus non patiatur reficere parietem communem, neque ipse velit eius rei curam suscipere? Tunc locus est sententiæ *l. si ædes 12. comm. diuid.* quam huic legi nostræ contrariam faciunt, quæ ait, tunc agi communi diuidundo. Vel etiam, vt inquit lex, aget interdicto vti possidetis; quo agitur de possessione retinenda. Simile est quod traditur in *l. sunt personæ 43. de relig. & sumpt fun.* vbi vnus
E ex sociis, inuito altero, non potest mortuum inferre in locum purum. *Locus purus* est, qui religione occupatus non est. Quid tamen fiet, si necesse habeat inferre, aut corpus insepultum relinquere? Tunc aget interdicto de mortuo inferendo. non aget, ius sibi esse inferendi, sed aget de possessione. Sic etiam in proposito, non aget socius ius sibi esse reficiendi. Sed quia diximus agi communi diuidundo ad diuisionem parietis, videamus quemadmodum fieri possit vt paries communis diuidatur. Ipse paries commode diuidi non potest, sed in iudicio communi diuidundo paries vni adiudicatur, & is vicissim alteri in æstimationem parietis, *§. si famil. ercis. Instit. de offi iud.* At rursus videndum, quanti æstimandus sit paries, an æstimabitur tanti quanti olim factus est, an tempus aliquid detrahit ex pretio parietis aut vetustas? Hæc in re distinguendum est: aut pa-

cies est firmioris structuræ, aut non. Si firmioris sit, vt puta lateritius, tanti æstimatur, quanti olim factus est: sic æstimatur quasi perpetuo duraturus, nec ex pretio eius tempus quidquam detrahit. At quid fiet, si paries non sit firmæ structuræ, sed speciosæ potius, vt pote ex molli cæmento, qui non potest non esse ruinosus ad vetustatem, vt ait Vitru. hic æstimabitur, quasi 80. annos duraturus sit. Et ideo in hoc iudicio ex pretio parietis tot detrahentur octuagesimæ, quot anni erunt præteriti, & ex reliqua summa, pars reddetur: Nam sic semper æstimatur is paries, quasi octoginta annos duraturus. Ita seruasse populum Roman. scribit Vitruuius lib *2. c. 8.*

Ad L. IX. Cum eo.

Cum eo, qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non seruiat, nulla competit actio.

CVm eo, qui tollendo, id est, altius tollendo: Vnusquisque potest suo iure ædes altius tollere & obscurare ædes vicini: Hoc si quis faciat, nulla cum eo actio est, *l. altius 8. C. de seruit. & aq.* idque iam dictum est *sup.* ad *l. 4.* Excipiuntur ab hac regula duo casus, in quibus non licet nobis arbitratu nostro omnino ædes altius tollere: Primus casus ponitur in *l. vlt. §. vlt C. de seruit. & aq.* in quo §. tractatur de area, in qua frumentum excutitur. Fiebat autem area Romæ in loco aprico & sub dio, & non sub tectis, vt mos est vester. Hesiod. appellat locum perflabilem, χῶρον εὐαῆ. Constituit Iustinianus, ne quis ædes tollendo, obstet vento, quo area perflatur, & vt Iustiniani verbis vtar, quo paleæ secernuntur à frugibus. Et ea seruitus à Doctoribus nostris appellatur *seruitus legitima* ex lege Iustiniani. Id vero Iustinianus constituit fauore annonæ publicæ. Alius casus ponitur in *l seq.* cuius sententia nunc exponenda est.

Ad L. X. Gaurus Marcello.

Gaurus Marcello: Binas ædes habeo, alteras tibi lego. heres ædes alteras altius tollit, & luminibus tuis officit. Quid cum illo agere potes? & an interesse putes, suas ædes altius tollat, an hereditarias: & de illo quæro, an per alienas ædes accessum heres ad eam rem, quæ legatur, præstare debeat: sicut solet quæri cum vsusfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum, non potest. Qui binas ædes habeat, si alteras legauit, non dubium est quin heres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum ædium. Idem dicendum est, si alteri ædes, alteri aliarum vsumfructum legauerit. Non autem semper simile est itineris argumentum: quia sine accessu nullum est fructus legatum, habitare autem potest, & ædibus obscuratis Cæterum vsufructu loci legato, & accessus dandus est, quia & haustu relicto, iter quoque ad hauriendum præstaretur. Sed ita officere luminibus & obscurare legatas ædes conceditur, vt non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in vsus diurni moderatione.

TEstator habebat binas ædes. alteras legauit, alteras heres retinet iure hereditario. Quæstio huius l. est, an heres possit eas ædes quas retinet, extollere, & obscurare ædes legatas? Lex ait, posse. Quinimo ait lex, heres non tantum potest hereditarias ædes altius tollere, sed etiam suas proprias. Idque multo magis dicere est in ædibus propriis, *l. cum eo, sup. h. t. l. altius 8. C. de seru. & aq.* Sed deinde additur in hac lege; modicum lumen legatario relinquendum esse, quod videlicet habitanti legatario sufficiat. Ex eo sequitur, heredem non posse omne lumen legatario eripere. Ergo ædes suas suo arbitrio extollere non potest. Ratio hæc est: Quia hoc exigit voluntas testatoris, quem verissimile est noluisse vt omne lumen legatario auferretur. Præterea additur in hac l. idem esse, si testator legauerit vsumfr. alterarum ædium. ergo potest heres ædes fructuarias altius tollere & officere luminibus ædium legatarum. In hanc rem etiam hæc lex à Paulo citatur in *l. si is qui binas 30. de vsufr.* At opponuntur quædam etiam ab ipso Iurisconsulto in hunc modum: Heres fructuario præstare debet aditum ad ædes legatas, alioquin vsusfr. esset inutilis. Nunc sic argumentatur, ergo debet etiam præbere lumen. At respondet Marcellus, ideo debet accessum præstare, quia sine accessu nullus vsus esse potest. At obscuratis ædibus, habitari ædes possunt. Sed tollenda nobis est ex hac lege macula quædam. Hæc lex sumpta est ex libris Digest. in quibus Iurisconsulti sua responsa inserebant. Cum res legata est, ad eam heres non debet accessum præstare. At cum vsusf. legatus est, debet præstare. Et recte hoc definit Acc. Marcellus respondet tantum ad priorem quæstionem. Legendum est, *Idem dicendum est, si alterarum ædium vsumfr. legauit.* Hoc apparet ex *l si is qui binas 30. de vsufr.* qui etiam hęc verba Marcelli citat. Hoc etiam sequentia verba indicant: Nam licet fructuario sit accessus præstandus, non tamen præstanda sunt lumina. In hoc casu magis dubitatur, propterea quod accessus non sit intercipiendus fructuario. *Sed ita.* Ostendit non omnino posse occludere ædes legatas, idque facit voluntas testatoris. Hoc tamen videtur esse contra omnem iuris disciplinam, vt apparet ex *l vsufr. 7. §. hac ratione. & l. si cuius 13. §. Item si domus, de vsufr.* Ex quibus apparet proprietarium nihil facere posse. Dico, non sic esse legendum. Sed ita legendum hoc in loco vt Paul. legit in *d l. 30.* legit autem sic. *Item dicendum est, si altera, &c.* Hic vero erit sensus: si testator, cum binas ædes haberet, alterarum vsumfructum legauerit, alteras in hereditate reliquerit, heres relictas in hereditate altius extollere potest, & obscurare ædes fructuarias. Contra hanc sententiam potes sic argumentari: Heres fructuario debet præstare accessum ad ædes fructuarias, *l. 1. § vlt. si vsufr. pet.* Ergo etiam debet lumina præstare, sine quibus, vt videtur, fructuarius ad ædes fructuarias accedere non potest? Respondet Marcellus, aliam esse causam accessus, aliam luminum: nam sine accessu nullus est vsusfructus ædium, ideoque heres præstare debet accessum ex voluntate defuncti: at sine luminibus ædium vsusfructus esse potest: nam obscuratæ ædes possunt habitari, ideo heres non debet præstare lumen, nisi modicum. Hæc fuit sententia Marcelli.

Ad L. XI. Qui luminibus.

Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.

§. 1 Si inter te & vicinum tuum non conuenit, ad quam altitudinem extolli ædificia, quæ facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris.

IN hac lege agitur de iure altius tollendi concesso à vicino, remisso iure altius non tollendi. Lex ait, eum cui hoc ius concessum est, in refectione ædium pristinam formam debere sequi: debet igitur reficere iisdem fundamentis, non firmioribus, debet eadem obseruata crassitudine parietes reficere. Nam si iaciat firmiora fundamenta, aut firmioris structuræ parietem facere velit, tunc facilius poterit altius tollere. Ne igitur grauiore seruitute oneret vicinum, qui eam pati debet, necesse est, vt pristinam formam obseruet. Et eius rei etiam argumentum est in *l seruitutes 20. §. si sublatum, inf. hoc tit. Antiquorum ædificiorum,* id est, antiqui ædificij, cuius tollendi ius à vicino concessum est. Sic enim hæc lex explicanda est, vt indicat *§. seq.* Cuius sententiam vt intelligamus, sciendum est vicinum, qui concedit seruitutem altius tollendi, aut altitudinem dicere, aut non, vt puta, vt liceat tollere ædes vsque ad decem pedes: Si altitudinem dixerit, non poterit vltra eam ædes erigere & extollere vicinus, *l. egi tecum 26. de except. rei iud.* Si altitudinem non dixerit, poterit in immensum ædes extollere, dum tamen vicinum non premat grauiore seruitu-

te

te, quam pati debet, *l. cuius ædificium 24. inf. hoc tit.* Quis vero definiet hoc, opprimeturne grauiore seruitute vicinus an non? in hac re adhibendus erit arbiter, qui definiet, quatenus æquum sit ædes extolli. *Vicinum tuum*] Cum tibi cederet ius altius tollendi.

Ad L. XII. Ædificia.

Ædificia, quæ seruitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridaria supra eam altitudinem habere possunt. At si de prospectu est, eaque obstatura sunt, non possunt.

CVm hac lege explicabitur *l. si arborem 17. inf.* Sententia legis hæc est: Eum qui debet seruitutem *altius non tollendi*, supra altitudinem ædium suarum viridaria ponere posse, aut conserere: nam viridaria ponere, non est altius tollere ædes. Ergo qui hoc facit, non facit contra seruitutem altius non tollendi. Diuersum est in seruitute, ne prospectui officiatur: Nam viridaria officiunt prospectui, *l. quoties 15. §. seruitutium, sup. tit. prox.* si legamus vt admonui. Idem dicendum est in seruitute ita simpliciter constituta, *ne luminibus officiatur*. Nam is, qui hanc seruitutem debet, non potest viridaria ponere in summa parte ædium, alioqui facit contra seruitutem. Nam viridaria etiam luminibus obstant. Ita accipienda lex *si arborem 17. in princ.* quæ loquitur de seruitute ne luminibus officiatur, vt apparet ex contextu. Ergo hoc colligamus, contra seruitutem hanc eum facere, qui arborem ponit, qui viridaria serit. Nunc quæritur in *d. l. si arborem*, an contra hanc seruitutem faciat is qui solem aufert, id est, eripit, quamuis nihil cœli eripiat, id est, luminis? Vtitur Iurisconsultus hac distinctione: Aut eo loco aufert solem, in quo Sol erat necessarius: aut eo loco, in quo non erat necessarius & gratus, & tunc non facit contra seruitutem. Quid autem fiet, si in eo loco Sol sit necessarius, & loci natura solem requirat? Lex ait, tunc eum facere contra hanc seruitutem. Cuiusmodi sint hæc loca explicat, & ait, est necessarius in heliocamino vel solario. Ego puto vtroque nomine idem significari. Est autem *solarium* locus ædificatus ad solem hyeme excipiendum. Solet autem ędificari in summa parte ędium, in quibus homines hyeme apricari solent: Ita solarium accipit Plaut. in Milite act. 2. sc. 3. Itaque in hoc loco *solarium* non est horologium, sed vt in d. Plauti loco, hic est heliocaminus. Deinde quæritur, an contra hanc seruitutem faciat is, qui suas ædes deponit aut deprimit? Et statim respondet, nihil eum facere contra seruitutem: nam depositis ædibus copiam luminis maiorem præbet. Quid tamen fiet, si lumen in ædes vicini deferebatur per repercussionem & refractionem? Ea tollitur depositis ędibus: Sic igitur is, qui ędes suas deponit, contra hanc seruitutem facit. Hęc repercussio, siue ἀντανάκλασις fit, cum in vallibus voces acceptæ reflectuntur. Sic interpretatur Suidas, qui ait, ἠχὼ nihil aliud est, quam vocis ἀντανάκλασις. Fit etiam repercussio, cum sol ab aqua reflectitur, vt quodam loco dixit Virgilius.

Ad L. XIII. Quidam Hiberus.

Quidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem. Non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicut ne parietem quidem suum per parietem communem. De tubulis eo amplius hoc iuris est, quod per eos flamma torretur paries. Qua de re volo cum Hibero loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit, nec Hiberum pro ea re dubitare puto, quod rem non permissam facit, tubulos secundum parietem communem extruendo.

IN hac l. agitur de pariete communi, & de his, quę fieri possunt secundum parietem communem à socio: neque enim quiduis ei facere licet. An potest facere balnea secundum parietem communem? Hoc definitur in *l. fistulam 19. inf. h. t.* Quemadmodum quis in suo aquam ponere potest, sic & balnea ędificare: Non potest tamen secundum

A parietem communem balnei tubulos admouere: nam per eos aduruntur vel exuruntur parietes. Tubuli sunt per quos in balneo vis flammę & vaporis communi consensu exit, atque ita apparet per eos exuri parietem. Quidam eos vocant alueolos, vt Vitruuius. Socius etiam non potest habere furnum secundum parietem communem, *l. si seruus 27. §. si furnum, ad legem Aquil.* Prҫterea ostenditur initio huius legis, socium non posse proprium parietem habere per communem parietem. Sic enim legitur in D. Flor. id est, vicinus non potest communi parieti parietem proprium inserere, & iniungere: Nam ita aliquid facit in re communi contra quam sibi liceat. Socius tamen potest communi parieti adiungere parietem directū, id est, qui sublato pariete communi stare possit. inserere quidem & im-

B mittere non potest, tamen directum habere potest, argumento *d. l. fistulam §. iuxta.* Hoc etiam M. Tullius tradit in Top. in loco, ab efficientibus causis: solido parieti contrarius est fornicatus paries. *Habet.*] id est, habitat, vt quodam in loco Plautus.

Ad §. Parietem communem.

Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam, sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi. Cæterum si demolitus sit vicinus, & ex stipulatu actione damni infecti agatur, non pluris, quam vulgaria tectoria, æstimari debent. Quod obseruari & in incrustatione oportet.

QVæstio huius §. hęc est: an possit vicinus parietem

C communem intrinsecus in suo incrustare & tentorio inducere, vel exornare picturis? Lex ait, posse. Hoc enim vicino non est inuidendum, licet aliquid faciat in re communi. Sequitur locus difficilior, an si vicinus demoliatur parietem communem, reficiendi animo, debeat alteri vicino cauere damni infecti, id est, se damnum, quod ex ea demolitione contigerit, prҫstaturum? Et verius est, hanc cautionem ab eo prҫstari debere, *l. nam si 37. & l. in hanc stipulationem 28 §. 1. de damn. inf.* Id etiam ostendit Cic. in Top. in locis ab efficientibus. Finge: Inter te & me paries est communis, tu ad parietem communem in tuo adiungis parietem fornicatum, id est, qui in arcum ędificatus & suspensus manet: Et ea ędificia, quę arcuatim ædificata sunt, suspendi dicuntur: Vix autem suspenduntur recte, nisi alteri

D parieti adiungantur. Ego vero cum vellem demoliri parietem communem & reficere, tibi promisi damni infecti cauere: deinde demolitus sum parietem communem, & fornix tuus decidit: an eo nomine teneor damni infecti ex stipulatione? Recte respondet, ex iure ciuili me non teneri, quia id non contigit ex demolitione parietis communis, sed ex vitio fornicis, qui non potuit probe suspendi iuxta alium parietem. Quęstionis est, quando committatur in hac specie stipulatio damni infecti? Nempe si tollatur a vicino paries idoneus & restituatur paries sumptuosior, aut paries parum idoneus vel bonus. Hoc explicatur in *d. l. nam si.* Hęc stipulatio etiam committitur propter incrustationes & picturas, quas vicinus amisit demolito pariete communi. Nam habebitur ratio eorum, quę vicinus impenderat in exornando vetere pariete. Rursus quęritur, quanti

E ęstimentur picturę: non ęstimabuntur tanti, quanti factę sint aut constent. Quid enim, si pretiosissimę fuerint picturę siue crustæ? Non pluris æstimabuntur, quam vulgaria tectoria, vt in hoc §. *Vulgaria tectoria* sunt ea quibus ciues vulgo vtuntur & frequentius, qualia sunt, quæ fiunt ex calce & arena, vel ex gipso.

Ad l. XIV. Imperatores.

Imperatores Antoninus & Verus Augusti rescripserunt, in area, quæ nulli seruitutem debet, posse dominū vel alium voluntate eius ædificare, intermisso legitimo spatio a vicina insula.

EXplicata est hæc lex, quæ sumpta est ex lib. 1. Constit. Papirij Iusti ad *l. 4. sup.*

Ad L. XV. Inter seruitutes, & L. XVI. Lumen.

L. 15. Inter seruitutes ne luminibus officiatur, & ne prospectus offendatur, aliud & aliud obseruatur, quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum & liberum: in luminibus autem non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si seruitus debeatur. Opusque ei nouum nuntiari potest, si modo sic faciat, vt lumini noceat.

L. 16. Lumen, id est, vt cœlum videretur. Et interest inter lumen & prospectum: Nam prospectus etiam ex inferioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest.

IN hac *l.* 15. ostenditur, quæ sit differentia inter seruitutem, ne prospectui officiatur, & ne luminibus officiatur. Et eo etiam pertinet lex *seq.* quæ simul explicabitur. Hæc autem ostendit seruitutem, *ne prospectui officiatur*, eo pertinere, vt liceat prospicere vicino aut maria, aut nemora, aut montes, aut publica ædificia. Seruitus autem, *ne luminibus officiatur*, eo pertinet, vt liceat cœlum aspicere. Lumina mutat is, qui cuicunque cœli particulæ officit, & luminibus officit. id ex Lucio Furio tradit Tullius *lib. 1. de Oratore*. Igitur contra seruitutem ne luminibus officiatur facit is qui impedit aspectum cœli aliqua ex parte: & prohiberi potest ne quid faciat, quo cœlo officiatur. Hoc etiam additur, posse ei nouum opus nuntiari. Et hoc est generale, vt noui operis nuntiatio ei competat, qui seruitutem habet aduersus vicinum aliquid facientem contra seruitutem, vt dictum est in *l. 2. sup. l. lumen 16. h. tit.* in *l. ei qui pignori 16. sup. tit. prox.*

Ad §. Hæc lex. Legis XVII. Si arborem.

L. 17. Si arborem ponat, vt lumini officiat, æque dicendum erit contra impositam seruitutem eum facere: Nam et arbor efficit quo minus cœlum videri possit. Si tamen id quod ponitur, lumen quidem nihil impediat, solem autem auferat, siquidem eo loci, quo gratum erat, eum non esse, potest dici, nihil contra seruitutem facere. Sin vero Heliocamino vel solario, dicendum erit, quia vmbram facit in loco, cui Sol fuit necessarius, contra seruitutem impositam fieri.

§. 1. Per contrarium si deponat ædificiũ vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam cœpit solis esse plenus, non facit contra seruitutẽ. Hanc enim debuit, ne luminibus officiat. Nunc non luminibus officit, sed plus æquo lumen facit.

§. 2. Interdum dici potest, eum quoque, qui tollit ædificium vel deprimit, luminibus officere, si forte κατ᾽ ἀντανάκλασιν, id est, per refractionem seu repercussionem, vel pressura quadam lumen in eas ædes deuoluatur.

§. 3. Hæc lex traditionis, stillicidia vti nunc sunt, ita sint, *hoc significat impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum, non illud, vt etiam emptor stillicidia suscipiat ædificiorum vicinorum. Hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum seruitutem deberi, se autem nulli debere.*

§. 4. Quæ de stillicidio scripta sunt, etiam in seruitutibus cæteris accipienda sunt, si in contrarium nihil nominatim actum est.

VT intelligatur hic §. sciendum est, hoc receptum esse, vt pactio obscura vel ambigua venditori noceat, vel locatori, in quorum fuit potestate, eam dicere apertius, & conscribere. Pacta semper venditor dicit, quamuis fiant ex vtriusque consensu, *l. Labeo, inf. de contr. empt.* vbi ait Labeo obscurum pactum nocere venditori. Non nocet emptori aut conductori huiusmodi ambiguitas, sed nocet ei, qui pacta dicit, qualis est venditor, qui semper legem rei suæ dicit, ea vero lex ab emptore approbatur. Si igitur pactum illud obscurum sit, fiet interpretatio aduersus venditorem. Hæc fuit Labeonis sentent. *d. l. Labeo l. in con-*

A *trahenda 172 de reg. iur. l. veteribus 39. de pact.* Vbi veteribus, id est, Labeoni, qui numeratur inter veteres Iurisconsult. vt & Brutus & Manilius, & similes. Sed hoc necesse est exemplis planum facere. Primum erit ex *l. si in emptione 34. de contrah. emp.* Alterum ex hoc §. Species *d. l. 34.* hæc est. Quidam vendidit fundum, in venditione fundi dixit, *fundo Stichum accessurum*: plures habet seruos huius nominis. Non intelligitur quem accedere voluerit, quis videbitur accessisse? Lex, priusquam respondeat, ait, fundi venditionem valere, quia non dissenserunt in fundo & re principali: si dissensissent, non valeret, *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Cæterum quæritur, quis Stichus debeatur? Labeo ait, eum deberi, de quo venditor sensit. Imo Labeo hoc non dicit, sed ait, contra vendi-
B torem faciendam esse interpretationem: ideo is debetur, qui placebit emptori, non venditori. Sed ibi pro *venditor*, legendum est *emptor*. Ea nomina, quæ affinia sunt, sæpe commutantur, vt tutor, curator. Sic autem legendum esse, in eo loco apparet non tantum ex sentent. Labeonis, sed etiam ex seqq. cum ait: *Pleraque emimus propter accessionem*, non dicit vendimus. Præterea, eum præstandum, de quo emptor sensit, lex, quæ præcedit, indicat, in qua fit interpretatio pro emptore. Secundum exemplum sumitur ex h. §. & ex *l. cum in lege, inf. de contrah. emp.* Species hæc est: Quidam vendidit fundum, deinde in lege dixit, *stillicidia vti nunc sunt, ita sint*: Hæc autem oratio est ambigua & obscura; nam incertum est quid senserit, & duplicem sensum habet hæc oratio: & incertum est, an dixerit hoc, ædes seruitutem debere stillicidiorum, an vero
C hoc dixerit, ædibus deberi seruitutem stillicidiorum. In ambiguo fiet interpretatio contra venditorem. Sic igitur hanc orationẽ accipiemus: Stillicidiorũ seruitutem ædibus deberi, non eas debere. Ergo venditor eas liberas præstare debet, & eis præstare seruitutẽ stillicidiorũ, vt in hoc §. *hæc lex. Hæc lex traditionis.* quæ scil. dicta est in traditione ædium venditarũ. Huic §. opponitur *l. quidquid 10. commun. præd.* Venditor in hac specie ita legem dixit: *Quibus seruitus debetur, vtique est* (id est, vti est,) *vt ita sit.* Idem in *l. qui libertatis 69. §. pen. de euict.* quæ sic etiam loquitur. *L. quidquid* ait, venditorem his verbis non excipere seruitutem: quia res sua sibi non seruiebat, sed seruitutem excipere vicinis. Ergo non præstabit ædes liberas. At hic §. ait, præstandas esse ædes liberas? Sed constituenda est dif-
D ferentia inter has duas formulas. Diuersę enim sunt, non contrariæ. Hæc formula: *Vti nunc sunt, vt ita sint,* est ambigua: Ideo id accipimus, quod venditori nocet, nempe stillicidia deberi ædibus, & ædes esse liberas. At in alia formula: *Quibus seruitus debetur, vtique est, vt ita sit,* aperta est, nec est ambigua & obscura: nam aperte dicit, seruitutem quibusdam deberi. Restat hoc tantum, quid dicendum sit de hac formula: *Vendo tibi fundum ita, vti optimus maximusque est.* Quid his verbis significatur? An ambigua est hæc oratio? Fuit de hac re aliquando dubitatum inter prudentes. Plerisque videbatur ambigua oratio. Cæterum obtinuit sententia Q. Mutij, qui sic hæc verba interpretatur: Fundum esse liberum, & non seruire: Alioqui fieret interpretatio aduersus emptorem, *l. cum venderet, 59. de contr. empt. l. pen. de euict.* In quibus locis citatur
E Mutius. Quo etiam pertinet *l. non tantum 69. l. qui vti optima 90. de verb. signif.* Siculus Flaccus de constituendis limitibus agrorum, in contrarium scripsit, nempe his verbis: fundum seruitutes debere. Id quidem auctor hic scripsit, quia ius erat controuersum. Probant tamen Iurisconsulti Q. Mutij sententiam, quam etiam sequi debemus.

Ad L. XVIII. Si fistulæ.

Si fistulæ, per quas aquam ducas, ædibus meis applicatæ damnum mihi dent, in factum actio mihi competit: sed & damni infecti stipulari à te potero.

HOc in loco proprie *fistulæ* applicari dicuntur, quoniam fistulæ sunt plumbeæ, & ideo applicari dicun-

tur. Moris autem erat, aquam ducere per fistulas plumbeas, non fictiles, *l. si prius 17. §. 1. de aq. & aq. plu. arc.* Nunc vt intelligatur quæstio huius *l.* sciendum est, legibus proditas esse actiones, non tantum de damno facto, sed etiam infecto, id est, non tantum de præterito, sed etiam de futuro. De damno infecto, siue futuro est actio aquę pluuię arcendæ, qua agimus, vt arceatur aqua pluuia, quæ nocere potest, non quæ nocet. Hæc actio est ex 12. tabulis. Eam vero actionem esse de damno futuro, ostendit *l. Atteius ait 14. §. in hoc, de aq. & aq. plu. arc.* Est etiam de damno futuro proposita cautio damni infecti, quæ instar actionis obtinet, *l. prætor 7. §. hoc edictum, de dam. infec.* Hæc cautio habetur instar actionis, quinimo omnes stipulationes cautionales prætorię instar actionum obtinent, *l. 1. §. cautionales, de prætor. stipul. l. si ambo 10. §. vlt. de compens. l. non solum 20. rem rat. hab.* Cur autem habent instar actionum? quia scil. à prætore postulantur actionum loco. hoc indicat *l. sed & hæ §. non solum, de procurat.* Et qui postulat has cautiones, agere dicitur. Plin. *lib. 36. c. 7. Satisdari sibi damni infecti egit redemptor cloacarum:* ideo cautionem exiger, eest agere. Est ergo hæc cautio siue actio de damno futuro. Cęterę autem actiones pertinent ad damna præterita sarcienda, vt in actione l. Aquilię, & aliis, in quibus de damno quęritur. Et de hac nunc dicendum est, quia hęc pertinet ad legem nostram. Notandum est, directam esse actionem legis Aquilię, & vtilem, quę vocatur actio in factum ciuilis, quoniam introducta est ad exemplum l. Aquilię. Est etiam actio in factum prętoria, quę subsidio est legi Aquilię. Datur enim, cum cętere deficiunt, *§. vlt. Instit. de l. Aquil. Directa* competit, si corpus corpori damnum dederit, vt si quis sua manu seruum aut pecudem interfecerit. *Vtilis* autem competit, si corpus causam damni corpori illati prębuerit, non etiam damnum intulerit, vt si quis seruum alienum ita incluserit, vt fame necaretur. is eum non interficit sua manu, sed prębet ei causam mortis. Hic autem casus est similis superiori: nam vtiles actiones dantur in casu simili. Prętoria in factum actio competit damni facti nomine, id est, si neque corpore neque corpori damnum datum sit, sed aliquo modo alteri nocitum sit, vt si quis seruum alienum vinctum compedibus misericordia ductus soluerit, & is postea fugerit: ea res damnosa est domino, fuga serui domino nocet: at hoc facto corpus lęsum non est, nec corpus damnum dedit, propterea non competit neque directa, neque vtilis actio, sed dabitur subsidiaria in factum prętoria, in qua de hoc damno resarciendo agetur. Cur non datur actio vtilis? quia in casu à lege dissimili, non datur actio vtilis, *l. si mensor 3. si mens. fals. mod. dix.* Nunc proponamus legis nostrę speciem, vt sciamus, quę ex his tribus actionibus locum habeat. Species hęc est: Tu mihi concessisti ius ducendę aquę per ędes tuas, ego fistulas aquę ducendę gratia tuis ædibus applicaui. id iure feci. Si hæ fistulæ tibi dent damnum aut tuis ædib. vt puta, si ex eis madescat paries tuus, aut fundamenta labefiant, lex ait competere actionem in factum. actio in factum ciuilis, id est, vtilis Aquil. quia damnum datum est ædibus, non quidem à corpore, sed causa præstita applicatis fistulis. Hæc actio vtilis legis Aquiliæ vocatur in factum in *l. qua actione 7. §. Celsus, l. item Mela 11. §. 1. l. si quis fumo 50. l. si seruus seruum 27. §. si furnum, ad leg. Aquil.* Nunc videamus verba legis nostræ. *Ædibus meis*] seruientibus. *Sed & damni infecti stipulari à te potero.* Adiicit lex, non tantum agi vtili Aquilia, seu in factum, sed posse etiam exigi cautionem damni infecti. In factum agitur de damno præterito: hæc cautio exigitur de damno futuro, *l. si seruus seruum 27. §. si furnum, ad leg. Aquil.* Præterea potest agi vtili Aquil. de damno præterito, & de damno, quod futurum est post sententiam exigi cautio damni infecti. Atque ita locus erit actioni in factum, & cautioni damni infecti, *l. Atteius ait 14. §. pen. de aq. & aq. plu. arcen.*

A

Ad L. XIX. Fistulam.

Fistulam iunctam parieti communi, quæ aut ex castello, aut ex cœlo aquam capit, non iure haberi, Proculus ait. Sed non posse prohiberi vicinum, quo minus balneum habeat secundum parietem communem, quamuis humorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo, vel in cubiculo aquam effunderet. Sed Neratius ait, si talis sit vsus tepidarij, vt assiduum humorem habeat, & id noceat vicino, posse prohiberi eum.

§. 1. Iuxta communem parietem cameram ex figlino opere factam, si ita retineatur, vt etiam sublato pariete maneat, si modo non impediat refectionem communis parietis, iure haberi licet. B

§. 2. Scalas posse me ad parietem communem habere, Sabinus recte scribit: quia remoueri hæc possunt.

IN hac *l.* tractatur *de pariete communi*, & de iis, quæ vicinus facere potest in communi pariete. Illud in primis notandum est, vicinum suo iure in parietem communem tigna vel trabes immittere posse inuito vicino, quia eius rei gratia paries communis factus est & ædificatus, *l. si is, qui duas 4. de seruit. leg. l. cum duobus 52. §. item Mela, pro soc.* Nunc quæritur, an possit vicinus parieti communi fistulas iungere & applicare, quæ capiant aquam ex cœlo, vel ex castello, id est, receptaculo aquarum manantium à fonte? In castello aqua retinetur, deinde diuiditur per partes.
C Lex ait, non posse, ne humore madeat paries, atque ita paulatim corruat. vicinus tamen potest balnea exstruere secundum parietem communem, quamuis ex ea re madeat paries. quia qui balnea exstruit, nihil iniicit in parietem communem: at qui applicat fistulas, iniicit. si tamen balneum, aut cella quædam balnei assiduum humorem habeat, prohiberi potest. Et hoc est quod ait: *Sed Neratius, &c.* quod vt intelligatur, sciendum est, balnei quatuor esse cellas, id est, domicilia: Est tepidarium (lauacrum tepidæ aquæ) est frigidarium, caldarium & sudarium. Hoc explicat Vitruuius lib. 1. *cap.* 10. & Galenus lib. 1. *Method.* Deinde quæritur, an iuxta parietem communem liceat cameram facere, & opus concameratum? Camera est opus incuruum & arcuatum. Tres autem sunt species cameræ, est fornix, est testudo, est hemisphærium: nec vlla est ratio
D concamerandi alia. *Fornix*, est ædificatum in arcum: *Hemisphærium*, est orbiculatum. *Testudo* constat ex duobus arcubus in crucem se secantibus in centro. Ea omnia Vitruuius explicat lib. 5. differens de ratione concamerandi. Non licet parieti communi opus concameratum iniungere, inserere: nam hoc est facere aliquid in re communi: diuersum est, si suspendatur camera, vt se ipsam sustinere possit, etiam sublato pariete communi, & non impediat refectionem parietis communis. Qui refectionem parietis communis impedit, & vsum impedit, & hoc est, quod sequitur in hac *l. §. iuxta.* Cur dixit, cameram ex figlino opere factam haberi posse, quia vix fieri potest camera ex structura, quin attingatur & diruatur paries communis. Ergo ex structura cameram habere non licet. At si fuerint in ædibus contignationes, eis subiici potest figlinum opus,
E illæso pariete communi: potest figlino opere camera constitui. Quemadmodum figlino opere construantur ostendit Vitruuius lib. 5. *cap.* 10. Postremo quæritur, an liceat habere scalas iuxta parietem communem? Lex ait licere: Quia exemptiles sunt, & non iniiciuntur parieti communi, nec ei cohærent, & remoueri possunt.

Ad L. XX. Seruitutes.

Seruitutes, quæ in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex ædibus meis in ædes tuas tignum immissum habuero, hoc vt immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eueniet & si menianum in tuum immissum habuero, aut stillicidiũ in tuum proi[illegible]cero.

EX principio huius legis colligitur, *seruitutes urbanorum prædiorum possessione retineri.* Id sic accipiendum est, ut id non fiat ex natura seruitutum, sed per causam eorum, quæ iure seruitutis immissa proiectave sunt: ut per causam tigni, possideo ius tigni immittendi: & ideo olim hæ seruitutes usucapi poterant ante legem Scriboniam, *l. sequitur 4. §. ult. de usucap.* Diuersa est causa seruitutum rusticarum: quia hæ usu retinentur, id est, quasi possessione: usus enim earum est quasi possessio. Seruitutes urbanæ retinentur possessione, & facto aliquo perpetuo & habendi consuetudine, rusticæ verò utendi consuetudine. Illa habendi consuetudo est continua: utendi consuetudo non est continua. Neque n. semper facere possum.

Ad §. 1. Si domo.

Si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, vel gradus, vel cliuos propius ianuam meam iure facere possum: dum ne quid ultra quam quod necesse est, itineris causa demoliar.

QVæ ad hunc §. pertinent, exposui in *l. 10. sup. de seruit.* Sententia eius est hęc: Eum, qui iter habet per aream vel prædium vicini in prædio vicini gradus vel cliuos facere posse, itineris habendi causa. Hoc tunc autem necesse est fieri cum prædium vicini est altius nostro. Lex ait, *gradus vel cliuos,* quib. verbis comprehendit omne scalarum genus: Scalæ enim constant gradibus aut cliuis.

Ad §. 2. Si sublatum.

Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit: ut eadem specie & qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur: Nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur. Et ideo sublato ædificio, ususfructus interit: quamuis area pars est ædificij.

AB hoc §. usque ad finem, tractatur de seruitute stillicidij immittendi vel deducendi. Initio quæritur, *an mutatione ædificij seruientis seruitus exstinguatur?* Ut si ædificium seruiens corruat, vel pereat incendio, aut terræmotu, an restituto eo ędificio etiam restituatur eadem seruitus, ut stillicidij, vel alia? Ipso iure non restituitur seruitus: nam sublatis ędibus seruis exstincta est seruitus, restitutis ædibus non potest restitui seruitus, quia ędes quæ restituuntur, non sunt eędem, sed sunt aliæ ab his, quibus est imposita seruitus, etiamsi restituantur eadem qualitate. Ideo opus est noua cessione, id est, ut imponatur noua seruitus. Hoc ita procedit summo iure. Sed utilitatis causa receptum est, restituto ædificio utilem vindicationem seruitutis dari, *l. si testamento 31. hoc tit.* Ergo directa vindicatio competit ratione ædificij cui est initio imposita seruitus, quamdiu id ædificium manet. utilis vero competit, ratione ædificij, quod restituitur, & reponitur: quia idem esse ędificium censetur propter utilitatem. Quid fiet, si ædes dominantes corruant, aut incendio pereant? his restitutis seruitus restituetur. Et hoc ostendit §. *hic.* Diuersum est in usufructu: Nam ususfructus exstinguitur ædificij mutatione, ac ne areę quidem aut soli ususfructus debetur sublato ædificio. *l. repeti 5. §. rei mutatione, quib. mod. ususfruct. amit.* Id etiam ostendit §. *ult. Instit. de usufr.* Sed videndum est, quę sit ratio diuersitatis. In usufructu strictum ius sequimur, quoniam agitur de omnibus fructibus lucrandis. at in seruitutibus spectamus non tam ius, quam utilitatem rerum. Utilitas autem rerum exigit, ut vicinus hæc iura aliis tribuat, id vicina prædia exigunt: Et quoniam magis necessaria sunt iura, in his sequimur utilitatem. Contra id, quod dixi, usumfructum exstingui sublato ædificio, potest quis ita argumentari: Ususfructus totius soli retinetur, quamdiu quęlibet portio ædium manet, *l. si cui insula 53. de usufr.* At collapso ædificio manet area, quæ pars ædium, & ea quidem maxima, *l. cum qui 13. de usucap. l. qui res 98. §. aream, de solution.* ergo ususfructus manet, quia est pars quædam. Hæc argumentario est captiosa, propterea distinguendum est & dicendum: Ædium usumfructum manere aut retineri, quandiu quælibet portio superficiei manet: quia tunc ædes saluæ sunt aliqua ex parte. superficie autem in totum sublata, ususfructus non retinetur. Cur ita? Quia saluæ non sunt ædes: Id enim non est saluum, cuius pars integralis desideratur: at desideratur superficies: ergo. Si sublata sit superficies, quamuis maneat area, ædes tamen dici non possunt: Ideo exstinguitur ususfructus, nec restituitur. *Utilitas exigit.*] Hinc colligimus, utilem actionem dari, ut in *l. si testamento 31. hoc tit.* Utiles dicuntur actiones, quæ dantur contra ius directum, *l. si longius 18. §. si filiusfamil. & §. ult. de iudic. l. quia actionum 11. de præscr. verb.* Utilitas autem hîc nihil aliud est, quam æquitas, & ratio naturalis. Ideo hoc in loco utilitas opponitur strictiori interpretationi, ut in §. *recte, Instit. mand.* opponitur directo iuri.

Ad §. 3. Si seruitus.

Si seruitus stillicidij imposita sit, non licet domino seruientis area ibi ædificare, ubi cassitare cœpisset stillicidium.

EX hoc versiculo colligendum est, eum qui debet stillicidium recipere, non posse ædificare in eo loco in quem stillicidium cadit: nam facit contra seruitutem si ædificat.

Ad §. 4. Si antea.

4. §. Si antea ex tegula stillicidium, postea ex tabulato, vel ex alia materia cassitare non potest.

5. §. Stillicidium quoquo modo acquisitum sit, altius tolli potest. Leuior enim fit eo facto seruitus, cum quod ex alto cadet, lenius & interdum direptum, nec perueniat ad locum seruientem: inferius demitti non potest: quia fit grauior seruitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa retroduci, potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere. produci non potest: ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita seruitus est. Lenius facere poterimus, acrius non. Et omnino sciendum est, meliorem vicini conditionē fieri posse, deteriorem non posse: nisi aliquid nominatim seruitute imponenda immutatū fuerit.

IN hoc §. proponitur, stillicidium ab eo, qui seruitutem hanc habet, ab eo, cui debetur hæc seruitus, lenius fieri posse non grauius aut acrius. Huius sententiæ varia proponuntur exempla. In hoc §. unum est, si stillicidium cassitare cœpit ex tegulis, non potest postea cassitare ex tabulato, vel alia materia. Cur ita? quia stillicidium, quod cadit ex tegulis coarctatur & fit angustius: nam tegulæ sunt, quę ductę sunt in modum canalis. Stillicidium igitur, quod ex tegulis cadit, angustius fit: at quod cadit ex tabulato, vel alia materia, diffunditur, & plura loca occupat. Alterum exemplum est: stillicidium potest altius tolli, ædibus sublatis altius, quia eo modo lenior fit seruitus stillicidij recipiendi, quia extenuatur stillicidium, quo altius cadit: veluti cera attenuatur, quo longius ducitur, fit exilior: sic & stillicidium fit exilius. Denique stillicidium, quod ex alto cadit, interdum vento diripitur, neque recta cadit in locum seruientē. Et ideo, qui seruitutem altius tollit, leuiorem facit. Quæritur, an stillicidium deprimi possit, depressis scilicet ędib. dominantibus? Minime. quia eo pacto fit acrius. Tunc enim omnis aqua influit in locum seruientem, atque ita depresso stillicidio acrior fit seruitus. Tertium exemplum & ultimū hoc est, stillicidium produci non posse, productis scilicet ędibus & prolatis. Ideo autem produci non potest, ne alio loco cadat, quam imposita est seruitus. Potest tamen retroduci, quia tunc propius incipit cadere in nostro, & recedimus ab alieno. Denique stillicidium fieri potest lenius, non grauius. Et huc pertinet *l. cuius 24. hoc tit.*

Ad §. vlt.

Qui in area, in qua stillicidium cadit, ædificat, vsque ad eum locum perducere ædificium potest, vnde stillicidium cadit recte. Sed & si in ædificio cadit stillicidium, supra ædificare ei conceditur, dum tamen stillicidium recte recipiatur.

VT intelligatur hic §. constituendum est stillicidium cadere iure seruitutis, aut in aream vicini, aut in tectum. Si in aream, non potest vicinus ædificare in eo loco, in quem stillicidium cadit, ne seruitutem impediat: vt *sup. in §. si seruitus.* potest tamen vsque ad eum locum ædificare, ex quo stillicidium cadit. Quid autem si stillicidium cadat in vicini ædificium? Non potest hoc casu vicinus ædificium altius tollere, nisi recte stillicidium recipiatur. Ergo ita tollere potest, vt semper recte recipiat stillicidium. Quid est, *recte recipere?* Respicit ad formam stipulationis seruitutis, quæ ita fiebat: Stillicidium recte recipere promittis, *l. si mihi 20. de seruit. rust. præd.* Ergo is, qui in suum prædium debet stillicidium recipere, non aliter potest ædificare. Idem traditur in l. prox. seq.

Ad L. XXI. Si domus.

L. 21. Si domus tua ædificiis meis vtramque seruitutem deberet, ne altius tolleretur, & vt stillicidium ædificiorum meorum recipere deberet; & tibi concessero, ius esse, inuito me altius tollere ædificia tua: quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, vt si altius sublatis ædificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius ædificare tibi non liceat: si non impediantur stillicidia media, licet tibi altius tollere.

TV mihi concessisti ius altius non tollendi, & ius stillicidij recipiendi: ego deinde tibi concessi ius altius tollendi, remissa seruitute altius non tollendi: An videtur remissa etiam seruitus stillicidij recipiendi? Minime. Sed tamen quia non est remissa hæc seruitus, ita debes altius tollere, vt semper stillicidium recte recipias.

Ad L. XXII. Qui ædificium.

Qui ædificium habet, potest seruitutem vicino imponere; vt non solum de his luminibus quæ in præsentia erunt, sed etiam de his, quæ postea fuerint, caueat.

IN hac lege tractatur de seruitute ne luminibus officiatur. De ea etiam tractatur *l. prox. seq.* Sententia hæc est: seruitutem ne luminibus officiatur, ita imponi vicino posse; ne futuris luminibus & fenestris officiatur. Ideo caueri potest de præsentibus & futuris luminibus: atque ita futura lumina cedi possunt, vt & futuræ aquæ seruitus constitui & cedi potest, *l. Labeo ait 10. de seru. rust. præd. l. vlt. si seru. vind.*

Ad L. XXIII. Si seruitus.

Si seruitus imposita fuerit, lumina, quæ nunc sunt, vt ita sint. *de futuris luminibus nihil caueri videtur: quod si ita sit cautum,* ne luminibus officiatur, *ambigua est scriptura, vtrum ne his luminibus officiatur, quæ nunc sunt, an etiam his, quæ postea quoque fuerint. Et humanius est verbo generali omne lumen significari, siue quod in præsenti, siue quod post tempus conuentionis contigerit.*

QVæritur heic, si ita hæc seruitus constituatur: *Lumina vti nunc sunt, vt ita sint,* an videatur actum de futuris luminibus, & fenestris, vel postea additis, vel loco motis? Lex ait, hanc orationem non trahi ad futura lumina: Nam articulus, *nunc,* præsentis temporis significationem habet. Accurs. huic sententiæ putat obstare leg. *eum debere 35.* Digest.

A *hoc tit.* In ea lege ita fuit imposita seruitus oneris ferendi: *paries oneri ferundo vti nunc est, vt ita sit.* Lex ait his verbis id significari, in perpetuum & in futurum parietem esse debere, qui ferat onera. Sed nihil pugnat: nam quod in ea l. dicitur de seruitute oneris ferendi, seruatur etiam in seruitute luminum: si enim ita constituatur, lumina in perpetuum haberi possunt: sed tamen hæc cessio non trahitur ad lumina, quæ postea adduntur, vel loco mouentur, sed ad præsentia quæ in perpetuum habebuntur. Nunc quæritur, quid iuris sit si generaliter ita cedatur seruitus, *ne luminibus officiatur:* si nihil diserte dictum sit de luminibus futuris? Hæc oratio est ambigua, & incertum est, an actum sit de luminibus præsentibus, an futuris. Lex tamen ait benignius esse, vt omnia lumina excipiantur, id est, præsentia
B & futura.

Ad §. Futuro quoque.

Futuro quoque ædificio, quod nondum est, vel acquiri, vel imponi seruitus potest.

BEne ait: *Futuro quoque:* quasi dicat cum futura lumina concedi possint, futuro etiam ædificio seruitus imponi potest. Et hoc etiam traditur in *l. Labeo ait 10. de seruit. rust. præd.* Atque ita fit, vt seruitutem is promittere possit, qui prædium nondum habet, habiturus tamen est: vt ei etiam, qui prædium non habet, habiturus tamen est, recte promittitur seruitus, *l. heredes 25. §. an ea stipulatio, famil. ercisc l. existimo 98. de verbor. obligat. l. etiam ea*
C *17. de leg. 3.* cui addenda est negatio. Sententia eius legis est: etiam futura corpora legari posse, vt partus ancillæ nondum enixæ. Hac de re tamen olim fuit dubitatum, & non legabantur nisi per damnationem, Gaius *lib. 2. Instit. de legat.* Hodie futura omni modo legari possunt ex Constitutione Iustiniani, qui sustulit legatorum differentias. Sequitur deinde: *seruitus quoque seruo prædium habenti recte legatur.* Quis vero hac de re dubitat? Propterea addenda est negatio, vt sensus sit: futura corpora non tantum recte legari, sed etiam futuram seruitutem, vt puta ei, qui prædium non habet.

Ad L. XXIV. Cuius.

D *Cuius ædificium iure superius est, eius est in infinito supra suum ædificium imponere: dum inferiora ædificia non grauiore seruitute oneret, quam pati debent.*

IN hac lege tractatur de iure altius tollendi, quod ceditur ei, qui depressas ædes habere cogitur, alioqui vnicuique competit: vt puta ego vicino cessi, ius ei esse altius tollere, de modo altitudinis nihil dixi, sed indefinite. an poterit ædes iure seruitutis in immensum extollere? Iure suo posset. at quia ius hoc ei concessum est, ita poterit extollere vt non opprimatur grauiore seruitute quam pati debeat, *l. seruitutes 20. §. stillicidium, sup. hoc tit.*

Ad L. XXV. Hoc quod dictum.

E *Hoc quod dictum est de immissis, locum habet ex ædificio alio in aliud: aliter enim supra alienum ædificium superius habere nemo potest.*

INitio huius legis tractatur de immissis. *Immittendi* verbum generale est: nam immitti dicitur stillicidium, item lumina, item menianum, quod proprie tamen proiici dicitur: Specialiter tamen immissa sunt tigna & trabes, quæ ex alio ædificio in aliud immittuntur vt requiescant. Quæstionis est, an supra ædificium vicini liceat superius ædificium immissum habere iure seruitutis, vt puta cœnaculum immissum habere? Lex ait, non posse: Hoc enim non est immittere ex alio in aliud, sed est superædificare. Ergo seruitus immittendi ita non constituitur, hoc iure seruitus

non constituitur vt liceat supra alienum ædificium ædificare: Nam iure naturali superposita cedunt inferioribus: si superædificauero, id statim cedit domino inferiori, vt superficies cedit solo, *l. pen. commun. præd.* Quæritur in hac lege, de re pene simili, an videlicet iure seruitutis possum ducere maceriem in alio prædio? Ait, me non posse. Quia statim acquiritur domino prædij. id etiam ostendit *l. inferiorem, C. de rei vind. l. si supra 28. de acquir. rer. domin.*

Ad §. Si ex tribus ædibus.

Si ex tribus ædibus in loco impari positis ædes mediæ superioribus seruiant ædibus, inferiores autem nulli seruiant, & paries communis, qui sit inter ædes inferiores & medias, altius à domino inferiorum ædium sublatus sit: iure eum altius habiturum Sabinus ait.

Species hæc est: Tres sunt ædes impari loco ædificatæ: nam aliæ sunt in superiore loco, aliæ in inferiore, aliæ in medio. dominus mediarum ædium debet seruitutem altius non tollendi domino superiorum ædium. Ergo mediæ ædes seruiunt superioribus: inferiores nulli seruiunt. Fingamus inter inferiores ædes & medias esse parietem communem, siue intergerinum. Quæstionis est, an inferior vicinus possit inferiores ædes altius tollere, atque ita, an possit communem parietem altius tollere? Lex ait posse: Nam medius vicinus suas ædes obligando non potuit communem parietem obligare, *l. vnus 2. sup. de seruitut.* Sed an recte tollatur à medio vicino paries communis? Ille quidem communis paries non seruit, non poterit tamen ab eo altius tolli, propter vim pacti, *l. per fundum 11. de seruit. rust. præd.*

Ad L. XXVI. In re communi.

In re cõmuni nemo dominorum iure seruitutis neque facere quicquam inuito altero potest: neque prohibere quo minus alter faciat: nulli enim res sua seruit. Itaque propter immensas contentiones plerunque res ad diuisionem peruenit, sed per communi diuidundo actionem consequitur socius: quo minus opus fiat, aut, vt id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

Huic legi opponitur *l. Sabinus 28. comm. diuid. & l. an vnus 11. si seru. vind.* Nam hoc lex nostra ait, vnum ex sociis nihil posse facere inuito altero in re communi, quia in solidum dominus non est: Item, vnum ex sociis alterum non prohibere, quo minus faciat; vt heic *in princ.* Lex *Sabin.* ait, socio ius esse prohibendi. *Quoniam,* inquit lex, *in re pari melior est causa prohibentis.* Idem ait *d. l. vnus.* Sed hæ leges ita sunt conciliandæ, vt lex *parietem 8.* cum *l. si ædes 12. comm. diuid.* Sic ergo dicamus: Non potest socius socium prohibere per actionem confessoriam agendo sibi ius esse prohibendi. Et hoc est, quod ait lex, *sed ius mihi erit prohibendi per actionem communi diuidundo.* Non erit etiam mihi ius prohibendi per noui operis nuntiationem. Socius socio non nuntiat nouum opus *l. in prouinc. 3. §. 1. de noui oper. nunt.* Sed tamen prohiberi potest per actionem communi diuidundo. Sic accipi debent lex *Sabinus,* & lex *an vnus.*

Ad L. XXVII. Sed si inter me & te.

Sed si inter me & te communes sunt Titianæ ædes, & ex his aliquid non iure in alias ædes meas proprias immissum sit: nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis ædib. in communes meas & tuas ædes, quid similiter esset proiectum: mihi enim soli tecum est actio.

§. 1. Si in area communi ædificare velis, socius prohibendi ius habet, quamuis tu ædificandi ius habeas à vicino concessum: quia inuito socio in re communi non habeas ius ædificandi.

A Hæc lex pertinet etiam ad quæstionem legis proximæ *supr.* Quamobrem repetenda nobis est ea lex, *in re communi:* cuius hæc est sententia: Si meus socius aliquid faciat in communib. rebus, recte non ago, ius ei non esse ita facere. agam tamen recte comm. diuid. Et eadem ratione non possum ei nuntiare nouum opus. Hoc ita locum habet, vt dictum est, si quid socius faciat in ædibus communib. aliquid immittat in meas ædes proprias, an recte agam, ius ei non esse immittendi? & heic traditur, hoc casu mihi actionem hanc dari. id etiam ostendit *l. si cum meus 14. si seruit. vind.* Hoc autem ita procedit, si socius nullo iure aliquid immittat: Potest enim iure seruitutis ex communibus in meas immittere; meæ enim ædes communibus ædibus seruire possunt, atque eius rei varia sunt in iure
B exempla: & è conuerso, communes ædes meis ædibus seruire possunt, *l. si communi 17. de seru. rust. præd.* vt in principio huius legis. *Aut rem perdere*] his verbis significatur, aut libertatem ædium mearum amittere. Nam si ita non agam, communibus ædibus tempore acquiretur seruitus, atque ita libertatem mearum ædium amittam; sed licet tempore adquisita sit seruitus communibus ædibus, dici non potest adquisitam esse per vnum ex sociis: quia id non fit opera socij. Fiet igitur hoc ipso iure prætorio, & fit etiam quodammodo vtriusque voluntate: nam vnus immittit, alter non agit ius non esse immittendi. Deinde quæritur specie conuersa, quid iuris sit, si socius ex suis ædibus aliquid immittat in ædes communes, an licebit mihi communium ædium nomine agere, ius ei non esse immitendi? & constat, ait, cũ eo agi posse, ius non esse immittendi in ædes
C communes: ergo vtroque casu socio datur negatoria. Idem seruatur in actione aquę pluuiæ arcendæ. Nam vt hæc negatoria actio datur, sic datur actio aquæ pluuiæ arcendæ, si aqua ex fundo proprio noceat, vel nocere possit communi fundo. socius agere potest aquæ pluuiæ arcendæ, sic tamen, vt non totum præstetur, sed pars. Idem est, si ex communi fundo aqua nocere possit proprio socij fundo, *l. si tertius 6. §. inde quærit. de aq. & aq. plu. arc.* Idem non obseruatur in actione finium regundorum, vt si ego & tu habeamus communem fundum, & proprium fundum habeam proximum communi, quæritur an inter nos accipi possit iudicium finium regundorum? & constat non posse, *l. sed & loci 4. §. si communem fundum, fin. regund.* Nam inter nos non intelligimur esse confines, & nulli inter nos intelliguntur esse fines. Itaque in hac actione vnius perso-
D næ loco habemur, in aliis actionibus duarum personarum loco.

Ad §. Si in area.

Hinc notandum est: in area communi socium inuito altero ædificare non posse. Etiam addendum est, ædificantem prohiberi posse, per actionem videlicet communi diuidundo, non per confessoriam actionem.

Ad L. XXVIII. Foramen.

Foramen in imo pariete conclauis vel triclinij, quod esset proluendi pauimenti causa, id neque flumen esse, neque tem-
E *pore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cœlo aqua veniat: neque enim perpetuam causam habet quod manu fit. At quod ex cœlo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit: & ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem seruitutes prædiorum perpetuas causas habere debent: Et ideo neque ex lacu, neque en stagno concedi aquæductus potest. Stillicidij quoque immittendi naturalis & perpetua causa esse debet.*

Hic proprie tractatur de flumine & stillicidio, vt intelligamus videlicet, quid sit flumen, quid stillicidium; & cuius aquæ sit flumen, cuius stillicidium. Stillicidium cadit ex superiori loco, ex tecto, & stillatim cadit; Flumen autem fluit ex inferiori loco & imo. Et est flumen colle-

ctio aquarũ quę demissę in vnũ locum, inde fluunt in vicini domum. Species legis hęc est: ego habeo foramen in imo pariete. Et, *in imo p. concl.* legendum, id est, in inferiori parte conclauis aut triclinij mei. per id foramen ego eiicio in vicini ædes sordes, purgamenta & proluuiem. Pauimenta proluere est aqua adhibita abluere. Spongiis proluebant non scopis verrebant, vt in *l. quæsitum* 12. §. *item pertica, de instruc & instr. leg* Instrumenta sunt perticę, quibus araneæ deterguntur; & spongię, quibus pauimenta purgantur. Et Gręci etiam has sordes vocant ϖοδχίσματα. Hoc foramen autem ita habui longo tempore proluendi pauimenti. Constat seruitutes acquiri longo tempore, *l si quis diuturno 10. si seruit. vind.* An videor igitur mihi acquisiisse seruitutem? Videtur acquisita, & hęc seruitus esse flumen. Nam flumen est ex imo loco. foramen etiam est in imo pariete. Pręterea flumen est collectio & defluxus grauis aquarum. id etiam foramen excernit copiosam aquam, qua abluitur pauimentum: Ea igitur eiectio sordium, qua vsus sum longo tempore, videtur esse flumen, & ita acquisita seruitus fluminis. Respondet tamen Iurisc. non esse flumen, nec longo tempore acquisitam vllam seruitutem esse: & hanc eiectionem sordium non esse seruitutem prędij. Potest quidem hoc tribui personæ, vt eiiciat sordes per foramen. at hoc ius non videtur prædio adhærere, nec videtur ergo seruitus prædij. Quare non est seruitus hoc ius? Quia omnium seruitutum perpetuam causam esse oportet. Aqua autem illa & proluuies non cadit ex cœlo, sed manu immittitur. quod autem manu fit, non habet perpetuam causam: At quod ex cœlo cadit, perpetuam habet causam. Sed quo modo? quod ex cœlo cadit, non assidue cadit. Fateor, tamen eius causa est naturalis, & ideo perpetuo fluere intelligitur: Nam & hoc in vniuersum statuendum est: Causæ naturales sunt certæ, vt Solis & Lunæ defectiones: & intermissiones certæ sunt. at quod manu nostra fit, perpetuam causam non habet. Quid igitur est flumen? Est collectio aquę ex cœlo cadentis, quamuis ea assidue non cadat, & ea perpetua esse intelligitur. at collectio aquæ manu nostra facta non est flumen. *Tempore*) scilicet longo. Perpetuo fieri existimatur, & tunc est flumen, vocaturque seruitus fluminis. *Omnes autem*) An est necesse in seruitute, vt assidua sit seruitus & continua? Minime: Nam seruitutes pleræque prædiorum intermissionem habent, vt iter, actus, via, aquæductus, *l. cum vsufructus* 13. *de vsufruc. leg.* Constat etiam, eas posse diuidi interuallis temporum, sed necesse est, vt vi ipsa, τῇ δυνάμει seruitus sit perpetua, id est, vt eius causa sit naturalis & perpetua. Sed hoc est exemplis demonstrandum. Seruitutes non æstimantur ex continuo vsu, sed ex causa perpetua, vt stillicidium est seruitus. eius seruitutis causa est aqua. Hæc autem aqua est perpetua, quia est naturalis, cum sit aqua pluuia: & ideo stillicidium est seruitus, quia perpetuam causam habet. Præterea iter, actus, via, seruitutes sunt. Iter est seruitus prædij. eius causa est ipsum ire. Iter autem perpetuum est, quamuis eo assidue non vtamur. Ideo est perpetuum, quod liceat eo nobis, cum volumus, vti. An aquæductus est seruitus, vel, an eius causa est perpetua? est, si aqua sit perennis & perpetua, vt cum aqua ducitur ex fonte, *l. 1.* §. *loquitur, de aq. quotid. & æst.* Aqua est causa aquæductus. si perpetua sit, erit eius causa perpetua. Ideo aquæductus non potest constitui, nisi ex fonte & flumine: nam fons & flumen perennem & viuam aquam habent; ex cisterna non constituitur aquæductus. Est autem ea receptaculum aquæ pluuiæ, *l. 1.* §. *hoc interdictum, de fonte.* Præterea aquæductus non constituitur ex torrente, quia siccatur æstate *l. 1.* §. *flumen, de flumin.* Præterea aquæductus non constituitur ex stagno: nam stagnum temporalem habet aquam, nec eam habet sua natura, *l. 1.* §. *stagnum, vt in flum. pub. nauig. lic.* Postremo, ex lacu non constituitur aquæductus, vt ostenditur in hac *l.* Item ex fossa non constituitur, *d l. 1.* §. *fossa.* ideo neque ex lacu. l. i l sic accipiendum, si lacus viuam aquam non habeat, *l. 1.* §. *hoc interdictum, de fonte.* At si lacus sit perpetuus, ex eo

A recte constituetur aquæductus: nam eius lacus aqua viua est. Huc pertinet lex. 1. §. *caput, de aqua quotid. & æstiua.* Idem dicendum est de piscina ex qua non conceditur aquæductus, nisi aquam viuam habeat, d. l. 1. §. *hoc interdictum.* De puteo nulla est dubitatio: nam putealis aqua non potest fluere. Sed recte aquæ haustus, *l. 1.* §. *quotidiana, de aqua quotid. & æst. Stillicidij &c.* Stillicidij causa perpetua est, quia naturalis est. Stillicidium est ius immittendæ aquæ è cœlo cadentis ex superiore parte ædium, ex tecto in ædes vicini. Si mea manu infundam aquam, vt cadat in ædes vicini, non erit stillicidium: quia causa naturalis non est aquæ manu immissæ.

B

Ad L. XXIX. Si quid igitur.

Si quid igitur ex eo foramine, ex quo seruitus non consistit, damnum vicinus sensisset, dicendum est damni infecti stipulationem locum habere.

HÆc lex pertinet etiam ad legem superiorem. Id foramen, de quo dictum est, non habetur seruitutis iure: ex eo foramine non consistit seruitus. Ergo si ex eo foramine aliquid damni sentiat vicinus, recte exiget cautionem damni infecti, etiamsi longo tempore ita id foramen vicinus habuerit. Ex eo etiam apparet, id foramen seruitutem non esse: Nam si esset seruitus, lædere vicinum posset nec exigeretur cautio, quia seruitus naturaliter lædere potest
C fundum seruientem, *l. si mihi 20.* §. *seruitus, de seruit. rust. præd.* Opus manu factum, cum seruitus non sit, lædere non potest, *l. si fistulæ, sup. eod.* si damnum etiam factum sit ex eo foramine, competit actio in factum ex lege Aquilia, argum. d. legis *si fistulæ.*

Ad L. XXX. Si quis ædes.

Si quis ædes, quæ suis ædibus seruirent, cum emisset, traditas sibi accepit: confusa sublataque seruitus est. Et si rursus vendere vult, nominatim imponenda seruitus est, alioquin liberæ veniunt.

§. 1 Si partem prædij nactus sim, quod mihi aut cui ego seruiam: non confundi seruitutem placet: quia pro parte serui-
D *tus retinetur. Itaque si prædia mea prædiis tuis seruiant, & tuorum partem mihi, & ego meorum partem tibi tradidero, manebit seruitus. Item vsusfructus in alterutris prædiis adquisitus non interrumpit seruitutem.*

VT intelligatur hæc lex, notandum est, confusione dominii seruitutem exstingui, id est, si vtriusque prædij idem dominus esse cœperit, *l. 1 quemad. seruit. amit.* Cuius sententiæ ratio hæc est: quia nemini res sua seruire potest. Hoc autem ita verum est, si quis totum fundum seruientem acquisierit. Quid autem fiet, si partem acquisierit? retinebitur, non confundetur: quia necesse est totum fundum adquiri: seruitus tamen pro parte adquiri non potest, retineri tamen potest, *l. vt pomum 6.* §. *vlt. de seruit.* Hoc igitur casu fiet, vt communis fundus seruiat fundo
E proprio, vel ex contrario, vt fundus proprius seruiat fundo communi, *l. si communi 27. de seruit rust. præd.* Deinde quæritur quid iuris sit, si quis acquisierit vsumfruct. fundi seruientis, an confundetur seruitus? Et satis liquet non confundi seruitutem acquisitione vsusfructus, quia fructuarius non est dominus. Ergo summa hæc est: Solidi dominii acquisitione non confunditur seruitus, nec vsusfructus quoque acquisitione: partis adquisitione non confunditur, vt heic. Hoc totum ostenditur in hac lege.

Ad L. XXXI. Si testamento.

Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini lumini-

bus, seruitutemque praestare, deposuit aedificium: concedenda erit legatario vtilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium conabitur.

EX hac lege hoc colligitur: Restituto aedificio seruiente, restitui etiam seruitutem. vt si corruat aedificium seruiens, ac deinde reficiatur, seruitus restituitur, quoniam idem aedificium esse intelligitur. idque fit propter vtilitatem rerum: ideo non datur nisi vtilis vindicatio seruitutis *l. seruitutes 20. §. si sublatum, hoc tit.* Directa datur ratione aedificii, cui imposita est seruitus: vtilis ratione repositi aedificii: quia ipso iure aliud est aedificatum, vt heic.

Ad L. XXXII. Si aedes meae.

Si aedes meae seruiant aedibus Lucij Titij & aedibus Publij Mauij, ne altius aedificare mihi liceat, & à Titio precario petierim, vt altius tollerem, atque ita per statutum tempus aedificatum habuero: libertatem aduersus Publium Mauium vsucapiam: non enim vna seruitus Titio & Mauio debebatur, sed duae. Argumentum rei praebet, quod si alter ex his seruitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilominus seruitutem deberem.

VT intelligatur haec lex, duo sunt notanda: Primum, seruitutes plerumque concedi precario, id est vt tandiu mihi liceat extollere, quandiu volueris. *l. si quis sepulchrum 12. de religios. & sumpt. fun.* & in specie huius legis. tunc haec seruitus non haeret praedio, sed personae. Siculus Flaccus in lib. *de const. limit. agr.* Is autem, qui precario hoc ius impetrauit, non potest libertatem vsucapere: nam qui precario quid facit, mala fide id facit, quia scit ab alio id habere, *l. quaecumque 13. §. 1. de Public. in rem act.* Postremo notandum est, libertatem vrbanarum seruitutum vsucapi posse, olim biennio, nunc decem aut viginti annis. Species haec est: Aedes meae seruiunt aedibus propriis Primi, seruiunt etiam aedibus propriis Secundi, ita vt non possint altius tolli. Ego à Primo impetraui precario, vt liceret mihi aedes meas altius tollere: si aedes meas sublatas habuero per statutum tempus, non videor vsucepisse libertatem aduersus Primum, quia ab eo postulaui precario. Quaestio est, an vsucapiam libertatem aduersus Secundum. Dubitari potest: quia aedes sublatas habui precario, non meo iure & eo animo, vt vsucaperem libertatem. Lex ait, aduersus Secundum vsucaptam esse libertatem. Ratio haec est, quia duę sunt seruitutes, non vna.

Ad §. Libertas.

Libertas seruitutis vsucapitur, si aedes possideantur. quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit: interpellata vsucapio est. Is autem qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem vsucapiet. Natura enim seruitutum ea est, vt possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

EX isto §. hoc colligitur: In vsucapione libertatis non coniungi tempora inter emptorem & venditorem: ideo necesse est, vt idem homo continuo vsucapiat libertatem: nam mutata eius persona, interrumpitur vsucapio. Et hoc generaliter olim obtinebat in vsucapione: In longi tamen temporis acquisitione tempora coniungebantur, *§. inter venditorem, Instit. de vsucap. Integro tempore)* Quia non proderit ei alterius possessio. *Natura enim)* Hic seruitus, est libertas seruitutis. Sic in *l. iusto 44. §. non mutat, de vsucap.* vbi vsusfructus significat libertatem vsusfructus.

Ad L. XXXIII. Eum debere.

Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum A *aedium ferebat, cuius essent aedes, quae seruirent, non eum qui imponere vellet: Nam cum in lege aedium ita scriptum esset,* paries oneri ferundo vti nunc est, ita sit, *satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: Non enim hoc his verbis dici, vt in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed vti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret; quemadmodum si quis alicui cauisset, vt seruitutem praeberet, qui onus suum sustineret: si ea res, quae seruit, & tuum onus ferret, perisset, alia in locum eiusdem ari debeat.*

HAc in lege tractatur de seruitute oneris ferendi, quae specialis est seruitus, vt dictum est in *l. 1. §. vlt. hoc tit.* Ostenditur in hac lege, eum qui hanc seruitutem debet, B parietem oneri ferendo praestare semper debere. Ergo collapsum parietem reficere & restituere debet. Et hoc est proprium huius seruitutis, vt qui eam debet, faciat, quod est contra omnia alia genera seruitutum, *l. sicut 8. §. distant, si seruit. vindic. Lege aedium.* Notandum est, has leges scribi solitas ab architectis. Vitruuius *lib. 1. cap. 1.*

Ad L. XXXIV. Et qui duas areas.

Et qui duas areas habet, alteram tradendo, seruam alteri efficere potest.

QVi duas aedes habet, si alteras vendat & tradat, in traditione potest traditas retentarum seruas facere, *l. si quis duas 6. commun. praed. l. si quis aedes 30. hoc tit.* C Idem dicendum est, si quis duas areas habeat: nam alteram tradendo, potest retentae seruitutem acquirere: his enim casibus non videtur suae rei seruitutem imponere, sed rebus alienis, & ea traditio pro impleta habetur.

Ad L. XXXV. Si binarum.

Si binarum aedium dominus dixisset eas, quas venderet, seruas fore: sed in traditione non fecisset mentionem seruitutis, vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, vt seruitus imponatur.

D VT intelligatur haec lex constituendum est, aliud esse venditionem, aliud traditionem. Venditio est causa traditionis. Venditio non transfert dominium, sed traditio: qui vendit, non alienat, sed qui tradit: venditio praecedit, sequitur traditio. Species legis haec est. Qui duas aedes habebat, alteras vendendo sibi excepit seruitutem: Deinde aedes venditas tradidit, & in traditione non excepit seruitutem, ideo tradidit liberas eas, contra legem venditionis. Quaestionis est, quemadmodum ei succurratur? Duab. actionibus ei succurri lex ait, primo actione ex vendito, in id quod sua interest, seruitutem imponi. Dabitur etiam ei condictio indebiti: quia non debuit aedes liberas tradere, sed seruas, quia in venditione seruitutem exceperat. Haec condictio indebiti an erit certi vel incerti? Erit incerti: Nam ea seruitus condicitur. Haec condicuntur in- E certi, seruitus, possessio, iura omnia. Haec enim certi non possunt. Hoc ostenditur in *l. si tibi 8. de act. emp. l. sed & si 22. §. vlt. de condic. indeb.* Sed ex hoc loco notandum, condictionem indebiti concurrere cum actione bonae fidei, propterea, vt in specie *l. si is 45. de condict. indeb.* competere non tantum condictionem, sed etiam actionem ex vendito. In summa, condictiones concurrunt cum actionibus bonae fidei, non cum strictis iudiciis. hoc ostendit lex *vlt. de condict. ob turp. caus. l. si fullo 2. de condict. sine causa. Dixisset,* In lege venditionis.

Ad L. XXXVI. Binas.

Binas quis aedes habebat vna contignatione tectas, vtras-

que diuersis legauit: dixi, quia magis placeat, tignum posse duorum esse, ita vt certa partes cuiusque sint contignationis, ex regione cuiusque domini fore tigna, nec vllam inuicem habituros actionem, ius non esse immissum habere. Nec interest pure vtrisque, an sub conditione ades alteri legata sint.

CONtignatio appellatur à Græcis στέγη. vn estage. Constat contignatio ex lignis, trabibus, asseribus. Species legis hæc est: Quidam habebat duas ædes vna contignatione tectas, id est, vna tignorum contexione. vtrasque legauit, vnas primo, alteras secundo. Lex ait, tigna esse communia pro regione contignationis inter duos legatarios, id est, pro modo & regione ædium: Ideo lex ait, ea esse communia pro diuiso, id est, ex certis regionibus & partibus. Huic sententiæ opponitur *l. Pomponius 8. in fi. de rei vind.* Lex ait, rem immobilem pro diuiso possideri posse: iura non posse, quia diuidi non possunt. Addit etiam, rem mobilem possideri pro diuiso non posse; nec igitur tigna pro diuiso communia esse posse. Respondeo: Si per se res ipsa mobilis consideretur, pro diuiso possideri non potest: Nam si rem mobilem diuidas, perdis, vt ait Fabius. sed si res mobilis inhæreat rei immobili, vt puta, si tigna extendantur in binas ædes, vt in specie nostra: tunc nihil vetat ea tigna esse communia pro regione ædium. At si tigna eximantur, rursus incipiunt esse communia pro indiuiso, & veniunt in iudicium communi diuidundo: Nam id, cuius partes certæ ædium regiones designabant, inde exemptum, confunditur, & incipit esse commune pro indiuiso. Huius rei argumentum præbet *l. arbor 19. commun. diuid. l. pen. pro soc. l adeo 8. in fi. & l. prox. de adq. rer. dom.* Lapis, qui est in confinio, est communis pro indiuiso. Præterea notandum est in specie *l. binas*, legatarios inter se agere non posse, ius non esse immittendi ex aliis ædibus in alias, quia seruanda est ea forma ædium quæ obtinuit viuo testatore, *l. damnas esto 15. §. 1. de vsufr. leg. l. seruum fily 44. §. vlt. de legat. 1. Ex regione contignationis* legendum est.

Ad Leg. XXXVII.

Idemque esse, & si duobus ades cesserint.

QVid est, quod ait, *Idemque esse, & si duobus ades cesserint?* Legendum est, *cesserit*, id est, vendiderit. Vt sententia sit: Hoc obtinet non tantum in legatis, sed etiam in cessionibus, id est contractibus.

Ad Leg. XXXVIII. Si ædes meæ, & l. Nemo XXXIX.

Si ades mea à tuis adibus tantum distent vt prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, seruitus imponi non potest.

L. 39. Nemo enim propriis adificiis seruitutem imponere potest, nisi & is qui cedit, & is cui ceditur in conspectu habeant ea adificia, ita vt officere alterum alteri possit.

SEruitutes prospectus vel luminum, vel altius non tollendi, imponi possunt non tantum vicinis ædibus, sed etiam vlterioribus, *l. loci corpus 4. in fi. si seruit. vindic.* Sed hoc ita verum est, si vlteriores ædes sint in conspectu: Nam si penitus sint remotæ ab oculis nostris, inane est hæc iura eis imponere, *l. prox. seq.*

Ad Leg. XL. Eos qui ius.

Eos qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure fenestras immisisse respondi.

HÆc lex ostendit, nemini licere fenestras immittere in vicini ædes, nisi imponatur seruitus luminum: nam
A ab alieno non tantum oportet abstinere pedes, sed etiam oculos. Plutarchus in libro de curiositate. Ait *aperto pariete communi.* cæco, legit Constantinus libro secundo Epitom.

Ad Leg. Vltim.

Olympico habitationem & horreum, quod in ea domo erat, quoad viueret, legauit. Iuxta eandem domum hortos & cœnaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt. Ad hortum autem & cænaculum semper per domum, cuius habitatio relicta erat, aditus fuit. Quasitum est, an Olympicus aditum præstare deberet? Respondi, seruitutem quidem non esse,
B *sed heredem transire per domum ad ea, qua commemorata sunt, posse: dum non noceat legatario.*

SPecies legis hæc est: Quidam legauit Olympico (hoc erat nomen legatarii) habitationem, id est, domum & horreum, quoad viueret. quia dixit, *quoad viueret*, apparet non legasse nisi vsum: Ideo ei concessit ius personale, non rem ipsam: Nunc finge: iuxta hanc habitationem seu domum & horreum, erat hortus & cænaculum, id est, diæta, quæ plerunque ædificabatur iuxta hortum, in qua cœnabatur ad vmbram. Heres autem non poterat in hortum peruenire, nisi per illam habitationem, cuius vsus fuerat legatus. Quæritur, an vsuarius debeat præstare heredi aditum? Lex ait, debere, vt forma, quæ tenuit viuo testatore, obtineat etiam mortuo testatore. Sed quæritur, an ille adi-
C tus sit seruitus? & constat non esse. Nam habitatio & horreum est heredis: vsus tantum legatus est, non proprietas. At nemini res sua seruit, *l. in re comm. hoc tit.*

Ad §. vltim.

Lucius Titius aperto pariete domus sua, quatenus stillicidij rigor & tignorum proiectus competebat, ianuam in publico aperuit. Quaro, cum neque luminibus Publ. Mauij vicini, neque itineri vicini officeret, neque stillicidium, ne vicini domo cadat, an aliquam actionem Publius Mauius vicinus ad prohibendum haberet? Respondi, secundum ea qua proponerentur, nullam habere.

D EX hoc §. colligitur, stillicidium in publico habere licere, id est, immittere. Licet etiam ianuam in publicum proiicere, etiam vsque ad eum locum, ex quo stillicidium cadit. Et hoc tempore Accursij obseruabatur Veronæ. Ianua igitur proiici potest vsque ad eum locum, ex quo stillicidium cadit, dummodo id fiat sine incommodo vicini. Hoc ergo iure publico vnicuique facere licet, modo non noceat vicino. *Quatenus stillicidij rigor.* &c. Idem significat, quatenus stillicidij rigor, & quatenus tigna proiiciuntur. Rigor à rectitudine dicitur. Aggen. Vrbicus libro de limitibus. *Rigor*, inquit, *sua naturalis rectitudinis nomen obtinet. l. 1. §. quod autem, Ne quid in flum. pub.*

E

AD TITVLVM III.

De Seruitutibus Rusticorum Prædiorum.

Ad Leg. I. Seruitutes.

Seruitutes rusticorum prædiorum sunt hæ, iter, actus, via, aquaductus. Iter est ius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, & iter habet etiam sine iumento. Via est ius eun-

di & agendi & ambulandi: Nam & iter, & actum, & se A *via continet. Aquaductus est ius aquam ducendi per fundum alienum.*

§. 1. In rusticis computanda sunt aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, ius pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

§. 1. Traditio plane, & patientia seruitutum inducet officium prætoris.

Ad Leg. III. Item sic possunt.

Item sic possunt seruitutes imponi, vt & boues, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur, quam seruitutem poni p sse, Neratius libro 2. membranarum scribit. §. 1. Idem B *Neratius etiam, vt fructus in vicini villa cogantur, coactique habeantur, & pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumantur, constitui posse scribit. §. 2. Eodem libro ait, vicino, cuius lapidicinæ fundo tuo immineant, posse te cedere, ius ei esse terram, rudus, saxa iacere, posita habere, vt in tuum lapides prouoluantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur.*

Ad Leg. IV. Pecoris pascendi. L. V. ergo secundum. Leg. VI. veluti si figulinas.

L. 4. Pecoris pascendi seruitutes, item ad quam appellendi, si prædij fructus maxime in pecore consistat, prædij magis quam personæ videtur. Si tamen testator personam demon- C *strauit, cui seruitutem præstari voluit: emptori vel heredi non eadem præstabitur seruitus.*

L. 5. Ergo secundum eum, & vindicari poterit. §. 1. Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretæ eximendæ, calcisque coquendæ ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat, & Proculum & Atticilinum existimasse ait. Sed ipse dicit, vt maxime calcis coquendæ, & cretæ eximendæ seruitus constitui possit, non vltra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.

L. 6. Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportaretur, sicut in quibusdam fit, vt amphoris vinum euehatur, aut vt dolia fiant, vel tegulæ, vel ad villam ædificandam. Sed si, vt vasa venirent, figulinæ exercerentur, vsusfructus erit. §. 1. Item D *longe recedit ab vsufructu ius calcis coquendæ, & lapidis eximendi & arenæ fodiendæ, ædificandi eius gratia, quod in fundo est. Item syluæ cæduæ, vt pedamenta in vineas non desinit. Quid ergo si prædiorum meliorem causam hæc faciant? Non est dubitandum quin seruitutis sit. Et hoc & Macianus probat: in tantum vt & talem seruitutem constitui posse putet, vt tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet; si habeam pascui seruitutem, aut pecoris appellendi, vt si hiems ingruerit, habeam quo me recipiam.*

IN hac lege ponuntur varia seruitutum rusticarum exempla, quales sunt iter, via, aquæductus. hæ seruitutes magis sunt necessariæ, propterea earum definitiones statim traduntur, quas exposui in *l. si tam an-* E *gusti 13. de seruit.* Si hæ per fundum vicini constituuntur ratione prædij, seruitutes rusticorum prædiorum dicuntur. Si constituantur ratione personæ, non sunt iura prædialia, sed personalia, quæ cum persona extinguuntur. Prædialia heredem sequuntur & quemlibet possessorem. Iter plerumque est ius personæ non prædii, sed si respectu prędii concedatur, prędiale erit. Si respectu personę concedatur, personam non transgreditur, *l. pater 6. de seruit. leg.* Item *via* & *actus* nonnunquam sunt iura hominis, vt si quis legauerit vsum vię, aut actus, aut aquę, is videtur ius tribuere personę non prędio, & hoc significat nomen *vsus, l. 1. de vsufr. leg.* Idem dicendum est in aquęductu: nam si aquęductus constituatur per alienum fundum ad irrigandum vicinum fundum, erit ius prędii: Potest tamen esse ius hominis, vt in *l. pen. hoc tit.* in cuius specie aquęductus est ius personę, non prędij, &, vt lex ait, hęc aqua non transit in heredes. in ea specie frater fratri legauit digitum aquę, id est, digitalem fistulam, per quam duceret aquam ex suo fonte. non videtur, inquit lex, ius prędio constituisse, sed fratri. Quęro, cur in ea specie aquęductus non sit ius prędij? Huius rei tres sunt rationes.

Prima hæc est, quia fratri concessit, & videtur affectu fratri constituisse, non prędio, vt in *l. pater 6. de seruit. leg.* Id autem constituit per epistolam, quę hic proponitur. Secunda ratio est, quia dixit χαρίζομαι. Ex his verbis apparet, id eum constituisse in fratris gratiam. Tertia est, quia dixit in epistola, vt quocunque tandem vellet, aquam duceret. Hoc confirmat *l. 1. §. præterea Labeo, de aqua quotid. & æst.* Labeo ait, hoc interdictum pertinere ad aquarum ductus qui fundi non sunt, quia quocunque duci possunt. Ex eo loco apparet, eam aquam non esse fundi, quę quocunque duci potest. Hoc etiam confirmat *l. vsus 21. de vsu & habit.* Proponit deinde in *l. 1.* alia exempla rusticarum seruitutum, vt aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, ius calcis coquendæ; vel arenæ fodiendæ. Et hæc iura ita demum sunt prædialia, si respectu prædiorum concedantur: nam possunt esse personalia; at tunc assumunt nomen vsus vel vsusfructus: Nam his nominibus omne ius personale continetur, vt aquæ haustus est seruitus personæ, & vocatur vsus aquæ, *l. veluti 6. hoc tit. l. 1. de vsufr. leg. & l. vsus 21. de vsu & habit.* Hæc igitur iura possunt esse personalia. Primum videamus de aquæ haustu. plerumque est ius personale, vt *l. Mela ait §. quidam, de aliment. legat.* Species istius §. hæc est: Quidam Titio legauit alimenta. quæstionis est, an videatur etiam aquam legasse, quæ ad victum maxime necessaria est? Hoc solet quæri in prouincia, vbi alimenta relicta sunt, vbi aqua venundari solet, vt in Ægypto & Africa. Ait Iurisconsultus, aquam relictam videri: & ideo si testator cisternas habeat, debet vsus cisternæ alimentario præstari. Si testator non habuerit cisternas, Iurisconsultus ait, in legato id contineri, quanto tibi esses aquam comparaturus. Deinde Iurisconsultus sic argumentatur: Aqua est ius prædij, ergo aqua non potest concedi, nisi ei, qui vicinum prædium habet, *l. 1. commun. præd.* At hic non habet vicinum prædium, ergo aqua inutiliter ei legata est. Respondet Iurisconsultus, aquam personæ concessam videri, propterea non exigimus, vt & persona vicinam possessionem habeat. Sed notandum est, quædam verba, quæ ibi sunt perturbata, ita restitui debere: *Nam & haustus aquæ, vt appulsus pecoris ad aquam est seruitus: personæ tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur.* Postremo lex ait, personæ posse etiam tribui *ius gestandi*, id est, vt quis possit gestari per alienum fundum, voluptatis, aut sanitatis gratia. Deinde ait, personæ etiam concedi posse ius *vuas premendi in alieno torculari*, etiamsi is, cui hoc constituitur, non habeat vicinum prædium. Item *ius exprimendi in aliena area frumenti.* Hæc omnia respectu personæ concedi possunt. Dicamus nunc *de iure pascendi.* Est ne ius prædij, an hominis? Videndum est, cuius respectu tale ius sit constitutum. Ergo ius pascendi pecoris est ius prædij, si fructus prædii mei in pecore consistat, id est, si prædium meum sit ouile aut caprile, aut hara, *l. pecoris 4. hoc tit.* id est, si per ea pecora fundus meus colatur, tunc qui ius pascendi concessit, videtur id concessisse in gratiam prædii mei, vt *l. item 3. hoc tit.* Dicendum nunc est de iure calcis coquendæ, vel arenę fodiendæ: quæ iura sunt prædii, si prædium meum calce, creta, aut arena indigeat, *l. ergo 5. hoc tit.* Si hæc iura mihi cedantur, vt ex his quæstum faciam, tunc hæc iura conceduntur personæ non prædio, l. 6. §. 1. h. t. quæ ait, prædio talem seruitutem imponi posse, vt mihi liceat in eo prædio habere tugurium: videlicet si habeam ius pascendi. Contra hanc sententiam, sic argumentor. Lex ait, hanc seruitutem imponi posse, vt mihi in prædio liceat habere tugurium, vt habeam quo me recipiam brumæ tempore. Con-

ta. Superficies cedit solo, vt superimposita subiectis: Itaque tugurij habendi seruitus non potest esse seruitus, quia statim vt tugurium positum est, solo cedit, *l. hoc quod dictum 25. de seruit. vrb. præd. l. pen. com. diuid.* Respondeo, in hac lege tugurium significare casam pastoralem, quæ mobilis & ductilis est: at quæ mobilia sunt & ductilia, non cedunt solo, *l. Titius, de adq. rer. dom.* *Tugurium* autem Gallis vocatur *vn buron*, vnde dicunt: *il n'y a maison, ny buron.* Sequitur in *l. 1. traditio*, &c. Traditio, id est, cessio, & patientia seruitutum efficit, vt seruitutes possideri quodammodo videantur. *Inducet officium prætoris*) id est, efficiet vt hanc possessionem prætor quasi possessoriis interdictis tueatur & defendat, *l. vlt. de seruit. l. ego 11. §. 1. de Publ. in rem act.*

Ad Leg. II. Rusticorum.

Rusticorum prædiorum seruitutes sunt licere altius tollere, & officere prætorio vicini: vel cloacam habere licere per vicini domum, vel prætorium, vel protectum habere licere.

IN rusticis seruitutibus computatur ius *altius tollendi & officiendi prætorio vicini*: nam prætoria non sunt in vrbe. Item ius cloacæ immittendæ in prætorium vel domum vicini: Item ius protegendi, & habere protectum in vicini prætorium. Hæc iura, quæ plurimum sunt vrbana, cum imponuntur prætoriis, sunt rustica. Colligamus ex hoc loco prætorium esse rusticum prædium: Nam *prætorium* est pars villæ, quæ reseruata est patrifam. & distat à villa rustica, elegantia, cultu & nitore: Cultiores enim sunt ædes prætoriæ & elegantiores, pro agri modo. Pallad. *lib. 1. de re rust. c. 8* Ac ita prætorium accipitur in *l. plenum 12. de vsu & habit. l. Titia 34. §. Caius, de legat. 2.* Sciendum autem est, hoc tantum placuisse Neratio auctori huius legis. Nam & Neratius existimat, stabula & diuersoria ruri ædificata, esse rustica prædia, *l. eo iure 4. §. stabula, in quibus cau. vel hypot. contrah.* In summa Neratius, in definiendis prædiis vrbanis à rusticis, locum intuetur. Vrbana vocat in vrbe ædificata: Rustica ruri ædificata. Cæteri contra sentiunt, & existimant spectandam esse qualitatem & speciem prædij, non autem locum: ideo cæteris auctoribus prætorium est vrbanum prædium, quia habet qualitatem & speciem vrbani ædificij, *l. vrbana prædia 198. de verb. signif.*

Ad §. 1. Aquæductus.

Aquæductus & haustus aquæ per eundem locum vt ducatur, etiam pluribus concedi potest: potest etiam vt diuersis diebus vel horis ducatur. §. 2. *Si aquæductus vel haustus aquæ sufficiens est, potest & pluribus per eundem locum concedi, & vt iisdem diebus vel horis ducatur.*

IN hoc §. tractabitur, an vna eademque seruitus pluribus cedi possit simul aut separatim. In primis, iter, via, actus pluribus concedi potest per eundem locum, siue id fiat separatim, siue simul, *l. Lucio 4. de aq. quotid. & æst. l. qui per certum 15. comm. præd.* Hoc etiam obtinet in vrbanis seruitutibus: nam ius altius tollendi pluribus cedi potest. Et si ædes meas tibi seruas fecero, alij potero etiam seruas facere. Item ius stillicidij, *d. l. 15.* Item ius aquæ haustus pluribus cedi potest. Sed an per eundem locum pluribus simul & separatim cedi poterit? Et placet posse, si diuidatur temporibus, id est, vt ducant diuersis diebus & horis, hoc ostenditur in initio huius §. Legendum est *&*, pro *vel, vt diuersis diebus & horis, &c.* nec repetendum est, *Potest.* Quæro, an possit aquæductus pluribus concedi ita, vt iisdem diebus vel horis aqua ducatur? Hac in re pugnare videtur cum hoc § *l. in concedendo 8. de aq. & aq. plu. arc. l. aquam 4. C. de seruit & aqua.* Ego sic distinguendum reor: aut aquæductus est sufficiens, aut non. Si sit sufficiens, pluribus cedi potest eodem tempore. hoc ait

A hic §. Quid si aquæductus non sit sufficiens? non potest alteri cedi, quin fiat iniuria ei, cui primum concessit aquæductum; ideo eius voluntas exquirenda est, an velit vt alteri cedam. Ita loquitur *d. l. 8. & l. 4.* Qui per eundem riuum aquam ducunt, riuales vocantur, *l. 1. §. si inter, l. hoc iure 3 §. pen de aq. quotid. & æst.* Si inter riuales non conueniat, quemadmodum aqua vtantur, id est, quibus temporibus: hæc res deduci non potest in iudicium directum communi diuidundo. Nam est de rebus corporalibus quæ proprie diuiduntur: iura diuisionem non recipiunt. Ergo iura non cadunt sub directum iudicium, sed dabitur vtilis actio, vt diuidatur aqua temporibus aut mensuris, *l. Lucio Titio 4. de aq quotid & æst. l. arbor § aquarum, com. diu.* in quo §. hoc tantum quæritur, an iter aquæ veniat

B in iudicio communi diuidundo. Vtitur lex hac distinctione: aut iter aquæ est ipsius fundi, aut separatum a fundo: si sit ipsius fundi communis, id est, si debeatur à fundo communi, non potest tunc diuidi, quia id iter aquę nostrum non est, sed vicini. Itaque inter nos non agemus de eo itinere diuidundo. Quod si separatum sit a fundo, id est si non debeatur à fundo communi inter nos, sed aquæductum habeamus in fundo vicino, lex ita rursus distinguit: aquæ iter est diuisum temporibus vel mensuris, vt digitis aut fistulis, & tunc cessat iudicium communi diuidundo. Quod si non sit diuisa aqua temporibus vel mensuris, lex ait dari vtilem actionem familiæ erciscundæ inter coheredes, inter alios socios communi diuidundo.

Ad Leg. III. §. vlt.

C §. *vlt. Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum. Et (vt ait Neratius lib. 3. membranarum) siue ei ius hauriendi, & adeundi cessum sit, vtrumque habebit: siue tantum hauriendi, inesse & aditum: siue tantum adeundi ad fontem, inesse & haustum. Hæc de haustu, & fonte priuato. Ad flumen autem publicum, idem Neratius eodem libro scribit, iter debere cedi, haustum non oportere: & si quis tantum (haustum) cesserit, nihil eum agere.*

LEx tertia explicata est ad leg. 1. excepto §. *vlt.* heic agitur de aquæ haustu. Id autem colligitur ex hoc §. qui habet aquæ haustum, tacite habere aditum ad hauriendum. Hoc etiam ostendit *l. Gaurus 10. sup. tit prox.*

D Ex diuerso, si tibi concessero ius eundi ad fontem, tacite tibi concessisse videor aquæ haustum, vt heic. Ad flumen publicum aquæ haustus recte non conceditur: quia vnusquisque potest iure suo aquã haurire ex flumine publico, quemadmodum & in eo piscari, & interdum aquam ducere, *l quominus 2. de flumin* Recte tamen ceditur iter ad flumen publicum. Licet non sit priuati iuris, sed publici tamen recte ceditur iter ad flumen, quemadmodum iter ceditur recte ad sepulchrum *l. 1 si seru. vind. l. seruitutes §. 1. de seruit.* Ergo vindicari potest iter ad flumen publicum: nam si potest cedi, poterit etiam vindicari: quemadmodum iter, quod mihi cessum est ad sepulchrum. Hoc ostendit hic §. *l. 3.* iuncto initio *l. 5. seq.* Vtraque enim lex eiusdem libri, & eiusdem auctoris est. Ergo initium *l. 5* iungendum huic §. Non aptari potest ad *l. 4.*

E

Ad Leg. IV. V. & VI.

HÆ LL. explicatæ sunt ad *l. 1.* In *l. 4. personam demonstrauit*) Id est, personæ fauere velle, non prædio.

Ad. Leg. VII. Qui sella.

Qui sella aut lectica vehitur: ire, non agere dicitur Iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, & plaustrum ducere, & iumenta agere potest, sed trahendi lapidem, aut tignum, neutri eorum ius est. Quidam nec hastam rectam ei ferre licere: quia neque eundi...

que agendi gratia id faceret, & possent fructus eo modo lædi. Qui viam habent, eundi agendique ius habent. plerique & trahendi quoque, & rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat.

INitio huius *l.* ponitur differentia inter iter, actum & viam. Qui iter habet, sella vel lectica ire potest, id est, non tantum pedibus, sed & sella vel lectica gestari potest. Sella in hoc loco, est sella gestatoria, in quo dominus gestatur a seruis, vt Sueton. in Vitellio cap. 16. *Lectica* etiam gestatoria est, & dicitur vel ἑξάφορον, vel ὀκτάφορον, vt in *l. si ex toto 8. § si ita legatum, de leg.* 1. legantur lecticarii octo, id est, ὀκτάφοροι. Qui iter habet, potest etiam equo vehi, *l. inter actum* 12. *hoc tit.* Pecus tamen agere non potest: qui tamen actum habet, & iumenta ducere potest, ideo plus est in actu. Deinde hæc ponitur differentia inter actum & viam: qui iter aut actum habet, non potest tigna trahere vel lapides, non potest hastam rectam ferre, ne arbores & fructus lædat. Qui tamen viam habet, hæc omnia facere potest. potest etiam secundum plurium sententiam hastam rectam ferre, si modo fructus non lædat.

Ad §. vltim.

In rusticis autem prædiis, impedit seruitutem medium prædium, quod non seruit.

EX hoc §. colligitur, seruitutem rusticam imponi non posse, interueniente libero prædio, quod non seruiat, prædio autem alieno, non tuo, non meo. rerum naturam id non pati, *l. si prius 17. §. vlt. de aq. & aq plu. arc.* Diuersum est in quibusdam vrbanis seruitutibus: nam hæ recte constituuntur, etiamsi intercedant liberæ ædes, vt ius altius tollendi, altius non tollendi, ius prospectus, nec interrumpuntur hæc iura interuentu alieni prædij, quod non seruiat, *l. si ædes 32. de seruit. vrb præd. l. tria 31. hoc tit. l. in tradendis 7. § interpositis, commun. præd l. non solum 8. in princ de nou op. nun.* Aliæ autem seruitutes vrbanæ, prædij alieni interuentu interrumpuntur, vt seruitus stillicidij immittendi, proiiciendi & similes.

Ad Leg. VIII. Viæ.

Via latitudo ex lege 12. tabularum in porrectum octo pedes habet: in anfractum, id est, vbi flexum est, sedecim.

IN hac lege ostenditur, quæ sit legitima viæ latitudo: Ea enim non est arbitraria: Nam lege duodecim tabularum definita est, vt ostenditur in hac lege. *In porrectum,)* id est, in directum octo pedes: in inflexum sedecim pedes constituit, vt vehicula circumagi commodius possint. Idem scripsit Varro *lib. 6 de ling lat.* Idem etiam apparet ex *l. certo generi 13. §. latitudo, & l. via 23. hoc tit. l. nam satis 6. §. vlt. quemadm. seruit. amit.* Itineris, actus latitudo non est legitima. Via etiam habet duas semitas, *d. l. nam satis.*

Ad Leg. IX. Seruitus.

Seruitus aquæ ducendæ, vel hauriendæ nisi ex capite vel ex fonte, constitui non potest: hodie tamen ex quocunque loco constitui potest.

SEntentia huius legis hæc est: seruitutem aquæductus vel aquæ haustus ipso iure non constitui nisi ex fonte vel ex capite. *Caput aquæ* est, vbi aqua oritur, vel emergit, ideo scatebra est caput aquæ. Cur vero ipso iure non constituitur nisi ex fonte vel capite? Quia seruitus perpetuam causam habere debet. *l foramen 28. de seruit. vrban præd.* Cæterum lex ait, receptum esse hodie, vt possint hæ seruitutes constitui ex quocunque loco. An ergo ex stagno? an

A ex cisterna? an ex lacu, qui viuam aquam non habet? Minime, *d. l. foramen.* Quid est igitur quod ait, *ex quocunque loco?* Videlicet, ex riuo vel ex castello, id est, ex receptaculo aquæ manantis ex fonte, *l. 1. §. permittitur, de aq. quotid. & æst.* Cur autem hoc receptum est? Quia prope est, vt videatur duci ex capite ea aqua, quæ ducitur ex riuo manante ex capite perenni.

Ad Leg. X. Labeo.

Labeo ait, talem seruitutem constitui posse, vt aquam quærere & inuentam ducere liceat: Nam si liceat nondum ædificato ædificio seruitutem constituere, quare non æque
B *liceat nondum inuenta aqua eandem constituere seruitutem? Et si vt quærere liceat, cedere possumus: etiam vt inuenta ducatur, cedi potest.*

SEntentia legis hæc est: seruitutem aquæ ita constitui posse, vt liceat aquam quærere, & inuentam ducere: Nam futuro etiam ædificio imponi seruitus potest, vel adquiri. Cur ergo non licebit futuram seruitutem aquæ imponere? Hæc fuit sententia Labeonis. At Labeo existimabat, nondum inuenta aqua non recte constitui iter aquæ, ideo merito à Paulo reprehensus est in *l. vlt. si seruit. vind.* Omnimodo igitur futura aqua quæri potest: nam de futuris luminibus caueri potest, vt dictum est supra.

Ad Leg. XI. Per fundum.

C *Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi, agendi, potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant, & nouissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicetur, & antequam nouissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare vti cesso iure non posse.*

VT intelligatur hæc lex, repetendum est, quod sæpe diximus, vnum ex dominis seruitutem communi fundo imponere non posse, *l. vnus, de seruit.* Si tamen omnes cedant, nulla est dubitatio, præsertim si simul eam cedant. Dubitatur tamen quid iuris sit, si separatim cedant seruitutem: nam quæritur ex quo tempore videatur ea seruitus prædio communi imposita esse, & vicino adquisita, an ex quo primus cessit, an ex quo nouissimus? Lex ait,
D non videri adquisitam seruitutem, nisi ex quo nouissimus cessit. Ideo nouissima cessio non retrotrahitur ad primam, sed prima trahitur ad postremam, quia ex postrema vicino ius adquisitum putamus, *l. vlt. commun. præd.* Deinde hæc quæstio tractatur in hac lege, quid fiat, si vnus ex dominis cesserit, alij autem nolint cedere, an is, qui mihi cessit, cæteris non cedentibus, poterit me prohibere vti cesso iure? Minime. Nam si me prohibeat, repelletur exceptione pacti vel doli mali: quia cum cesserit seruitutem, quantum in eo est, pati debet, vt heic. Huc pertinet *l. si quis 10. de euict.* quæ est eiusdem auctoris, & ex eodem libro. Ea lex ostendit, eum etiam, qui solus cessit seruitutem & vendidit, teneri euictionis nomine cæteris non cedentibus, videlicet, si se solum dominum finxerit. *Plurium est)* id est,
E communis pro indiuiso.

Ad Leg. XII. Inter.

Inter actum & iter nonnulla est differentia. Iter est enim, qua quis pedes vel eques commeare potest: actus vero, vbi & armenta traiicere, & vehiculum ducere liceat.

HÆc lex, quid intersit inter iter & actum ostendit. Ista lex Modestini est ex libro 9. differentiarum. Ex tenore legis, quid in his libris Modestinus tractarit cognoscimus. id etiam apparet ex *l. inter stuprum 101. de verbor. signific.*

Ad Leg.

Ad Leg. XIII. Certo generi.

Certo generi agrorum adquiri seruitus potest, veluti vineis, quod ea ad solũ magis, quam ad superficie pertinet. Ideo sublatis vineis, seruitus manebit Sed si in contrahenda seruitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.

IN huius legis initio proponitur certo generi agrorum seruitutem imponi posse, vt pote vineis, campo frumentario. Genera enim agrorum superficie distinguuntur, id est, illis rebus, quæ in illis nascuntur. *Superficies* enim est, quod satum & plantatum est. Quæritur in hac lege: Si imposita sit seruitus vineis, an imposita videatur vineis & vitibus, an solo? Si imposita est superficiei, sublatis vitibus extinguitur. Vinearum appellatione vites significantur, §. *sed si gregis 38. Instit. de rer. diuis.* At hic ostenditur, vineæ appellationem referri ad solum. Ideo, si imposita sit seruitus vineis, videtur imposita solo: ac per hoc sublatis vitibus, manet seruitus. Si id agatur vt vitibus imponatur, his sublatis, ipso iure non finietur: sed obstabit exceptio pacti vel doli mali. *In contrahenda seruitute.*] Nota, quod ait, contrahi seruitutem.

Ad §. 1. Si totus.

Si totus ager itineri aut actui seruit, domus in eo agro nihil facere potest, quo seruitus impediatur, quæ ita diffusa est, vt omnes glebæ seruiant. At si iter actusve sine vlla determinatione legatus est, modo determinabitur: & qua primum iter determinatum est, ea seruitus constitit: ceteræ partes agri liberæ sunt. Igitur arbiter dandus est, qui vtroque casu viam determinare debet. §. 2. Latitudo actus itinerisque ea est, quæ demonstrata est. Quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. In via aliud iuris est: nam si dicta latitudo non est, legitima debetur. §. 3 Si locus, non adiecta latitudine, nominatus est, per eum qualibet ire poterit. Sin autem prætermissus est, æquè latitudine non adiecta, per totum fundum vna poterit eligi duntaxat via eius latitudinis, quæ lege comprehensa est. Pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium inuocandum est.

IN hoc §. tractatur de latitudine itineris, actus, viæ, & de parte, per quam hæc iura constituuntur. Inprimis autem dicendum est de itinere & actu. Si quis mihi cesserit vel legauerit iter, vel actum, non destinata parte fundi, totus fundus seruit, ita vt omnes glebæ seruiant, *l. si mihi 21. hoc tit. l. si cui 9. de seruitutib.* Hoc casu, cum totus fundus seruiat, ipso iure ire agere licet per quamlibet partem: Sed tamen eligenda est quædam pars fundi, per quam eatur, atque ita quodammodo coarctanda est seruitus. Verum quæritur, cuius sit electio in determinanda parte. Hac in re constituenda est differentia inter contractus & vltimas voluntates: Nam in contractibus is eligit, cui seruitus cessa est, per quam velit ire, agere, *d. l. si cui 9.* In legatis electio est heredis, per quam partem seruitutem velit constituere, *l. si via 26. hoc tit.* nisi hæc electio captiosa sit legatario: Nam tunc non eliget. Si dubitetur an sit captiosa, arbiter adeundus erit, qui partem definiat. Nunc dicamus de latitudine, id est, qua latitudine ire agere, liceat. De ea ita in hoc §. distinguitur: Aut latitudo demonstrata est à testatore, aut non. Si demonstrata est, eam sequimur. Si non est demonstrata, constituitur ab arbitro, quia cum lex deficit, opus est arbitro qui definiat latitudinem. Hæc de itinere vel actu. De via distinguendum quoque est: aut demonstrata est, aut non. Si demonstrata est, hanc sequimur, *l. via constitui 23. hoc tit.* & legitimam latitudinem prætermittimus. Quod si non sit demonstrata, non inuocamus arbitrum, quia legem duodecim tabul. habemus quæ viæ latitudinem definit, de qua diximus in *l 8. hoc tit.* Nunc dicamus de parte, per quam via constituitur. Pars fundi per quam via constituitur, appellatur. locus. *Locus* enim

A proprie est particula fundi, *l. locus 60. de verb sign.* Fundus est integrum aliquid. Ita vero distinguitur in hoc §. Aut pars fundi nominata est, per quam via esset, aut non. Si nominata sit pars, ea eundum erit; si non sit nominata, eligenda erit via ea latitudine, quæ lege definita est, & hoc casu eligetur per totum fundum: Et si de ea dubitetur, arbiter quoque adeundus erit. Denique lege deficiente, semper arbiter adeundus erit. Hæc est sententia huius legis.

Ad Leg. XIV. Per quem locum.

Per quem locum viam alij cessero, per eundem aquæductũ alij cedere non potero. Sed & si aquæductũ alij concessero, alij iter per eundem locum vendere, vel alias cedere non potero.

B QVæstionis est, an per eundem locum pluribus vna eademque seruitus cedi possit? Hæc quæstio explicata fuit in *l. 2 sup.* Inde quæritur, an pluribus per eundem locum diuersæ seruitutes cedi possint? Et hæc est quæstio huius *l.* & quidem si vni concessa sit via, alteri per eundem locum aquæductus inutiliter ceditur. Cur ita? Quia qui aquæductum habet, officiet itineri eius, cui primum iter est concessum, nec per eundem locum vnus iter, alter riuum habere potest. Sed quæritur, an saltem super iter alienum liceat *pontem* vel *arcum* facere, aquæ ducendæ gratia? quod prima facie dicendum videtur: nam eo pacto iter impediri non videtur. Hoc etiam dicendum videtur alia ratione: Nam supra alienum pontem, alia aqua duci potest, *l hoc iure 3 § vlt de aq quotid & æst.* Ideo quæritur C an supra iter alienum, ponte facto, aquam ducere possim. Et verius est, non posse, *l. supra iter 11. in prin. de aq. & aq. plu. arc.* Nam per quem locum vni cessum est iter, alteri aquæductus inutiliter ceditur. Itaque non poterit aquam ducere, nec opere arcuato facto aut ponte. At per eundem locum pluribus aquæductus concedi potest: & ideo supra riuum alienum pons construi potest aquæ ducendæ causa. Notandum etiam ex *hac l.* si vni sit concessa aqua, alteri per eundem locum iter cedi non posse; quæ est species conuersa. Item supra riuum alienum, alterum pontem fieri non posse itineris causa, potest alterius aquæ causa, *d. l. supra iter.*

Ad Leg. XV. Quintus Mutius.

D *Q. Mutius scribit, cum iter aquæ vel quotidianæ vel æstiuæ, vel quæ interualla longiora habeat, per alienum fundum erit, licere fistulam suam, vel fictilem, vel cuiuslibet generis in riuo ponere, quæ aquam latius exprimeret: & quod vellet, in riuo facere licere, dum ne domino prædij aquagium deterius faceret.*

IN hac *l.* tractatur de seruitute aquæ quotidianæ vel æstiuæ. *Aqua quotidiana* est ea, quæ quotidie duci potest, id est, quæ ita constituta est, vt quotidie duci possit, *Æstiua* est, quæ æstate debetur, non hyeme. Est præterea aqua, quæ longiora interualla habet. ea est, quæ exempli gratia, alternis annis ducitur, veluti quinto quoque anno. Nunc colligamus ex hac *l.* eum, cui aqua debetur, fistu- E lam in riuo ponere posse, quæ latius aquam exprimat, si modus videlicet aquæ dictus non sit: vt puta si dictum non sit, vt digitus aquæ duceretur vel fistula. Fistula proprie est plumbea, ideo fistulæ separantur à tubulis fictilibus & canalibus qui lignei sint, *l. 3. § si quis, de riuis, l 1. §. cloacæ, de cloac l & quamquam 49 de contrah empt.* Pallad. *libro 9 cap* 11. *de re rust. Cum dicenda est, aqua, ducitur aut forma structili, aut plumbeis fistulis, aut canalibus ligneis, aut fictilibus tubis.* Vitruuius lib. VIII. 7. Cæterum in hac *l.* fistulæ nomen generaliter accipitur, vt in *l si prius 17 §. placuit, de aq. & aq. plu. arc* Ex qua notandum est, moris fuisse vt aqua duceretur per fistulas, non per lapidem stratum: Eodemque modo is, cui iter concessum est, non po-

est iter lapide sternere, *l. loci corpus 4. §. si quis, si seru. vind.* Postremo ex hac *l.* notandum est, eum, cui aqua concessa est, ita aquam ducere posse, modo non faciat aquagium deterius; hoc vocabulo lex vtitur: à Græcis ὑδραγώγιον dicitur, à Latinis, aquæductus, *l hoc iure 3. §. is quiius, & l. vlt. de aq. quotid. & æst.* Ita etiam appellatur in *l. si in partem 9. quemad. seruit. amit.* Sext. Pompe. aquagium, quasi aquæ agium, & *l. 1. de riuis.* Et qui aquam ducit, actor appellatur, *l. 1. §. illud Labeo, de aq. quotid. & æst.* Ex quibus apparet, aquam agi.

Ad Leg. XVI. Diuus Pius.

D. Pius aucupibus ita rescripsit: οὐκ ἔστιν εὔλογον, ἀκόντων τῶν δεσποτῶν ὑμᾶς ἐν ἀλλοτρίοις χωρίοις ἰξεύειν, *id est:* Non est rationi consentaneum, vt per aliena prædia inuitis dominis aucupium faciatis.

NOn licet inuito domino aucupari & venari in alieno agro: licet quidem, nisi dominus prohibeat. Hoc in loco inuitum accipimus pro prohibente & contradicente, *l. quod enim 3. de acq. rer. dom.* Non licet etiam piscari in piscina vel lacu alieno, *l. iniuriam 13. §. vlt. de iniur.* De flumine publico videamus, an quis prohibeatur in eo piscari? Minime. Si quis piscari velit ante ædes alienas vel prætorium prohiberi potest: sed qui aliquem prohibet piscari in flumine publico, tenetur iniuriarum, *d. §. vlt.* Notandum est tamen interdum prohiberi quem piscari in diuerticulo fluminis, *l. si quisquam 7. de diuers. & tempor. præscript.* videlicet, si hoc obtinuero longa consuetudine. Et in ea lege, *pluribus annis* significari longum tempus. Opponitur *l. præscriptio 45. de vsucap.* in qua lege ponitur hæc regula: *Exceptionem longi temporis nihil valere ad obtinenda loca iure gentium pulbica.* Huius regulæ in ea lege duo ponuntur exempla: Vnum, si quis ædificauerit in litore, & dirutum sit funditus ædificium: nam is non potest alium eum locum occupantem prohibere præscriptione longi temporis: nam in eo loco diruto ædificio nihil iuris habet. Alterum exemplum est, si quis longo tempore piscatus sit in diuerticulo fluminis: nam hic non potest alium prohibere. Lex *si quisquam* est Martiani ex *lib. 3. Instit.* in quo libro Martianus scripsit, eum, qui ædificat in litore, ædificij esse dominum, quamdiu manet, diruto autem ædificio dominum esse desinere, *l. in tantum 6. de rer. diuis.* Eodem libro Martianus scripsit, eum, qui piscatus est in diuerticulo fluminis longo tempore, alterum eodem iure vti prohibere. Quod sic accipiendum est, si adhuc eo iure vtatur, id est, si piscari non desierit, & maneat in possessione piscandi, & eodem semper iure vtatur. nam si desierit piscari, alterum prohibere non potest eo iure vti. sicut diruto ædificio, soli dominus esse desinit: ita etiam si cesset piscari, ius hoc prohibendi amittit. Ita accipienda est *l vlt. de vsucap.* vt ex his apparet, nam ea proponit regulam, deinde duo exempla. Vt autem posterius exemplum priori sit simile, necesse est fingamus, eum desiisse piscari, & ita amisisse ius prohibendi. Hæc autem interpretatio, quæ verissima est, fuit Ioannis, quæ ab interpretibus non est intellecta, & tradita ab Accursio in *d l 7.*

Ad Leg. XVII. Imperatores.

Imperatores Antoninus & Verus Augusti rescripserunt, aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros diuidi oportere, nisi proprio quis iure plus sibi datum ostenderit. Item rescripserunt, aquam ita demum permitti duci, si sine iniuria alterius id fiat.

SCiendum est, ex flumine publico vnicuique permissum esse aquam haurire, *l. item sic 3. §. vlt. hoc tit.* Sed quæstionis est, an etiam vnicuique liceat aquam ducere ex A flumine publico? Et traditum est, aquæductum etiam permissum esse ex flumine publico, dummodo ea aqua non sit in vsu publico, id est, flumen non sit nauigabile: Nam si flumen sit nauigabile, aqua duci non potest: aut per hoc, aliud fiat nauigabile, *l quo minus 2 de fluminib. l. si autem 10. §. vlt de aq & aq plu. arc.* quæ ait: prætorem non concedere aquæductum ex flumine nauigabili, aut eo, ex quo aliud fiat nauigabile. Hoc autem non ita est accipiendum, vt prætoris sit aquam dare aut prohibere: nam hoc est principis: Sed ideo lex hoc dicit, quia prætor edicto pollicetur, se tuiturum eos, qui iure aquam ducunt, *l. aquam 4. C. de seruit. & aq.* alioqui licet aquam ducere ad irrigandos agros suos, & aquandi pecoris causa, vel amœnitatis causa, vt ait *l. hoc iure, 3. de aq. quotid. & æst.* Et huc pertinet lex B ista *Proprio iure,*] id est, priuilegio aliquo. Notandum autem est, priuilegia principum ita dari, vt nulli sint fraudi & damno, *l. ex facto 43. de vulg. & pupil. substit. l. pen. de natal. restit.* Propterea ita hæc aqua ducenda est, vt nemini fiat iniuria. Notandum est etiam, ita demum aquam duci, si id non prohibeat princeps aut senatus, vt ait *d. l. 2.* plerunque enim princeps flumen sibi vindicat, & constructis aquæductibus vult id publicis aquæductibus seruire. Et ex his aquæductibus, vel ex flumine seruiente aquæductibus, non potest aqua duci, nisi nominatim concessa sit à principe, aut vendita. Aquæ dandæ ius soli principi hodie competit, quam dat vel ex capite, vel riuo, vel castello, *l. 1. § permittitur, de aq. quotid. & æst.* Ius aquæ dandæ olim erat apud Ædiles: permissum etiam aliquando fuit censoribus. Frontin. in *lib. de aquæduct.* Hodie tamen hoc ius C soli principi competit, vt ait idem Frontin. Ager, qui irrigatur aqua publica, non impetrata à principe, publicatur. *l. 2. C. de aquæduct.* Item cautum fuisse edicto D. Neruæ Frontinus ait, ne duci possit caduca aqua. Ea autem est, quę abundat ex castello. Id fit, quoniam publice interest, eam fluere. Et hoc pertinet ad salubritatem vrbis & vtilitatem cloacarum abluendarum.

Ad Leg. XVIII. Vna est via.

Vna est via, etsi per plures fundos imponatur, cum vna seruitus sit. Denique quæritur, an si per vnum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto seruitus amitti- D *tur, an retineam seruitutem? Et magis est, vt aut tota amittatur, aut tota retineatur. Ideoque si nullo vsus sum, tota amittitur: si vel vno, tota seruatur.*

SEntentia huius legis hęc est, vnam esse viam, vnam seruitutem, quæ per plures fundos vni debetur. Pluralitas enim seruitutum non æstimatur ex fundis seruientibus, nec tot sunt seruitutes, quot sunt fundi seruientes, ex fundis dominantibus. Ideo si plures fundi vni fundo seruiant, vna est seruitus: at si vnus fundus pluribus seruiat, plures sunt seruitutes. Ex eo sequitur hanc viam retineri vel vsurpari per plures fundos, etiamsi quis non ierit nisi per vnum fundum; quia vna est semper via, hoc ostendit ista lex. Eodem modo, si per vnum fundum vni fundo via debeatur, ea retinetur, modo si is, cui ea debetur, vsus sit aliqua ex E parte, *l. si stillicidij 8 §. vlt & l si in partem 9. quemadm. seruit. amit l 8. §. vlt. si seru. vindic. Aut tota retineatur*] Quia cum vna sit seruitus, diuidi non potest. Ergo aut in totum amittitur, aut vsurpatur.

Ad L. XIX. Si vnus.

Si vnus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur, siue communis seruus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt: quia ita dari eis potest à te: ne si stipulator via plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.

VNus ex sociis frustra seruitutem stipulatur ad fundum communem. omnes quidem stipulari possunt, sed non vnus. Ratio hęc est, quia dari, id est cedi ei seruitus non potest. At inutilis est stipulatio, ex qua inutiliter agitur. Similis ratio ponitur in *l. liber 103. §. 1. de verbor. oblig.* Quinimo, si quis stipulatus sit seruitutem fundo suo, eo communicato, stipulatio exstinguitur, quoniam non potest pro parte ex stipulatu agere, *l. pro parte 11. de seruit.* Diuersum est, si omnes socij stipulati sint, tunc enim vtilis est. nec refert, an simul, an separatim stipulati sint. Item, si seruus communis stipulatus sit seruitutem, quęritur, quemadmodum acturi sint singuli, an agent pro parte? Minime. Quia seruitus indiuidua est. Singuli igitur seruitutem petent actione ex stipulatu. Mouetur hac ratione iuris: Nam si non possunt singuli agere in solid ū, si stipulator vita decesserit, pluribus relictis heredibus, singuli non possunt agere in solidum, quod tamen falsum est: Nam singuli heredes agunt in solidum, *l. via 17. de seruit.* Huius quæstionis summa hęc est. Vnus ex sociis seruitutem adquirere vel imponere non potest. Item, vnus ex sociis seruitutem stipulari aut promittere non potest. Tertio, vnus ex sociis seruitutem adquirere vel remittere non potest. Quarto, qui suo fundo stipulatus est seruitutem, fundo communicato stipulationem corrumpit: nam ea non transit in emptorem, id est, eum, qui suam partem ex venditione communicauit. Quinto, qui suo fundo stipulatus est seruitutem, pluribus relictis heredibus, non vitiat stipulationē, quia in eos transit stipulatio. Sexto & vltimo, qui suo fundo adquisiuit seruitutem, eo co n nunicato seruitutem non exstinguit, nam seruitus pro parte retineri potest. Huic legi obstat lex *2. & l. 3. de seruit. leg.* lex ait, seruum communem recte stipulari seruitutem ad fundum dominorum. lex 5. ait, seruo non recte legari seruitutem ad fundum dominorum. Existimo, idque omnes interpretes sequuntur, hac in re separanda esse legata à stipulationibus. Nam seruo communi ad fundum dominorum promitti seruitus potest, legari vero non potest: nam in legatis spectatur persona serui, non domini: & ideo, si cedente die legati liber inueniatur seruus, sibi adquiret legatum. Hoc autem legatum non potest adquirere, quia fundum domini non habet. In stipulatione autem spectatur persona domini, & statim stipulatio domino per seruum adquiritur. Est hæc differentia inter legata & stipulationes: In stipulatione spectamus præsens contractus tempus: in legatis non item, sed tempus cessionis, id est, quo cedunt ea legata, non quo relinquuntur. Ex eo sequitur, vt seruus hereditarius non possit stipulari vsumfr. etiam sub conditione, quia iacente hereditate nulla est persona, quæ frui possit, *l. vsusfructus 26. de stipulat seru* secus est in legato: Nam seruo hereditario recte legatur vsusfr. si præsens tempus spectes, non recte legatur, *d. l. vsusfr.* Præterea ex eo colligitur, si filiusfam. sub conditione stipulatus sit, & ea pendente, emancipatus sit, patri competit actio, non filio, quia præsens tempus spectatur, *l. si filiusfam. 78. de verb. obligat. l. qui legata 18. & l. non omne 144. de reg. iur.* Diuersum est in legatis: nam si sub conditione relinquatur filio, & pendente conditione, emancipatus sit filius, sibi adquirit legatum. Item conditionalis stipulatio transmittitur ad heredem, quia ex præsenti tempore vires accipit. Conditionale legatum non transmittitur ad heredem, quia nondum cessit. At in legatis cessionis tempus spectatur, *§. ex conditionali, Institut. de verb oblig.* Sic in proposito nostro, seruus recte stipulatur seruitutem ad fundum domini, & statim ea stipulatio domino prodest, non tamen recte legatur seruitus seruo ad fundum domini. Et in summa, sciendum est, ita demum posse relinqui seruo, si cum domino sit testamenti factio, id est, si dominus sit capax: seruo non recte relinquitur, si cum domino non sit testamenti factio. *l. seruus hereditarius, d. l. non minus 31. de heredib. instit.* Sed hæc quanquam ita sint, tamen quæ relinquuntur, ex persona serui valent, si ei seruo, facto libero competere possunt: ideoque legatum seruitutis ad fundum domini non valet, quia

Digest.

A libero facto competere non potest, quia fundum domini non habet. Postremo, seruo eadem ratione recte legatur res domini, quia liber factus potest capere legatum, ipsi tamen domino non recte res sua legatur, *l debitor 82 §. seruo, de leg. 2.* Denique quod domino legari non potest, plerunque seruo eius recte legatur, & contra.

Ad Leges XX. XXI. XXII. & XXIII.

LEges 20. 21. 22. 23. facile intelligi possunt ex his, quæ dicta sunt supra. *L. 21.* explicata est ad legem 13. item *l. 23.* quam etiam vide ad *l. 6. §. 1. inf. tit. vlt.*

Ad L. XXIV. Ex meo.

B *Ex meo aquæductu Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, vt ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam seruitus adquisita sit, vti ea possit. Proculi sententia verior est.*

SCiendum est, aquæductum in fundo seruiente, mutari vel transferri non posse, id est, per aliam partem duci non posse quam per eam qua consueuit. argumentum est ex *l. si cui simplicius 9. de seruitut.* adiud argumentum est ex *l. 2. C. de seruit.* Non modus prædiorum, sed seruitus, id est, non pro modo prædiorum quolibet aquam ducere licet, sed quo primum adquisitum est, eo demum aquam ducere licet. Et hic est terminus aquæductus. Ex eo sequitur, me non posse ex meo aquæductu alij aquam accommodare: nam hoc fieri non potest, quin aquæductus distrahatur. Et hac in re merito reprehenditur Labeo à Proculo, qui dicebat ius esse aquam accommodandi; & refertur sententia Labeonis non tantum in hac l. sed & in *l. 1. §. Labeo, de aq. quotid & æst.* Qui §. videtur pugnare cum hac lege, nisi dicamus, ibi proponi sententiam Labeonis, quæ hic à Proculo reprehenditur.

C

Ad L. XXX. Qui duo.

Qui duo prædia habebat, in vnius venditione aquam, quæ in fundo nascebatur, & circa eam aquam late decem pedes exceperat. Quæsitum est, vtrum dominium loci ad eum pertineat, an vt per eum locum accedere possit? Respondit: si ita recepisset, circa eam aquam late pedes decem *iter duntaxat videri venditoris esse.*

D

PErtinet etiam ad hanc quæstionem *l qui duo prædia, 30. h. t.* Huius species hæc est: Quidam habebat duo prædia confinia, summum & imum, superius & inferius, vel altum & humile: vendidit prædium superius ea lege, vt liceret emptori sulcum aquarium facere, aquæ deriuandæ causa in imum fundum, vel exsiccandi sui prædij empti causa. Sulci aquarij sunt per quos aqua collecta educitur elicibus, & appellantur ὑδραγωγοί in *l. 1. § item Sabinus, de aq. & aq plu. arc.* Quæ vox Latina est, & ea sępe vsus est Columella, dicta ab eliciendis aquis: nam & eadem forma Aquilices sunt, qui periti sunt aquarum eliciendarum, *l. vlt. de iur. immun. & August. l. 3 contra Marcionem.* Quæstionis est, si emptor ex alio deinde fundo aquam acciperet, an eam possit in imum fundum immittere & deriuare? Respondit IC. inferiorem fundum de superiore defluentes aquas non recipere, nisi superioris fundi siccandi gratia: igitur recipiet aquam ex conuentione, quæ ibi imbribus colligitur & excrescit, non cogetur autem aquam recipere, quam emptor ex alieno fundo accipit: nam ea non fuit lex seruitutis.

E

Ad L. XXXIII. Cum essent.

Cum essent mihi & tibi fundi duo communes, Titianus & Seianus, & in diuisione conuenisset, vt mihi Titianus, tibi Se-

ianus cederet, inuicē partes eorum tradidimus, & in tradendo dictum est, vt alteri per alterum aquam ducere liceret, recte esse seruitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit.

HVc etiam pertinet *l. cum essent §. per plurium, hoc tit.* Ex initio huius legis hoc colligitur, lege vel pacto diuisionis, quæ traditione sumpserit effectum, seruitutem constitui posse: nam potest etiam seruitus constitui lege venditionis. Ergo constituetur etiam pacto diuisionis, quia diuisio vicem obtinet emptionis, *l. 1. C. commun. vtr. iud.* Potest etiam seruitus constitui lege permutationis, cuius etiam vicem diuisio obtinet, *l. cum pater 77. §. hereditatem 18 de leg. 2.* Quinimo, diuisio proximior est permutationi, quam emptioni. permutatio non fit solo consensu, sed traditione, *l. 5. C. de rer. permut.* Sic etiam diuisio non fit nisi traditione, non nudo pacto, *l. diuisionis 45. de pact.* Sic igitur concludamus: quamuis diuisio proprie non sit contractus, tamen pacta, quæ adiiciuntur diuisioni rerum, vtilia sunt ad agendum, modo adiiciantur ex continenti, & omnino pacta, quæ adiiciuntur quibuslibet traditionibus rerum, pariunt actionem, *l. in traditionibus, sup. de pact.* Et hinc notandum est, quod & dictum est supra in *l. via constitui 23. §. vlt. h. t.* legendum esse, *diuisionis iure*, pro, *diuisi iure.* ait: *tradimus*: nam necessaria est traditio. *Maxime*] id dicit, quoniam pactum sufficit.

Ad §. 1. Per plurium.

§. 1. Per plurium prædia aquam ducis quoquo modo imposita seruitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuiuis, neque alij vicino, poteris haustum ex riuo cedere: Pacto enim vel stipulatione interuenientibus, & hoc concedi solet, quamuis nullum prædium ipsum sibi seruire, neque seruitutis fructus constitui potest.

EX §. *per plurium* id colligitur, eum, qui ducit aquam per plurium prædia, nemini eorum ex riuo aquæ haustum largiri posse, quia seruitus seruitutis esse non potest, *l. 1. de vsufr. leg.* & ideo in seruitute, quæ mihi competit, non possum alij ius constituere, vt in aquæductu non possum aquæ haustum constituere, ne videatur aquæ ductus aquæhaustum debere, id est, ne videatur seruitus seruitutem debere. Item, quia domini prædiorum in re sua seruitutem habere non possunt: quia nemini prædium suum seruire potest. Lex tamen ait, id effici posse pactis vel stipulationibus, vt is videlicet cui aquæductus ceditur, possit ex riuo aquæ haustum cedere eis per quorū riuos aqua ducetur, *l. Labeo 2. de riuis.* Ita vero non constituetur aquæ haustus, nec seruitus, sed pacto & stipulatione id consequemur, vt liceat nobis dominis prædiorum, per quę aqua ducitur, aquæ haustum cedere. Legendum est: *duci*, pro *ducis*. Et sic loquitur *l. refectionis 11. commun. præd. Seruitutis fructus.*] Perperam quidam legunt: *seruitus fructus.* Dicitur vsusfructus itineris, actus viæ, &c. in *l. 1. de vsufr leg.* Leges 25. 26. vsque ad l. 37. inclusiue facile intelligi possunt ex his, quæ dicta sunt supra.

Ad l. vlt.

Flumine interueniente via constitui potest, si aut vado transiri potest, aut pontem habeat. Diuersum, si pontonibus traiiciatur. Hæc ita, si per vnius prædia flumen currat, alioquin si tua prædia mihi vicina sint, deinde flumen, deinde Titij prædia, deinde via publica, in quam iter mihi adquiri volo, dispiciamus ne nihil vetet à te mihi viam dari vsque ad flumen, deinde à Titio vsque ad viam publicam. Sed videamus, num etsi tu eorum prædiorum dominus sis, quæ trans flumen intra viam publicam sint, idem iuris sit: quia via consummari solet, vel ciuitate tenus, vel vsque ad viam publicam, vel vsque ad flumen, in quo pontonibus traiiciatur, vel vsque ad proprium aliud eiusdem domini prædium. Quod si est, non videtur interrumpi seruitus, quamuis inter eiusdem domini prædia flumen publicum intercedat.

VT intelligatur hæc lex, sciendum est, quatuor esse viarum genera. est via publica, vicinalis, agraria (& hæc tria genera sunt publicarum viarum) est etiam via priuata, & hæc priuata est seruitus viæ. Hæc genera viarum ponuntur in *l vlt. de loc. & itin. publ. l. prætor ait 2. §. viarum 22. ne quid in loco publ. & §. item si putator, Instit. de lege Aquil.* & ibi Theop. Describuntur etiam hæc genera viarum à Siculo Flacco in lib. de limitibus agr. *Via publica* est ea, quæ dicitur militaris & prætoria & consularis, regalis à Siculo Flacco. Viæ publicæ *consummari* solent (hoc enim verbo lex vtitur) vsque ad vrbes, vel ad vsque mare, vel vsque ad flumen publicum, vel vsque ad aliquam viam publicam. *Vicinales viæ* sunt, quæ ducunt in vicos: eas etiam dicunt publicas, quia vniuerso populo iter præstant. Et hæ consummantur vel vsque ad aliam viam publicam, vel sine exitu intermoriuntur. *Via agraria*, quæ etiam publica dicitur ratione prædicta, & hæc à via publica dirigitur in villas vel colonias. Postremo est *via priuata*, & hæc est seruitus, & non præbet iter omnibus, sed ei cui concessa est: ideo priuata dicitur: & consummatur vel vsque ad ciuitatem, vel vsque ad aliud prędium proprium domini, vt ait hęc lex vltima. Cur ait *ad aliud proprium prædium?* quia commune prędium nobis seruire non potest, *l. si vnus 19. sup. h. t.* Consummatur etiam vsque ad viam publicam, vel etiam vsque ad flumen, quod pontonibus traiicitur. *Pontones* sunt naues traiiciendis fluminib. aptę. Apuleius lib. 3. *de asino aur.* Aut ergo flumen traiicimus vado aut pontonibus. Nunc proponatur quęstio huius l. An flumen publicum impediat & interrumpat seruitutem viæ, si videlicet inter media fluat prædia? Lex ita distinguit: aut flumen transiri potest vado, vel pontem habet, & tunc non obstat seruituti viæ, non magis quam locus publicus, *l. si prius 17. §. via, & §. si non, de aq. & aq. plu. arc.* Diuersum est, si flumen traiiciatur pontonibus, id est, fluminis magnitudo transeuntibus impedimento sit. Itaque interueniente tali flumine, omnis videtur interrupta seruitus viæ. Et hoc est, quod proponitur initio. *Si per vnius prædia*] id est, si per vnius domini prædia flumen fluat: vel, si inter vnius domini prædia flumen fluat. Virgil.

Et via secta per ambas. Et paulo post:

In morem fluminis actus. Lib. 1. Georg.

Videndum est igitur quid iuris sit, si duorum dominorum prædia flumen interfluat: Finge: fundus tuus fundo meo est vicinus, deinde vltra tuum fundum est flumen publicum, deinde vltra flumen est fundus Titij, atque ita flumen duorum dominorum prædia interfluit; deinde est via publica. ego volo in eam viam pergere per fundum tuum & fundum Titij. Quæritur an interuentu fluminis via constitui possit. peto vt mihi viam cedas, an potero hoc facere? Lex ait, posse: Nam tu mihi viam cedes vsque ad flumen publicum, & inibi consummabitur. Porro Titius mihi viam cedet vsque ad viam publicam, ideo duplici cessione, h. e. tua & Titij, mihi via adquiretur. Nunc ait IC. Si ita via cedi potest, flumine duorum prædia intercurrente, cur non poterit cedi eiusdem domini prædia flumine interfluente? Si potest vno modo via cedi, potest & altero. Concludit igitur I C. posse viam cedi, etiamsi flumen vnius domini prædium intercurrat, quamuis tale sit flumen, vt traiiciatur pontonibus. *Alioquin.*] id est, cæterum, vt sæpe accipitur in libris nostris, ne hic significet absurdum, quod cæterum etiam aliquando significat. *Intra,*] id est, citra, quod notat Gellius.



AD TITVLVM IV.

Communia Prædiorum.

Ad Leg. I. Ædificia.

Ædificia, vrbana quidem prædia appellamus. ceterum etsi in villa ædificia sint, æque seruitutes vrbanorum prædiorum constitui possunt, §. 1. Ideo autem hæ seruitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt: nemo enim potest seruitutem adquirere vel vrbani, vel rustici prædij, nisi qui habet prædium.

QVæro in primis, quid hic titulus distet a generali titulo *de seruitutibus?* In titulo de seruitutibus, propositæ sunt species seruitutum, & ea, quæ pertinebant ad substantiam seruitutis: Item modi, quibus seruitutes constituuntur, & hæc proœmia quædam sunt ad quæstiones de seruitutibus. Deinde separatim tractatum est de seruitutibus vrbanis, & de rusticis. Nunc datur titulus in quo traduntur ea, quæ communia sunt vrbanorum & rusticorum prædiorum. Sic in Codice post tit. *de legat. & fideicomm.* datur titulus, *commun. de legat.* Eadem ratione datur titulus Cod. *commun. vtr. iudic.* Et, *commun. de vsucap.* Et, *commun. de manumiss.* Explicatis igitur propriis singularum seruitutum, dantur communia. Et statim in *l.* 1. hoc traditur, esse commune omnium seruitutum, vt adquiri non possint nisi ab his, qui prædia habent, quod satis perspicuum est. Hæc enim iura sunt prædiorum, non hominum: ideo ratione prædiorum homines ea adquirunt, & exstinctis personis, quibus hæc iura cessa sunt, non exstinguuntur hæc iura, ideo non sunt personalia.

Ad Leg. II. De aqua.

De aqua per rotam tollenda ex flumine, vel haurienda, vel si quis seruitutem castello imposuerit, quidam dubitauerunt, ne hæ seruitutes non essent: sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adiicitur, licet seruitus iure non valuit, si tamen hac lege comparauit, seu alio quocunque legitimo modo, sibi hoc ius adquisiit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit.

HVius legis quæstio valde est obscura, & ei locus esse potest non solum in agro, sed etiam in vrbe, & in hac tractatur de aquæ haustu ex flumine. Lex non ait, ex flumine publico, nam qui ad flumen publicum aquæ haustum cedit, nihil agit: & ideo tractatur de flumine priuato, *l. item sic 3. in fin. de seruit. rust. præd.* Sunt enim quædam priuata flumina, *l. 1. §. 1. de flumin. l. nemo 4. in fin. de rer. diuis.* Omnia pene flumina publica sunt: Ideo ait, *pene*, quia quædam sunt priuata. Aquæ haustus, est ius prædij non personæ, *l. si mihi eodem 20. in fi. de seruit rust. præ.* Hoc vero ita procedit, si aqua hauriatur vrnis aut vrceis, aut situlis aquariis, vel aliis vasibus ad aquam hauriendam accommodatis. Quid autem fiet, si aqua hauriatur machinis aut organis? Machinæ quibus hauritur aqua, hæ sunt, quæ etiam hodie sunt in vsu, rota, tympanum, cochlea, Vitruuius lib. 10. c. 9. & 11. Qui locus valde notandus est, nam sine eo hæc lex intelligi non potest. Quæstio ergo legis est, quid iuris sit, si aqua hauriatur his machinis. His hodie vtuntur, qui ædificare volunt in flumine, vt exinaniant flumina, & his exprimitur magna vis aquæ: aquam alte tollunt, non recta linea. Finge igitur: Mihi concessisti ius mihi esse ex tuo proprio flumine aquam haurire per machinas, vtputa per rotam. Quæro,

A an tale ius hauriendæ aquæ sit seruitus & imponi possit? Constat personæ hoc ius tribui. Nihil enim est, quod non possit personæ acquiri pacto & stipulatione, modo id sit honestum. Sed quæritur, an adquiratur prædio? Hæc est quæstio. Altera, an castello hæc seruitus imponi possit? Castellum plerunque significat receptaculum aquæ publicæ, *l. 1. §. hoc interdictum, 39. de aqu. quotid. & ust.* Inde etiam veteribus, is qui præerat castellariæ aquæ, dicebatur castellarius. Marianus libro 4. Topographiæ vrbis Romæ monumentum adfert, in quo ostendit, eum, qui præest castellis publicis, *Castellarium* vocari. Castellum significat conceptaculum vel receptaculum aquę priuatæ: sic etiam in *l. fistulas 78. de contrah. empt. l. fundi 17. §. castella, l. si venditor 38. de act. emp. l. fistulam 19.*
B *de seruit. vrb. præd.* Sed hoc in loco, *castellum*, est immissarium siue receptaculum aquæ, quę sublata altius per rotam, ad imum reuertens in id castellum influit atque diffunditur, atque ita castellum accipit Vitruuius lib. 10. c. 7. Quæstio est, in eiusmodi castello siue immissario an seruitus imponi possit, vel adquiri? *Tollenda)* id est, altius tollenda, vt ait Vitruuius loco citato, vel haurienda per tympanum. Nam vt idem Vitruuius scribit: Tympanum aquam non altius tollit, sed exhaurit expeditissime magnam multitudinem. Quæstio igitur est, an hæ seruitutes sint? Respondeo: Ipso iure seruitutem non esse. Cur ita? Nam vix est, vt prædia tanta aqua indigeant, vt adhiberi machinas oporteat: at seruitutes ipso iure constitui non possunt vltra quam opus sit ad prędia. Hæc est sententia *l. ergo 5. in fi. de seru. rust. præd.* Alia ratio est: Quia aquæ haustus ipso
C iure non recte ceditur ex castello, quia castellum perpetuam causam non habet, sed cedi debet ex capite aquæ haustus. Ex capite, id est, ex origine. Respondet tamen Iurisconsultus, hæc iura tuitione prætoris defendi ex rescripto D. Antonini: Nam & hodie receptum est, vt quocunque loco seruitus constitui possit, *l. seruitus 9. de seru. rust. præd. Iure.*] id est ipso iure.

Lex 3. & 4. apertæ sunt.

Ad Leg. V. Proprium.

Proprium solum vendo: an seruitutem talem iniungere possim, vt mihi & vicino seruiat? Similiter si commune solum vendo, vt mihi & socio seruiat, an consequi possim? Re-
D *spondi, seruitutem recipere nisi sibi nemo potest: adiectio itaque vicini, pro superuacuo habenda est, ita vt tota seruitus ad eum, qui receperit, pertineat. Solum autem commune vendendo, vt mihi & socio seruiat, efficere non possum, quia per vnum socium communi solo seruitus adquiri non potest.*

CVm hac lege, quæ est Iaboleni, coniungenda est *l. fundus 64. de contrah. emp.* Vtraque est eiusdem auctoris & ex eodem libro. Illud in primis notandum est, liberum hominem frustra alteri stipulari, atque ita reus stipulandi non est, qui ita stipulatur, quia inanis est stipulatio. Reus tamen promittendi est, qui pro altero promittit, vt fideiussor. Hæc differentia ex Ælio Gallo à Sexto Pompeio traditur in verbo, *Reus* Pręterea liber homo
E frustra emit & paciscitur alteri, *l. quo tutela 73. de reg. iur. l. stipulatio ista 38. §. alteri, de verb. oblig l. quacunque 11. de oblig. & act.* Sed quæro, quid sit iuris, si sibi quis fundum emat, & alteri, vtrum in totum an in partem consistit emptio, an omnino non consistit, & prorsus inutilis est? Respondeo, in totum consistere emptionem: nam alterius mentio circumscribitur, alterius persona inutilis & superuacua est, ac proinde est, ac si sibi soli emisset. *l. fundus 64. de contrah. empt.* Idem est, si quis in vendendo fundo sibi & alteri seruitutem exceperit: nam alterius adiectio pro superuacua habetur, ideo sibi soli seruitutem excipit, vt heic. Sed quæritur quid iuris sit, si quis in vendendo fundo communi, sibi & socio seruitutem excepetit? Et hoc quidem facile expediri potest. Inutilis est exce-

ptio, quia per vnum ex sociis seruitus adquiri non potest. *Receperit)* id est, exceperit, vt sæpe in libris nostris. Sed quæro quid iuris sit, si quis stipulatus sit, *sibi & alteri fundum tradi,* an æque dicemus, alterius mentionem remouendam & circumscribendam esse? Sic videtur. Et ideo stipulatori in solidum competit actio, circumscripta mentione alterius: nam hæc stipulatio, *fundum tradi,* non potest diuidi, vt *l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. obligat.* Diuersum est, si quis stipulatus sit *summas*: nam summarum stipulationes diuidi possunt. Ideo si quis stipulatus sit *sibi & Titio decem,* non poterit petere nisi quinque §. *quod si quis, Institut. de inutil. stipul. l. si mihi 110. de verbor. obligat.* Ratio hæc est: nam qui stipulatur *sibi & Titio decem,* vna decem communiter stipulatur, id est, non sentit, vt vna decem dentur quemadmodum cum testator legat Titio & Gaio decem, *l. eum qui 56. de verbor. oblig.* Idem ostendit *l. si quis testamento 79. de legat. 1.* Ergo cum summæ deductę sunt, alter, cuius mentio facta est in stipulatione, partem facit.

Ad Leg. VI. Si quis duas.

Si quis duas habeat ædes, & alteras tradat, potest legem traditioni dicere, vt vel ista quæ non traduntur, serua sint his, quæ traduntur: vel contra, vt tradita retentis ædibus seruiant. Paruique refert, vicinæ sint ambæ ædes an non. Idem erit & in prædiis rusticis: Nam & si quis duos fundos habeat, alium alij potest seruum facere tradendo. Duas autem ædes simul tradendo, non potest efficere alteras alteri seruas: quia neque adquirere alienis ædibus seruitutem, neque imponere potest.

1. §. *Si quis partem ædium tradet, vel partem fundi, non potest seruitutem imponere, quia per partes seruitus imponi non potest, sed nec adquiri. Plane si diuisit fundum regionibus, & sic partem tradidit pro diuiso, potest alterutri seruitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod & in ædibus potest dici, si dominus pariete medio ædificato, vnam domum in duabus domibus accipi debet.*

§. 2. *Item si duo homines binas ædes communes habeamus, simul tradendo, idem efficere possumus, ac si ego solus proprias binas ædes haberem. Sed & si separatim tradiderimus, idem fiet, sic tamen vt nouissima traditio efficiat etiam præcedentem traditionem efficacem.*

§. 3 *Si tamen alteræ vnius propriæ sint ædes, alteræ communes, neutris seruitutem vel adquirere vel imponere me posse Pompon. lib. 8. ex Sabino scripsit.*

§. 4. *Si in venditione quis dixerit, seruas fore ædes quas vendidit, necesse non habet liberas tradere. Quare vel suis ædibus eas seruas facere potest, vel vicino concedere seruitutem, scilicet ante traditionem. Plane si Titio seruas fore dixit, si quidem Titio seruitutem concesserit, absolutum est: si vero alij concesserit, ex empto tenebitur. A quo non abhorret, quod Marcellus lib. 6. Digestorum scribit: si quis in tradendo dixerit fundum Titio seruire, cum ei non seruiret, esset autem obligatus venditor Titio ad seruitutem præstandum, an agere possit ex vendito, vt emptor seruitutem imponi patiatur prædio, quod mercatus est. magisque putat permittendum agere. Idemque ait, & si possit venditor Titio seruitutem vendere, æque agere permittendum. Hæc ita demum, si recipiendæ seruitutis gratia, id in traditione expressum est. Cæterum si quis (inquit) veritus, ne seruitus Titio debeatur, ideo hoc excepit, non erit ex vendito actio, si nullam seruitutem promisit.*

EX initio huius legis colligitur, pacto traditionis & lege seruitutem constitui posse: Ideo, qui binas ædes habet, vnas tradendo, alteras seruas alteris efficere potest, idque lex traditionis facit. Vt autem hoc intelligatur esse commune omnium prædiorum, lex ait, idem esse in prædiis rusticis: idem ostendit *l. 3. hoc tit.* Quæro quid iuris sit, si qui binas æ des habet, eas simul tradat, nec vllas retineat, an in tradendo poterit alteras alteris seruas facere? Lex ait in §. 1. non posse, ne videatur alienis ædibus seruitutem adquirere. Huic sententiæ opponitur, *l. si cum duas 8. hoc tit.* quæ aperte ait contra quod hic dicimus. Distinguendum est: aut simul quis ædes tradit, aut separatim, eodem tamen momento. Si simul tradat vel vni vel pluribus communi nomine ementibus: hoc casu alteras alteri seruas efficere non potest, ne videatur alienis ædibus seruitutem adquirere. Quod si separatim tradat, eodem tamen momento, vtputa, vni vnas, alteri alteras, hoc casu confestim potest alterutris ædibus seruitutem imponere vel adquirere, quia tunc videtur suis ædibus adquirere, non alienis. nam id facit ante peractas traditiones. Inde hoc colligendum est, posse me meis ædibus seruitutem imponere vel adquirere, etiamsi statim eas traditurus sim, & dominium earum statim a me discessurum sit. Atque ita accipienda est *d. l. si cum duas.* Nam ibi duas ædes simul duobus non tradidit, sed separatim. Hæc de ædibus traditis. Nunc dicamus de parte ædium, vel parte prædij. Adhibenda est distinctio: aut tradita est pars pro diuiso, aut pro indiuiso. Si pro indiuiso tradita sit alterutri parti, non potest seruitus adquiri vel imponi. Ratio nota est, quia seruitus constitui non potest pro parte indiuisa, *l. pro parte 11. de seruit.* Quid tamen, si pars tradatur pro diuiso? Tunc certum est, recte seruitutem constitui in alterutra parte: quia non videtur seruitus constitui pro parte: Nam pars diuisa iam proprie pars non est, sed totum, *l. recte dicimus 25. de verb. signif.* Et hæc sententia huius §. Hæc hactenus dicta sunt de vno domino, qui duo aut plura prædia habet. Videamus nunc quid iuris sit, si plures sint domini binarum ædium pro indiuiso: Quæro, an possint alteras ędes tradendo eam legem traditioni dicere, quam dicit is, qui binas ædes solus habet? Hoc explicatur in §. *item si duo.* In quo ostenditur, idem esse in pluribus dominis, quod in vno. Ergo quod vni datur, datur pluribus dominis. Parum etiam refert, an simul eas tradant, an separatim, quia vtroque casu valet seruitus. Cæterum nouissima domini traditio confirmat priorem, neque vt quis tradidit seruitus constituta est, sed posterior est exspectanda, *l. per fundum 11 de seruit. rust. præd.* ideo non videtur vnus recte constituisse seruitutem nisi denuo alter cedat, & hæc retrotrahitur. Quare exspectatur posterior cessio: Quia per vnum ex sociis seruitus imponi vel acquiri non potest. Ex hac regula hoc etiam efficitur in hoc §. vt, si sint duæ ædes, alterę propriæ, alterę communes, non possit quis proprias communibus seruas facere, aut communes propriis, quoniam vnus ex dominis imponere seruitutem non potest. Potest quis contra hanc sententiam argumentari; Prædium commune seruire potest proprio, vel contra, *l. si communi 27. de seru. rust. præd.* Cur ergo non licebit ædes proprias communibus seruas facere, vel contra? Respondeo: Proprium prædium communi seruire potest, vel e contra, si ante communionem prędij acquisita sit seruitus. post communionem autem hoc fieri non potest. Sic etiam ante communionem seruitus pro parte retinetur à fundo postea communicato: Post communionem vero per partem seruitus acquiri non potest, *l. vt pomum 8. §. 1. de seruit.* Ergo facilius retinentur seruitutes, quam acquiruntur. Quod etiam obseruatur in plerisque iuris articulis, vt furiosus, post furorem matrimonium contrahere non potest, sed contractum non dissoluitur. Quæritur nunc quid fiat si quis in tradendo non dixit, *ædes seruas fore,* sed in vendendo, & ædes non sint seruæ? Eas seruas facere potest, quia dixit fore seruas quamuis liberę fuerint: Potest etiam ante traditionem cedere & seruas facere, non autem post traditionem, quia traditione alienæ fiunt. Quæro quid iuris sit, si per errorem aut obliuionem eas liberas tradiderit? Hoc casu dabitur ei actio ex vendito, in hoc vt patiatur emptor seruitutem imponi, aut ipse imponat, *l. si tibi 8. de act. emp. l. si binarum 35. de seruit. vrb. præd.* Nunc videamus, quid iuris sit, si in vendendo dixerit, *ædes seruas esse,* an si liberæ fuerint, eas seruas efficere poterit?

Minime. quia cum ait *ſeruas fore*, ius ſibi reſeruat: non cum ait, ſeruas eſſe, *l. ſcribit 34. §. idem ſcribit, de auro & arg. leg.* Rurſus quæritur, quid fiet, ſi in vendendo ſeruas ędes, nec eas eſſe ſeruas dixerit, nec fore dolo malo? Placet hoc caſu dari actionem quanto minoris, id eſt, quanto minoris emiſſet ſi ſciuiſſet ædes ſeruas eſſe, vel actionem ex empto. Actio ex empto datur in id, quod intereſt, ædes liberas traditas non eſſe, *l. quoties 61, de ædil edic. l. quæro 39. de act. emp.* Explicanda hic eſt ſpecies eius *l. quæro.* In ea callidus quidam venditor ita dixit, cum nollet exprimere ſeruitutes, quas ſciebat certis perſonis deberi: *ſeruitutes ſi quæ debentur, debebuntur.* venditor hic tenetur ex empto in id quod intereſt; quia generalis ille ſermo, *ſeruitutes, ſi quæ debentur, debebuntur*, non pertinet niſi ad ea, quæ venditor non nouit, non etiam ad ea, quæ nouit, & quæ ſpecialiter exprimere potuit & debuit. Deinde quæritur in hoc §. quid iuris ſit, ſi quis dixerit in vendendo ędes, *ædes Seio ſeruas fore?* Et conſtat, eum poſſe Seio cedere ſeruitutem & vendere, idque *abſolutum eſt*, id eſt, nullam controuerſiam aut quæſtionem habet. Quid, ſi aliis cedat, quam Seio? Hoc caſu tenetur actione ex empto in id quod intereſt. Intereſt enim noſtra, vt potius huic, quam illi ædes noſtræ ſeruiant. Quid tamen eſt, ſi dixerit, *Titio ſeruas fore*, & liberas tradiderit? Placet hoc caſu dari actionem ex vendito, in hoc, vt Titio cedatur ſeruitus ab emptore, *d. l. ſi binarum.* Quid tamen eſt, ſi dixerit, *Titio ædes ſeruire?* Hoc caſu, ſi non ſeruiant Titio, non poterit eas Titio ſeruas efficere, vno caſu excepto, videlicet, niſi excipiendæ ſeruitutis animum habuerit: tunc enim perinde eſt, ac ſi dixiſſet, ędes Titio ſeruas fore, forſitan obligatus erat Titio ad præſtandam ſeruitutem. Poſtremo quæritur, quid fiat, ſi dixerit, *Titio ædes ſeruire*, & aliis ſeruiant? Hoc caſu tenebitur ex empto, in id quod intereſt, vt in ſpecie *l. minor 39. §. vlt. de euict.* in qua minor vendidit fundum, & dixit, in eo vſumfructum eſſe Titij, qui erat Gaij. Ait, tunc dari actionem ex empto. obſtat tamen huic ſententiæ *l. fundum 7. de act. emp.* quę ait, nihil referre, cuius vſusfructus fuerit, id eſt, eius quem dixit, vel alius. Diſtinguendum eſt: aut venditor detraxit vſumfructum, aut non. Si detraxit vſumfructum quamuis adiecerit, *vſumfructum eſſe Titij*, non tenebitur ſi alterius ſit vſusfructus: ideo quandiu viuet is, quem nominauit, pati debet emptor, vt vſusfructus alienus ſit. At in *l. minor* non deduxit vſumfructum, ſed ſimpliciter dixit, *vſumfructum eſſe Titij*, cuius ſi non fuerit, ſed alterius, non effugiet venditor actionem ex empto. Quid fiet, ſi generaliter quis dixerit, *ædes ſuas ſeruas fore, aut ſeruire*, nec ſeruitutem ſpecialiter declarauerit? Vel quid, ſi generaliter exceperit ſeruitutem, nec dixerit, quam exciperet, an dicemus, nihil actum eſſe? Prima ſpecie hoc videtur dicendum, quia incertum eſt, quæ ſeruitus ſit excepta. an dicemus, omnem ſeruitutem exceptam videri? Sic loquitur *l. in tradendis 7. hoc tit.* Sic etiam omni obligationi fideiuſſor accedere poteſt, *l. 1. §. oſtendimus, de ſuſpect. tutor. l. 1. de fideiuſſor.* Verius eſt, cuiuſcunque generis ſeruitutem volet, exceptam videri. Hæ duæ ſententiæ referuntur a Iuriſconſulto in *d. l. in tradendis*, quę verior ſit, non dicitur. Sed quoties Iuriſconſultus duas proponit ſententias, eam ſemper probat, quam poſteriore loco ponit.

Ad Leg. VII. In tradendis §. 1. Interpoſitis.

In tradendis vnis ædibus ab eo, qui binas habet, ſpecies ſeruitutis exprimenda eſt: ne, ſi generaliter ſeruire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum ſit, quæ ſeruitus excepta ſit, aut omnis ſeruitus imponi debeat.

§. 1. Interpoſitis quoque alienis ædibus imponi poteſt, veluti vt altius tollere, vel non tollere liceat, vel etiam ſi iter debeatur, vt ita conualeſcat, ſi mediis ædibus ſeruitus poſtea impoſita fuerit. Sicuti per plurium prædia ſeruitus imponi etiam diuerſis temporibus poteſt, quamquam dici poteſt, ſi A *tria prædia continua habeam, & extremum tibi tradam, vel tuo, vel meis prædiis ſeruitutem adquiri poſſe. Si vero extremo, quod retineam, quia & medium meum ſit, ſeruitutem conſiſtere. Sed ſi rurſus, aut id cui adquiſita ſit ſeruitus aut medium alienauero, interpellari eum, donec medio prædio ſeruitus imponatur.*

VT intelligatur ſententia huius §. ſciendum eſt, interpoſito fundo alieno, ſeruitutem ruſticam impediri, videlicet ſi fundus alienus interpoſitus non ſeruiat, *l. qui ſella 7. §. vlt. de ſeruit. ruſticor. præd.* Hæc obtinet in fundo, in ruſticis ſeruitutibus. Quid iuris eſt, in ædibus vrbanis, & ſeruitutibus vrbanis? Quædam ſunt in his, quæ recte imponuntur interpoſitis alienis ædibus, vt ſeruitus altius tollendi, & altius non tollendi, *l. ſi ædes 32. & l. ſeq. de ſeruit. vrban. præd.* B Ergo interpoſitis alienis ædibus quædam ſeruitutes vrbanæ recte conſtituuntur, vt ſeruitus, ne proſpectui officiatur. Et recte dixi: *quædam.* Nam omnes ita recte non conſtituuntur, vt iter in vrbe conſtitui non poteſt interpoſitis alienis ædibus. Hinc notandum eſt, iter eſſe vrbanam ſeruitutem aliquando, vt oſtendit hîc §. & *l. qui per certum 15. hoc tit.* Cæterum ait hic §. ſeruitutem itineris confirmari & conualeſcere, ſi poſtea adquiratur iter per medias ædes. Igitur interpoſitæ mediæ ædes non exſtinguunt ſeruitutem, ſed interpellant & impediunt. Hoc eſt commune omnium ſeruitutum, vt poſſint per plurium prædia diuerſis temporibus cedi. Itaque ſi mihi hoc tempore vlterior vicinus iter ceſſerit, proximior poterit poſtea cedere, *l. ſi prius 17. §. vlt. de aq. & aq. plu. arc.* C Hoc oſtenditur initio huius §. Verum, vt hæc intelligantur, fingenda eſt hęc ſpecies: Tres ſunt fundi continui & adiecti, id eſt, ex ordine locati, *l. tria prædia 31. de ſeruit. ruſt. præd.* vbi quidam legunt, *obiecta*, ſed legendum eſt, *adiecta*, vt *l. prædia 27. §. vlt. de inſtr. & inſtrum. leg.* primus, ſecundus, tertius. Primus extremus dicitur, ſecundus medius, tertius etiam extremus. Ab vtraque parte eſt vnus fundus, qui dicitur extremus. Non dicemus tamen, duo eſſe extrema, vel medium eſſe inter duo extrema, nunquam enim ita loquitur Cicero, nec alij probati auctores. Videamus nunc, quomodo his fundis adquiri ſeruitus poſſit. Si extremum fundum vendidero & tradidero, & duos retinuero, ſeruitus adquiri poteſt fundo tradito, & retentis meis adquiri ſeruitus, & hoc nullam dubitationem habet. D Sed quæritur, an poſſit adquiri ſeruitus fundo extremo, quem retineo? Reſp. poteſt: nam nihil obſtat medius fundus, cum ille medius fundus ſit meus. Quid tamen, ſi fundum extremum alienauero poſtea, cui ſeruitus adquiſita eſt? Tunc apparet ſeruitutem interrumpi, quoniam emptori medius fundus non ſeruit, & interpellatur ſeruitus, donec imponatur medio fundo à venditore. Item quęri poteſt, ſi hoc eodem caſu ego alienauero medium fundum, hoc etiam caſu interpellatur ſeruitus, donec emptor mihi cedat per medium fundum eandem ſeruitutem. Nam alienato fundo medio non poſſum vti ſeruitute. (*Eam*, legendum eſt, non *Eum.*)

Lex 8. explicata eſt ad leg. 6. hoc tit.

E

Ad Leg. IX. Si ei, cuius.

Si ei, cuius prædium mihi ſeruiebat, heres exſtiti, & eam hereditatem tibi vendidi, reſtitui in priſtinum ſtatum ſeruitus debet: quia id agitur, vt quaſi tu heres videaris exſtitiſſe.

PLures ſunt caſus, in quibus ſeruitutes, quæ ipſo iure amiſſæ ſunt, reſtituuntur. Vnus eſt in *l. in omnibus 18. de ſeruit.* Alius eſt in *l. ſi locus 14. quemadm. ſeruit amitt.* Tertius in *l. vnus 34. §. vlt. cum l. ſeq. de ſeruit. ruſt. præd.* Quartus eſt in h. l. cui etiam adiungenda eſt *l. venditor 2. §. pen. de hered. vend.* Caſus hic eſt: Is, cuius prędium mihi ſeruiebat, me heredem fecit. ego hereditatem adiui: aditione ſublata eſt ſeruitus & confuſa. Poſtea vero ego hereditatem vendidi. Quid agit, qui hereditatem vendit?

Vt is, qui emit, videatur heres extitiſſe, non is, qui vendit, vt penitus emptor ſuccedat in locum heredis, patiaturque actiones hereditarias, & intendat. Hoc etia n agitur, vt priſtina ſeruitus heredi reſtituatur, & ideo reſtituenda erit actione ex vendito. Reliquę *ll.* vſque ad *l. vlt.* pendent ex ſuperioribus.

Ad L. vlt.

Receptum eſt, vt plures domini & non pariter cedentes ſeruitutes imponant, vel adquirant: vt tamen ex nouiſſimo actu etiam ſuperiores confirmentur, perindeque ſit, atque ſi eodem tempore omnes ceſſiſſent: & ideo, ſi is, qui primus ceſſit, vel defunctus ſit, vel alio genere, vel alio modo partem ſuam alienauerit, poſt deinde ſocius ceſſerit, nihil agetur: Cum enim poſtremus cedat, non retro adquiri ſeruitus videtur: ſed perinde habetur, atque ſi poſt, cum poſtremus cedat, omnes ceſſiſſent. Igitur rurſus hic actus pendebit, donec nouus ſocius cedat. Idem iuris eſt, & ſi vni ex dominis cedatur, deinde in perſona ſocij aliquid horum acciderit. Ergo & ex diuerſo, ſi ei, qui non ceſſit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt. Tantum enim tempus eis remiſſum eſt, quo dare facere poſſunt, vel diuerſis temporibus poſſint. Et ideo non poteſt vni vel vnus cedere. Idemque dicendum eſt & ſi alter cedat, alter leget ſeruitutes: Nam ſi omnes ſocij legent ſeruitutes, & pariter eorum adeatur hereditas: poteſt dici vtile eſſe legatum. ſi diuerſis temporibus, inutiliter dies legati cedit: Nec enim ſicut viuentium, ita & defunctorum actus ſuſpendi receptum eſt.

IN hac l. ponitur initio hęc regula, quę iam ſæpe à me propoſita eſt: Vnus ex ſociis non poteſt ſeruitutem imponere vel adquirere, omnes poſſunt, idque vel ſimul vel ſeparatim. Et hoc quæſtionem non habet. Poſſunt etiam ſeparatim, id eſt, diuerſis temporibus. At cum diuerſis temporibus id faciunt, nouiſſimus actus priores confirmat, & videtur ſeruitus conſtituta, ex quo nouiſſimus ceſſit: nam primę ceſſiones ad nouiſſimum tempus ceſſionis trahuntur, poſtremæ ad primum non retrahuntur, vt heic in princ. *Et non pariter*] id eſt, etiam ſeparatim cedentes. *Vel adquirant*] etiamſi eis ſeparatim cedatur. *Eodem tempore*] id eſt, eo, quo vltimus cedit, non quo primus. Nam primæ ceſſiones, vt dixi, ad poſtremam trahuntur, non contra. Ex ea definitione in hac lege, multa colliguntur. Finge: Fundum communem habemus, tu ſolus Titio ceſſiſti ſeruitutem per fundum communem, deinde priuſquam ego eandem cederem, tu vita deceſſiſti relicto herede: vel etiam tu deinde, priuſquam cederem Titio, partem tuam alienaſti, ita nouum ſocium mihi adiunxiſti heredem tuum vel emptorem. Quęro, ſi ego poſtea ceſſero, an tua prior ceſſio confirmetur? Minime: Nam ſi poſtea ceſſero, nihil egi. Cur ita? Quia quo tempore ego cedo, verum eſt, meum ſocium non ceſſiſſe, id eſt, eum, qui tunc eſt meus ſocius. Ergo mea ceſſio eſt in ſuſpenſo, donec meus ſocius ceſſerit eandem ſeruitutem, quia mea ceſſio exſtincta eſt, interueniente nouo ſocio. Hoc oſtenditur his verbis: *Et ideo*, &c. *Non retro*, id eſt, ex quo primus ceſſit. Hic autem eſt poſtremus, ſi comparetur cum defuncto: eſt primus ſi comparetur cum herede vel emptore, nouo ſocio. Igitur noui ſocij exſpectanda eſt ceſſio. *Idem iuris*] vt hoc intelligatur, ſciendum eſt, in ſuperiore exemplo actum fuiſſe de imponenda ſeruitute fundo communi. Hic addatur exemplum de adquirenda ſeruitute fundo communi. Finge: Ego & tu fundum communem habemus. tibi ceſſa eſt ſeruitus, vicinus tibi ceſſit ſeruitutem communem fundo communi. priuſquam mihi quoque ceſſa ſit, nulla eſt, & nihil agitur. Cæterum priuſquam mihi ea ſeruitus cederetur, tu vita decedis, vel partem vendis, itaque nouum ſocium mihi relinquis. Quæro, ſi poſtea eadem ſeruitus mihi cedatur, an videatur adquiſita fundo communi? Quod poſſet quis prima facie exiſtima-

A re. Negat tamen lex, adquiſitam eſſe ſeruitutem communem fundo communi: Nam rurſus cedenda nouo ſocio, id eſt, heredi vel emptori. Hoc oſtenditur his verbis: *Idem iuris in perſona ſocij*, id eſt, in perſona eius, cui ceſſio facta eſt.

Ad verb. Ergo & ex diuerſo.

EX his verbis apparet, in hac parte poni diuerſam ſpeciem. Sed qua in re ſit diuerſa videndum eſt. In priore ſpecie deceſſit, vel alienauit partem ſuam is, qui ceſſit, vel is, cui ceſſa eſt: In hac autem ſpecie, quæ diuerſa eſt, mortuus eſt, vel alienauit is, qui non ceſſit, vel etiam is, cui ceſſa ſeruitus non eſt. Proponenda autem eſt hæc ſpecies: E-
B go & tu fundum communem habemus pro indiuiſo. tu ceſſiſti ſeruitutem, quantum in te eſt: Ego priuſquam cederem ſeruitutem eandem, defunctus ſum, vel partem meam abalienaui, quam in fundo communi habebam, deinde ſucceſſor meus ceſſit eandem ſeruitutem. Quæſtio eſt, an prior ceſſio confirmata ſit: Reſpondet, non eſſe. Et ita concludit, ſucceſſoris ceſſionem eſſe in ſuſpenſo, donec tu iterum ceſſeris: neceſſe igitur eſt, vt tu iterum cedas, quia nouum ſocium nactus es. Idem eſt prorſus ſi tu, aut ſi tibi ceſſa eſt ſeruitus, & deinde ego deceſſero priuſquam mihi cedatur. *Tale contigerit*] id eſt, mors, vel alienatio. *Tantum enim tempus.*] Ratio obſcura. legendum eſt: *qui dare facere poſſint. Dare*, h. e. cedere ſeruitutem, vt *l. ſi vnus 16. de ſer. ruſt. præd. Facere* autem eſt pati, vt is, cui
C ceſſa eſt ſeruitus, ea vtatur: Nam & qui patitur, facit, vt & qui abſtinet, vt in *l. ſtipulationum 2. §. item, de verb obl.* notat Accurſ. Is autem, qui debet ſeruitutem, non tantum cedere cogitur, ſed etiam pati, *l. quoties 15. §. vlt. de ſeru.* Ergo dare & facere cogitur, qui ſeruitutem debet. Quæro nunc, quis ſit huius rationis ſenſus, vt ſociis hoc tantum datum ſit, & tempus remiſſum ſit, vt ſimul cogantur cedere, vel, vt non ſimul eis cedi oporteat, & vt poſſint cedere diuerſis temporibus. cæterum tamdiu poſſunt cedere diuerſis temporibus, quamdiu, & ſimul vno eodemque momento ſi vellent cedere, poſſent. quod hoc exemplo aperte demonſtratur: Sumus duo ſocii, ego & tu. ſi tu prior ceſſiſti, poſtea ego cedam, coniunguntur ceſſiones, & nouiſſima priorem confirmat. At quid fiet, ſi prior ceſſiſti, de-
D inde vita decedis, & ego poſtea cedam? Non coniunguntur ceſſiones hoc caſu, quia quo tempore ego cedo, non potes mecum cedere, quia vel deceſſiſti vel alienaſti, ideoque exſpectanda eſt ceſſio eius, qui in tuam partem ſucceſſit; & ſi ceſſerit, mea ceſſio coniungetur eius ceſſioni, ſed tua abrupta eſt interueniente nouo ſocio. *Idemque dicendum eſt*] Ceſſiones ſunt actus viuentium: legata actus morientium. De ceſſione dictum, ſequitur nunc de legatis. Sententia hæc eſt, vt nouiſſima ceſſio primam confirmat: Sic etiam nouiſſimum legatum primam ceſſionem confirmat, hoc eſt, quod ait: *Idemque, &c.* Sed quid fiet, ſi vterque ſocius eandem leget ſeruitutem? Ait, poteſt eo modo legatario adquiri ſeruitus. Vt hoc intelligatur, explicandum eſt, quando dies legati cedat. Tunc cedit, cum legatum incipit deberi, *l. cedere diem 213. de verb ſig.* Ergo
E non cedit, niſi ab adita hereditate, quia ante aditam hereditatem non eſt qui legata debeat. Ita etiam cedere diem legati accipitur in *l ſi fundum 3 de ſeruit. leg* Notandum in fine huius legis, pro *deceſſiſſet*, legendum, *dies ceſſiſſet.* Quod ad tranſmiſſionem legati, cedit ex alia die, nempe à morte teſtatoris ex iure antiquo, quod probatum eſt à Iuſtiniano in *tit. de cad toll* Nunc redeamus ad quæſtionem propoſitam: aut vterque heres ſimul adiit hereditatem, aut ſeparatim. Si ſimul adeat vterque, adquiretur ſeruitus recte legatario, quoniam dies legati vtiliter cedit: nam ſimul adeunt hereditatem. Quid fiet ſi ſeparatim adeant, vt ſi vnus adeat, alter non adeat? Hoc caſu ſeruitus adquiri non poteſt, quia dies legati inutiliter ceſſit. Voluntates autem defunctorum non poſſunt eſſe in ſuſpenſo, nec exſpectant

futuram aditionem : quo ergo tempore vnus adiit, legatum effectum habere non potuit, quia alter non adierat: nec alter postea adeundo efficere potest vt valeat legatum, quia suspendi non possunt voluntates morientium. Diuersum est in actibus viuentium, quia hi suspendi possunt, quia superstites sunt, qui huic rei assensum præbent, & hanc rem volunt. Hoc etiam indicat *l. cum pater 77. de legat. 2.* Idem ergo dicendum est, si vnus legauerit seruitutem, alter cesserit post aditionem : Hac enim cessione nihil agitur. Quia legati exsistentia non potest suspendi.



AD TITVLVM V.

Si seruitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

Ad Leg. I. II. & III.

L. 1. Actiones de seruitutibus rusticis siue vrbanis, eorum sunt, quorum prædia sunt. Sepulchra autem nostri dominij non sunt. Atquin viam ad sepulchrum possumus vindicare.

L. 2. De seruitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quæ ad vsumfructum pertinent, tam confessoria quam negatoria : confessoria ei, qui seruitutes sibi competere contendit : negatoria domino qui negat.

§. 1. Hæc autem in rem actio confessoria nulli alij, quam domino fundi competit : seruitutem enim nemo vindicare potest, quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui seruitutem dicit deberi.

§. 2. Recte Neratius scribit, si medij loci vsusfructus legetur, iter quoque sequi, per ea scilicet loca fundi, per quæ, qui vsumfructum cessit, constitueret, quatenus est ad fruendum necessarium. Namque sciendum est, iter quod fruendi gratia fructuario præstatur, non esse seruitutem : neque enim potest soli fructuario seruitus deberi. Sed si fundo debeatur, & ipse fructuarius ea vtetur.

§. 3. Pomponius dicit, fructuarium interdicto de itinere vti posse, si hoc anno vsus est. Alibi enim de iure, id est, in confessoria actione : alibi de facto, vt in hoc interdicto, quæritur, quod & Iulianus libr. 48. Digestorum scribit. Pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit, etiamsi testator vsus sit, qui legauit vsumfructum, debere vtile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori competunt hæc interdicta.

L. 3. Sed et si partem fundi quis emerit, idem dicendũ est.

IN hoc tit. agitur de actionibus, quibus seruitutes vindicantur, vel libertates. Hæ autem dantur dominis prædiorum, vt in *l. 1. hic*. Sed id non est perpetuum: nam plerumque vindicatio seruitutis non domino competit. iter enim ad flumen publicum vindicari potest, licet flumen publicum non sit priuati iuris, *l. si prius 17. in fi. de aq. & aq. plu. arc. l. item sic 3. §. vlt. de seruit. rust. præd.* coniuncto initio *l. ergo 5. eiusd. tit.* Sic etiam iter ad sepulchrum vindicari potest, sepulchrum tamen non est nostri dominij, *l. seruitutes 14. §. seruitus, de seruit.* Duplex autem est actio, quæ de seruitute competit, cõfessoria & negatoria, vt apparet ex tituli inscriptione. *Confessoria* est, quæ ei datur, qui profitetur & affirmat seruitutem sibi competere, aut prædio suo : Dicitur *confessoria* quasi affirmatiua. Alia ratione confessoria actio dicitur ea, quæ datur aduersus reum confitentem, vt *l. inde Neratius 23. §. vlt & l. proinde 25. §. 1. ad l. Aquil.* Hoc in loco tamen confiteri est affirmare. *Negatoria* autem actio datur domino, qui negat vicino seruitutem competere. Hac actione vindicatur libertas, confessoria actione vindicatur seruitus. hæc autem negatoria dicitur negatiua in *§. æque, Instit. de act. l. vti frui, si vsusfr. petet*. Dicitur etiam actio contraria, *l. sicuti 8. hoc tit.* Quia datur ex contrario confessoriæ, *d. §. æque.* Eadem ratione actiones contrariæ, quæ opponuntur directis, nomen acceperunt. Ideo enim vocantur contrariæ, quod dantur ex contrario, *l. si autem 8. & l. vlt. de negot. gest.* Vtraque autem actio est de seruitute, vt dicitur in *l. 2. hoc tit.* Quoniam vna seruitus asseritur, altera negatur: Cur dicit, eas actiones dari ad exemplum earum quæ ad vsumfructum pertinent ? Nam de vsufructu competit actio confessoria & negatoria : An quia prius inuentæ sunt actiones de vsufructu? Minime, sed quia ab Vlpiano eius legis auctore, prius tractatæ sunt actiones de vsufructu, tum confessoria, tum negatoria. Prius autem eum tractasse apparet ex *l. vti frui 5. si vsusfruct. pet.* quæ ex eodem libro sumpta est. Nunc videndum est, si quis

B agat, *ius non esse vicino altius ædes tollere*, vtrum sit actio confessoria, an negatoria? Ex formula verborum videtur negatoria, propter negationem; non ex re tamen ipsa videtur confessoria: Distinguendum est: aut suo iure quis ædes altius tollit, aut non. Si suo iure tollat, & vicinus agat, *ius ei non esse ædes altius tollendi*, confessoria est actio, quia adserit sibi seruitutem. hoc ostendit *l. loci 4. §. competit, & §. vlt. hoc tit.* Et hoc est, quod sentit Iustin. in *d. §. æque.* Vbi Iustin. ius altius non tollendi ponit inter exempla negatoriæ actionis. Sic etiam, vbi quis agit suo iure sibi licere ædes suas altius tollere, negatoria est actio, *d. §. competit,* negat enim suas ædes seruire. At si contendat, iure seruitutis, id est, iure cesso licere sibi ædes suas altius tollere, confessoria est actio. Ita ius altius tollendi aliquando est actio confessoria, aliquando negatoria. Ergo hoc restat, de

C seruitutibus agi dupliciter. Hic notandum est, duas esse differentias inter actiones seruitutum, & actiones in rem rerum corporalium. Prima hæc est, de seruitutibus competit actio confessoria & negatoria: de corporibus nulla est prodita actio negatoria, sed agitur tantum confessoria, *d. §. æque.* Ratio differentiæ hæc est, quia qui agit, de suo iure contendere debet, alioqui nihil agit, *l. vti frui, sup. si vsusfruct. petat.* qui de alieno iure agit, nihil agit, multo minus agit qui de nullo iure agit. Is autem qui negat rem corporalem esse aduersarij, id est, qui agit negatiue, de suo iure non agit: ergo nihil agit. Eum vero de suo iure non agere apparet ex his : Ego qui ago, aut rem corporalem possideo, aut non. Si non possideo rem corporalem, & aio, rem tuam non esse, de iure meo non ago: nam

D licet dicam rem corporalem tuam non esse, non ideo efficio meam esse, quia potest esse nec tua, nec mea. At cum res corporalis, quæ à te possidetur, nec mea, nec tua est, tu me vincere debes, quia possides. me autem vincis eo iure, quo in pari causa possessores potiores sunt, *l. in pari causa 171. de reg. iur. & d. l. vti frui.* Quod si possideo rem corporalem, stulte ita ago : aio, rem tuam non esse : Nam sic agendo nullum ius mihi assero. Huc pertinet lex *si inter, de except rei iudic.* Species hæc est : Iudex acceptus inter me & te pronuntiauit, *rem meam non esse*, de iure tuo non pronuntiat. Huc etiam pertinet *l. sed et si, de iureiur.* Ego te deferente iuraui rem tuam non esse, amissa possessione an dabitur mihi actio in factum ex iureiurando: Minime, quia qui iurat rem alterius non esse, de suo iure non iurat : At qui iurat rem suam esse, de suo iure iurat, *l. Pomponius 40.*

E *§. sed & is, de procurat.* Ex his efficitur, eum qui negat rem corporalem aduersarij esse, de suo iure non contendere, propterea nulla talis est actio. Diuersum est in seruitutibus: Nam is, qui agit negatoria, nempe ius vicino non esse eundi, de suo iure contendit, nempe de libertate prædij sui, & vi ipsa hoc dicit, prædium suum esse à seruitute liberum, Theophil. in *d. §. æque.* Ex hac differentia sequitur alia : Corpora non vindicat is, qui possidet vel tenet, *l. 1. §. interdum, vti possid. & d. §. æque.* Confessoria autem actio vel negatoria de seruitute datur non tantum ei, qui non possidet, sed etiam ei qui possidet. ita fit, vt petitor idem sit & possessor, *l et si forte 6. §. sciendum, hoc tit. & d. §. æque,* ibi, *sane in hoc casu,* & ibi placet à Barone notatã lectio, *sane in hoc casu,* id est, in controuersiis seruitutum,

is, qui possidet, petitor est. Hanc lectionem colligit ex contextu. Id enim indicant ea, quæ consequuntur, *Sicut ex latioribus Digestorum libris apparet*, nempe ex tit. *si vsusfruct. pet.* & ex tit. *si seruit. vindic.* Et his verbis Iustinianus nos relegat ad titulum aliquem vel librum, vt in §. *rursus, de action.* vbi significatur *tit. ex quibus caus. maior.* Significatur etiam in §. *item si de dote, tit. de impens. in res dot. fact.* In §. *hac exempli, Instit. de except.* hæc verba significant tit. *de except.* & in §. *vlt Instit de publ. iud.* hæc verba significant titulum *de publ. iudic.* Nunc notandum est ex hac lege, vindicationem seruitutis dari domino prædij, directam scilicet: nam vtilis datur quasi dominis, vt creditori pigneratitio, emphyteuticario, & superficiario, *l. si qui* 16. *de seruit.* An datur etiam fructuario? Datur, ex sententia Iuliani: sed præualuit sententia contraria, propterea fructuario non datur vindicatio seruitutis. Quid ergo datur fructuario? vindicatio vsusfructus, quem vindicat actione confessoria. Præterea fructuarius habet iter ad fundum fructuarium, sed hoc iter non est seruitus: Nam soli fructuario non potest competere seruitus, sed soli domino: ideoque illud iter non poterit separatim vindicare, sed si impediatur vti itinere, vindicabit vsumfructum. Huc pertinet §. *recte*, huius legis. Postremo habet etiam fructuarius interdictum de itinere actuque priuato, quamuis non habeat confessoriam actionem. Ratio hæc est, quia in actione confessoria quæritur de iure, §. *vlt.* hac lege, id est, an actor habeat seruitutem. In interdicto id quæritur an actor habeat ius interdicti de itinere actuque priuato, non quæritur de iure: nam eo vtitur, qui non habet ius, sed in eo quæritur de facto, id est, an quis eo itinere aliquo tempore vsus sit, id est, non minus triginta diebus. Is qui ita vsus est, habet interdictũ ne prohibeatur vti. Tuetur autem eum prætor, donec planum fecerit aduersarius, eum non habere ius eundi. Præterea lex ait, hoc interdictum dari heredi & emptori, transitque in heredem. Datur etiam emptori patris, vt in hac *l. 2. §. vlt. & l. seq.*

Ad Leg. IV. Loci corpus.

Loci corpus non est dominij ipsius, cui seruitus debetur, sed ius eundi habet. § 1. *Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de seruitute vtetur.*

Locus est pars fundi, per quam seruitus constituta est, *l. certo generis 3. de seruit rust. præd.* Fundus est integrum aliquid, locus est pars fundi. Is, qui dominium eius loci habet, dicitur habere ius in corpore loci: nam locus ad ipsum pertinet. Is autem, qui seruitutem habet in eo loco, ius habet in iure loci, non in corpore: Nam ius quoddam incorporale ad eum pertinet. Hoc explicat *l in concedendo 8. de aqua & aqua plu. arc. & l prætor ait 2. §. viam, Ne q. in lo. publ.* Ex eo apparet, itineris aut viæ solum esse alienum. Et hoc est quod ait, loci corpus non est domini ipsius, cui seruitus debetur. Sequitur: *Qui iter sine actu, &c.* Sententia est, ei qui iter habet vel actum, datur actio confessoria de itinere vel actu. Hoc ne videatur ineptum, sciendum est idem tradi de reliquis seruitutibus in §. *sed & de haustu, inf. hac l.* vbi dicitur, eum qui haustum habet, agere confessoria. Idem traditur in §. *competit, &* §. *vlt.* de eo qui habet ius altius tollendi, vel non. Idem traditur de eo, qui habet seruitutem oneris ferendi in *l etsi 6. §. etiam, hoc tit.* Quæ lex ex eodem libro Vlpiani est, propterea cum hac etiam coniungenda. Ibi affertur exemplum de seruitute oneris ferendi: ergo ait hic versiculus, qui iter habet sine actu, de seruitute itineris tantum actione confessoria vtetur: Item qui tantum actũ habet sine itinere, actum tantũmodo vindicabit, non iter. Atqui inest actui iter: nam non possum agere pecus, nisi eam; Imo actus est sine itinere: nam qui actum habet separatum, iter vindicare non potest, sed si prohibeatur ire, actum vindicabit. Et hac in re distat actus à via: Nam qui viam habet, & iter & actum vindicat: Viæ enim no-
A men suo ambitu & iter & actum complectitur, *l. si tam angusti 13. de seruitut.*

Ad §. 2. In confessoria.

In confessoria actione, quæ de seruitute mouetur, fructus etiam veniunt. Sed videamus, qui esse fructus seruitutis possunt. Et est verius, id demum fructuum nomine computandum si quid sit, quod intersit agentis, seruitute non prohiberi. Sed & in negatoria actione, vt Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris, non vti fundi sui itinere aduersarium. Et hanc sententiam, & Pomponius probat.

B Confessoria est actio in rem. In actione in rem corporalem veniunt fructus: sed an veniant in actione confessoria? Lex ait venire. Sed quæro, qui possint esse seruitutis fructus? Nulli esse videntur, cum seruitutis nullum sit corpus. Respondeo, hoc in loco fructus accipi pro eo quod interest: Hoc indicant *l. etsi forte 6. §. veniunt, hoc tit. & l. videamus* 19. *in fin. de vsur.* Cæterum quid est id, quod interest in actione confessoria? Id quod interest, est vtilitas, quam petitor habiturus esset, si statim ire agere non prohiberetur: In actione autem negatoria id quod interest, est vtilitas, quam petitor habiturus esset, si aduersarius non vteretur seruitute. Denique in omnibus quæstionibus, id quod interest ita semper definitur & vocatur vtilitas, propterea, id quod interest, & vtilitas, eadem sunt, *l. 2. & toto tit. de eo quod cer. loc. §. plus, Instit. de act.* Ergo
C id quod interest, generaliter est vtilitas, quæ mihi abest, propterea quod vel damnum datum, vel lucrum mihi interceptum est. Hæc diuersa sunt, vt apparet ex *l. Proculus 26. de dam. infec.* Iurisconsultus tamen videtur aliter definiisse id quod interest: Nam definit esse damnum datum, vel lucrum interceptum, *l. si commissa, rem rat. hab.* Hoc facit ex opinione vulgi: nam vulgus id quod interest, vocat damnum sibi datum. Nunc notandum est non tantum in cõfessoria seruitutis fructus venire, sed etiam in confessoria vsusfructus, *l. vti frui 5. §. in his autem, si vsusfruct. pet.* Cæterum in hac re magna est differentia inter eum qui possidet, & eum qui non possidet. Vterque confessoria agere potest, sed multum interest. Nam si is, qui non possidet, agat, fructus veniunt: Si vero is, qui possidet, agat, fructuum nulla habetur ratio, *l. pen. §. vlt. si*
D *vsusfruct. pet.*

Ad §. Si fundus.

Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, vnicuique in solidum competit actio: & ita & Pomponius lib. 41. scribit. sed in æstimationem id quod interest veniet: scilicet, quod eius interest qui experietur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur, & victoria & aliis proderit, æstimatio autem ad quod eius interest reuocabitur: quamuis per vnum adquiri seruitus non possit.

§. 4. *Sed & si duorum fundus sit qui seruit, aduersus vnumquemque poterit ita agi, & vt Pomponius lib. eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia di-*
E *uisionem hac res non recipit.*

Aut fundus est dominans, aut seruiens. Si fundus dominans pluribus communis sit, singulis datur actio confessoria in solidum, id est, singuli solidum vindicant, non partem: nam seruitus diuidi non potest. Item vnius victoria omnibus prodest, id est, si vnus ex pluribus sociis agat hac actione, & vincat, omnibus vincit. Ratio hæc est: quia iudex sententiam dicit prædio, non actori. Contra possit quis sic argumentari: Per vnum ex sociis seruitus adquiri non potest, *l. 2 sup. de seruitut.* At videtur adquiri per vnum ex sociis, vno vincente? Respondeo: Per sententiam iudicis seruitutem non adquiri, sed eam quæ iam adquisita est, declarari, *l. sicuti 8. §. sed si quæritur, hoc tit.*

Sciendum etiam est, hoc obseruari quoque in controuersiis rerum corporalium: nam iudex non pronuntiat, corpus victoris fieri, sed eius esse, *l. & ex diuerso 35. §. 1. de rei vindic. l. Pomponius 40. §. denique, de procurat.* Quamuis igitur per vnum ex sociis seruitus non adquiratur, vindicatur tamen & euincitur. Nam hoc non est adquirere seruitutem, sed eam, quę adquisita est, defendere. Restat hæc quæstio, si vnus ex sociis egerit, & vincatur, an ea res obest cæteris? sicut omnibus vincit, vincetur etiam omnibus: quia sententia dicitur prædio non personæ. Sed tamen socius tenebitur sociis, si culpa sua litem amiserit. Tenebitur autem communi diuidundo, aut actione negotiorum gestorum contraria, *l. si de communi, 19 hoc tit.* Quid si dolo litem amiserit, non culpa, id est, si per collusionem litem aduersario prodiderit, an aduersarius tunc tenebitur sociis? propterea quod collusit, tenebitur actione de dolo aduersarius: idque verum est, si socii suum seruare non possint à socio actione communi diuidundo, aut negotiorum gestorum, id est, si socius non sit soluendo, quoniam de dolo non agitur, nisi quando destituti sumus aliis actionibus. Actio de dolo est subsidiaria in *dict. l. si de communi.* Dictum est, vnum ex sociis vindicare viam in solidum & vincere omnibus. Quæritur, an etiam æstimabitur id quod interest omnium sociorum? Minime, sed pro parte actoris fructuum fit æstimatio, æstimatur, quanti interest actoris, non quanti omnium, quia id quod interest, diuiditur. Nunc de fundo seruiente: si fundus seruiens est communis plurium, singuli conueniuntur in solidum actione confessoria, quia seruitus vindicari non potest pro parte. Hoc etiam casu æstimatur omne, quod actoris interest & præstatur à reo. Et hoc est, quod proponitur in hoc §.

Ad §. Si quis mihi.

Si quis mihi itineris, vel actus, vel via controuersiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit, confessoria actione mihi vtendum. Nam & si arborem impendentem habeat vicinus qua viam, vel iter inuium vel inhabile facit: Marcellus quoque apud Iulianum notat, iter petendum, vel viam vindicandam. Sed de refectione via & interdicto vti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit. Non tantum si silice quis sternere velit, nisi nominatim id conuenit.

§. 6. Sed & de haustu, quia seruitus est, competunt nobis in rem actiones.

VT intelligatur hic §. Sciendum est, confessoriam actionem dari aduersus eos, qui faciunt controuersiam seruitutis: & hoc notissimum est. Additur in hoc §. etiam dari aduersus eum, qui non patitur me reficere iter, quamuis patiatur me vti itinere, perinde enim est, ac si me ire prohiberet. Idem dicendum est si me prohibeat iter sternere modo non sternam silice; Qui aquæductum etiam habet, non potest aquam ducere per lapidem stratum, *l. si prius 17. §. 1. de aq. & aq. plu. arc.* Præterea additur in hoc §. dari confessoriam aduersus eum, qui arborem impendentem, imminentem habet, qua iter impeditur, qua iter inuium fit & inhabile. Sed quæritur, an ei detur interdictum de arboribus cædendis. Duplex est interdictum de arboribus cædendis. Vnum est de arboribus, quæ pendent ex agro in alienum agrum, & quæ vmbram faciunt vicinos agro, & si dominus nolit has arbores amputare, hoc interdicto consequar vt mihi liceat quindecim pedes à terra altius circumcidere & coercere, idque est ex duodecim tabulis: Ergo hę arbores non exstirpantur, nec exciduntur ex stirpe, sed circumciduntur. & hoc est sublucare. *Arbores sublucare*, est ramos arborum supputare, auctore Festo Pompeio, & veluti subtus lucem mittere. Secundum interdictum est de arboribus, quæ ex ædibus in alienas ædes impendent, *l. 1. & 2. de arbor. cæd.* Quæro an satis sit, istas arbores sublucare? De

A hac re fuit controuersia inter Iurisconsultos. Quidam enim existimabant arbores, esse sublucandas, non exstirpandas, esse tantum excindendum id quod superexcurrit; sed tamen aliorum obtinuit sententia, *d. l. 1. de arb. cæd.* Sententia eorum est, vt hæ arbores conlucari debeant, id est excindi exstirpe, & si nolit dominus, vicinus, cuius domus afficit, excindere poterit, & ligna suscipere ex stirpe & conlucari. *Collucare* est succisa arbore locum luce implere, auctore Festo Pompeio. Paulus in alia fuit sententia. Nam exstimabat eas esse coercendas, vel sublucari debere. Exstat eius sententia in *lib. 5. Sentent. tit. de interdictis.* Sed ea non obtinuit. Hæc interdicta dantur domino ædium & fundi, dantur etiam fructuario, quia eius interest, arborem non imminere, *d.* B *l. 1. de arb. cæd.* Ergo eadem ratione dabuntur ei, qui seruitutem habet: nam eius quoque interest, seruitutem non impediri. Postremo notandum est, eum qui seruitutem habet, habere etiam *interdictum de itinere actuque reficiendo.* Quid distat confessoria actio ab hoc interdicto? Actio confessoria datur ei, qui seruitutem habet, quamuis ea vsus non sit. Interdictum autem de itinere, actuque reficiendo datur ei, qui seruitutem habet, si ea vsus sit hoc anno: Nam datur hoc interdictum tuendæ quasi possessionis causa. Quid autem distat hoc interdictum ab interdicto de itinere actuque priuato? Interdicto de itinere actuque reficiendo vtitur is, qui seruitutem habet. Sed interdictum de itinere actuque priuato datur etiam ei, qui seruitutem non habet, modo vsus sit anno. Et hæc est summa tit. *de itin. actuq. priu.*

C

Ad §. 7. Competit.

Competit autem de seruitute actio domino adificij neganti seruitutem se vicino debere, cuius ades non in totum libera sunt, sed ei, cum quo agitur, seruitutem non debent. verbi gratia: habeo ades, quibus sunt vicina Seiana, & Semproniana: Sempronianis seruitutem debeo: aduersus dominum Seianarum volo experiri, altius me tollere prohibentem. In rem actione experiar: Licet enim seruiant ades mea, ei tamen cum quo agitur, non seruiunt. Hoc igitur intendo, habere me ius altius tollendi inuito eo, cum quo ago: Quantum enim ad eum pertinet, liberas ades habeo.

D OStenditur in hoc §. easdem actiones dari de seruitute altius non tollendi: Et primum ostendit cui detur & aduersus quem actio negatoria. Et ait, eam dari aduersus eum, cui ædes non seruiunt, licet fortasse aliis seruiant: Per hanc actionem actor intendit, sibi ius esse inuito reo altius ædes tollere, vt heic, vt liceat altius illi ædificare.

Ad §. vltim.

Si cui omnino altius tollere non liceat, aduersus eum recte agetur, ius ei non esse tollere. Hac seruitus & ei, qui vlteriores ades habet, deberi poterit.

E COnfessoria datur aduersus eum, cui non licet ædes altius tollere, & per eum actor intendit, ius non esse aduersario ædes extollere, vt heic. Item hæc seruitus altius non tollendi deberi potest non tantum proximis ædibus, sed etiam vlterioribus. Exempla huius rei adduximus in *l. in tradendis 8. §. interpositis, commun. prad.* Proponitur etiam huius rei exemplum in *l. & ideo 5. hoc tit.* Si tamen ante vsucaptam libertatem medias ædes deposueris, mihi renascetur actio confessoria, quæ quodammodo erat exstincta. Hoc explicatur initio *l. etsi forte. 6. h. t.*

Ad §. 1. legis 6. Et si forte.

Et si forte qui medius est, quia seruitutem non debebat, altius extulerit adificia sua, vt iam ego non videar lumini-

bus tuis obstaturus, si ædificauero, frustra intendes, ius mihi non esse, ita ædificatum habere inuito te. sed si intra tempus statutum rursus deposuerit ædificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio. §. 1. Sciendum tamen, in his seruitutibus possessorem esse eum iuris & petitorem. Et si forte non habeam ædificatum altius in meo, aduersarius meus possessor est: Nam cum nihil sit innouatum, ille possidet, & ædificantem me prohibere potest & ciuili actione, & interdicto, Quod vi aut clam. *Idem et si lapilli iactu impedierit: Sed & si patiente eo ædificauero, ego possessor ero effectus.*

SI ante libertatem vsucaptam, medias ædes depofueris, mihi renascetur actio confessoria, quæ quodammodo erat extincta, vt heic in princ. Hæ autem actiones dantur non tantum possessori, sed etiam ei qui non possidet, *l. pen.* §. *vlt. si vsusfruct. pet.* §. *æque, Inst. de act.* Seruitutem possidet is, qui seruitute vtitur: vt qui tigna immissa habet, possidet ius immittendi, *l. sicuti 8.* §. *sed si quæritur, h. t.* Contra seruitutem autem possidet is, qui aliquid contra seruitutem factum habet, *d.* §. *sed si quæritur.* Idem dicendum in iure altius tollendi. Nam si patiente aduersario altius ædificauero, possideo seruitutem altius tollendi. Aduersarius autem meus possidet ius altius non tollendi, cum ædificatum non habuero, quia tunc videtur vti seruitute, & hoc ostendit hic §. Quæritur nunc, an hic possessor me ædificantem prohibere possit actione confessoria? Lex ait, posse. Ita fit, vt possessor agat confessoria actione. Et hoc est, quod postea ait: *Et si forte non habeam, &c. Ciuili actione*] id est, confessoria. *Et interdicto*] Interdictum quod vi aut clam, est restitutoriũ, non prohibitorium: qui eo vtitur non prohibet, sed hoc intendit, vt quod vi aut clam quod factum est in pristinum statum reducatur, restituatur, *l. 1. de op. nou. nuntiat.* Vi facit is, qui contra, quam prohibetur, facit. Is autem dicitur clam facere, qui celat eum, quem prohibiturum se intelligit: Ita si faciat, cogetur id demoliri per interdictum quod vi aut clam. At videtur IC. in §. 1. facere id interdictum prohibitorium: Id quidem videtur, si verba ipsa inspiciamus: sed alia est mens auctoris, quę talis est, vt, qui ædificat, prohibeatur actione ciuili: & deinde, si contra prohibitionem faciat, teneatur interdicto quod vi aut clam. Ergo ciuilem actionem subsequitur interdictum quod vi aut clam. Inde igitur colligendum, hoc interdictum non tantum prædii domino dari, sed etiam dari ratione seruitutis, quia eius interest, opus factum non esse, quo seruitus impediatur. Datur etiam fructuario, si opus factum fructibus noceat, *l. is qui 11.* §. *vlt. quod vi aut clam.* Et his rationibus fit, vt hoc interdicto teneatur non tantum is, qui facit in nostro, sed etiam qui facit in suo, cum noceat seruituti, *l. denique, eod.* Ergo ædificator prohibetur confessoria actione: Huic actioni si non pareat, tenebitur interdicto quod vi aut clam. Quæro, an alia ratione prohiberi possit? vtique: nam lapilli iactu poterit prohiberi. Est quædam ciuilis prohibitio, quæ ita vocatur, *l. 1.* §. *sed et si quis, quod vi aut clam, l. de pupillo 5.* §. *meminisse, de no. op. nunt.* Sententia earum legum est, eum prohibere, qui dicit se prohibere. Prohibere etiam dicitur is qui tacet, per lapilli iactum. *Lapilli iactus,* est signum prohibitionis, quemadmodum olim hastæ iactus in agros hostium fuit signum indicti belli, Gellius libro 16. cap. 4. Et Liuius lib. 1. Si quis ita prohibitus fuerit per lapilli iactum, an tenebitur quod vi aut clam? Sic sane. Quæritur an prohiberi possit per noui operis nuntiationem, & cur de hoc genere prohibitionis nihil hic tractetur. Et certissimũ est, huic prohibitioni locum esse: Nam qui seruitutem habet, vicino aliquid facienti contra nouum opus nuntiare potest, quæ res non requirit aditionem prætoris, *l. inter seruitutes 15. de seruit. vrb. præd.* & §. *vlt hac lege l non solum 8. in prin. de nou. op. nunt. l. in iudicio, comm. diuid.* Ex eo efficitur, eum qui habet ius altius non tollendi, posse vicinum ædificantem prohibere nuntiato nouo opere. De hoc genere prohibitionis nihil in hoc §. tractatur, quia is qui pro-

A hibet confessoria actione; vel lapilli iactu, non definitius possidere, neque ita prohibendo videtur aduersarium possessorem facere. At qui nuntiat nouum opus, possessorem facit eum cui nuntiat, *l. 1.* § *in operis, l. de pupillo* §. *meminisse, de nou. op nunt. l si alius 7.* §. *ait Iulianus, quod vi aut clam.* At Iurisconsultus eum casum tractare noluit, in quo possessor ageret & possideret. Si quis ædificet in nostro, nuntiando nouum opus, eum facimus dominum rei nostræ: Et hac in re nuntiatio noui operis similis est vindicationi rei corporalis. Nam is qui rem corporalem vindicat ab eo, qui eam tenet, vindicando videtur à se possessionem abdicare, & in reum eam transferre. Verum hoc datum est ei qui vindicat, vt possit omissa vindicatione per errorem instituta, transire ad interdictum vti possidetis, quamuis
B vindicando videatur possessionem à se abdicasse. Et hic est sensus *l. naturaliter 12.* §. *nihil commune, de aquir. possess.* Idem seruatur in interdicto vnde vi, *l. cum fundum 18.* §. *vlt. de vi & vi arm.* Est etiam alia in re nuntiatio noui operis similis vindicationi. Nuntiatio noui operis fit in rem præsentem, id est, vbi nouum opus fit, *l. de pupillo 5.* §. *nuntiationem, de nou. oper. nunt.* Sic etiam vindicatio fiebat in præsenti. Nam in fundum eundum erat, & gleba sumenda, Gellius lib. 2. *cap. 17.* Igitur, vt ad rem redeamus, quamuis qui ædificat, possit prohiberi per nuntiationem noui operis, hoc tamen omissum fuit propter rationem à nobis adductam. Addendum est aliquid superioribus: aut possidet quis seruitutem, aut non. Si actor possideat, commodius est prohibere ædificantem per confessoriam velia ctum lapilli, quam per nuntiationem, ne scilicet amittat
C possessionem. Si non possideat, tunc expeditior est nuntiatio noui operis, quæ non exigit prætoris aditionem, *d. l. de pupillo* §. *meminisse.*

Ad §. Etiam de seruitute.

Etiam de seruitute, quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, vt & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum, qui seruitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat, non posse ita seruitutem imponi, vt quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: Nam in omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem adserit: non ad eum, cuius res seruit. Sed eualuit Ser-
D *uij sententia in proposita specie, vt possit quis defendere ius sibi esse cogere aduersarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc seruitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere scribit.*

DIctum est superius, actionem confessoriam & negatoriam competere de itinere, de actu, de haustu, de iure altius non tollendi. Nunc ait in hoc §. easdem actiones competere de iure oneris ferendi. Et hoc est, quod ait: *etiam de seruitute,* &c. Adiicitur postea in *l. sicuti 8.* §. *competit, hoc tit.* quæ lex est ex eodem libro, easdem actiones competere de iure tigni immittendi: ideoque singulas species percurrit, vt doceat de his has actiones dari. Dicamus de seruitute oneris ferendi: De ea agimus aut confessoria, aut negatoria. Confessoria in hoc agimus, vt vicinus
E onera ferat, hoc amplius, vt vicinus reficiat parietem vel columnam, quæ onera ferat: nam qui hanc seruitutem debet, hoc cogitur facere, *l. cum debere 33. de seruit. vrb. præd.* & initio huius §. Contra hanc sententiam sic argumentari licet. Natura seruitutum est, vt is, cuius res seruit, non faciat aliquid, sed patiatur, *l. quoties 15.* §. *vlt. de seruit.* Ergo hæc seruitus oneris ferendi proprie non est seruitus, quia eius est natura, vt reficere debeat is, cuius ædes seruiunt, quod facere est. Itaque quod abhorret, non videtur esse seruitus realis, sed personale est hoc ius. Cæterum obtinuit sententia Seruij Sulpitij, qui fuit discipulus Galli; Dixit enim Sulpitius, hoc singulare esse in hac seruitute, vt is, qui eam debet, reficere debeat. Seruij sententiam etiam Labeo probat, vt traditur hoc in loco. Labeo autem

autem hoc sic probat: Nam si vicinus ędibus cedere paratus sit, euitat hanc actionem. Hæc igitur actio non sequitur personam, sed rem: Itaque non persona obligata est, sed res. Personales obligationes durant, etiamsi is qui obligatus est, rem, propter quam obligatus est, derelinquat, *l. is cum quo 7. de aq. & aq. plu. arc.* Item hoc est propriũ actionum realium, vt eas pati non cogatur qui possessione cedit, qui rem derelinquere paratus est. Et hoc est, quod ait: *Denique*, id est, proinde.

Ad §. 3. Hæc autem.

Hac autem actio in rem magis est, quam in personam, & non alij competit, quam domino ædium, & aduersus dominum: sicuti cæterarum seruitutum intentio.

SEquitur: *Et non alij.*] Videamus, cui competat hæc actio, & aduersus quem. Competit domino ædium dominantium. Et hoc est commune omnium seruitutum, *l. 2. de seruit. 2. sup. hoc tit.* Sed aduersus quem datur? Non datur quoque, nisi aduersus dominum ædium seruientium, non datur aduersus quemuis seruitutem impedientem. Cur ita? Quia refectio non pertinet, nisi ad dominum, *l. si intercedat 21. §. vlt. de seruit.* Lex ait, eam non dari aduersus fructuarium. Hac in re distat à cæteris seruitutibus, de quibus agitur aduersus quemuis impedientem seruitutem, *l. vti frui 5. §. vtrum, si vsusfr. pet. l. si quis diuturno 10. §. vlt. hoc tit.*

Ad §. 4. Si ædes.

Si ædes plurium dominorum sint, an in solidum agatur Papin. lib. 3. quæst. tractat. Et ait, singulos dominos in solidum agere: sicuti de cæteris seruitutibus, excepto vsufructu: sed non idem respondendum, inquit, si communes ædes essent, quæ onera vicini sustinerent.

EX his, quæ hactenus dicta sunt, colliguntur duæ differentiæ inter hanc seruitutem & reliquas. est & tertia in hoc §. si ædes seruientes sint plurium qui onera ferre debent, singuli tenentur pro parte, non in solidum. Ratio hęc est, quia æstimatio refectionis diuidi potest, *l. stipulationes non diuiduntur. 72. de verb. oblig.* At si aliam seruitutem plures debeant, singuli tenentur in solidum, non pro parte, *l. loci corpus 4. § si fundus, hoc tit.* Ideo in hac re distant à cæteris. Commune tamen est omnium seruitutum, vt si debeantur pluribus, singuli agant in solidum. *Excepto vsufructu.* De vsufructu non agitur nisi pro parte, quia diuidi potest.

Ad §. 5. Modus autem.

Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in seruitute imposita continetur, forte vt reficiat lapide quadrato, vel lapide structili, vel quouis alio opere quod in seruitute dictum est.

NVnc quæro, qui hanc seruitutem oneris ferendi debet, qua structura & forma debet parietem reficere? Lex ait, spectandam esse legem dictam in imponenda seruitute, vt puta, si dictum sit vt reficeret lapide quadrato, vt heic. *Lapis quadratus*, est, qui cæsus est paribus angulis, licet non paribus lateribus. Vitruuius in *lib. de architect.* *Lapis structilis*, est lapis non cæsus, cæmenta coaceruata, *l. Seruius 9. §. 1. de riuis, l. in riuis 241. & l. statuæ 245. de verb. signific. l. sicuti 8. hoc tit.* Idem est, si alio modo dixerit, vt parietem reficeret. *Vel quouis alio opere.* Vt ligneis cratibus, qui vocantur cratitii parietes. *l. cum duobus 52. §. item Mela 13. pro soc.* & apud Vitruu. *lib. 1. cap 8.* Vel si dixerit, vt reficeret lapidibus crudis, qui lateritii vocantur.

Digest.

A

Ad §. 6. Veniunt.

Veniunt & fructus in hac actione, id est, commodum quod haberet, si onera ædium eius vicinus sustineret.

IN hanc actionem veniunt fructus, sicut in cæteris seruitutibus. est autem fructus id, quod interest, quod etiam diximus in *l. loci corpus 4. §. in confessoriam, sup. hoc tit.*

Ad §. vlt. Parietem.

Parietem autem meliorem quidem, quam in seruitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc
B *actionem, aut per operis noui nuntiationem prohibetur.*

QVi hanc seruitutem debet, parietem meliorem reficere potest, puta ex lapide quadrato, etiamsi conuenerit ne faceret nisi cæmentitium, id est, ex lapide structili, vel parietem formaceum, id est, qui fit ex terra, vt explicat Plin. *l. 35. c. 14.* quo pariete plerique etiam nunc vtuntur. Deteriorem autem parietem facere non potest: & si velit, prohibebitur actione confessoria, vel noui operis nuntiatione. Nam hoc est generale in omnibus seruitutibus, vt is, qui seruitutem habet, possit vicino nutiare nouum opus, propterea non est hoc proprium huius seruitutis. Huic sententiæ obstat *l. qui viam 14. de no. op. nunt.* qui viam habet, non potest nuntiare nouum opus ei qui in via ędificat, sed poterit recte vindicare seruitutem. Vt intelligatur, quē-
C admodum ea lex accipienda sit, sciendum est, socium vicino nuntiare posse nouum opus: ipsi autem socio facienti, non potest nuntiare nouum opus, quia nec domino, nec ergo socio potest, *l. in prouinciali 3. §. 1. de no. op. nunt.* Sic fructuarius, ex sententia Iuliani potest nuntiare nouum opus vicino, non proprietario, *l. vn. § item Iuliano, de remiss.* Idem est in omnibus aliis, quibus aliqua seruitus debetur, nempe vt possit nouum opus nuntiare vicino, non domino. Et ita est intelligendus § *pen l vn. de remiss.* qui diligenter notandus est. His intellectis facile intelligetur *d. l. qui viam.* Qui viam habet, non potest nuntiare ei qui in via ædificat: quia ille est dominus: nam quis alius est ædificaturus quam dominus? Cæterum vicino poterit, si ædificet. Hæc sententia refertur ab Accursio in *l. qui viam,* quæ à Doctoribus nostris intellecta non est. Hęc pertinent
D ad actionem confessoriam. De negatoria nunc dicendum est. Negatoria actio competit in hac seruitute oneris ferendi si quis dicat se hanc seruitutem non debere. Sed hæc etiam datur reficienti, atque ita confitenti se debere hanc seruitutem: videlicet si is cui seruitus debetur velit eum cogere ad fulturam sui ædificij. Itaque vicinus inferior aget negatoria, & dicet ius ei non esse cogere. Nam is cui seruitus debetur, fulcire debet, quandiu paries reficietur, *l. sicuti 8. h. t.*

Ad L. VII. Harum actionum.

Harum actionum euentus hic est, vt victori officio iudicis aut res præstetur, aut cautio. Res ipsa hac est, vt iubeat aduersarium iudex emendare vitium parietis, & idoneum præsta-
E *re. Cautio hac est, vt eum iubeat de reficiendo pariete cauere; neque se, neque successores suos prohibituros altius tollere sublatumque habere. Et si cauerit, absoluetur. Si vero neque rem præstat, neque cautionem, tanti condemnet quanti actor in litem iurauerit.*

ESt etiam hæc lex de seruitute oneris ferundi, idque in hac lege præcipue ostenditur, quis sit exitus actionis confessoriæ, quæ de hac seruitute competit. Sciendum autem est, hanc actionem esse arbitrariam, & generaliter omnes actiones tam confessorias quam negatorias esse arbitrarias, imo omnes in rem actiones. Eæ autem sunt in quibus fit condemnatio arbitrio iudicis, quod hic officium

X

A vocatur, vt in *l. metum 9. §. ex hoc edicto, de eo quod met. cau.* Dicitur etiam arbitratus, vt *l. qui restituere 68 de rei vindic. l. illud* 10. §. 1. *de eo quod met. cau.* In actionibus autem bonæ fidei condemnatio fit ex natura actionis, in qua id agitur, vt condemnetur ex bona fide, in id quod eum dare vel facere oportet. In strictis condemnatio fit ex stricta formula, & ex stricta stipulatione. Et ex his definitionibus apparet; quid distent inter se arbitrariæ actiones, & actiones bonæ fidei, & actiones stricti iuris. Hæ igitur actiones, de quibus hîc agimus, sunt arbitrariæ. Videamus igitur, quis sit earum exitus. Hic est, vt actori res præstetur, vel cautio. Res hæc est, vt paries idoneus oneri ferendo restituatur & reficiatur. hoc est, rem præstare. Cautionem autem præstare est cauere de reficiendo pariete. Cauere etiam debet, *neque se, neque heredem suum probihiturum* B *altius tollere, & sublatum habere.* Cur autem hoc exigitur ab eo vt caueat? Quoniam hæc seruitus competit superiori vicino, id est ei, qui altius ædes sublatas habet, *l. sicuti 8. in princip. hoc tit.* Et hac in re distat hæc seruitus à seruitute tigni immittendi: nam hæc competit etiam inferiori vicino. Eadem prope videtur esse seruitus oneris ferendi, & tigni immittendi. Addatur hæc differentia ex §. *distant d. l. sicuti.* Qui debet onus ferre, parietem reficere debet, non autem is cui seruitus debetur. Is autem qui seruitutem debet tigni immittendi, non tenetur facere, sed sufficit, si patiatur. Ex his autem apparet, qua de re eum cauere oportet, cum quo actum est de seruitute oneris ferendi. Nunc quæritur, quid iuris sit si non caueat, neque rem præstet? Lex ait, reum esse damnandum in id, quod actor in litem C iurauerit. Et hoc generale est in omnibus actionibus in rē, si quis actori non satisfaciat. *Iurare in litem,* est ad rem, de qua agitur, æstimandam iurare; Nam lis accipitur pro re qua de agitur, vt apparet ex oratione Ciceronis pro Muræna. Hæc sunt, quæ pertinebant ad hanc legem. Sed notandæ sunt quædam aliæ leges, quæ similes cautiones continent. Vna est *l. si de via 7. de aqu. quotid & æst.* Variæ interpretationes ad eam legem solent adhiberi, sed vera sumenda est ex *l. cuiusque 60. §. vlt. de vsufr.* Quinimo coniungendæ hæ duæ leges sunt, quia sunt eiusdem auctoris, & ex eodem libro. Est etiam aliud cautionis genus, quod solet præstari in hac quæstione, in *l. si priusquam 15. de no. op. nunt.* aliud in *l. egi. 12. hoc tit.*

D

Ad L. VIII.

Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura ædificiorum vicini cui seruitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: Nam si non vult superior fulcire, deponat: & restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque, sicut in ceteris seruitutibus actio contraria dabitur, hoc est, ius tibi non esse me cogere.

§. 1. Competit mihi actio aduersus eum, qui cessit mihi talem seruitutē, vt in parietem eius tigna mihi immittere liceret, supraque ea tigna (verbi gratia) porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant.

E *§. 2. Distant autem hæ actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum: hæc vero locum habet ad hoc solum, vt tigna suscipiat, quod non est contra genera seruitutum.*

§. 3. Sed si quæritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui seruitutem sibi deberi ait. Si vero non sunt immissa, eum qui negat.

§. 4. Et si quidem is obtinuerit, qui seruitutem sibi defendit, non debet ei seruitus cedi, siue recte pronuntiatum est, quia habet: siue perperam, quia per sententiam non debet seruitus constitui, sed quæ est, declarari. Plane si non vtendo amisit dolo malo domini ædium post litem contestatam, restitui eā oportet, quemadmodum placet in domino ædium.

A *§. 5. Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se ex taberna casearia fumum in superiora ædificia iure immitti posse, nisi ei rei seruitutem talem admittit. Idemque ait, & ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licere. In suo enim alij hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat: fumi autem sicut aquæ esse immissionem. Posse igitur superiorem cum inferiore agere, ius illi non esse, id ita facere. Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, ius illi non esse in suo lapidem cadere, vt in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo, eum, qui tabernam casceariam à Minturnensibus conduxit, à superiore prohiberi posse, fumum immittere: sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse, fumum immittere. Ergo per contrarium* B *agi poterit, ius esse fumum immittere. Quod & ipsum videtur Aristo probare. Sed & interdictum* vti possidetis, *poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo vti.*

§. 6. Apud Pompon. dubitatur libro 41. Lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non grauem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere. Et ait, magis non posse agi, sicut agi non potest, ius esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lauare.

§. 7. Idem in diuersum probat: nam & in balineis (inquit) *vaporibus, cum Quintilla cuniculum pergentem in Vrsi Iulij instruxisset, placuit potuisse tales seruitutes imponi.*

AD principium legis, vide ad *l. 6. §. vlt. sup.* In §. *competit,* tractatur de seruitute *tigni immittēdi,* deque ea C ait, easdem actiones dari, quas de reliquis dari diximus. Deinde explicat, quis sit possessor huius seruitutis, aut quis videatur contra hanc possidere. Hanc seruitutem possidet qui tigna immissa habet, *l. etsi forte 6. §. sciendum, h. t.* Contra autem seruitutem possidet is qui negat seruitutem, si tigna immissa non sint. Id tamen necessarium est vt foramen, vnde exemptum est tignum, obturauerit, alioquin non vsucapit libertatem, *l. hac autem 6. de seruit. vrban. præd.* Hoc ostenditur etiam in §. *sed si quæritur, huius l. 8 Plane si non vtendo amisit.*] Vt intelligatur hic versus, sciendum est, vsucapionem non interrumpi litis contestatione: amissio etiam quæ fit non vtendo, non interrumpitur litis contestatione: nam incidens mala fides non interrumpit vsucapionem: id est, si postea cœperit possidere mala fide, *l. si post 18. de rei vind l. Iulianus 9. §. quo-* D *niam, ad exhibend.* idem ostendit, *l. si is 2. pro don.* Id fit, quia vsucapio est iuris, propterea ipso iure impletur, *l. bona fidei 48. de acquir. rer. domin.* Ergo omissa lite efficax est vsucapio: nam licet mihi absoluere vsucapionem post litem contestatam. Quid si condemnatio secuta sit, impleta à me vsucapione post litem contestatam? Tunc vsucapio efficax non est: nam omnia retrotrahuntur ad tempus litis contestatæ, *d. l. si post,* Theophil. in *Instit. tit. de diuis. stipul.* Hoc etiam ostendit hic vers. in domino ædium, vsucapione impleta post litem contestatam. Diuersum est in possessione longi temporis: quia non est iuris, sed facti, propterea lite interrumpitur, *l. nec bona fide 10. C. de præscript. longi temp.* Ex eo efficitur, omissa lite inefficacem esse longi temporis possessionem: quia interrupta E est. idque adeo verum est, vt non possit is, cum quo actum est, post litem omissam longo tempore, possidere ex integro, & eandem rem sibi acquirere, quoniam nouit rem esse alienam, *l. 1. C. de præscript. long temp.* & Paul. *lib 5. Sent. de vsucap.* Deinde illud notandum est ex §. *Aristo,* in hac *l.* easdem actiones esse propositas de iis seruitutibus, quæ sequuntur, qualis est seruitus *fumi immittendi ex taberna casearia,* in qua scilicet fiunt & formantur casei. Licet autem in hunc modum agere: ius mihi esse fumi immittendi ex taberna casearia: vel ius mihi esse fumum grauem faciendi in meo. Additur etiam, agi in hunc modum posse, ius non esse fumi immittendi ex taberna casearia: Item, ius non esse aquam, vel fumum, vel aliquid in inferiores vicini ædes immittendi, quia hæc immittere

non licet nisi seruitus constituta sit. Præterea ita agi potest, ius non esse in tuo lapidem cædendi, ita vt fragmenta cadant in meum fundum. Hæc sunt exempla seruitutum, quæ proponuntur in *d.* §. *Aristo.* Deinde quæritur, an ita liceat agere, *ius mihi esse in meo lauare, vel ius non esse tibi in tuo lauare, vel, ius non esse fumum non grauem facere?* Lex ait, talia iura non constitui: & ideo de his non agi vllo modo, quoniam vnicuique licet in suo sedere, & lauare, neque id iure seruitutis, sed iure proprio. Præterea hæc iura non prosunt vicinis nec prædiis eorum: quid enim ad te, si ego non sedeam in meo? *l. quoties 15. de seruit.* Ergo de his nullo modo agitur. Postremo ostenditur recte ita seruitutem constitui, ius tibi non esse in balneis vaporariis cuniculum habere pergentem in meas ædes, ex quo erumpat ignis vel aqua, vel vapor balnei. Et eo pertinet *l. 3.* §. *Aristo, de riu.* & §. vlt. heic.

Ad L. IX. Si eo loco.

L. 9. Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu ædificaueris, possum intendere, ius mihi esse ire agere. Quod si probauero, inhibebo opus tuum. Item Iulianus scripsit, si vicinus in suo ædificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est, ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. Sed si quidem nondum ædificauit, siue vsumfructum, siue viam habet, ius sibi esse ire, agere, vel frui intendere potest. Quod si iam ædificauit dominus, is, qui iter & actum habet, adhuc potest intendere ius sibi esse: fructuarius autem non potest, quia amisit vsumfructum. Et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Iulianus ait. Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, ædifices, recte intendam ius tibi non esse ædificare, vel ædificatum habere, quemadmodum si in area mea quid ædifices. §. *1. Qui latiore via vel angustiore vsus est, retinet seruitutem: sicuti qui aqua, ex qua ius habet vtendi, alia mixta vsus est, retinet ius suum.*

Illud in primis constituamus, eum, qui seruitutem habet, per quam intendere possit, *ius non esse vicino ædificandi*, nouum opus vicino nuntiare posse, vt is qui habet seruitutem altius non tollendi: Nam hic potest cum vicino agere, ius ei non esse altius ædificandi: vel si habeat seruitutem, *ne prospectui officiatur.* hi enim omnes recte agunt, ius non esse vicino ædificandi, *l. inter 15. de seruit. vrban. præd. l. de pupillo 5. l. non solum 8. de no. oper. nunt.* Idem dicendum de eo qui habet seruitutem oneris ferendi, cuius ea est natura, vt debeatur ab inferiori vicino, qui ædes depressas habere cogitur, propterea altius ędificare non potest, *l. harum 7. & l. sicuti 8. in princ. hoc tit.* Et ideo, qui habet hanc seruitutem, ædificanti nuntiat nouum opus, *l. etsi forte 6* §. *vlt. hoc tit.* Aliud dicendum est in aliis seruitutibus: nam is qui viam habet, domino ædificanti in via non potest ei nuntiare nouum opus, *l. qui viam 14. de no. op. nunt.* Sed recte poterit vindicare viam, & opus prohibere, §. *sciendum, d. l. etsi forte.* Cur non potest nuntiare nouum opus? quia ita non potest agere aduersus dominũ, *ius ei non esse in suo ædificandi*: Sed agere potest, ius sibi esse eundi & ambulandi. Et hoc ostenditur initio huius legis. Hic *iter* accipitur pro *via*, non pro itinere, vt putat Accurs. Idem dicendum est de eo, qui actum habet, vel iter, vel aquæ ductum. Idem etiam dicendum in eo, qui habet seruitutem stillicidii immittendi, quę vrbana est: Nam si dominus altius ædificauerit, & ita effecerit ne stillicidium meum reciperet, is qui hanc seruitutem habet, agit ius sibi esse stillicidii immittendi, & ita inhibet nouum opus: Non tamen ita agere potest, *ius non esse vicino in suo ædificare*: ideoque non poterit nouum opus nuntiare. Deinde lex ostendit, idem esse dicendum in vsufructu: nam fructuarius domino ædificanti in suo non potest nuntiare nouum opus, *l. si autem, de no. op. nunt.* Nec ita aduersus eum aget, ius non esse domino ædificare. Ceterum vsumfructum vindicare poterit, atque ita inhibebit opus, *d. l. si autem*

A *2. & hac l. 9.* Verum adiicitur, ita demum vsumfructum vindicari, si dominus nondum ædificauerit. Quid si iam ędificauerit in area: an poterit fructuarius vsumfructum vindicare? Minime: quia finitus est vsusfructus rei mutatione: At finito vsufructu non competit vsusfructus vindicatio. Quemadmodum ergo ei succurretur? actione de dolo, quæ ei dabitur aduersus proprietarium, qui ędificiũ posuit in area, *l. repeti 5.* §. *vlt. quib mod. vsusfruct. amitt.* Ceterum lex ea adiicit dari etiam actionem ex testamento, vel de dolo, quæ duo simul stare non possunt: non enim competit vtraque actio: In eodem casu non concurrit actio de dolo cum alia actione. Igitur, quod ait lex, verum est in diuersis casibus. Si ædificium positum sit in area, antequam constitueretur & traderetur vsusfructus, tunc competit actio ex testamento, quæ est personalis, vt B scilicet sibi cedatur vsusfructus: competit autem de dolo actio, cum post traditionem vsusfructus, ædificium in area fructuaria à proprietario positum est dolo. Dicet aliquis: imo non est actio danda de dolo, quia competit interdictum, quod vi aut clam: At actio de dolo est subsidiaria, & competere eo casu interdictum, quod vi aut clam, ostendit *l. is qui 11.* §. *vlt. & l. denique 13 quod vi aut clam.* Dicendum est, quibus casibus competit interdictum quod vi aut clam, cessare actionem de dolo, vt cum posuit ædificium vi aut clam: Cessante autem hoc interdicto, etiam competit actio de dolo, vt ostenditur in hac lege. Præterea huic sententiæ opponitur *l arbitrio 18* §. *si dominus, de dolo.* Species legis hæc est: Proprietarius ædes fructuarias deposuit, vel combussit. depositis autem vel C combustis ædibus fructuariis finitur vsusfructus, quia iam nullæ sunt ædes: lex ait, fructuarium non habere actionem de dolo, quia tunc competit actio legis Aquiliæ. Cõpetere actionem legis Aquiliæ ostendit *l. sed etsi proprietatis 12 ad leg. Aquil.* Postremo Accursii solutio vera est: exustis ædibus tenetur proprietarius actione legis Aquiliæ, quia damnum dedit: ideo cessat actio de dolo. Diuersum est in nostra specie, nempe cum ædificium posuit in area: quoniam tunc rem mutat in melius: ideo damnum non dat, & sic cessat actio legis Aquiliæ, & ea cessante competit actio de dolo. Denique ex hac lege notandum est: si is, cui iter debetur, in itinere ædificet, & sic in alieno, dominus cum eo agere poterit, ius ei non esse inuito se ædificare, vel ædificatum habere. Ait, ius ei non esse D ædificare, vt eum impediat. ait, ius ei non esse ædificatum habere, vt quod factum est, deponatur & tollatur. Hinc consequens est, dari ei nuntiationem noui operis iure dominii, *d. l. de pupillo 5. de noui oper nuntiat.*

Ad Leg. X. Si quis.

Lex 10. *si quis diuturno* ante explicata est ad *l. seruitutes 14. de seruitut.*

Ad L. XI. An vnus.

L. 11. An vnus ex sociis in communi loco, inuitis ceteris, iure ædificare possit, id est, an si prohibeatur à sociis, possit cum his ita experiri, ius sibi esse ædificare: & an socij cum eo agere possint, ius sibi prohibendi esse, vel illi ius ædificandi non E *esse: & si ædificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri, ius tibi non esse ita ædificatum habere, quæritur. Et magis dici potest, prohibendi potius quàm faciendi esse ius socio: quia magis ille, qui facere conatur (vt dixi) quodammodo sibi alienum quoque ius præripit, si quasi solus dominus, ad suum arbitrium vti iure communi velit.*

Vt intelligatur sententia huius legis, duæ regulæ nobis proponendæ sunt, vna hæc est: Vnus ex sociis non potest agere ius sibi esse in loco communi ædificandi inuito socio: nulla talis confessoria actio socio datur. Altera est: Non potest ita socius cum socio agere, ius sibi esse prohibendi, vel socio ius non esse ædificandi: nulla actio talis socio datur, quia nemini res sua seruit. Res communis mea est, ergo mihi non seruit, *l. in re communi*

26. de seru. vrb. præd. quæ contra hanc sententiam facere videtur. Lex ait, facilius permitti socio ius prohibendi, quam ædificandi. An ideo recte aget ius sibi esse prohibendi? Minime. Quamuis lex dicat, facilius vnum permitti quam aliud, tamen legis sententia hæc est, vt non possit socius socium prohibere per cōfessoriam actionem. Addatur etiam non posse prohibere per noui operis nunciationem, quia ita agere non potest, ius ei esse ædificare, *l. in prouinciali. 3. §. 1. de no. oper. nunt.* Poterit tamen eum prohibere per actionem communi diuidundo. Multum refert scire, quo actionis genere vtendum sit. Poterit etiam eum prohibere per interdictum vti possidetis, *l. si ædes 12. comm. diuid.* Nam hoc interdictum datur ei, qui qualiter velit, vti sua re atque adeo communi prohibetur, *l. sicuti 8. §. Aristo, inf. hoc tit.*

Ad L. XII. Egi, ius illi.

Lex egi 12. ante explicata est, ad *l. 7. sup. hoc tit.*

Ad L. XIII. Fistulas.

L. 13. Fistulas, quib. aquam duco in via publica habeo: & hæ ruptæ inundant parietem tuum; puto posse te mecum recte agere, ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere.

EX hac lege notandum est, quid sit flumen. Apparet autem *flumen* esse grauem defluxum aquæ, *l. seruitutes 20. §. si sublatum,* & *l. foramen 28. de seru. vrb. præd.* Species huius legis hæc est: habeo fistulas in via publica: quas duco per specum vel cuniculum, hę ruptæ inundant parietem tuum: tunc recte vicinus aget, ius mihi non esse ita flumen fluere: Ideo apparet fractis fistulis flumen fieri.

Ad L. XIV. Si cum meus.

L. 14. Si cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quæ antea habueris, si noua velis immittere prohiberi à me potes: imo etiam agere tecum potero, vt ea quæ noua immiseris, tollas.

§. 1. Si paries communis, opere abs te facto in ædes meas se inclinauerit, potero tecum agere, ius tibi non esse parietem illum ita habere.

MVltum interest, an ita cedatur ius tigni immittendi, *cedo tibi ius tigni immittendi,* tunc enim tigna quęcunque volet immittet, & noua & vetera. At si dixerit: *concedo tibi ius tigni veteris immittendi,* tunc non cogitur noua suscipere, si vetera sint vetustate confecta, quia si alius velit noua tigna immittere, ius ei erit prohibendi. Item si ex ędibus communibus aliquid immittatur in ædes proprias, mihi competit actio, *l. sed si inter me & te 27. de seruit. vrb. præd.* Sic etiam si paries communis inter me & te, opere abs te manufacto procumbat in ędes meas proprias, & ventrem fecerit, vt ait *l. si quando 17. hoc tit.* mihi tecum est actio, per quam intendo ius tibi non esse ita parietem habere.

Ad L. XV. Altius.

L. 15. Altius ædes suas extollendo vt luminibus domus minoris annis 25. vel impuberis, cuius curator vel tutor erat, officiatur, efficit: quamuis hoc quoque nomine actione ipse heredesque teneantur: quia quod alium facientem prohibere ex officio necesse habuit, id ipse committere non debuit: tamen & aduersus possidentem easdem ædes danda est impuberi, vel minori actio, vt quod non iure factum est, tollatur.

SPecies legis hęc est: Tutor vel curator ædes suas extollit altius, quæ quidem ędes erant vicinæ ędibus pupilli: has ædes tutor vel curator altius extulit, & obstruxit

A luminibus ædium pupilli vel adolescentis, atque ita committit tutor, quod alium facientem ex suo officio prohibere debuit. Lex ait, tutorem vel curatorem teneri: actione tutelæ, tutorem: curatorem actione negotiorum gestorum, quia in ea re non est bona fide versatus. Prętere actio confessoria pupillo dabitur aduersus tutorem vel heredem eius, per quam id consequetur, vt ædes tollantur, id est, id quod factum est, tollatur. Nam ita aget, ius ei non esse altius ędificatum habere, *l. si eo loco 9. & l. an vnus 11. hoc tit.* Habet etiam hanc actionem aduersus emptorem, cum tutor ædes vendidit, quas altius extulerat.

Reliquæ *ll.* huius tituli, aut superius à nobis explicatæ sunt, aut facile ex his, quæ iam dicta sunt, intelliguntur.

B

AD TITVLVM VI.

Quemadmodum seruitutes amittantur.

Ad L. I. II. III. IV. V. & VI.

L. 1. Seruitutes prædiorum confunduntur, si idem vtriusque prædij dominus esse cœperit.

L. 2. Qui iter & actum habet si statuto tempore tantum ierit, non periisse actum, sed manere Sabinus, Cassius, Octauenus aiunt: Nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet.

C

L. 3. Iura prædiorum morte & capitis deminutione non perire, vulgo traditum est.

L. 4. Iter sepulchro debitum non vtendo nunquam amittitur.

L. 5. Seruitus & per socium, & per fructuarium, & bonæ fidei possessorem nobis retinebitur.

L. 6. Nam satis est fundi nomine itum esse.

IN hoc titulo proponuntur modi, quibus seruitutes amittuntur & exstinguuntur. Et primum confusione prædiorum, vel acquisitione dominii & comparatione, vt si dominus fundi dominantis adquisierit fundum seruientem, vt heic. Secundo, seruitutes amittuntur
D non vtendo decem annis inter præsentes, viginti inter absentes, ex Constitutione Iustiniani, quæ exstat in *l. pen C. de seruit. & aq.* Vtendo autem seruitutes retineri dicuntur & vsurpari. Vsurpare nihil aliud est, quam vsu retinere seruitutem, *l. si stillicidij 1. §. vlt. l. si in partes 9. l. aquam 16. hoc tit. & l. nam satis 6. hoc tit.* Ergo vsurpatio est vsucapioni vel amissioni, quæ fit non vtendo, contraria, vnde *tit. de vsurpationib. & vsucap.* Retinentur siue vsurpantur seruitutes, etiamsi quis eis vtatur ex parte, non in totum: neque enim vti necesse est in totum vt vsurpentur, veluti, qui viam habet, si statuto tempore iuerit, non etiam egerit iumentum vel vehiculum, retinet viam, quia ea vsus est pro parte, *l. qui iter 2. hoc tit.* Sic, qui actum habet, si iuerit solus sine iumento, actum retinet, quod etiam ostendit *l. 2. Qui iter & actum habet*) id est, qui viam habet, vt in *l. si eo loco 9. §. 1. si seruit. vind. l. & per iusiurandum 13. de acceptil. Per se*) id est, sine iumento. Diuersum est in aquęhaustu. Nam si is, cui debetur aquæhaustus, certo tempore ierit, nec tamen aquam hauserit, seruitutem amittit, id est, haustum & iter ad hauriendum, *l. Labeo 17. h. tit.* Ratio diuersitatis hæc est: qui actum habet, per se ire potest sine iumento: nam qui actum habet iter habet, *l. 1. de ser. rust. præd.* Qui autem habet aquæ haustum, non potest per se ire, nisi eat ad hauriendum: nec itinere vti potest nisi haustus causa, *l. item sic possunt 3. §. vlt. de seru. rust. præd.* Ergo seruitutes amittuntur confusione, amittuntur & non vtendo. Quęro, an seruitutes amittantur morte, vel capitis deminutione ei[9] cui debentur? Vsuf. quidem & vsus

morte amittuntur, & capitis deminutione: seruitutes tamen non amittuntur, quia personis non cohærent, & ideo his exstinctis, manent, *l. iura 3. hoc tit.* quæ est ex Gaii *libro septimo ad edict. prouinc.* In eodem libro scripsit Gaius seruitutes non amitti mutatione domini, & est hoc commune cum vsu fructu, *l. is qui 19. quib. mod. vsusfr. amitt. l. hominis 2. de vsufr. leg. l. si parti 3. de vsufr.* Ita etiam scribit Cicero in Topic. Ex *l. iter 4. hoc tit.* notandum est, iter ad sepulchrum non amitti non vtendo: idque fit propter religionem, & quia natura non patitur, vt eo itinere semper vtamur: nam non semper mortuos inferimus. Iter tamen ad flumen publicum non vtendo amittitur. Denique subijcitur, seruitutes vsurpari per socium, non tantum per eum, qui in solidum est dominus fundi dominantis. Vsurpatur etiam seruitus per fructuarium, & bonæ fidei possessorem: satis enim est, si aliquis seruitute vtatur fundi nomine, *l. 6. in princ. h. t.*

Ad §. Si ego via legis 6. . . .

Si ego via, quæ nobis per vicini fundum debebatur, vsus fuero, tu autem constituto tempore cessaueris, an ius tuum amiseris? Et è contrario, si vicinus, cui via per nostrum fundum debebatur, per meam partem ierit, egerit, tuam partem ingressus non fuerit, an partem tuam liberauerit? Celsus respondit, si diuisus est fundus inter socios regionibus, quod ad seruitutem attinet, quæ ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit: & sibi quisque dominorum vsurpat seruitutem, sibi non vtendo deperdit: nec amplius in ea re causa eorum fundorum miscentur, nec fit vlla iniuria ei, cuius fundus seruit, imo si quo melior: quoniam alter dominorum vtendo, sibi non toti fundo proficit. Sed si is fundus, qui seruierit, ita diuisus est, plusculum dubitationis ea res habet: Nam si certus ac finitus viæ locus est: tunc si per longitudinem eius fundus diuisus est, eadem omnino seruanda erunt quæ si initio constituendæ eius seruitutis similiter hic duo fundi fuissent. Si vero per latitudinem viæ fundus diuisus est (nec multum refert, æqualiter id factum est, an inæqualiter) tunc manet idem ius seruitutis, quod, fundo indiuiso, fuerat, nec aut vsu detineri, aut non vtendo deperire, nisi tota via poterit. Nec si forte inciderit, vt semita, quæ per alterum dumtaxat fundum erit, vteretur, idcirco alter fundus liberabitur: quoniam vnum atque eo modo indiuiduum viæ ius est. Possunt tamen alterutrum fundum liberare, si modo hoc specialiter conuenit. Certe si is cui seruitus debebatur, alterum ex ea diuisione fundum redemerit, num ideo minus ea re fundi alterius seruitus permanebit? Nec video, quid absurde consecuturum sit eam sententiam, fundo altero manente seruo: si modo & ab initio potuit angustior constitui via, quam lege finita est, & adhuc id loci superest in eo fundo, cui remissa seruitus non est, vt sufficiat viæ. Quod si minus loci superest quam viæ sufficiat, vterque fundus liberabitur: alter propter redemptionem: alter, quia per eum locum qui superest, via constitui non potest. Ceterum si ita constitutum est ius viæ, vt per quamlibet partem fundi ire agere liceat: idque vel subinde mutare, nil prohibet: atque ita diuisus est fundus, si per quamlibet eius partem æque ire atque agi possit: tunc perinde obseruabimus, atque si ab initio duobus fundis duæ seruitutes iniunctæ fuissent: vt altera retineri, altera non vtendo possit deperire. Nec me fallit, alieno facto ius alterius immutatum iri: quoniam ante satius fuerat per alteram partem ire agere, vt idem ius ei in altera parte fundi retineretur. Contra, illud commodum accessisse ei, cui via debebatur, quod per duas pariter vias ire agere possit eisque octonos in porrectum, & senos denos in anfractum.

IN hoc §. explicando subsistendum est. Duæ in initio huius §. proponuntur quæstiones. Prima hæc est: *An per socium vsurpetur seruitus quæ debetur fundo communi.* Altera est: *Si seruitus debeatur per fundum communem plurium dominorum, an tota seruitus retineatur, si is cui seruitus debetur, ea vtatur tantum per partem fundi, qui est communis plurium?*

Quod ad primam quæstionem attinet, sic definiendum est. Si vnus ex sociis fundi dominantis seruitute vtatur, ius integrum vsurpatur, etiamsi alter non vtatur. Ergo si socius vtatur, hoc toti fundo prodest. Hoc autem ita verum est, si fundus sit indiuisus, id est, communis pro indiuiso: nam si fundus sit diuisus certis regionibus, tunc secus dicendum est, & vnusquisque dominorum sibi vsurpat seruitutem, & non vtendo sibi eam deperdit. Mouetur deinde hæc dubitatio: videtur hæc diuisio iniuriam facere ei, qui seruitutem debet: nam diuisione facta incipit duobus seruire: duo enim fundi constituuntur diuisione, & duo
B domini. Respondet Iurisconsultus, pro hoc incommodo aliud ei commodum præstari, vt scilicet per vnum ex dominis seruitus tota non retineatur. *Debebatur*] ratione scilicet fundi communis. *Imo si quo melior*] legendum est, *fit aliquo melior.* Sic etiam loquitur *l. in bello 12. §. rursus. de captiu. & post lim. reuers.*

Deinde tractatur de fundo seruiente. Si fundus seruiens sit plurium, & is cui seruitus debetur, per partem viæ tantum iuerit, an totam viam retinet? Distinguendum est, aut fundus seruiens est diuisus, aut indiuisus: si sit indiuisus, vtendo parte, totam viam retinet. qui angustiore via vtitur legitimam tamen latitudinem retinet, *l. si eo loco 9. §. vlt. si seruit. vindic. l. si stillicidij 8. §. vlt. hoc tit.* Si fundus seruiens sit diuisus, rursus distingui: Aut certus & finitus est viæ locus, aut non. Si certus sit, rursus distingue: aut
C fundus est diuisus per longitudinem viæ, aut latitudinem. Explicandum autem hic est, quid sit, fundum diuidere per longitudinem viæ, aut per latitudinem, quod male interpretatur Accursius hoc loco. Fundum *diuidere per viæ longitudinem*, est viam in crucem secare: cum fundus ita diuisus est in modum crucis: per longitudinem viæ, si is cui via debetur per vnam tantum partem eat, id est, per vnum fundum diuisum, totam viam retinet, quoniam vna est via, vna seruitus, etiamsi duobus debeatur post diuisionem, *l. vna est via 18. de seruit. rustic. præd.* Ergo hoc casu perinde est, ac si ab initio esset constituta via per duos fundos. Et hoc est, quod ait: *Sed si is fundus, &c.* Si fundus diuisus sit per latitudinem viæ. Fundus diuiditur per latitudinem viæ, cum recta via scinditur in duas semitas. semita est semis
D via, idque Seruius Honoratus recte scripsit in Virgil. Itaque via habet duas semitas. Cum igitur via in directum scinditur in duas semitas, tunc *diuiditur per latitudinem*, & quod ad seruitutem retinendam attinet, idem iuris est quod fuit in fundo diuiso: Ergo ita diuiso fundo, eundo per vnam semitam, tota via retinetur, etiamsi statuto tempore per alteram semitam non eatur. Hoc proponitur his verbis: *Sic vero, &c.* Parui autem refert, an semitæ sint æquales, an non. Notandum est *ex versic. seq.* quod tempore fieri non potest, pacto effici potest. tempore effici non potest, vt videlicet qui per vnam semitam it, viam amittat: vel, vt qui non it per vnam semitam, viam amittat: pacto tamen effici potest, vt alter fundus liberetur, & vna semita retineatur.

Nunc quærendum est quid iuris sit, si is cui seruitus de-
E betur, alteram partem fundi ita diuisi acquisierit? Hoc casu vnam semitam amittit confusione qui alterum fundum ex ea diuisione acquisiuit, cui seruitus debetur. An amittit etiam alteram seruitutem quæritur. Hoc vt intelligatur, sciendum est, viæ latitudinem esse legitimam, vt etiam diximus in *l. via latitudo 8. de seruit. rust. præd.* Notandum tamen est, angustiorem viam pacto constitui posse, dummodo ea vehiculum duci possit: Nam si tam angustus sit locus, vt non possit eo vehiculum duci, non est via, *l. via 23. de seru. rust. præd. l. si tam angusti 13. de seruit.* Via enim dicitur, quasi veha, auctore Varrone. Et qui vecturis vehunt, vehaturam facere dicuntur, Varro *lib. 1. de re rust.* Quid dicemus in quæstione proposita? Confusione semita vna amissa est, quæstio est, an alteram semitam ami-

ſerit? Diſtinguendum eſt: aut altera ſemita quæ ſupereſt, ſufficit ad viam aut non; ſi ſufficit, retinebitur, nec videbitur amiſſa: ſi non ſufficiat amittetur: ideo vna amittetur confuſione, altera propter anguſtiam loci: hoc eſt, quod ſequitur in verſic. *certe ſi is cui, &c. non ideo minus permanebit*, legendum eſt. Et his verbis ſignificat, non permanere ſeruitutem. Hæc hactenus dicta ſunt, ſi certus & finitus ſit certus viæ locus. Quid igitur fiet, ſi in fundo ſeruiente non ſit certus viæ locus, id eſt, ſi actum ſit, vt per quamlibet partem ire agere liceat? Hoc caſu ſubinde mutare viam licet. quid fiet tunc, ſi fundus ſeruiens diuidatur certis regionib. an per vnam partem eundo, per alteram partem via retineatur? Et reſpondet, non retineri. Ratio hæc eſt, quia tunc duplex conſtituitur via legitimæ latitudinis: ideoque is, cui via debetur, eundo per vnum fundum, non vſurpat viam alterius fundi. Mouet deinde Iuriſconſultus hanc dubitationem: Videtur, inquit, iniuria fieri ei cui via debetur. Iniuria, quoniam ante diuiſionem per vnam partem agendo in altera parte viam retinebat: Poſt diuiſionem, per vnam eundo in altera viam non retinet. Reſpondet in hunc modum: pro eo incommodo aliud commodum præſtatur, id eſt, duplex via & vtraque legitimæ atitudinis. *Ita.*] id eſt, certis regionibus.

Ad L. VII. Si ſic.

Si ſic conſtituta ſit aqua, vt vel æſtate ducatur tantum, vel vno menſe, quæritur, quemadmodum non vtendo amittatur: quia non eſt continuum tempus, quo cum vti non poteſt, non ſit vſus. Itaque & ſi alternis annis vel menſibus quis aquam habeat: duplicato conſtituto tempore amittitur. Idem & de itinere cuſtoditur. Si vero alternis diebus, aut die toto, aut tantum nocte, ſtatuto legibus tempore amittitur: quia vna ſeruitus eſt: Nam & ſi alternis horis vel vna hora quotidie ſeruitutem habeat: Seruius ſcribit, perdere eum non vtendo ſeruitutem: quia id, quod habet, quotidianum ſit.

ILlud ſatis conſtat, ſeruitutem non vtendo amitti, atque ita libertatem earum acquiri. Olim amittebantur non vtendo per biennium, hodie amittuntur per decem aut viginti annos. Hinc exiſtit quęſtio, quemadmodum non vtendo amittatur ſeruitus aquę ita conſtituta, *vt quis ea vtatur tantum æſtate*, vel *vno menſe quotannis*, an fieri poteſt, vt hæc ſeruitus non vtendo amittatur? Quia non poteſt eſſe continuum tempus quo quis vtatur: vti enim ſemper non poteſt. at ſeruitus continua non eſt, ſed habet varia interualla. Item quæritur, ſi ita ſit conſtituta ſeruitus, vt ducatur alternis annis, vel alternis menſibus: Lex ait, eam amitti duplicato tempore legitimo, id eſt, per quadriennium, ex iure antiquo, ex iure nouo per 20. annos, etiam inter pręſentes: ſed inter abſentes verius eſt, non duplicari tempus, ſufficit enim vicennium ex ſententia Ioannis: à qua ſententia facit lex *vlt. C. de ſeru. & aq.* Quęrit Accurſ. quid iuris ſit, ſi aquæ ſeruitus conſtituta ſit alternis hebdomadis? Et placet idem dicendum hoc caſu, quia continua ſeruitus non eſt: ideo duplicabitur, hoc eſt quod ait hic *l. 7. in prin. Itaque etſi alternis annis.*] non modo ſi æſtate tantum, vel vno menſe quotannis, ſed etiam alternis annis. Quæro quid iuris ſit, ſi ita conſtituta ſit ſeruitus itineris, *vt quinto quoque anno, vno tantum die eat*? Præſtat plerumque vno tantum die ire in ſingula luſtra. Vt ſi itinere velim ire in ſyluam meam, quam per ſingula luſtra cædere ſoleo. Et hęc eſt ſpecies *l vlt. C. de ſeruit. & aq.* Controuerſa fuit hæc quæſtio inter veteres: Quidam dicebant, iter amitti, ſi quis non vteretur primo quinquennio, & ſecundo: Duo enim quinquennia pro biennio accipiebant: Sententia tamen Iuſtiniani eſt, hanc ſeruitutem amitti, ſi quis itinere non vtatur per quatuor quinquennia, id eſt, per 20. annos. Rurſus quæro, quid iuris ſit, ſi ita conſtituta ſit aqua, *vt alternis diebus integris & ciuilibus ducatur*, hi ſunt vigintiquatuor horarum, *l. more 8. de ferijs.* Vel etiam, *vt ducatur noctu tantum*, vel *die tantum.* Item, ſi conceſſa ſit *aqua alternis horis*, vel *vna hora quotidie.* Hæc ſeruitus quemadmodum non vtendo amittetur? Legitimo tempore, nec duplicabitur tempus: nam hæc ſeruitus eſt quotidiana. Non videtur tamen quotidiana ea, quæ conceſſa eſt alternis diebus. niſi dicamus aquam ita conſtitutam, ſimilem eſſe ei, quæ conceſſa eſt vel nocte tantum, vel die tantum, diuiſo die ciuili, & ideo non minus eſt quotidiana. Et hoc eſt, quod ſequitur in hac lege. *Vna*] id eſt, quotidiana.

Ad L. X. Si communem.

Si communem fundum ego & pupillus haberemus, licet vterque non vteretur: tamen propter pupillum & ego viam retineo.

§. 1. Si is qui nocturnam aquam habet, interdiu per conſtitutum ad amiſſionem tempus vſus fuerit: amiſit nocturnam ſeruitutem, qua vſus non eſt. Idem eſt in eo qui certis horis aqua ductum habens, alijs vſus fuerit, nec vlla parte earum horarum.

SCiendum eſt, ſeruitutem vſurpari per ſocium, qui ea vtitur: nam ea vtendo, toti fundo proficit, non ſibi tantum. Notandum eſt ex hac lege, idem eſſe nonnunquam, etiamſi nullus ſocius ſeruitute vtatur, videlicet ſi vnus ex ſociis ſit eius conditionis, vt nihil poſſit amittere non vtendo, vel vſucapione, vt puta ſi pupillus ſit: Per pupillum non vtentem tota ſeruitus retinetur: Ergo pupilli res non poteſt vſucapi, nec ius ſuum non vtendo amittit, nec ſocius eius: Pupilli res etiam non poteſt vſu capi, vt indicat *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. dom.* Sed his multa obſtant, vt *l. ſequitur 4. § ſi pupilli, de vſucap. l. qui fundum 7. § ſi tutor, pro empt. l. apud Celſum 4 §. ſi quis non tutor 24. de doli except.* Oſtenditur in eo §. pupillo non nocere dolum eius, qui pro tutore negotia pupilli geſſit; qui eſt falſus tutor: Ideo exceptio doli ei non nocet. Ergo ſi is rem pupilli vendiderit, & ea vſucapta ſit, pupillo rem ſuam perſequenti non poteſt opponi exceptio doli. Sed notandum eſt, quo in loco legitur: *& ea vſucapta ſit*, legendum eſſe, *nec ea vſu capta ſit*: Nam ſi vſu capta ſit, eam repetere non poteſt pupillus. Ita legitur in *l. ſi is 2. de eo qui pro tut.* In qua etiam pene eadem verba proponuntur. Veriſſima huius rei diſtinctio hæc eſt: Res quæ pupilli facta eſt, iure ciuili, vel iure gentium, quamdiu is in tutela fuit, non poteſt vſucapi, vt in hac lege, & in *l. bonæ fidei 48 de acquir. rer. dom.* Res autem à pupillo bona fide poſſeſſa, vſucapi poteſt, quoniam hæc res non eſt pupilli. Et in hac quæſtione dominus ſæpe accipitur pro bonę fidei poſſeſſore, vt in *l ſerui 17. § vlt de furt. l. certe 6. §. Iulianus, de precar.* In illis legibus pupillus dicitur dominus, licet tantum ſit bonę fidei poſſeſſor. Et hoc eſt, quod dicitur in *l. bonæ fidei 136, de reg. iur.* Deinde ex *§ prox.* hoc colligitur, eum ſeruitutem non vtendo amittere qui ea vtitur alio tempore quam de quo actum eſt, vt ſi actum ſit, vt aqua ducatur interdiu, ea autem ducatur noctu, amittitur ſeruitus aquæ. Huc pertinet etiam *l. ſi quis alia, hoc tit.* Opponitur *l. cum conſtet 5. §. inter, de aq. quotid. & æſt.* Species hęc eſt: Duo ſeparatim aquam ducebant eodem riuo, horis certis, vnus hora prima, alter ſecunda: permutauerunt inter ſe tempora, & ita neuter vſus eſt ſuo tempore, an amiſiſſe videntur aquam? Minime: quia alter per alterum aquam vſurpat & retinet.

Ad L. XI. Is, cui via.

Is, cui via vel actus debebatur, vt vehiculi certo genere vteretur, alio genere fuerat vſus. Videamus, ne amiſerit ſeruitutem: & alia ſit eius conditio, qui amplius oneris,

quam licuit, vexerit: magisque hic plus, quam aliud egisse videatur: sicuti latiore itinere vsus esset, aut si plura iumenta egerit, quam licuit, aut aquæ admiscuerit aliam. Ideoque in omnibus istis quæstionibus seruitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus quam pactum est in seruitute habere.

NOtandum etiam est ex *l. si cui 11. hoc tit.* eum amittere non vtendo seruitutem viæ vel actus, qui alio genere vehiculi vtitur, quam eo, de quo actum est in imponenda seruitute. Hinc notandum est, differentiam esse inter aliud facere, & plus facere, quam seruitutis impositio patiatur. Qui aliud facit, seruitutem amittit non vtendo, qui plus facit, seruitutem non amittit, vt qui latiore via vtitur, nam is non facit aliud, sed plus, quam oportet. Item qui aquæ sibi concessæ aliam aquam admiscet, aquam non amittit, quia plus facit quam oporteat. Idem dicendum est, si quis agat plura iumenta, quam oporteat. Huc pertinet *l. si eo loco 9. §. vlt. si seruit. vindic. Videamus, ne amiserit.*] His verbis notat eum amisisse. Et hoc verbum non tantum de probabili dicitur, sed etiam de vero. Quod etiam notauit * Stobæus in Aristotelem.

Ad §. 1. Heres.

Heres cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei seruitutes. Exstinguentur, si legati conditio exsistat. videamus, an acquisita sequantur legatarium: Et magis dicendum est, vt sequantur.

VT intelligatur hic §. sciendum est, rei sub conditione legatæ heredem esse dominum, pendente etiam conditione, *l. non ideo 66. de rei vindic. l. & post litem 12. §. vlt. famil. ercisc.* Ex eo sequitur heredem, seruum sub conditione legatum alienare posse, item pignori obligare, item noxæ dedere, quia est dominus. Ceterum existente conditione euanescit pignus, & alienatio, & noxæ deditio, *l. seruo legato 69. §. 1. de leg. 1.* heres tamen non potest seruum manumittere pendente conditione, quia si postea existat conditio, non potest reuocari libertas, quæ semel concessa est, *l. seruum 3. l. generaliter 29. §. vlt. qui & à quib. manum. lib. non fiant.* Sic etiam heres fundum legatum non potest religiosum facere, aut locum ex eo fundo, quia si postea existat conditio, vix poterit solui religione, *l. si locus 34. de relig. & sumpt. fun.* Poterit tamen heres interim fundum sub conditione legatum alienare, quia dominus est: potest etiam seruitutes imponere. Ceterum existente conditione, alienatio reuocabitur, & seruitutes constitutæ exstinguentur *l. si fundum 105. de condit. & demonst. l. si fundum 81. de leg. 1.* Hoc etiam ostendit hic §. *Existat.*] Hic punctum ponendum est. Deinde sequitur sententia alia in *vers. videamus.*

Ad Leg. XI. Qui fundum.

Qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, vsus est. Retinetur id ius itineris, atque etiã si precario aut vi deiecto domino possidet: Fundus enim qualiter se habens, ita cum in suo habitu possessus est, ius non deperit. Neque refert iuste nec ne possideat qui talem eum possidet. Quare fortius, & si eã aqua per riuum sua sponte perfluxit, ius aquæ ducendæ retinetur. Quod & Sabino rectè placuit, vt apud Neratium lib. 4. membranarum scriptum est.

EX hac lege colligitur seruitutes vsurpari per socium & quemlibet possessorẽ, etiam malæ fidei. Seruitus etiã vsurpatur si aqua sua sponte perfluat, nemine ducente, nec ea amittitur non vtendo. *In suo habitu*] id est, in suis qualitalibus, & vt affectus est, vt in *l. quod Seruius 8. de condic. cau. da. cau. non sec.* verba ibi hæc sunt: *Donec in eodem habitu matrimonij permaneant.* Huc pertinet etiam *l. quid aliud 86. de verb. signif.* Summa huius tituli hæc est: Seruitutes amitti confusione, item non vtendo, item existente conditione, si fundo legato sub conditione heres seruitutem imposuerit: Item cessione, id est, remissione, vt in *l. si stillicidij 8. hoc tit.* His tantum modis amittuntur: Seruitutes non amittuntur morte, aut capitis deminutione, item rei mutatione, item eo die, in quem constitutæ sunt, siue certus sit, siue non, id est, tempore ipso iure non amittuntur, *l. seruitutes 4. de seruit.* Præterea hoc colligimus ex hoc titulo, seruitutes vsurpari. Amissioni contraria est vsurpatio. Vsurpatur seruitus, si quis ea pro parte vtitur, item per socium, & per quemlibet possessorem. Postremo ex hoc titulo retinendum est, eum qui suo iure se non putat vti seruitute, vsurpare quidem seruitutem suo fundo, sibi tamen nihil acquirere, nec interdictum possessorium, nec confessoriam actionem. Et hoc ostendit lex vltima *hoc tit.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI Recitationes solemnes.

AD TITVLVM I. *Finium regundorum, lib. 10. Digest.*

1564.

Ad leg. I.

L. 1. Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

HIc liber est de mixtis actionib. id est, de actione finium regundorum, quæ locum habet inter vicinos, id est, affines, & familiæ erciscundæ, cui locus est inter coheredes, & communi diuidundo, quæ est inter socios, quæ mixtæ dicuntur, quod sint in personam, & pro rei vindicatione, id est, quod sint in personam, & rem vindicent: sed adiungitur etiam eis actio ad exhibendum, quia etsi hæc actio mera sit in personam, non etiam pro rei vindicatione, est tamen propter rei vindicationem, *l. 1. inf. ad exhib.* Agitur enim primum vt res exhibeatur, deinde exhibita vindicatur: itaque agitur ad exhibendum propter vindicationem. Cæterum ipsa actio ad exhibendum rei vindicatio non est, id est, rem non vindicat, non continet, nec habet in se rei vindicationem, sed mera in personam. petitio hereditatis mista etiam est tam in personam quam in rem. cur non est hic posita, cum ista mista sit? quia multum distat ab his tribus actionibus, quæ hîc proponuntur. Videamus quomodo distent. Actiones mistæ duobus modis dicuntur, quia sunt in rem & in personam, altero modo, quia duplices sunt, id est, quia in eis vterque sit actor & reus, *l. actionis verbo, de obligat. & action.* Vtroque modo mistæ sunt actiones quæ hîc proponuntur: de priore est §. *quidam post, Institut. de actionib.* de posteriore constabit hic ex *l. 10. inf. hoc tit.* Petitio hereditatis priore modo mista est, id est, in rem est, & in personam: posteriore modo, non est mista, id est, non est in ea vterque actor & reus. Fateor aliquando hereditatis petitionem mutuam esse posse, *l. 1. §. etsi possessor,* aliter, *proinde etsi pro herede, sup. si pars hered pet.* Sed aliud est, mutuam esse actionem, aliud duplicem: mutuam actionem cum dico, dico duas actiones separatas, conuentionem, & reconuentionem, Græci dicunt ἀντιπαγωγὴν, id est, mutuam petitionem. Male Grammatici compensationem interpretantur. Duplicem actionem cum dico, vnam actionem dico sui natura reciprocam. Præterea petitio hereditatis ex illis tribus iudiciis, quæ hic ponuntur, nulli magis com-

parari poteſt quam familiæ erciſcundæ, quia actor dicit ſe heredem eſſe, reum negat eſſe heredem, *l. licet, ſup. de petit. hered. l. 1. §. ſi ego. ſup ſi pars hered. petat. l 7 & ſeq.* vbi, *ſi dixerit ſe heredem eſſe*, id eſt, ſi egerit petitione hereditatis, quod dicendo, aduerſarium negat eſſe heredem. In actione familiæ erciſcundæ nulla eſt controuerſia hereditatis, *d. l. 1. §. proinde.* nam vterque fatetur aduerſarium coheredem eſſe, ſicut in actione finium regundorum, vterque fatetur aduerſarium confinem eſſe; & in actione communi diuidundo vterque fatetur aduerſarium ſocium eſſe, ſed agunt inuicem de finibus dirimendis ſeu dirigendis, vel de rebus hereditariis, aut communibus diuidendis, *l. 3 & 4. § ſicut, inf. comm. diuid. l. non poſſumus, ſup ſi pars hered petat.* Igitur is qui agit familiæ erciſcundæ, fatetur & ſentit ſe cum coherede agere. Denique confitetur aduerſarium coheredem eſſe, idque probat *l. 1. §. etſi poſſeſſor, ſup. ſi pars hered. petat.* Species eſt eius §. Teſtator ſcripſit Primum & Secundum heredes ex æquis partibus. vterque poſſidet res hereditarias: decem ſunt res in hereditate, quinque poſſidet Primus, alias quinque poſſidet Secundus. Diſtinguendum eſt: aut ſibi faciunt controuerſiam hereditatis aut non. ſi faciunt ſibi controuerſiam hereditatis, vt ſi Primus dicat ſe heredem eſſe ex ſemiſſe, ex alio ſemiſſe heredem eſſe Mæuium non Secundum: & retro, ſi Secundus dicat ſe heredem ex ſemiſſe, & ex alio dicat eſſe heredem Mæuium, non Primum: neceſſe eſt vt vtantur mutua petitione hereditatis, id eſt, vt inuicem petant hereditatem, vt partes conſequantur. vterque eſt poſſeſſor, vterque petitor, quia vterque in rebus quas alter poſſidet pro indiuiſo, petit partem dimidiam: & ita debent dum ſibi controuerſiam faciunt, mutua petitione hereditatis vti & experiri. Sed ſi ſibi controuerſiam non faciunt, experiri debent familiæ erciſcundæ, vt quæ poſſident pro indiuiſo, diuidantur. igitur ſignificat iudicium familiæ erciſcundæ reddi inter eos qui non faciunt ſibi controuerſiam hereditatis, id eſt qui fatentur aduerſarium coheredem eſſe. Idem docet lex *fundus, § ſi ego, tit. ſeq.* Vbi verba ſunt aperta *ſi ego*, &c. Verum huic ſententiæ obſtat lex *37 tit. ſeq* ait: *qui familiæ erciſcundæ agit, non fatetur aduerſarium coheredem eſſe*: hæc ſententia eſt falſa: nam cum certum ſit vt locum habeat actio familiæ erciſcundæ, heredē eſſe oportere, non tantum actorem, id eſt eum qui prouocat ad iudicium, ſed etiam eum qui conuenitur, *l. cum putarem, & l. qui erat, tit. ſeq.* neceſſe eſt vt qui agit iudicio familiæ erciſcundæ fateatur ſe cum coherede agere: id tamen Accurſius ſic excuſat ad leg. 37. in verbo *non confitetur*, inquit, *vt ſibi præiudicet*, imo ſibi præiudicat, niſi mutet actionem ante ſententiam: vt is qui agit rei vindicatione ſibi præiudicat in cauſa poſſeſſionis, quia fatetur aduerſarium poſſeſſorem eſſe, niſi ante ſententiam tranſeat ad interdictum *vti poſſidetis*, quod ei licet, *l. naturaliter §. nihil, de acquir. poſſeſſ.* quia qui rem vindicauit, non ſtatim videtur renuntiaſſe poſſeſſioni. Idem in hac cauſa ſi ſcripſiſſet: qui agit familiæ erciſcundæ, non videtur renuntiaſſe petitioni hereditatis, verum hoc eſſet, quia ante ſententiam ius eſt mutandæ actionis: ſed ita ſcripſit: qui agit familiæ erciſcundæ, non confitetur aduerſarium ſibi eſſe coheredem, hoc eſt falſum. Aliter Accurſius ſic excuſat: *non confitetur, ſi erret*, inquit. hoc eſt verum, ſi erret in facto non confitetur, ſed hic nihil de errante, ſed generaliter qui agit familiæ erciſcundæ non confitetur aduerſarium ſibi coheredem eſſe. Aliter ſic excuſat, *non confitetur*, ante litem conteſtatam. hoc etiam verum eſt, ſed calumnioſum: nam intelligit de lite iam cœpta: ſanè Græci non agnoſcunt negationem in *d. l. 37*. Baſilicon 42. *tit.* 3. quo loco ita redditur hæc lex 37. ὁ κινῶν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτοῦ συγκληρονόμον εἶναι. id eſt, *qui agit familiæ erciſcundæ, fatetur aduerſarium ſibi coheredem eſſe.* Oſtendi qua in re diſtet petitio hereditatis ab his tribus iudiciis. Nunc repetam quod dixi initio, hoc eſſe commune harum omnium actionum vt ſint miſtæ tam in rem quam in perſonam. De petitione hereditatis eſt lex *hereditatis, C. de petit. hered.* & lex

A *ſed etſi lege §. petitio, ſup. de petit. hered.* quæ oſtendit, eum qui petit hereditatem, non tantum hereditatem vindicare, ſed hoc etiam intendere, præſtari ſibi oportere id quod poſſeſſor exegit a debitoribus hereditariis, vel quod redegit ex venditione rei hereditariæ, licet id nunquam fuerit in hereditate, quod ſcilicet exegit vel redegit: igitur petitioni hereditatis miſta eſt perſonalis actio. de actione familiæ erciſcundæ idem probat *l. item Labeo §. familiæ, tit. ſeq.* quæ ait, actionem familiæ erciſcundæ conſtare ex duobus, ex rebus hereditariis quæ vindicantur, & ex perſonalibus præſtationibus, vt ſi coheres ſolus de ſuo ſumptus fecerit in rem hereditariam, hoc iudicio intendit partem ſibi reddi oportere, vel etiam ſi ſolus coheres ex re hereditaria fructus perceperit: hoc iudicio alter conſequetur partem

B fructuum, quæ præſtatio eſt perſonalis. Idem probat de actione communi diuidundo lex *4. §. ſicut, inf. comm. diuid.* Idem probat de actione finium regundorum lex 1. hic, *licet pro vindicatione rei eſt*, id eſt, licet rem vindicet. Græci vertunt, licet rei vindicationem habeat & contineat, tamen eſt & in perſonam. ſimiliter *l. 3. C. finium regund.* ait, actionem finium regundorum cohærere proprietatis controuerſiæ, & Apuleius libro *6.* in cauſa finium de proprietate ſoli commutandi. Verum vberior, euidentior & magis proprie in rem actio eſt ea quæ ineſt iudicio familiæ erciſcundæ, vel communi diuidundo, quia eſt de certa parte rei hereditariæ. finium regundorum actio certæ partis, puta tertiæ vel quartæ, aut certi loci vindicatio non eſt, ſed finium vindicatio intra quinque pedes: nam hæc eſt finium latitudo ex 12. tabulis, ex lege Manilia. Igitur plerique Græ-

C ci interpretes dicunt, actionem finium regundorum dari, ſi controuerſia conſiſtat intra quinque pedes, ſi excedat eam latitudinem dari in rem, quod notandum eſt. Ex eo enim efficitur merito, cauſam finalem ad venditorem non pertinere, id eſt, non teneri venditorem emptori, ſi cum emptore agatur de finibus, *l. 10. C. de euict.* quia ſcilicet hæc actio anguſtæ terræ intra quinque pedes, non partis vel loci vindicatio eſt, & vſque adeo parua controuerſia proprietatis eſt, vt cauſa finalis ſeparetur à cauſa proprietatis. *Nouel. 60.* & conſtitutione Conſtantini. *ſi finalis*, apud Iulium Frontinum: ex qua Conſtitutione & ex lege alia Theodoſij apud eundem Frontinum quæ incipit *cunctis*, cauſa proprietatis deſiderat etiam maiorē iudicem quam cauſa finium. cauſa proprietatis refertur ad præſidem. Ex

D eis Conſtitutionibus cauſa finalis arbitro ſiue dimenſore contenta eſt, *l. 3. C. fin. regund.* Præterea cauſa finalis iurgium eſt proprius quam lis, & inde in *l. quinque pedum, C. fin. regund. & d. l. cunctis*, finale iurgium dicitur, & in lege 12. *Tabul.* de finibus regundis. *ſi iurgant.* ad quæ verba Marcus Tullius 4. *de Republ. iurgare*, inquit, *vicinos inter ſe, lex putat, non litigare.* quidam interpretes male putant legendum, *vetat*, non *putat*, quia lex non vetat iurgium inter vicinos, ſed putat litem finalem iurgium appellari, ſicut in cauſis diuortiorum iurgium ſæpe conuenit magis dici, quam diuortium, & frequens illa locutio eſt, *l. putat, l. ſtatuliberos, D. de ſtatuliber.* & Vlpian. in *Fragment. tit.* 1. Sed vno verbo explicanda eſt *d.* lex *quinque pedum*. Ea lex duo facit genera quæſtionum finalis iurgij, vel locorum: ſicut Frontinus aliam facit de fine, aliam de loco, &

E *l. 4. hic*, dum ait, *ſed & loci*, controuerſia intelligitur nedum finis, & ita eſt duplex controuerſia, vna de fine, altera de loco. Controuerſia de fine eſt intra quinque pedes. De loco, eſt vltra quinque pedes: de loco, proprietatis cauſa eſt vere & proprie: De fine controuerſia cohæret quidem cauſæ proprietatis ex *d. l. 3. C. eod.* ſed propria, id eſt, magis de fine quam de proprietate tribuitur appellatio. Item fines ſunt fundi, non loci, *l. locus, de verb. ſignific.* Locus vſucapi poteſt intra fines, id eſt intra quinque pedes, non eſt vſucapio ex 12. tabulis. Cicero 1. *de legibus*: *Non eſt etiam intra quinque pedes præſcriptio longi temporis*, & hoc ait *l. quinque pedum*, libere agi, vel agendam eſſe finalem cauſam vel locorum fine metu præſcriptionis quinque pedum: nam intra quinque pedes neque vſucapio,

neque præſcriptio longi temporis locum habet, id eſt, decem vel viginti annorum: annorum tamen 30. præſcriptio excludit actionem finium regundorum, *l. vlt. C. de ann. except.* Expoſui qualis vindicatio inſit actioni finium regundorum, & qualis familiæ erciſcundæ, & communi diuidundo: dicemus nunc, qua ratione actio finium regundorum iudicetur perſonalis: An ideo actio finium regundorum eſt in perſonam, vt Accurſ. notat in *l. 1.* quia per eam actionem id quod noſtrum non eſt, plerumque nobis adiudicatur? minime: nam hoc per eam actionem non intenditur, ſed proficiſcitur ex arbitrio iudicis: iudex cum in hoc iudicio, tum in duobus ſequentibus arbitratur ex bono & æquo, §. *quadam, Inſtit. de action.* An quod inuicem adiudicationem fieri oporteat, ita inuicem iudicat & condemnat: intentio autem actoris, non arbitrium iudicis actionem in rem vel in perſonam facit: hoc eſt, in arbitrio iudicis, non in intentione actoris: ergo non in eo actio vel in rem, vel in perſonam: & vt quod de adiudicationibus proditum eſt conferam in pauca. Adiudicatio alienæ rei fit in tribus iudiciis, lege permittente & non niſi ex neceſſitate quadam aut difficultate diſtrahendi negotii, ſiue de loco agri, ſiue de fine, ſiue de familia, ſiue de re communi, & hunc effectum habet adiudicatio, vt dominium mutet, §. *vlt. Inſtit. de offic. iud.* Vlpian. in *Frag. tit. 19.* cum tamen alias ſententia iudicis non ſoleat dominium mutare, hoc caſu mutat, quia adiudicationem iudici permittit lex nominatim, & prætor eam tuetur datis actionibus & exceptionibus, *l. inter coheredes, §. 1. inf. ſeq. tit.* Dominium mutat, vt ſi de rebus communibus actum ſit, & facta ſit adiudicatio: vel etiam occaſionem vſucapiendi præſtat, vt ſi per errorem de alienis rebus acceptum ſit iudicium communi diuidundo quaſi de communibus adiudicatio facta, *l. ſi per errorem, inf. de vſurpat. & vſuc.* Et eſt adiudicatio veluti emptio quædam, ſed coacta, non voluntaria, *l. ſi pignori, tit. ſeq.* nam auctoritate iudicis is cui ex alieno prædio adiudicatur inuito domino, inuicem domino certa pecunia pro modo iuſti pretij condemnatur, & ita emptio contrahitur, & curat iudex ei cui adiudicat, caueri de euictione quaſi emptori, *l. heredes §. vlt. tit. ſeq. l. 10. in fin. inf. comm. diuid.* Ex his intellige quod de adiudicationibus hac in re traditur in *l. 2. §. iudici, & 3. & 4. huius titulo.* ſed expendamus verba iudicij finium regundorum. *permittitur* (ſic ait in *d. §. quadam, Inſtit. de act.*) *iudici ex bono & æquo adiudicare*: Permittitur autem lege 12. tabul. nam hæ actiones ex 12. tabul. deſcendunt. legis virtus eſt permittere, *l. legis, ſup. de legib. l. 1. inf. de teſtam. tut.* ait ergo, iudici permittitur, *vt vbi non poſſit,* &c. vt ſi ſit valde obſcurata ratio finium, facieſve locorum *l. 2.* quo caſu opus eſt certa pecunia pro modo iuſti pretij. Scribit idem ſeruari ſi de loco agatur, lex 4. ait, *in partes ſcindi,* id eſt, partibus ſingulis adiudicatis, & ſi quo pars vnius prægrauari videatur, is inuicem alteri certa pecunia condemnari debet, vt pares & æquales partes abſtuliſſe videatur. Interdum nimia difficultas exigit vt vni adiudicetur totum, & in alterum conferatur condemnatio tota, vt vnus habeat rem totam, alter pretium partis ſuæ, *l. 55. inf. tit. ſeq.* & hæc de adiudicationibus quæ fiunt arbitrio iudicis ob neceſſitatem & difficultatem, vel obſcuritatem explicandi negotij, dirimendæ controuerſiæ, nec ſunt in obligatione. Igitur quærendum nobis eſt aliud genus obligationis, quod veniat in hanc actionem finium regundorum: nam adiudicatio non veniet obligationis iure: verius eſt quod ſequenti loco in *d. l. 1.* hic Accurſ. notauit, actionem finium regundorum eſſe in perſonam, quod per eam actor intendat ſibi præſtari quanti intereſt, id eſt, quod ei abeſt, ob id forte quod aduerſarius arborem finalem excidit, vel lapides ſuſtulit, & ita fines confudit & perturbauit, §. *ſi finium regund. Inſtitut. de offic. iudic.* vel etiam ſibi præſtari quod lucrari quum ipſe potuiſſet, aduerſarij commodo ceſſit, *l. 4. §. 1. hoc tit.* in iudicio finium regundorum ratio eius habetur quod intereſt, in idque *condemnatio fiet?* hæc clauſula enuntianda eſt interrogationis modo. In libris de limitibus

A agrorum auctores legunt ſine interrogatione: vtroque modo legi poteſt. Vtilitatem vocat quodlibet commodum, & Accurſ. bene ponit exemplum in fructibus naturalibus, qui ſponte ſua veniunt nullis cogentibus aut curantibus, vt ſi quid vicinus ex ſyluæ loco ceciderit quem vicini eſſe conſtet, quia hi fructus nunquam bonæ fidei poſſeſſoris lucro cedunt, *l. fructus, inf. de vſur.* de fructibus qui labore hominum parantur, eſt §. *poſt litem, &* lex 4. in eo §. oſtenditur, poſt litem conteſtatam fructus perceptos in hoc iudicium omnimodo venire, quia generaliter exinde, id eſt, lite conteſtata in omnibus iudiciis ſolet dolus & culpa præſtari: & ita ideo veniunt fructus non tantum poſt litem conteſtatam percepti, ſed etiam qui incuria poſſeſſoris percepti non ſunt, §. *1. Inſtit. de offic. iudic* Fructus autem

B percepti ante litem conteſtatam non omnimodo veniunt, id eſt, non indiſtincte, nam (vt ait) ſic diſtinguendum eſt: aut bona fide percepti ſunt ante litem conteſtatam, aut male fide. bona fide conſumpti non reſtituuntur, extantes reſtituuntur, *l. certum, C. de rei vindic.* mala fide percepti ſiue extantes ſiue conſumpti condicuntur quaſi ſine cauſa vel ex iniuſta cauſa percepti, *l. 3. C. de condict. ex lege.* vel etiam ſi agatur finium regundorum, in hoc iudicium veniunt: nam vulgo condictiones concurrunt cum aliis actionibus, *l. 1. de except. rei iudic. l. fideiuſſores, inf. mand.* Male Accurſ. in hanc rem citat *l. ſi urbana, in fi. inf. de condict. indeb.* quia ea lex non loquitur de condictione fructuum, quæ datur domino aduerſus malæ fidei poſſeſſorem, de qua hic agitur. ſed loquitur de condictione indebiti quæ datur ei qui quos fructus ſoluere domino

C debuit, malæ fidei poſſeſſori ſoluit, de qua hic non agitur: hæc eſt ſententia §. *poſt litem. non omnino*] id eſt, non indiſtincte & condici oportet condictione ſine cauſa, ergo & venire in hoc iudicium valde notandum eſt. Hic §. non tantum pertinet ad hanc actionem, ſed & ad actionem familiæ erciſcundæ, & communi diuidundo, *l. pen. tit. ſeq.* quæ omnino aptanda eſt huic §. cum ſit ex eodem libro, & verum eſt poſt verba huius §. Paulum ſubieciſſe quod eſt in *d. l. pen.* non ſolum in actionem finium regundorum, & in actionem familiæ erciſcundæ venire fructus præteriti temporis, id eſt, ante litem conteſtatam perceptos ſecundum diſtinctionem ſuperiorem. Idem proditum eſt de actione communi diuidundo, in *l. videamus 2. §. item ſi per vſuras*, & vbique in vtroque iudicio ſeruatur diſtinctio

D huius §. vt qui ignorauit fundum ſibi eſſe communem cum alio, & ita fructus percepit bona fide, conſumptorum fructuum nomine ſocio non teneatur, ſi ſciuit, teneatur, *l. qui ſcit, in princ. inf. de vſur.* Ac ſimiliter qui ignorauit fundum eſſe hereditarium, conſumptorum fructuum nomine tenetur, ſi ſciuit, *l. inter §. fructus, tit. ſeq.* & hæc eſt ſumma huius quæſtionis de fructibus. Porro, quia fructus in hac actione veniunt, vnam eſſe rationem propter quam perſonales eſſe dicantur. Poſſet tamen quis argumentari in hunc modum: ſi hac ratione illæ actiones ſint in perſonam, eadem ratione quælibet rei vindicatio erit miſta: nam in omnibus rebus quæ vindicantur, in fructus poſſeſſor condemnatur, *l. videamus, inf. de vſur.* Verum tamen non eſt, quamlibet rei vindicationem eſſe miſtam. ergo neque etiam ea ratio vera eſt, qua has tres actiones mixtas

E eſſe dicimus. Reſpondeo: In alia qualibet rei vindicatione fructus venire arbitrio iudicis: nam ſi rem non vindicauero, nec fructus abſtulero. In his iudiciis fructus venire obligationis iure, actionis poteſtate: nam etiam ſublata communione aut vicinitate, ſupereſt repetitio fructuũ, *l. 6. in princip. inf. comm. diuid.* Poſt hæc Accurſ. quærit in hac *l. 1.* vtrum hæc actio finium regundorum ſit bonæ fidei, an ſtricti iudicij, & ait ſtrictam eſſe. debuit dicere, arbitrariam. non omnes ſunt bonæ fidei vel ſtrictæ. Tertium genus eſt arbitrariarum, quod ſic probo. Si actio finium regundorum eſt ſtricta, in eam fructus non veniunt niſi percepti poſt litem conteſtatam. falſum autem hoc eſt: nam veniunt & hi qui percepti ſunt ante litem conteſtatam mala fide, & extantes, licet bona fide percepti ſint. er-

go etiam falsum est, hanc actionem esse strictam. In actionibus fidei & arbitrariis veniunt fructus præteriti temporis, in strictis non nisi post litem contestatam percepti, *l. 3. §. in his, l. videamus 2. §. si actionem, inf de vsur.* Id enim probo hoc argumento : arbitraria actio est in qua nisi iussu siue arbitrio iudicis reus pareat, condemnatio sequitur, *§. præterea, Instit. de action.* Huiusmodi est actio, finium regundorum. ergo arbitraria. quod probat *§. vlt. Inst. de offic. iudic. & l. 4. hoc tit. §. sed & si quis.* si non pareatur arbitrio iudicis iubentis agros metiri, vel arborem in fine positam succindi, condemnatio fit contumaciæ nomine, quod non sit obtemperatum arbitrio iudicis, & æstimatur lis summa, *§. sed & si quis, hic*, quod est certum iudicium arbitrariæ actionis, & sane omnis rei vindicatio vel est bonæ fidei, vel arbitraria. arbitraria, vt simplex rei vindicatio, *l. qui restituere, sup. de rei vindic.* vt hæc actio finium regundorum, bonæ fidei, vt petitio hereditatis, *§. actionum, Institut. de action.* Itemque actio familiæ erciscundæ & communi diuidundo : Nam hæ sunt bonæ fidei, *l. non est, C. fam. ercisc. l. 4. §. hoc iudicium, inf. comm. diuid.* Et hęc est alia differentia inter hunc titulum, & duos sequentes. in hoc proponitur arbitraria, in sequentibus bonæ fidei. Rursus quærit Accursius eodem loco, vtrum actio finium regundorum sit ex contractu, vel quasi contractu, ex maleficio, vel quasi. Et respondet, nulla ex causa hanc actionem nasci, sed esse datiuam. Accursius aliam facit actionem datiuam aliam natiuam. natiuam, quæ nascitur ex contractu, vel quasi. datiuam, quæ præter legem, nullam aliam causam habet. hanc actionem ait esse datiuam, fateor esse datiuam, quatenus in rem est : nam omnis actio in rem est datiua, id est, neque ex contractu vel quasi, neque ex maleficio vel quasi nascitur : quæ est in personam, certe non est datiua : nam omnis actio in personam præter legem edictumve Prætoris causam habet, ex qua nascitur, vel actio ex dolo, vel quod metus causa, de quibus dubitatur : quæ quidem actiones licet non sint ex quatuor solemnibus delictis furto, rapina, iniuria, damno, tamē sunt ex delictis, & dilicta appellātur sæpe metus aut dolus. Et ita actio finium regundorū est quidem ex legibus 12. Tabul. qui iurgant, *l. vlt. hic.* vt actio familiæ erciscundæ est ex eadem lege, *l. 1 tit. seq.* Et actio communi diuid. est ex eadem lege, maxime cum hæ omnes actiones ex antiquissima loquendi forma habeant appellationem similem regundorum, erciscundæ, diuidundo. Sunt ergo omnes antiquæ, quia omnium antiqua appellatio, sed omnes vt pręter legem actiones communi diuidundo, familiæ erciscundæ dicuntur esse quasi ex contractu *§. item si inter aliquos, Institut. de obligat. quasi ex contr.* Ita videtur actio finium regundorum, quæ datur de præstationibus personalibus, esse quasi ex contractu, videlicet, quia inter vicinos communio quædam & societas videtur esse, quæ effecit, vt honorarium mensorum pro sua parte quisque agnoscat in *l. 4. §. sed & si mensor, h tit.* qua ratione omisimus supra hanc actionem finium regundorum censeri in personam : nam actor per eam intendit sibi præstari pro parte sumptus quos fecit in conducendo mensore ad metiendum agrum, quæ præstatio personalis est. Id censeo valde notandum, mercedem siue honorarium mensoris singulos vicinos exoluere pro parte : hoc indicium est cōmunionis & societatis cuiusdam, vt constat inter eos, communem esse arborem, vel lapidem in fine positum, *l arborum, communi diuid.* Eadem ratione etiam in hoc iudicio res dirimitur adiudicationibus, vt inter socios & coheredes. Postremo Accursius quærit ex quo tempore nascatur hæc actio : initium habet cum & finem habeat. Respondet recte, nasci ex eo tempore quo sunt confusi & perturbati fines, nascitur ex eo tempore, & interit tempore. Quæritur quo tempore ? Respondeo. Recte finiri 30. annis, longo tempore non interit, id est, 10. vel 20. annis, exiguntur 30. Constat tamen dominium amitti annis decem inter præsentes & 20. inter absentes, quo mouetur Accursius, & sane si fundi mei totum dimidium amisero longo tempore, hoc casu necessario non agam finium regundorum, quia desii esse vicinus. Sed si fundi mei locum certum amisero longo tempore, non ideo minus agam de finibus regundis, quia hæc actio non finitur longo tempore, & ita semper ius fuit, vt actiones in rem citius perirent quam in personam. Et constat ex libro de præscriptionibus, reales longo tempore, personales & mistas longissimo tempore finiri d.l. 2.

Ad leg. II. IV. V. & VI.

L. 2. Hæc actio pertinet ad prædia rustica quamuis ædificia interueniant : nec enim multum interest, arbores quis in confinio, an ædificium ponat.

§. 1. Iudici finium regundorum permittitur, vt vbi non possit dirimere fines, adiudicatione controuersiam dirimat. Et si forte amouendæ veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines iudex dirigere velit : potest hoc facere per adiudicationem & condemnationem.

L. 4. Sed & loci vnius controuersia in partes scindi adiudicationibus potest, prout cuiusque dominium in eo loco iudex compererit.

§. 2. In iudicio finium regundorum eius etiam ratio fit quod interest. Quid enim si quis aliquam vtilitatem ex eo loco percepit quem vicini esse apparebat? an iniqua condemnatio eo nomine fiet?

§. 3. Sed etsi mensor ab alterutro solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius qui non conduxit, in partem mercedis.

§. 4. Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicium : nam & culpa & dolus inde præstantur : sed ante iudicium percepti non omnino in hoc iudicium venient : nam aut bona fide percepit, & lucrari eum oportet, si eos consumpsit : aut mala fide, & condici oportet.

§. 5. Sed etsi quis iudici non pareat in succidenda arbore, vel ædificio in fine posito deponendo, partéue eius, condemnabitur.

L. 5. Quia magis in confinio meo via publica, vel flumen sit, quam ager vicini.

L. 6. Sed si riuus priuatus interuenit, finium regundorum agi potest.

PRædia aut sunt rustica, aut vrbana : rustica, agri, vrbana, ædificia. *Hæc actio*, inquit, *pertinet ad prædia rustica*, id est agros, *quamuis ædificia interueniant*, id est, quamuis alteruter possessorum in fine ædificium continuo positum habeat, & subijcit; *neque enim interest arbores quis in confinio, vel ædificia ponat.* & Accursius ad verbum *arbores*, quas interest, inquit, succidi propter vmbram arboris, vt *inf. l. 4. §. sed etsi quis.* quæ ait, interdum finium regundorum iudicem iubere arborem in fine positam succidi, vel ędificium in fine positum deponi, vel si non pareatur, litem æstimari & condemnationem fieri. sed iudex iubet id ex causa finium dirimendorum gratia, non propter vmbram arboris : nam ob hanc causam ne arboris vmbra vicino agro noceat, iure non succiduntur arbores, nec agi potest, vt succidantur, sed sublucantur, & coercentur, id est, compescitur luxuries ramorum, *l. 1. §. deinde, & se q. arbor. furt. cæs.* Sublucare, est quasi subtus lucem mittere. Itaque male Accursius ait *succidi* arbores propter vmbram, non succiduntur, sed sublucantur iure, succiduntur tantum finium dirimendorum causa. In vrbe huic actioni locus non est, id est, inter vicinos. Vicini sunt proprie in vrbe, & ideo cum dicimus hanc actionem reddi inter vicinos, minus proprie loquimur, & vicinos accipimus pro agris vicinis, qui & affines dicuntur in *l. pen. h tit.* Demonstratio affinium, id est, agrorum vicinorum. & Festus : *ad fines*, inquit, *id est, in agris vicini.* eodem sensu Hygenus *libro de limitibus constituendis, secundum suas terminationes adscriptis affinibus, &c. & Frontinus de limitibus agrorum, arbores inter affines mouent disputationem.* Eadem vero est

conditio actionis aquæ pluuiæ arcendæ: nam hæc actio habet tantum in agris locum, non in vrbe, *l. 1. §. ceterum, de aq. pluu. arc.* Cicero in Top. *Si in vrbe fines non reguntur, nec in vrbe aqua arceatur.* Quid igitur fiet si in vrbe aqua pluuia vicino noceat, quæ actio dabitur? Quid si vicini inter se ambigant, in vrbe de vicinio, quæ actio dabitur? Et placet in causa aquæ, esse in rem actionem quæ de seruitutibus competit, negatoriam vel confessoriam: Ius non esse stillicidia, vel flumina immittere, vel ius esse stillicidia, vel flumina immittere, quæ sunt duæ seruitutes aquæ, & ita esse agendum respondet *d. §. ceterum.* cessare actionem aquæ pluuiæ arcendæ, sed agendum esse, ius nō esse aquam immittere stillatim, vel continue. Stillicidium est, cum cadit aqua in alienas ædes stillatim, & ideo proprie dicitur cassitare, *l. seruitutes §. si antea, de seruit. vrb. prad.* Et inde Palæmo Grammaticus interrogatus, quid interesset inter guttam & stillam: Respondit, gutta stat, stilla cadit. Igitur non agetur in vrbe actione aquæ pluuiæ arcendæ, sed negatoria ius non esse flumen immittere, *d. §. ceterum.* Causa autem vicini plerunque parietibus communibus distinguitur, *l. 4. §. 1. hoc tit.* de parietibus autem communibus si qua oriatur quæstio, competit actio communi diuid. *l. si ædis inf. comm. diuid. l. 4. de seruit. leg.* de finibus non est actio communi diuidundo, sed finium regundorum specialis. ædificia parietibus determinantur, agri finibus. & quidem varie pro consuetudine regionum. finiuntur agri terminis, & his non eiusdem modi. finiuntur arboribus notatis vel antemissis. finiuntur lapidibus siue *grumis*: nam à Flauio Charisio Grammatico *grumi* sic definiuntur, οἱ τῶν λίθων *finium lapides.* In aliis regionibus finem faciunt congeries lapidum, quas agrimensores vocant scorpiones, vel congeries lapidum in speciem maceriarum sine calce, quas vocabant Athinas. In aliis regionibus fines præstant Bodones, quo verbo vsus est Paulus 5. *Sentent. tit.* 22. & sic à mensoribus definiuntur, monticelli à terra. In aliis regionibus finem præstant supercilia, quæ sunt loca ex plano superiori breui cliuo deuexa in planum inferius: breui cliuo, alioquin essent colles, non supercilia. & valde notandum puto quod de eis scribit Siculus Flaccus de limitibus agrorum, in obscuritate finium vel locorum supercilia vsque in planitiem cedere, & adiudicari superiori possessori, optima ratione, quia quicquid inferior possessor in suo fundo habet, id habet damno superioris, siue aret, siue fodiat, detrahit: pendentis ex fundo superiore omnis pinguitudo terræ ad eum decurrit: si vero congerat aliquid & adijciat in suo fundo, ad superiorem non ascendit, & æquum est vt qui sentit commodum, sentiat & incommodum, qua de causa naturaliter ad eum aqua defluit, & eam cogitur excipere, nec coercere potest, *l. 1. §. pen. & vlt. inf. de aqua & aq. plu. arc.* Eadem ratione in obscuro supercilia vsque in planitiem cedunt superiori possessori, vt incommodum quod habet superior possessor, compensetur cum hoc commodo. Alii in finibus obseruant palos & defigunt palos. Alii obseruant margines quasdam quasi puluinos cubinos, *des leuées, des chaussées,* alii vepres, alii fossas, alii vias, alii riuos. De quibus dicendum est, quoniam de eis tractatur in *d. l. 4. §. vlt.* Viæ aut sunt priuatæ quæ & agrariæ dicuntur, aut publicæ, quæ Prætoriæ & Consulares, & Basilicæ, & militares, *l. 3. de locis & itiner. publ. l. 2. §. viarum, ne quid in loc. pub.* Theophilus in *tit. de lege Aquilia.* Sueton. *in Augusto: Iuuenes modicis interuallis militares vias disposuit.* Varro lib. 4. Sic etiam riui, alii sunt priuati, alii publici. Nunc si inter meum & tuum agrum intercedat riuus priuatus, vel via priuata, non ideo minus confines sumus, & inuicem finiū regundorum agere possumus, cum huius generis riui aut viæ finem præstare & facere soleant, sicut si ædificium quod sit tuum vel meum, id est, si in confinio positum sit vel arbor interueniat, constat finium regundorum agi posse, eo confinium non interrumpi, constitui, & discerni potius: sed si interueniat via publica, vel flumen publicum inter meum & tuum agrum, interrumpitur confinium, confines

A iam non sumus, & agere finium regundorum non possumus. hæc est sententia *l. 4. §. vlt. & l. 5. & 6. hoc tit.* quia inquit *l. 5.* magis in continuo mea est via publica quam ager vicini: id etiam nota ex ea *l. 4. §. vlt.* interdum in vrbe esse locum huic actioni finium regundorum, & interdum in agris locum non esse. in vrbe locum esse huic actioni si forte diuersorum dominorum horti adiecti, coniuncti, ordine locati sunt, si contingat latitudo hortorum quæ diuersis dominis competat: nam de eorum finibus regendis agi poterit, licet sint vrbana prædia, *l. vrbana, de verb. signif.* In agris autem locum non esse huic actioni, si in agris quatuor aut quinque diuersorum dominorum ædificia communia sint: nam hæc ædificia parietibus disterminantur, non finibus. non potest ergo agi ædificiorum nomine

B finium regundorum, cum in ædificiis nulli fines censeantur esse, sed agitur de vicinio actione communi diuidundo, parietis communis nomine. vicini sunt proprie in vrbe. *Si qua via publica interuenit,* inter agros finitimorum, sic legendum est in *d. l. 4. §. vlt.* Confinium riuo priuato non interrumpitur, imo constituitur potius. Accursius *l. 2.* opponit *l. 4. §. vlt.* Lex 2. ait, in agris finium regundorum locum esse, licet ædificia interueniant. *l. 4. §. vlt.* ait, in ædificiis locum non esse huic actioni, siue sint in vrbe, siue in agris. Hæc non sunt contraria: nam lex 2. etiam significat in ædificiis hanc actionem non habere locum, cum scilicet quæritur de confinio, siue vicinio continentium ædificiorum: sed si quæratur de finibus agrorum lex 2. ait, huic actioni locum esse, licet inter agros finitimorum interueniant ædificia, quia scilicet non de eorum ædificio-

C rum, sed de agrorum finibus quæritur. Accursius non hanc solutionem attulit, sed quatuor, quarum nulla vera est. Prima est ex *l. 2.* in agris dari vtilem tantum finium regundorum, cum ædificia interueniunt, in *l. 4. §. vlt.* denegari directam, & ita conciliandas esse; hanc loqui de vtili, illam de directa. hoc reijciendum est: nam manifestum est *l. 2.* loqui de directa actione, interposito ædificio, non minus quam interposita arbore; scilicet si inter meum & tuum agrum intercedat arbor, nonne erit directa actio finium regundorum? Eodem modo directa erit si intercedat ædificium, quia lex ait nihil interesse vtrum arbor an ædificium sit in confinio positum. vbique igitur esse eandem actionem. nihil mutari interpositione ædificii, vel arboris, cum principalis quæstio sit de duorum agrorum

D finibus. Secunda solutio est, in *l. 2.* inquit, agitur de ædificiis, quæ non habentur habitationis causa. in *l. 4. §. vlt.* agitur de habitationibus, veluti domibus. vult dicere, in *l. 2.* agi de prædiis rusticis, in *l. 4.* de prædiis vrbanis. primum vaticinatur: nam quis illi id renunciauit? Deinde Vlpiano auctori leg. 2. & omnibus Iurisconsultis omnia ædificia, sunt vrbana prædia, siue ruri, siue in vrbe ædificata sint, quia locus non facit prædium vrbanum, sed materia, qualitas, vsus. Solus Neratius separauit loco vrbana prædia à rusticis, domum ruri ædificatam appellabat prædium rusticum. Neratii sententia extat in *l. 2. de seruit. vrb. prad. l. eo iure §. vlt. in quib. cauf. pign. vel hypot. tac.* sed explosa est Neratii sententia, & receptum est, omnia ædificia, vbi vbi sint constituta, esse vrbana prædia, *l. vrbana, de verb. signif.* Et malè hic etiam Accursius citat eam *l. eo iure,* quasi

E loquatur de ædificiis, quæ non habentur causa habitandi, cum loquatur de stabulis. Stabula sunt diuersoria, quæ à Græcis σταθμοὶ dicuntur. Tertia solutio est: inter eos qui ędificia habent proxima, id est inter vicinos, non esse hanc actionem, quod est verum, vt in *d. l. 4. §. vlt.* inter eum qui habet agrum, & alium qui habet ędificium ex diuerso esse vtilem actionem finium regundorum. Et ita accipiendam *l. 2.* sic diuersam esse speciem in *l. 2. & l. 4. §. vlt.* Primum dico *l. 2.* non loqui de vtili actione, sed de directa. deinde onstat *l. 2.* non loqui de his quorum vnus habet agrū, alter ædificium, sed de his qui confines agros habent interposito ędificio in confinio. Quarta solutio est. *l. 4. §. vlt.* docet inter vicinos qui confines agros habent esse hanc actionem, licet ędificium interueniat loco termini. male:

nam ędificia nunquam fuere obseruata pro terminis. Iurisperiti non debent esse imperiti artis mensorum : sed debuit dicere, licet ædificium alterutrius in confinio positum sit, inter eos qui confines agros habe, nterit hæc actio. hæc est vera sententia *l.* 2. legis autem 4. est hæc : inter eos qui vicinas ædes habent, hanc actionem non esse : cætera quæ sequuntur in *l.* 2. & 4. vsque ad §. *si dicantur*, exposita sunt omnia.

Ad §. si dicantur, & §§. alios sequentes. l. IIII. hoc tit.

§. 1. *Si dicantur termini deiecti, vel exarati : iudex qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest.*

§. 2. *Si alter fundus duorum, alter trium sit : potest iudex vni parti adiudicare locum de quo quaeritur, licet plures dominos habeat : quoniam magis fundo, quam personis adiudicari fines vel partes intelliguntur. Hic autem cum sit adiudicatio pluribus, vnusquisque horum portionem in fundo habet, quam & pro indiuiso habeat.*

§. 3. *Qui communem fundum inter se habent, non condemnantur neque enim inter ipsos accipi iudicium videtur.*

§. 4 *Si communem fundum ego & tu habemus, & vicinum fundum ego solus, quaeritur an finium regundorum iudicium accipere possimus. Et scribit Pomponius non posse nos accipere : quia ego & socius meus in hac actione aduersarij esse non possumus, sed vnius loco habemur. Idem Pomponius ne vtile quidem iudicium dandum dicit : cum possit qui proprium habet, vel communem vel proprium fundum alienare, & sic experiri.*

§. 5. *Non solum autem inter duos fundos, verumetiam inter tres pluresque fundos accipi iudicium finium regundorum potest : vt puta si singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte vel quatuor.*

§. 6. *Finium regundorum actio & in agris vectigalibus, & inter eos qui vsumfructum habent, vel fructuarium & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos qui iure pignoris possident, competere potest.*

§. 7. *Hoc iudicium locum habet in confinio prædiorum rusticorum : in vrbanorum displicuit : neque enim confinia hac sunt, sed magis vicina dicuntur, & ea communibus parietibus plerunque disterminantur. Et ideo etsi in agris ædificia iuncta sint huic actioni locus non erit. Et in vrbe hortorum latitudo efficere potest, vt etiam finium regundorum agi possit. Si vero flumen, vel via publica interuenit, confinium non intelligitur : & ideo finium regundorum agi non potest.*

AIt in hoc §. *si dicantur termini deiecti*, &c. Regulariter iudex qui de crimine cognitionem habet, non potest etiam de re pecuniaria cognoscere in *l. solemus, sup. de iudic.* quæ lex negat, latrunculatorem de re pecuniaria iudicare posse. Latrunculator est latrociniorum specialis quæsitor & iudex, qua voce vsus est Iulianus antecessor constitutione 15. Igitur is cui datum est ius cognoscendi de latrociniis, non potest cognoscere de re pecuniaria. Denique iudex criminum non potest cognoscere de re pecuniaria, *d. l. solemus.* Ratio tamen connexi, id est, connexio rei pecuniariæ cum ipso crimine, plerumque cogit etiã eum cognoscere de re pecuniaria : vt cum cognoscit de termino moto siue deiecto, cogitur huic cognitioni aptare finium determinationem, idque traditur *hoc* §. qua de causa putem etiam latrunculatorem qui de latrone aliquo cognoscit, de bonis ab eo raptis cognoscere posse, sed morte latronis extincto crimine, non poterit latrunculator de bonis raptis cognoscere, quia cessat ratio connexionis: crimen enim extinctum est, & superest tantum causa pecuniaria, quæ remittenda est ad iudicem ordinarium. *l. defuncto inf. de publ. iudic.* quæ valde pertinet ad *d. l. solemus.* Deinde in §. *si alter* qui sequitur, Iurisconsultus ostendit, iudicio pluribus adiudicationem fieri posse; vt si vicini fundi tres sunt domini pro indiuiso, qui mecum contendant de finibus, iudex potest eis tribus locum de quo quæritur, adiudicare, re iusto pretio æstimata, quia vnius vice & loco habentur, & adiudicatio fit potius fundo quam personis, sententia datur fundo, *l. liberto* §. *vlt. sup. de negot. gest.* quin & hoc iudicium dicitur accipi inter fundos, §. *non solum, inf.* Igitur vnus est fundus, vna pars quæ adiudicatur, plures personæ pro vna habentur : in eo autem quod adiudicatur pluribus singuli habent, aut habituri sunt eam partem pro indiuiso, quam & in fundo habent : sicut & in eo quod accidit alluuione : nam & in eo quod accidit alluuione fundo communi, socii partem habent, quam habent in fundo pro indiuiso, & hæc est sententia §. *si alter, sup. eod.* Qui habent fundum communem haberi loco vnius demonstratur alio exemplo in §. *qui communem*, & §. *si communem : qui communem fundum habent inter se*, &c. Vulgo ab omnibus ea existimarur esse sententia huius §. in vno eodemque fundo communi pro indiuiso inter socios non accipi iudicium finium regundorum. Verum stultum est hæc admittere : nam manifestissimum est, vbi nulli sunt fines, non esse iudicium de finibus. fundus est communis pro indiuiso, id est, indiuisus, quia potest eius fundi nomine agi de finibus. opinor sententiam huius §. petendam esse ex §. *si communem*, qui subiectus est huic interpretationi & continuationi superioris. Species hæc est : Ego & tu communem fundum pro indiuiso habemus, & fundum vicinum ego habeo solus, quæro finium fundi communis, & fundi mei proprii dirimendorum causa, an inter me & te iudicium hoc reddi possit ? Iurisconsultus ait, non posse: *quia ego & socius*, inquit, *in hac actione aduersarij esse non possumus, sed vnius loco habemur* : & ideo non potest reddi hoc iudicium inter nos, quin videar ipse mecum experiri & agere, quod est absurdum : nemo enim secum ipse litigat, adeout nec litiget pater cum filio familias, ne videatur secum litigare, propterea quod iura omnia filiifam. competunt patrifamil. vinculo potestatis. Igitur hac ratione inter nos iudicium hoc reddi non potest. Dicet tamen forsitan aliquis, vtilitatis causa dandam esse vtilem actionem inter me & te in hac specie, vt scilicet fines in integro conseruentur. sed mouere nos hæc ratio non debet, cum si velim, possim hanc vtilitatem mihi seruare fundo proprio alienato, & retento communi; vel contra alienato communi, & retento proprio : nam post alienationem licebit mihi cum emptore experiri finium regundorum, fundi retenti nomine, quia iam non sum vtriusque fundi dominus, licebit igitur contra emptorem experiri, quod est notandum: nam ex eo intelligitur tantum abesse, vt controuersia finium quam emptori extraneus facit, ad venditorem pertineat, sicut & constat in hoc pertinere ad venditorem, *l.* 10. *de euict. C.* Vt & ipse venditor emptori possit mouere controuersiam de finibus : qui tamen de proprietate cum eo non recte ageret : nam venditor non mutat pactum factum : de finibus agit recte. qua de re venditor agere non potest. Præstare etiam debet ne quis agat cum emptore, potest & ipse agere. Verba §. *si communem hæc sunt : fundum ego & tu*, &c. Notanda sunt hæc verba, in hac actione : nam idem non seruatur in actione negatoria quæ de seruitutibus competit, *l. sed si inter me, sup. de seruitut. vrb. præd.* quod Accursius notat, sed rationem differentiæ non explicat. Idem non seruatur in actione aquæ pluuiæ arcendæ, *l. si tertius* §. *inde quæritur, l. supra* §. 1. *de aq. & aq. pluu. arc.* Videamus quæ sit ratio differentiæ : seruitutum vsucapio siue diuturni vsus acquisitio est, finium vsucapio non est, vt ostendimus in *l.* 1. *eiusdem tit. si* inter communem fundum & meum proprium fines confusi sint nec terminati, etiam si non egero finium regundorum, damni nihil fero, quia latitudinis finium vsucapio non est, non est etiam longi temporis acquisitio, *l. pen. & vlt. C. fin. regund.* Sed si tamen velim omnino agere finium regundorum, debeo alienare alterutrum fundum, & sic experiri cum emptore, idque in hoc §. traditur ex Pomponii *libris ad Sabinum*, vt opinor, quibus idem Pomponius ostendit, diuersum esse in vindicatione seruitutum, *d. l. sed si*

si inter me. cui est coniungenda *l. si cum meus* §. *1. sup. si ser-uit. vind.* quæ est ex eodem Pomponii libro *ad Sabinum* : & species est huiusmodi. Si ex communibus ædibus inter me & te aliquid immittatur aut proiiciatur in ædes vicinas quæ meæ sunt propriæ, vel si paries communis opere à te facto succumbat in ædes meas, potero tecum agere negatoria, ius non esse immittere, nec parietem illum habere ita: & vice versa, si ex propriis meis ædibus aliquid immittatur in ædes communes inter me & te, poteris agere mecum negatoria. Idem fiet in agris, si ex fundo communi aqua pluuia noceat proprio, vel contra: nam inter nos poterit reddi iudicium aquæ pluuiæ arcendæ. Cur & inter nos non redditur actio finium regundorum, si vtriusque fundi fines sint perturbati? rationem actionis finium regundorum exposui. rationem ex altera parte subindicat Pomponius in *d. l. sed si inter me,* in his verbis, *tecum mihi agere licet* (negatoria) *aut rem perdere* : Sententia hæc est: vtilitas exigit vt inter nos de aqua & seruitute iudicium accipiatur, alioquin rem perdam *tempore* seu *vsu* legitimo: Quid enim si nolim fundum proprium vel communem alienare? interim procedet vsucapio & rem perdam, qui metus abest in causa finium: nam finium vsucapio non est. ergo interim rem non perdam: sed si volo agere de finibus, debeo alienare. Hæc ita tractauit Pomponius ad Sabinum: quamobrem existimo verba, §. *qui communem* esse Sabini, relata à Paulo ex Pomponii libro, & subiicit interpretationem Pomponii, *si communem* &c. Atque adeo ad §. *qui communem,* esse ponendam speciem, vt explanatur in §. *si communem,* quæ enim vulgo sententia esse existimatur §. *si communem,* inepta est & stulta, non posse in vno eodemque fundo communi pro indiuiso inter socios accipi iudicium finium regundorum. stultum est hoc scribere, cum vbi nulli sunt fines, & notissimum sit non esse iudicium de finibus. Postremo in hac *l. 4.* ait, *finium regundorum actio & in agris vectigalibus & inter eos qui vsumfructum habent,* &c. Ait igitur huic actioni locum esse in vectigalibus fundis, id est, emphyteuticariis, sicut & familiæ erciscundæ, & communi diuid. *l. item prædia, tit. seq. & l. 7. comm. diuid.* semper in Pandectis vectigales fundi, id est, emphyteuticarii. Igitur emphyteuta potest agere cum vicino de finibus, aut ipsi inter se emphyteutæ & confines possunt agere de finibus. qua de re dubitari potuit, propterea quod emphyteutæ non sunt domini, sed tamen datur eis rei vindicatio, *l. 1. sup. si ager vectig. l. cum sponsus* §. *in vectigalibus, de Public. in rem act.* Datur eius seruitutis vindicatio quæ debetur fundis emphyteuticariis, *l. ei qui pignori, sup. de seruit.* Datur etiam eis actio aquæ pluuiæ arcendæ, & actio arborum furtim cæsarum, quæ tamen actiones omnes pro ratione *soli communis dominis* deferuntur, *l. cædere* §. *1. inf. arbor. furt. cæsar. l. quod principalis* §. *1. inf. de aq. & aq. pluu. arc.* De fructuario magis dubitatur: nam is vt emphyteuta non rei, sed tantum vsusfructus vindicationem habet, id est, actionem confessoriam, quæ de vsufr. proponitur: qua de causa & plerique existimant, fructuario non esse dandam vindicationem seruitutis fundo fructuario debitæ, *l. 1. sup si vsusfr. pet.* licet Iulianus dandam vtiliter putauerit, *l. 1. inf. de remission.* & sic etiam fructuario alii non dant actionem aquæ pluuiæ arcendæ, nec arborum furtim cæsarum, nec legis Aquiliæ, *l. apud* §. *vlt. inf. de aq. & aq. pluu. arc. d. l. cædere* §. *vlt.* Alii accommodant ei vtilem actionem ex lege Aquilia, & arborum furtim cæsarum, & aquæ pluuiæ arcendæ, *l. item Mela* §. *vlt. sup. ad leg. Aquil. si vsusfructus, de aqua l. & aquæ pluuiæ arc.* sicut in §. *finium,* ei etiam accommodatur actio finium regundorum. hæc æquitas suggerit, & sic recto iure efficies, vt scilicet dentur fructuario vtiles actiones creditori pigneratitio, id est, qui agrum pignori accepit: nec mirum est dari finium regundorum, quum & rei vindicatio competat per actionem hypothecariam, & vtilis vindicatio seruitutum, *d. l. qui pignori, sup. de seruitut. l. 1. in fi de remission.* vbi pro *defensionem,* legendum est, *retentionem.*

Digest.

Ad LLL. VII. VIII. & XII.

L. 7. De modo etiam agrorum arbitri dantur: & is qui maiorem locum in territorio habere dicitur, cæteris qui locum minorem possident, integrum locum assignare compellitur: idque ita rescriptum est.

L. 8 Si irruptione fluminis fines agri confuderit inundatio, ideoque vsurpandi quibusdam loca, in quibus ius non habent, occasionem præstet: præses prouinciæ alieno eos abstinere, & domino suum restitui, terminosque per mensorem declarari iubet.

§. 1. Ad officium iudicis de finibus cognoscentis pertinet & mensores mittere, & per eos dirimere ipsam finium regundorum quæstionem, vt æquum est (si ita res exigat) oculis etiam suis subiectis locis.

L. 12. Eos terminos, quantum ad dominij quæstionem pertinet, obseruari oportet fundorum quos demonstrauit is qui vtriusque prædij dominus fuit, cum alterum eorum vêderet. non enim termini qui singulos fundos separabant, obseruari debent: sed demonstratio confinium nouos fines inter fundos constituere debet.

Lex 7. à nemine adhuc intellecta est. Sententia eius est: ait *de modo agrorum arbitri dantur,* &c. Tria verba maxime notanda sunt in hac l. *de modo, de territorio, assignare,* quæ demonstrant plane quis sit legis sensus, hic nempe agi de modo agrorum vnius territorii militibus assignatorum. Variæ controuersiæ agrorum iudicio & arte dimensorum dirimuntur, vt ex Frontino constat, veluti controuersia de fine, de loco, de modo, de qua agitur in hac lege: & interdum controuersia etiam de proprietate disceptatur à mensoribus. vt constat ex *l. pen. hic.* sed prius dicamus de modo. Controuersiæ de modo fere omnes nascuntur, vt Aggenus ait, in agris diuisis & assignatis, qui & limitati dicuntur, *l. in agris, de adquir. rer. dom. l. 1.* §. *si insula, & seq. de fluminib.* quod scilicet, certis & perpetuis limitibus continerentur, adeo vt nec per alluuionem, aliave ratione incrementum recipere possent, & quia in ære siue forma agrorum modus cuique militi assignatus comprehensus esset. Huius formulæ testimonium erat publicum, atque adeo obligabat vicinos inter se, ne alienos fines lacesserent, sed suos tenerent. Quas autem formas possessionum suarum quidam priuati faciunt, eas Siculus Flaccus scribit neque sibi obligare vicinos, neque ipsos vicinis obligari, quia res voluntaria est. Æris forma obligat inter se vicinos. est autem de eo ære intelligenda *l. qui tabulas, inf. ad leg. Iul. pecul.* l. ait *agrorum,* assignatorum scilicet. Siculus Flaccus *de limitibus agrorum* : *Quidam formas,* inquit, *agrorum in ære scripserunt,* id est, *in æneis tabulis scripserunt* : significat æream illam tabulam quæ continet formam agrorum assignatorum seruari solitam in sanctuario & tabulario principis. Sic Hygenus *de limitibus constit. Omnes formas,* inquit, *in æneis tabulis inscribemus* ; & alio loco quidam euocatus Augusti, &c. *modum quem assignauit in ære,* id est, *in formis adscripsit & assignauit.* Longe est alia conditio agrorum qui occupatorii dicuntur, quos victor populus eiectis victis occupauit, non assignatione accepit, qui & arcifinii siue arcifinales dicuntur ab arcendis hostibus victis & fugatis: nam eorum agrorum, vt Siculus ait, nullum est æs, nulla forma, quæ publicæ fidei possessoribus testimonium reddat. assignatorum certus est modus qui ære continetur, nec is tamen æqualis semper: nam non omnibus æqualiter datus est, sed secundum militiam, id est secundum merita militiæ eorum modus assignabatur militibus, *l. Lucius, inf. de euiction. l. item si verberatum,* § *pen. de rei vindic.* & inde Hygenus: *erat præmium militiæ terra, & pro emerito habebatur,* pro *emerito,* id est, pro commodo peractæ militiæ; & assignabantur militibus viritim agri omnes vnius territorii. Territorium dicimus vniuersitatem agrorum vnius populi, quod vulgo appellemus districtum, quod intra eos fines

Y

sit facultas iuris distringendi iurisve dicendi. Nam & iurisdictio non male à Iuliano dicitur iuris districtio, & nonnunquam assignatis agris proprietas dabatur militi cui assignabantur, sed ius territorii non aufe:ebatur, id est, iurisdictio non mutabatur, vt idem Hygenus docet. *De modo agrorum arbitri dantur*] id est, de modo agrorum assignatorum, quorum certus modus ære continetur. Sequitur: *& is qui maiorem locum in territorio habere dicitur*] id est, qui plus possidet quam ære continetur. deinde sequitur: *cæteris qui locum minorem possident:* id est, qui minus possidet, quam ære continetur. *integrum locum assignare compellitur.* Controuersia scilicet modi reuocatur ad æs, & formam publicam quæ obligat vicinos inter se: & ideo alter alteri quod deest assignare compellitur. Compellitur autem per arbitrum siue mensorem, atque ita non tam ipse videtur assignare quam mensor, mensoris est assignare: Principes per mensores assignabant agros militibus. & sic de fine, de loco dantur arbitri, vt de modo finitoris mensoris qui in re præsenti disceptant inter vicinos, & terminos ponunt vel restituunt, vel declarant, vt ait l. sequens, quod proprie est terminare, *l. inter, sup de recept arbitr.* Mensores proprie terminare dicuntur translatitie, cæteri determinare. Declaratio autem terminorum est sententia mensorum: sicut in rei vindicatione iudex dicitur declarare cuius res sit, *l. & ex diuerso, sup. de rei vendic. l. sicuti §. sed si quæritur, si seruit. vindic.* & est quod ait l. sequens, *si irruptione fluminis*, & in fine: *oculisque suis subiectis locis*, id est, in re præsenti. Alia est controuersia de proprietate, quæ licet soleat referri ad præsidem, interdum tamen pertinet ad artem, cognitionemque mensoris, maxime cum controuersia proprietatis pendeat ex finium ratione & teminorum positione, vt in *l. pen. inf.* in qua agi de controuersia proprietatis constat ex his verbis: *quantum ad dominij quæstionem pertinet* & ostendit in controuersia proprietatis non semper obseruari aliquos terminos, sed potius spectari eos quos vtriusque fundi dominus cum venderet alterutrum, demonstrauit. Terminorum positio est vetustissima & iurisgentium, sicut & dominiorum distinctio, *l. ex hoc iure, de iustit. & iur.* Sed vt dominia, ita & termini arbitrio dominorum mutantur, nouantur, multiplicantur. Ponamus igitur speciem ad *l. pen hoc tit* ex *l. 1 C eod* Duos habebam fundos adiectos *l'vn aupres de l'autre*, & suis finibus distinctos. vnum vendidi propriis finibus eius mutatis, & nouis terminis appositis, non deieci antiquos terminos, sed nouos alio loco posui, quibus fundum venditum vel angustiorem, vel latiorem facerem, & hos nouos terminos emptori demonstraui, non antiquos; solent enim venditores demonstrare fines fundorum quos vendunt, imo coguntur, & post contractum venditionis, si forte id in venditione omissum it, demonstrare fines actione ex empto, *l. Titius heres, de action. emp.* vicinos demonstrare non est necesse, sed fines est necesse, *l. cum seruo §. vlt de contr. empt.* si tamen venditor ex studio malum vicinum celauerit, quem si audiisset, emptor empturus non esset, reticentiæ nomine tenebitur emptori, *l. quod sæpe §. vlt de cont. empt.* prouerbium mali vicini, notum est, quo vtitur Iustinianus in *Nouel. 63.* Demonstrati fines obseruantur in causa proprietatis quæ omnimodo pertinet ad venditorem, cui assistere venditor debet ob euictionem. Controuersia finium nuda non pertinet ad venditorem, licet fines demonstrauerit, nisi nominatim ei rei se obligauerit & eo nomine cauerit, vt si dixerit, intra eos fines neminem ingressurum, de eis finibus neminem acturum, *l. 10. C. de euict.* Nunc ad speciem propositam redeamus. Alii erant termini antiqui, alii noui, quos dominus vtriusque fundi alterum venditurus posuerat. emptor sibi vindicat dominium fundi secundum antiquos terminos. venditor dicit spectandos esse nouos quos posuit & demonstrauit, & ita respondetur merito spectandos esse nouos: hæc est sententia *l. pen. Demonstratio confinium*] id est, confinium possessorum: atque ita domini sæpe intra fines antiquos possessionum ponunt terminos comportionales, sic vocantur à Frontino & Vrbico, termini qui diuisis agris inter filios defiguntur, demonstrandis portiunculis filiorum, hi sunt comportionales termini, qui obseruabuntur potius inter filios, quam principales & antiqui. Male autem Accursius putat ex *hac l. pen.* posse colligi, venditorem testem esse in causa sua, & ideo opponit *l. omnibus, C. de testib.* inscite: nam aliud est testem esse in sua lite, aliud est in ipso contractu, finitorem & cautorem esse rei vendendæ, quod solum dicit *l. penult.*

Ad Leg. IX.

Iudicium finium regundorum manet, quamuis socij communi diuidundo egerint, vel fundum alienauerint.

DElenda sunt ea omnia quæ Accursius hic ponit: nam dum lex ait, *Iudicium:* &c. manifesta sententia est, domino mutato per alienationem fundi iudicium finium regundorum quod venditori competebat, emptorem sequi: idem accidit fundo communi iudicio communi diuidundo diuiso in duos fundos, vel adiudicatione iudicis, vno ex sociis totius fundi domino constituto: nam & hoc licet mutatum sit dominium, manet tamen actio finium regundorum, quæ initium accepit, quia hæc actio dicitur fundo magis competere quam personis, *l. 4. §. si alter, & §. non solum, sup. h. tit.* igitur quandiu fundus manet, tandiu manet hæc actio finium regundorum, & nihil mutat mutatio dominorum.

Ad Leg. X.

Iudicium communi diuidundo, familiæ erciscundæ, finium regundorum tale est, vt in eo singulæ personæ duplex ius habeant, & agentis, & eius qui cum agitur.

NOta est sententia huius legis: Tres actiones quę hoc libro proponuntur esse duplices, quod in eis vterque litigator duplex ius habeat: insunt enim iudiciis his reciprocæ vindicationes & reciprocæ præstationes, *l. 1. §. in familiæ, tit. seq. l. actionis verbo, de oblig. & action.* & ob id initio litis vterque quasi actor iurare debet non calumniæ causa litem intendere, & quasi reus, non calumniæ causa se ad inficias ire: nam vterque videtur esse & actor & reus. iurat ergo & quasi actor, & quasi reus, *l. inter §. familiæ, inf. tit seq.* Eadem etiam ratione si quis iis actionibus alieno nomine experiatur, quasi procurator actoris cauet de rato, quasi procurator rei cauet de iudicato soluendo. Denique vterque duplicem cautionem præstat, *l. si defunctus §. vlt. sup. de procurator.* Verum effectu ita est, in vtroque duplex esse ius actoris & rei, neque horum iudiciorum natura immutari potest, id est, fieri non potest quin sint permixta iura actoris & rei, sed tamen lis ordinanda est, vt sciatur quo ordine agatur, quis prior agere debeat, & ob id litis tantum ordinandæ causa receptum est eum præcipue litis actorem videri qui prior ad iudicium prouocauit, *l. 2 infi. commun. diuid.* vel si ambo ad iudicium prouocauerint, forte rem dirimendam esse, vt agendi ordo constituatur, *l. sed cum ambo, sup. de iudic.*

Ad Leg. XI.

In finalibus quæstionibus vetera monumenta, & census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: si modo non varietate successionum, & arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur.

EX lege 11. hoc tantum notandum est: in causa finium probationes sumendas esse ex monumentis antiquis & publicis, veluti ex æreis tabulis, ex sanctuario Princi-

pis & commentariis ciuitatum, vel ſumendas eſſe ex cenſus auctoritate acti ante litem: nam in cenſu agendo exponebantur fundorum duo confines, *l. 4. de cenſib.* imo & in cenſu agendo agebatur menſura agrorum, ſicut Latinus & Miſontius auctores limitum ſcribunt, Auguſtum iuſſiſſe omnem terram remenſurari & terminos recenſuiſſe. Proinde ex libris cenſualibus conſtabit de finibus. Et ſane ex ſanctuario in cauſa finium hæ probationes quæ ſumuntur ex cenſu, ſunt potiores teſtibus, vt ait *l. cẽſus, inf. de probat.* Additur exceptio ex hac l. niſi probetur fines antiquos qui continentur libris cenſualibus, permutatos fuiſſe varietate ſucceſſionum, terminis comportionalibus, vel arbitrio poſſeſſorum, quod repetitur iiſdem verbis in *l. 2. C. eod.*

Ad Leg. vlt.

Sciendum eſt, in actione finium regundorum illud obſeruandum eſſe quod ad exemplum quodammodo eius legis ſcriptum eſt, quam Athenis Solon dicitur tuliſſe: nam illic ita eſt. Ἐάν τις αἱμασιὰν παρ' ἀλλοτρίῳ χωρίῳ ὀρύγῃ, τὸν ὅρον μὴ παραβαίνειν, ἐὰν τειχίον, πόδα ἀπολείπειν. ἐὰν δ' οἴκημα, δύο πόδας. ἐὰν δ' τάφον ἢ βόθρον ὀρύττῃ, ὅσον τὸ βάθος ᾖ, τοσοῦτον ἀπολείπειν, ἐὰν δ' φρέαρ, ὀργυιάν, ἐλαίαν δὲ ἢ συκῆν, ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν· τὰ δὲ ἄλλα δένδρα δύο πόδας:, id eſt. *Si quis ſepem vel maceriam iuxta alterius regionem effoderit: terminum non excedat. Si autem murum, pedem derelinquat. Si domum duos pedes. Si autem ſepulchrum aut foueam effoderit: quantum profundum, tantundem derelinquat. Si autem puteum, paſſum, oliuam autem aut ficum, nouem pedes ab extranea regione plantet: alia autem ligna duo pedes.*

IN hac lege oſtendit, in cauſa finium ex 12. tabulis quædam interualla obſeruanda eſſe, & quædam ſpatia, idque ſumptum eſt ex legibus Solonis, ſicut & aliud de collegiis, quod ex eod. libro retulit Caius auctor huius legis in *l. vlt. inf. de collegiis.* Interualla legitima hæc ſunt obſeruanda in finibus, vt qui maceriam ducit in confinio fines non excedat: maceria conſtruitur ex cæmentis ſiue arenato; qui parietem, vt intermittat pedem vnum: qui ædificium, vt intermittat duos pedes: qui foſſam vel ſcrobem, vt quantum profunda erit, tantum ſpatii intermittat: qui puteum fodit prope confinium, vt intermittat ὀργυιάν, id eſt, ſex pedes, qui ficum vel oleam plantat prope confinium, vt abſit à confinio nouem pedes. Qui aliam arborem plantat, abſit quinque pedes: male Alciatus, duos pedes. in ficu & olea maius interuallum conſtituitur propterea quod earum radices mire proſerpunt, & earum plantæ ſunt aliis noxiæ, vt Plutarchus in Solone declarat. Adiicit ex eodem Solone quod eſt prætermiſſum hoc loco, vt apum aluei noui, à vicinorum alueis diſtent trecentis pedibus. Sed in hac lege Solonis pro τάφον quod eſt ſepulchrũ, legendum eſt τάφρον, quod eſt *foſſam.* Et hæc omnia ſeruantur in agris, aliud in vrbe ſeruatur: nam in vrbe alia ſunt interualla. Accurſius opponit huic legi leg. *Meniana, de ædific. priuat.* male reſpondet, cum debuerit diſtinguere inter vrbem & agros. hæc l. pertinet ad agros, l. *Meniana* ad vrbem pertinet. In vrbe alia ſunt interualla, vt ex 12. tabulis, inter vicinorum inſulas eſſe debet Seſtertius pes, id eſt; duo pedes & ſemis, auctore Feſto & Mæciano, de quo interuallo agitur in *l. Imperatores, de ſeruit. vrban. præd.* & ex iiſdem legibus inter rogum & buſtum, & alienas ædes debent eſſe pedes ſexaginta, vt ait Cicero 2. *de legibus.* De quo interuallo agitur in *l 3. §. 1. de mortuo infer.* Obſeruantur etiam alia interualla in vrbe aliis Conſtitutionibus, veluti ex *l. ſi qui loci & l. Meniana, de ædificiis priuatis.* In hac *l. vlt.* videntur deeſſe multa: nam videtur hic Caius Latine expoſuiſſe ſententiam legis 12. tabul. ait *obſeruandum eſſe, &c.* deinde ſubiicit, *quod ſcriptum eſt,* ſcilicet in 12. tabulis. Delenda eſt Gloſſa Accurſij.

A

AD TITVLVM VI.

Familiæ erciſcundæ.

Ad Leg. I.

Hæc actio proficiſcitur ex lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus à communione diſcedere, neceſ-
B *ſarium videbatur aliquam actionem conſtitui, qua inter eos res hereditariæ diſtribuerentur. Quæ quidem actio nihilominus ei quoque ipſo iure competit, qui ſuam partem non poſſidet. Sed ſi is qui poſſidet, poteſt eum excludere per hanc exceptionem: Si in ea re de qua agitur, præiudicium hereditati non fiat. Quod ſi poſſidet partem: licet negetur eſſe coheres, non nocet talis exceptio. Quo fit vt eo caſu ipſe iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoſcat an coheres ſit. Niſi enim coheres ſit, neque adiudicari ei quicquam oportet, neque aduerſarius ei condemnandus eſt.*

RECTE Accurſius interpretatur, vt etiam omnes, familiæ erciſcundæ, id eſt, hereditatis diuidundæ, quæ actio, vt ait *l. 1.* ex *l 12. tabul. pro-*
C *ficiſcitur: namque coheredibus volentibus, &c.* Et quidem de hereditate diuidunda dantur arbitri, ſicut de finibus regundis, & de rebus communibus diuidundis, & poſtulantur *arbitri* vel ab omnibus coheredibus aut ſociis, volentibus à communione diſcedere, vel ab vno eorum: nam & vnus, inuito altero, poſtulare poteſt arbitrum diuiſionis, *l. ſi quis cum §. vlt. tit. ſeq.* poteſt, inquit, à quolibet ſociorum peti iudex diuiſionis, *ſed etiam ſi vnus ex ſociis inuitus erit,* ſic legitur vulgo. Florentiæ male, *mutus: recte cum eo communi diuidundo agi.* Solent actiones reddi in inuitos, hæ non videbantur dandæ niſi inter volentes: ſed placet & has dari inter inuitos, vno poſcente arbitrum. Addatur his *l. arbitrum 43 h. tit.* vbi ait, *arbitrum famil. erciſcundæ vel vnus petere poteſt, &c.* His verbis Accurſius
D ſomniat ita Iuriſconſultum argumentari: Si vnus ignorantibus aliis arbitrum petere poteſt, poterit & cæteris ſcientibus & cõſentientibus, quæ argumentatio eſt vera, ſed illa verba eam non admittunt, imo eis verbis ita argumentatur apertiſſime. Si vnus prouocare poteſt ad iudicem cui eſt ius dandi arbitri, poteſt & arbitrum poſtulare: Palam autem eſt vel vnum poſſe prouocare ad iudicem, *l. in tribus, ſup. de iudic.* ergo poterit etiam vnus à iudice arbitrum poſtulare. Deinde ſubiicit Iuriſconſultus: *igitur & præſentibus, &c.* Ex quibus etiam verbis perperam Accurſius tale argumentum deducit. ſi vnus ignorantibus aliis poteſt arbitrum petere, quod tamen erat magis probabile, & inuitis igitur. vitioſum eſt argumentum: Nam argumentum à magis probabili ad affirmandum non valet, nec ſane eo vti voluit Vlpian. in *h. l.* quin potius vt conſtat ex *l. 26 de*
E *reg. iur.* quæ eſt ex eodem libro Vlpian. & huic coniungẽda eſt, ita argumentatus eſt à minus probabili, quod valet ad affirmandum. Si vnus præſentibus cæteris & inuitis, id eſt, contradicentibus, arbitrum petere poteſt, quod erat minus probabile, poterit & ignorantibus & abſentibus cæteris. Excipitur vnus caſus quo, inuito ſocio non poteſt agi communi diuidundo, *l. arbor, §. de veſtibulo. tit. ſeq.* Species eſt: ego & tu vicinas ædes proprias habemus & veſtibulum commune, quo eſt aditus tam mihi in ædes meas proprias, quam tibi in ædes tuas proprias, nec alia parte aditum habemus in ædes noſtras. Denique communem aditum & acceſſum habemus in ædes noſtras, commune veſtibulum. volo tecum agere communi diuidundo, nomine veſtibuli, tu non vis iudicium accipere, an reddetur in in-

uitum? minime, *quia*, inquit, *qui de vestibulo*, &c. Nota A quod ait, *totarum ædium*, ex quo colligitur vestibulum esse partem ædium, dum ait, propter vestibulum eum amittere totas ædes, id est, propter partem amittere totum. Quod tamen negabat Ælius Gallus, vt scribit Gellius *lib. 16. cap. 5.* ratio de vestibulo ea est, quia si forte difficilis sit diuisio vestibuli, necesse erit facta licitatione, totum vestibulum ei adiudicari penes quem licitatio remanserat, ad quem pretium redierit. Sciendum est, in his iudiciis quoties difficilis est diuisio & res omnino solida vni adiudicanda est, coheredes vel socios liceri inter se, & ei qui licitatione vicerit, id est, qui plus obtulerit, rem totam adiudicari, vt fit in auctionibus & hastis, & interdũ admittitur extraneus licitator ex causa, veluti si vnus ex sociis profiteatur se sine pecunia non posse vincere socium vilius licitantem, *l. 3 C. com diuid. l. cum in fundo* §. *si fundus, de iur. dot.* B Quod si in specie proposita inter nos arbiter de vestibulo liceri cogat, ita eueniet vt qui vestibulum emere aut vendere cogitur, etiam ædes suas proprias emere & vendere cogatur, in quas aditum alias non habet, quia sine aditu nullus est vsus ædium, *l. Gaurus, de seruit vrb. præd.* Porro iniquum est vt quis rem suam liceri aut vendere cogatur, iniquum non est ob difficultatem diuisionis & communionem tollendam, vt cogatur quis communẽ rem liceri, aut vẽdere socio, si modo ea licitatione & rei suæ propriꝫ pretium facere non cogatur. liceri est pretium facere, vt constat ex eodem § *de vestibulo*: ideoque eo casu inuito socio de vestibulo non cogetur communi diuidundo, ne per hoc cogatur inuitus suis ædibus cedere, suasve ædes licitari. Est etiam alius casus quod inuito socio non agitur C communi diuidundo in *l. vlt sup. de alien. iud. mut.* Species hæc est. quæ explicabit sententiam totius tituli de *alienatione iud mut. ca. f.* Finge: ego & tu rem communem habemus, cuius diuisio difficilis est, vel impossibilis: & ideo futurum perspicio communi diuidundo actione, vt tota res vni adiudicetur, facta licitatione, in qua vereor ne me potentia aut opibus vincas, quod scilicet, sis me potentior, vel locupletior. qua de causa futuri, nondum cœpti iudicii communi diuidundo euitandi causa partem meam Titio viro potentissimo vendo, vt is te in licitatione vincat, & rem auferat, non tu habeas quam certo ferres, si tibi mecum res esset, non cum Titio quem tibi opposui. Deinde iterum nondum sublata communione eadem pars ad me rediit, eandem partem postea à Titio recepi, ideo- D que denuo cœpit esse communis inter me & te, quia ad me rediit res. volo tecum agere communi diuidundo, quæritur an possim te inuito communi diuidundo agere: minime. Quia Lex Licinia vetat, quæ hoc edicto coercet dolum eius qui in fraudem alienauit, puta amissione actionis, si forte res ad eum redeat, vt quam actionem euitare voluit in fraudem socii, ea ipse non vtatur. Quid tamen, si vt dictum est supra, Titio vendidi partem meam, & eam postea ab eo non recepi, an poterit Titius tecum, te inuito, agere communi diuidundo? minime. Obstat edictum de alienatione iudicii mutandi causa facta, quo cauetur ne fiat alienatio iudicii futuri mutandi causa: & ideo si substitutus sit actor potentior aduersus te, ei denegatur actio: sicut si substitutus fuerit reus potentior facta alienatione, in eum qui substituit, est actio in factum, in id quod interest E duriorem aduersarium non habuisse, *l. 24.* §. *vlt. tit. seq.* Itaque illi edicto locus est non tantum opposito duriore reo, sed etiam opposito duriore actore, quod Accursius colligit recte ex *l. non solum* §. *1. de alienat. iud. mut cau. f.* Denique hæc fraus alienationis iudicii mutandi causa facta ita coercetur, vt ei actori, qui alium substituit, & substituto actio denegetur: alio autem reo substituto, vt in eum qui substituit, detur actio in factum in id quod interest, eum non habuisse duriorem aduersarium cum quo ageret. Obseruandum est in *d. l. vlt.* in illis verbis, *sed ipse quidem qui partem alienauerit*, esse πάλιν, id est, repetitionem. Idque est quod Accursius scribit illo loco: repetit, inquit, vt addat. Accursius præterea in hac *l. 1.* ponit alium casum, quo inuito alteri non datur actio familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, si obstet præscriptio 30. annorum, quæ sane his iudiciis obstat, *l. 1.* § *ad hæc, C. de ann. except.* Hæ actiones nascuntur ex die communionis, non ex die quo primum voluerunt discedere à communione, quia tæduit eos communionis, quod & Accurs. notat, reprehenso Martino & Placentino, qui ex voluntate initium dabant his actionibus, non ex communione, quod est ineptissimum. Intereunt autem hæ actiones tricennio, id est, triginta annorum præscriptione, quam nouissime inuenit Theodosius Imperator: ideoque in interpretatione Pandectarum eadem præscriptio nunquam aduertenda est. Cum igitur obstat ea præscriptio, cum inuito non agitur hoc iudicio. non fiet ergo diuisio nisi inter volentes. Addit, plus posse præscriptionem legitimam triginta annorum quam pactionem: nam pactione hoc effici non potest, ne fiat diuisio, *l. 14.* §. *si conueniat, tit. seq.* quia hæc pactio est contra ius publicum, contra duodecim tabulas, ex quibus sunt hæ actiones. Legamus Accursij verba: nota ex eo quod dicitur *volentibus*, iuste autem Accursius ad verbum *volentibus*, reprehendit Martinum: nam hæc actio potuit intelligi à tempore communionis, non obstante exceptione. Multa scripsit Accurs. in hanc leg. sed omnia sunt valde bona. Nunc quæritur, cur dicat Iurisconsultus in hac *l. 1.* necessariam fuisse hanc actionem. imo non fuit necessaria: nam videbatur sufficere actio communi diuidundo & hereditatibus & aliis rebus diuidendis: nam & inter coheredes reddi potest hæc actio communi diuidundo, *l. inter, in princip inf. hoc tit. l. quibus casibus, inf. pro soc.* quibus opponitur *l. 4. in princ. tit seq* quæ ait, actione communi diuidundo non fieri diuisionem hereditatis, cæteræ, contra. Res ita distinguenda est: in actione communi diuidundo veniunt res communes, id est, quarum dominium habemus communiter, siue sint communes iure hereditario, siue quo alio iure: & ideo de rebus hereditariis & communibus agam recte communi diuidundo cum coheredibus, *d l. inter.* In actione familiæ erciscundæ veniunt etiam res non communes, vt res depositæ, vel commodatæ, & conductæ à defuncto: nam hæ res veniunt in petitionem hereditatis, *l. & non tantum, sup. de petit. hered.* & quæ veniunt in petitionem hereditatis, veniunt in actionem familię erciscundę, exceptis nominibus, de quibus dicetur suo loco, *l. sed etsi l. 5.* § *pen. sup de petit. hered. l. fundus qui dotis, in fin. hoc tit.* Imo absurdum esse videtur, vt quæ peti possunt, diuidi non possint, *d. l. sed etsi.* peti possunt res non communes petitione hereditatis. ergo & diuidi actione familiæ erciscundæ. Hæ tamen res non veniunt in actionem communi diuidundo, *l 7.* § *neque, tit. seq.* Præterea actio communi diuidundo est de singulis rebus communibus, & iterari potest: nam si actum sit communi diuidundo de vna re diuidenda, deinde agi poterit eodem iudicio de alia re. *l 4.* §. *hoc iudicium, tit. seq.* Actio familiæ erciscundæ est de vniuerso iure, de vniuersitate: ideo non potest iterari, nisi ex magna causa, quia semel vniuersum ius in iudicium deductum est, *l si filia* §. *familia, inf hoc tit.* Paulus *lib 1 Sentent. tit. 18.* de vna re hereditaria non potest agi familiæ erciscundæ, *l si fundus mihi, inf hoc tit* si modo in ea l. legatur, *exemptis*, vt Florentiæ, non *exceptis exemptis*, id est, diuisis, & ita ponatur species: Ego & tu coheredes sumus: in ea hereditate est fundus vnus, cui vnusquisque nostrum debet religionem, quia in eo vtriusque parentes sepulti sunt. tu paratus es mihi partem tuam vendere. ego contentus sum mea parte, vniuersum fundum emere nolo, diuidere volo, vt certam partem nactus in ea parte meo arbitrio ius religionis exequar. quęritur an agere possim de eo fundo diuidundo quem religio occupauit, non totum tamen. Iurisconsultus ait, me posse agere communi diuidundo, licet fundus sit hereditarius. an & actione familiæ erciscundæ? sic videtur: nam in hoc iudicio arbiter addictus, id est, datus *exemptis* communione cæteris corporibus hereditariis, poterit etiam hunc fundum diuidere. Igitur significat hunc

etiam fundum in diuisionem venire & eximi communione cum cæteris rebus hereditariis non solum, quia hoc iudicio de vna re non agitur, sed eximendæ sunt & cæteræ: locus tamen ille fundi quem religio occupauit certo tamen modo & definito in frontem, & agrum, non veniet in diuisionem, sed eius loci ius competet omnibus heredibus in solidum, etiamsi ex minima parte heredes sint, *l. 6. inf. de relig.* Igitur in ea specie non agitur familiæ erciscundæ de fundo tantum in quo erat sepulchrum, sed exemptis communione etiam cæteris rebus hereditariis, actio communi diuidundo est de singulis rebus communibus & iterari potest: nam si actum sit de vna re communi diuidundo, postea agi de alia potest, *l. 4. §. hoc iudicio, tit. seq.*

Nunc si quæras quid hæc lex 1. exigat, quid distet petitio hereditatis ab actione familiæ erciscundæ, quod explicatum est in princ. *tit. finium regundorum*, meminisse oportet hanc esse differentiam inter petitionem hereditatis, & familiæ erciscundæ, quod petitio hereditatis est simplex, familiæ erciscundæ actio est duplex. qua de causa petitio hereditatis possessori non datur, familiæ erciscundæ actio, sicut & actio communi diuidundo & possessori, & non possessori datur, hac *l. & l. heredes §. quantum, inf. l. pen. tit. seq.* qui petit hereditatem, negat aduersarium coheredem esse. qui agit familiæ erciscundæ fatetur aduersarium coheredem esse, *l 1. §. sed etsi possessor, sup. si pars hered. pet.* Præterea vbi est petitio hereditatis, id est, donec actum & peractum sit petitione hereditatis, non potest agi familiæ erciscundæ, ne præiudicium fiat petitioni hereditatis, quæ cæteris iudiciis anteponi debet, idque res exigit vt prius petatur hereditas, deinde diuidatur, vt declaretur quis heres, deinde de diuisione hereditatis agat, *l. 5. in fi sup. de petit. hered.* quod si velit agere præpostere familiæ erciscundæ, cum scilicet negatur esse coheres, præiudicium fiet petitioni hereditatis: nam hoc iudicio admisso, admittemus heredem esse, cum tamen negetur esse heres: & ideo prior est illa quæstio expedienda, an sit heres, deinde agendum est familiæ erciscundæ, si prius aget familiæ erciscundæ, repelletur exceptione præiudiciali, quod præiudicium petitioni hereditatis non fiat, eademque ratione cum speratur petitio hereditatis, non potest agi interdicto de tabulis exhibendis, *l. vlt. inf. de tabul. exhibend.* non potest etiam lis cœpta cum defuncto peragi ab eo qui de eius hereditate controuersiam facit, *l. non distinguemus §. si is faciat, de recept. arbit.* Non potest etiam agi de libertate seruorum manumissorum testamento, nisi post certum tempus, *l. 7. sup. de petit. hered.* Sic ergo in hac actione familiæ erciscundæ, vt exponam speciem hîc propositam. Si ego & tu coheredes sumus, ego possideam & negem te coheredem esse, nihil tu possideas, quia negaris esse heres, agere debes petitione hereditatis aduersus me: nam si agas familiæ erciscundæ, repellam te exceptione præiudiciali. *si in ea re de qua agitur petitione hereditatis præiudicium non fiat.* Prius enim constare debet te coheredem esse, prius petenda quam diuidenda hereditas: sed si ego & tu coheredes sumus, ego possideo meam partem, tu tuam pro indiuiso, ego nego te coheredem esse, tu etiam negas me coheredem esse, hoc casu non erit etiam familiæ erciscundæ, sed erit mutua petitio hereditatis, *l. si inter me, de except. rei iudic. l. 1. §. sed & si possessor, si pars hered. petat.* Nunc finge: Ego & tu coheredes sumus. vnusquisque possidet suam partem pro indiuiso, ego nego te coheredem esse, tu non negas me coheredem: hoc casu non potes agere petitione hereditatis, quia hæc actio non datur possessori aduersus eum quem non negas esse coheredem, sed agetur familiæ erciscundæ, nec tibi opponetur exceptio præiudicialis, quod præiudicium petitioni hereditatis non fiat, cum nec ipse possis agere petitione hereditatis, neque ego velim. possum quidem ipse si velim, quia nego te coheredem esse, sed nolo: tu etiam si velis, non possis; ages tamen familiæ erciscundæ. verum eo iudicio non ante iudex diuidet hereditatem inter nos, non ante inuicem adiudicationes, & condemnationes faciet, quam constiterit te coheredem

A dem esse. igitur in eodem iudicio hæc cognitio, an sit heres, necessario præcedit diuisionem hereditatis. Hæc sententia est leg. 1. & eorum quæ ad eam Accursius notauit. *Ipso iure*] ex XII. tabulis. *potest eum*] scilicet qui nihil possidet: *præiudicium hereditati*] id est, petitioni hereditatis. *quod si eam partem possideat*, id est, si vnusquisque possideat suam partem, non nocet agenti familiæ erciscundæ exceptio præiudicialis. Quæ obstabant exposui distinctis speciebus. Sed præterea hoc tantum quærit Accursius, an idem seruetur in actione communi diuidundo? an communi diuidundo agi non possit cum speratur rei vindicatio? & hoc definitum est in *l. fundi, de except.* male Accursius refert eam legem ex *tit. de except. rei iudic.* quæ l. vult, vt quæstio dominii præcedat diuisionem rei communis, vt
B prius agatur rei vindicatione quam communi diuidundo, cum aduersarius negat eum qui vult agere communi diuidudo esse socium, negat rem esse communem, & eam sibi adserit totam; quod ab Accursio comprobatur argumento actionis familiæ erciscundæ, cui non tantum petitio hereditatis, sed etiam rei vindicatio præponitur, vt in specie *l. si quid contendis, hoc tit.* quæ explicanda est, & est Pomponii, & citatur Pomponius in eam rem in *l. heredes §. quod pro emptore, hoc tit.* Species est: ego & tu coheredes sumus, neque de eo est inter nos controuersia, sed tantum de vna re controuersia est: vna res est in hereditate quam ego contendo esse hereditariam, & ideo communem, tu dicis esse tuam propriam. eius rei nomine non agam tecum petitione hereditatis, quia hæc actio datur tantum aduer-
C sus eum qui pro herede vel possessore possidet, non aduersus eum qui ex alia iusta causa possidet, veluti pro emptore, aut pro donato: tu dicis eam rem esse tuam propriam ex causa emptionis & donationis. non est ergo aduersus te eius rei nomine petitio hereditatis. non est etiam actio familiæ erciscundæ, quia non potest ea res venire in iudicium vniuersale familiæ erciscundæ, vel quia tu negas eam rem esse ex hereditate, & hoc iudicium redditur tantum inter confitentes. quid igitur fiet? erit mihi agendum rei vindicatione aduersus te incertæ partis, quia res indiuisa est, in qua si vicero, deinde agam eius rei nomine communi diuidundo, vel agam de vniuerso iure familiæ erciscundæ, in quam actionem veniet ea res quam iam ante pronuntiatum est esse hereditariam. Sic igitur hac specie demonstratur, rei vindicatione agendum esse prius quam
D communi diuidundo, vel familiæ erciscundæ.

Ad Leg. II.

Per familiæ erciscundæ actionem diuiditur hereditas, siue ex testamento, siue ab intestato, siue ex lege duodecim tabularum, siue ex alia lege deferatur hereditas, vel ex Senatusconsulto, vel ex constitutione, & generaliter eorum dumtaxat diuidi hereditas potest, quorum & petitio potest.

§. 1. Si quarta ex constitutione diui Pii arrogatum ad aliquem deferatur: quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit: vtile erit familiæ erciscundæ iudicium necessarium. Item si filiifamilias militis peculium sit: fortius defendi potest hereditatem effectam per constitutiones: & ideo huic
E *iudicio locus erit.*

§. 2. In familiæ erciscundæ iudicio, vnusquisque heredum & rei, & actoris partes sustinet.

§. 3. Dubitandum autem non est quin familiæ erciscundæ iudicium, & inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit.

IN l. 2. Iurisconsultus ait, actione familiæ erciscundæ diuidi hereditatem, siue deferatur ex testamento, siue ab intestato, siue partim ab intestato vni, partim ex testamento alteri, id est, inter heredem testamentarium, & heredem legitimum hoc iudicium redditur, quod interdum inducit querela inofficiosi testamenti: regulariter enim hoc non fit vt quis sit testatus & intestatus, id est, vt quis simul

habeat heredem teſtamentarium & legitimum, ſed per querelam inducitur ſæpe,eoque inducto inter ſcriptum & legitimum datur actio familiæ erciſcundæ, *l.* 5. §. *vlt. ſup. de inoffic. teſt.* Deinde hac in *l.* ait, hanc actionem dari ſiue deferatur hereditas ex l. duodecim tabul. ſiue ex aliqua lege, ſiue ex Senatuſconſulto, ſiue ex Conſtitutione, quod exemplis declarandum eſt. Lege 12. tabularum defertur hereditas ſcriptis heredibus voluntate iuſta, ideſt, teſtamento: nam ſcripti in codicillis verbis directis neque lege duodecim tabularum, neque alio iure, neque alia lege vocantur. ſcripti directo ita demum vocantur ſi in teſtamento voluntate iuſta ſcripti ſint. Teſtamentum definitur iuſta voluntas ad differentiam codicillorum, id eſt, legitima, & ſolemnis, codicillorum voluntas non eſt iuſta, ſolemnis,& legitima. Quintilianus declamat. 306. *Teſtamentum eſt voluntas defuncti conſignata iure legibuſque ciuitatis.* Codicillorum ius extraordinarium eſt. ergo lege 12. tabular. defertur hereditas teſtamento ſcriptis heredibus, non codicillis. etiam defertur heredibus ab inteſtato eadem lege 12. tabular. ſuis, & agnatis, & patronis, & parentibus manumiſſoribus. Ex lege autem aliqua defertur hereditas, veluti ex Lege Iulia & Papia, *legibus nouis,* vt ait *l. capitis, inf. de ſuis & legit. l. tutelas* §. *ex nouis, ſup. de cap. minut.* vel etiam lege Cornelia, quod male Accurſius reiicit hoc loco: Nam ex lege Cornelia defertur hereditas eius qui apud hoſtes deceſſit, delata ſiue relicta teſtamento facto ante captiuitatem: id enim teſtamentum lex Cornelia confirmat, quod tamen ipſo iure captiuitas irritum fecerat. quæ lex autem confirmat, defert, *l. lege, inf. de verbor. ſignific.* lege obuenire dicitur hereditas teſtamentaria, ſicut qui confirmat tutorem teſtamento datum, dat tutorem, & eſt tutor datiuus non teſtamentarius, *l. idem fiet, de teſtam. tut.* Ideoque recte in *l. heredes, in prin. inf. hoc tit. heredes eius,* &c. quia lex Cornelia eis defert hereditatem. idem poterit dici de lege Velleia: nam hæc etiam dicitur confirmare teſtamentum, *l. ſi hereditas* §. *filium, de teſtam. tut.* Ponatur ergo exemplum ad hæc verba, *ex lege aliqua,* exemplum legis Iuliæ & Papiæ & Velleiæ. ex Senatuſconſulto autem notum eſt deferri hereditatem, veluti Senatuſconſulto Tertylliano, & Orfitiano: Tertylliano mater eſt heres filij legitima: Orfitiano filius matris heres legitimus. Ex conſtitutione autem defertur hereditas multis modis, multæ enim ſunt conſtitutiones, quarum exemplis vſus eſt Accurſius, ſed vtamur exemplis quæ venerunt in mentem Iuriſconſulti; nam hæ conſtitutiones nondum in lucem venerant. vtamur exemplo conſtitutionum Auguſti, Neruæ, Traiani de priuilegio militum veteranorum, quæ conſtitutiones heredem ſcriptum teſtamento filiifamil. in peculio caſtrenſi heredem faciunt: nam ante eas conſtitutiones inutile erat teſtamentum, ex eis conſtitutionibus valet, & heres ſcriptus heres eſt: & hoc eſt quod ait *l.* 2. § *Item ſi hic,* qua de cauſa heredi ſcripto in caſtrenſi peculio datur petitio hereditatis ciuilis: nam conſtitutiones peculium hereditatem fecerunt, *l. filiifamil & l. item veniunt* §. *non ſolum, de petit. hered.* Et generaliter, his omnibus quos recenſet, quibus ſcilicet hereditas defertur lege duodecim tabularũ, vel lege noua, vel Senatuſconſulto, vel conſtitutione datur petitio hereditatis ciuilis, & directa ac familiæ erciſcundæ ciuilis. & hoc eſt quod ſubiicit, *& generaliter eorum duntaxat,* & ſicut etiam quæ peti poſſunt, & diuidi poſſunt, quorum peti poteſt hereditas, & diuidi poteſt, *l. ſed etſi lege* §. *pen. ſup de petit. hered.* Ex quo ſequitur, vt ſicut bonorum poſſeſſoribus datur poſſeſſoria hereditatis petitio ſiue prætoria, ita & familiæ erciſcundæ prætoria, ſiue honoraria: & ſicut eis quibus ex Senatuſconſulto Tertylliano reſtituta eſt hereditas, datur ſpecialis quæ dicitur fideicommiſſaria hereditatis petitio, ita datur ei familiæ erciſcundæ actio fideicommiſſaria, *l.* 24. *&* 40. *hoc tit. l. ita tamen* § *ſi ex Trebelliano, & ſeq. ad Trebellian.* & datur inter eos quibus reſtituta eſt hereditas ex Trebelliano Senatuſconſulto, & inter eum cui reſtituta eſt pars hereditatis ex Trebelliano, & heredem ſcriptum qui reſtituit, verbo ſcilicet. reſtitutio hereditatis fit

A non tantum re, ſed & verbo. ſi facta fuerit re ipſa, nihil hoc iudicio opus eſt: ſed ſi fuerit facta verbo tantum, hoc iudicium dabitur fideicommiſſario Trebelliano. & adiicit præterea ex *l.* 24. *hoc tit.* dari hanc actionem inter cæteros honorarios poſſeſſores, vbi male Accurſius, Trebellianos: Nam de his dixerat ante & fideicommiſſarii Trebelliani non ſunt honorarii ſucceſſores, quia Senatuſconſulto potius habentur pro heredibus, quam pro bonorum poſſeſſoribus, *l. ſi heres* §. *vlt. inf. ad Trebell. l.* 5. § *vlt. inf. quod cum eo, l. ſi necem* § *vlt. de bon. libert.* Videndum quos in d. l. 24. vocet honorarios ſucceſſores, vt in *l.* 2. §. *ſi deffunctus, ff. pro empt.* prætorios ſucceſſores non dicit fideicommiſſarios Trebellianos, neque bonorum poſſeſſores, quoniam de his dixit ante, ſed dicit eos, quibus libertatum

B conſeruandarum cauſa, bona addicuntur ex conſtitutione Marci, qui aſſimilantur bonorum poſſeſſoribus, & agunt familiæ erciſcundæ, *l.* 4. §. *is autem, &* §. *vlt. de fideicom. libert.* intelligit etiam bonorum emptorem: nam & hic vocatur prętorius ſucceſſor à Theophilo in *tit. de ſucceſſ. ſublat. quæ fieb. per bonor. vend.* His addi oportet eum qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidet hereditatem: nam iure prętorio hic non poteſt eſſe heres ex teſtamento, & ſucceſſor, quia iure prætorio videtur eſſe heres tantum teſtamento, *l. duo heredes, ſi quis omiſſ. cau. teſtam.* Addatur etiam his heres ſcirptus, cui Prętor remittit conditionem iuriſiurandi: nam hic non poteſt eſſe heres teſtamento iure ciuili, ni ſi impleta conditione iuriſiurandi, quę non eſt inhoneſta, nec illegitima; ſed prętorio iure impleta conditione iuriſiurandi heres habetur. eſt igitur prętorius

C ſucceſſor, *l.* 1. §. *ad eos, inf. ad leg. Falcid.* Hi ſunt prętorii ſucceſſores pręter bonorum poſſeſſores. ſed additur in *l.* 2. hanc actionem dari inter heredem ſcriptum & impuberem arrogatum, quem teſtator arrogator exheredauit, vel iniquè emancipauit: nam eo caſu arrogato debetur quarta pars bonorum, quę arrogatoris fuerant tempore mortis, ex Conſtitutione Antonini, ſiue Diui Pii: & licet in ea quarta non ſit heres, aut bonorum poſſeſſor, ſed veluti creditor, cum debeatur quaſi ęs alienum, tamen quaſi heres cum ſcripto vel legitimo herede agit familię erciſcundę cum herede arrogatoris, vt hereditas diuidatur in quadrantem & dodrantem, & ſic etiam in ea quarta ei quaſi heredi impuberi ſubſtitui poteſt in ſecundum caſum, qua de cauſa variatum eſt olim, quia debetur quaſi ęs alienum,

D creditori in ęs alienum non poſſum ſubſtituere. Obtinuit tamen poſſe ſubſtitui, *l. ſi arrogator ſup. de adopt. l. ſed etſi lege* §. *in arrogatore, inf. de vulg. ſubſtit.* ei tamen arrogato non datur petitio hereditatis quartę nomine, ſed datur actio familię erciſcundę, vtilis petitio hereditatis non datur, *l.* 1. §. *ſi impuberi, de collat. bonor.* quę ait, perſonalem tantum actionem dari cui non datur petitio hereditatis: nam continuo etiam non datur famil. erciſcundę, vt fideicommiſſario Trebelliano non datur petitio hereditatis adverſus heredem qui reſtituit, *l.* 3. § *pen. ſup. de fideicom. hered.* Datur tamen hęc actio vtilis. *l. ſi ex aſſe, hoc tit.* Quod ſequitur, *in familiæ erciſcundæ iudicio,* &c. id expoſui in *l.* 10. *ſup. tit. prox.* Deinde ait: hęc actio poteſt reddi inter pauciores heredes, ſicut ſi ſint duo heredes ex pluribus qui hereditatem diuidere deſiderent, duo agent familiæ erciſ-

E cundę, ſicut & actio communi diuidundo poteſt reddi inter pauciores, *l. etſi non omnes, tit. ſeq.* & redditur ad diuidendum, & pauciores ex pluribus agent de diuidenda hereditate, & eo genere communio ſoluetur inter eos, arbitrio iudicis. inter eos & cęteros qui iudicio non adfuerunt, manebit communio. Quoties autem omnes heredes conueniunt & volunt diſcedere à communione, vel inuitantur à cęteris ad diuiſionem, tum omnes debent ire ad eundem iudicem & in eundem locum venire, *l.* 1. *inf. de quib. reb. ad eundem iudic.* &c. Vbi ſi inter plures agatur familię erciſcundæ, & inter eoſdem, id eſt, inter plures, ſi vel plures agant familiæ erciſcundę, vel plures communi diuidundo, vel plures finium regundorum, non quod ſimul agant his actionibus tribus, quod fieri non poteſt, ſed, vt inquit quo

facilius coire possint, sunt mittendi ad eundem iudicem, & in eundem locum. Cæterum possunt etiam pauciores inter se distrahere, & retinere communionem si velint.

Ad §. vlt.

§. vlt. In hoc iudicium etsi nomina non veniunt: tamen si stipulationes interposita fuerunt de diuisione eorum, vt stetur ei, & alter alteri mandet actionem, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur diuisioni.

HIc §. est de nominibus. hæc quæstio prolixa est. Supra diximus de personis: nunc dicendum est de rebus quæ in hoc iudicium veniunt. & constat in hoc iudicium venire tam res non communes, quam res communes, vt dixi *l. 1. hoc tit.* Rerum appellatione continentur nomina, *l. 9. inf. rem pupil. salu. fore.* Nomina tamen non veniunt, corpora veniunt. nomina dicimus non tantum ea quæ debentur defuncto, sed etiam ea quæ defunctus debuit, id est, æs suum defuncti, & æs alienum defuncti, debita & credita hereditaria. Cur autem in hoc iudicio nomina non veniunt? quia hoc iudicium est de diuisione, de diuidenda hereditate: ea igitur tantum admittit quæ indiuisa sunt: nomina autem non sunt indiuisa, imo ipso iure, id est, ex 12. tabul. diuisa sunt pro hereditariis portionibus, *l. heredes §. idem iuris, hoc tit. l. 1. si vnus ex plurib. hered. C. l. 1. C. si cert. petet. l. pacto, C. de pact. l. 6. C famil. ercisc. l. vlt. C. de hered. act. l. si te, C. de iur. deliber.* vt exempli gratia, quo exemplo vtitur Quintilianus in *declamat. 336.* Si Titio centum debuerit defunctus, cui ego & tu heredes extitimus, tu ex quadrante, ego ex dodrante. Quæritur an à te Titius possit petere integra centum? minime. Sed quadrantem tantum eius summæ, id est, viginti quinque, quia ex quadrante tantum heres es, à me autem petere debet dodrantem, id est septuaginta quinque, quia lex 12. tabul. heredes debitis obligauit pro hereditariis portionibus. Lex nomina diuisit inter coheredes, corpora non diuisit, quia non potuit ea diuidere sine arbitro: ideoque corporum diuisionem l. 12. tab. remisit ad arbitrum famil. ercisc. qui & ea corpora distribueret inter heredes pro hereditariis portionibus adscriptis singulis certis partibus: nec vero antequam distribuerit arbiter, possum ego in fundo hereditario certam partem mihi pro dodrante vindicare arbitratu meo, nec tu etiam pro quadrante: sed arbiter distribuet & adscribet certas partes. nobis expeditior est pecuniæ diuisio, id est, non eget arbitrio vel actione: & ita è diuerso, si Caius debuerit defuncto centum, cui ego sum heres ex dodrante, tu ex quadrante, tu non potes petere solidam summam, id est, solida centum quæ debet Caius, sed viginti quinque solum, ego petam septuaginta quinque: atque ideo si tu ipse qui es coheres mihi, debueris defuncto centum ex causa crediti, pro quadrante confusa est & sublata obligatio, pro dodrante mihi aduersus te superest actio pecuniæ creditæ, adhuc debes 75. vel licebit mihi pro ea quantitate agere petitione hereditatis, non actione familiæ erciscundæ: quoniam in actionem familiæ erciscundæ nomina non veniunt, quia ipso iure diuisa sunt, in petitionem hereditatis veniunt. & hoc respondetur in *l. fundus qui dotis, in fin. hoc tit.* cui applicanda est lex *7. sup. si pars hered. petat.* quę l. è contrario respondet, in petitionem hereditatis non venire res indiuisas, vt diuidantur scilicet. quæ tamen veniunt ob eam rem in actionem familiæ erciscundæ. Igitur sic concludas: in actionem familiæ erciscundæ veniunt tantum res indiuisæ vt diuidantur: in petitionem hereditatis venient & res diuisæ & indiuisæ, id est non tantum vt diuidantur. quod vulgo dicitur, ea quæ peti possunt, & diuidi posse, hoc est intelligendum, nisi iam ipsa diuisa sunt ipso iure, id est, ab ea definitione excipienda sunt nomina, quæ à lege 12. tab. inter coheredes diuisa sunt: diuisa enim diuisionem non recipiunt, & ideo in actionem de diuisione non veniunt: & eadem ratione si miles te castren-

A sium bonorum, me paganorum heredem fecerit, inter nos non potest esse actio familiæ erciscundæ, quia ipso iure, id est, ex Constitutionibus principum de priuilegiis militum diuisa sunt patrimonia, & duæ hereditates non communes inter nos, *l. heredes §. 1. inf. h. tit.* & in æs alienum castrense tu solus teneris, qui es heres castrensium, tibique soli debetur quod militi debebatur ex causa castrensi: in æs autem paganum ego qui sum heres paganorum, solus teneor, & mihi soli debentur quæ debebantur defuncto militi ex ea causa. Constitutiones hæc concesserunt militibus, vt separent bona castrensia à paganis, adeo vt possent in his testari, & in his heredem testamentarium facere, in illis legitimum, & in his seorsim alium, in aliis alium heredem scribere, non coheredem adiicere: & ita contra rationem v-
B nius hominis duo patrimonia & duas hereditates fecerunt propter priuilegium militiæ & vtilitatem publicam iure singulari. Quia igitur patrimonia sunt diuisa ipso iure, non erit inter nos actio familiæ erciscundæ, sicut & inter quoslibet heredes non erit actio de nominibus, quia diuisa sunt ipso iure. Et vt ad nomina redeamus quę l. 12. tabul. inter coheredes diuidit pro hereditariis portionibus, sciendum est hanc diuisionem legitimam conuentione tolli non posse, nec officio iudicis, nec voluntate testatoris, id est, ius hoc publicum neque conuentione, neque auctoritate iudicis, nec voluntate testatoris mutari potest: de conuentione primum loquitur. ipsi inter se coheredes conuentione non possunt æs alienum defuncti à se transferre, & in vnum omnia conferre, puta vt vnus ex heredibus solus debeat totam creditam pecuniam defuncto, vel vt vni soli debeatur,
C vtque actiones ei soli, & in eum solum dentur hoc conuentione non possunt efficere. Cæterum finge conuenisse inter me & te, qui sumus heredes, vt ego exigam illud nomen in solidum, vis autem vt dissoluam illud in solidum: ac similiter ego vt alia nomina exigam & dissoluam in solidum, & ita nos diuisisse nomina conuentione, & hanc diuisionem nos stipulatione firmasse: quia inuicem promisimus huic diuisioni nominum stare, hæc conuentio non mutat ius publicum, id est, non ideo minus debetur nobis pro portionibus hereditariis, non ideo grauiores, vel dictamus vel patimur actiones. Stabitur tamen diuisioni, eamque iudex tuebitur remedio cessionis scilicet, cessis videlicet & mandatis inuicem actionibus: alioqui solidi exactio non est, vt cessa mihi à te actione partem meo nomine petam, partem petam συνηγικῶς, id est, procuratorio
D nomine: nam per cessionem actionis tu me procuratorem fecisti pro tua parte in rem meam. id est, mea gratia. sic agam cum debitore in solidum, sed alio atque alio nomine: in solidum non possum agere meo nomine, quia vetat ius publicum. sed possum in solidum agere partim meo, partim tuo nomine ex tua cessione, id est, cessa mihi actione. hoc remedio effectum habebit diuisio conuentionalis. Quod vero attinet ad æs alienum quod defunctus debuit, stabitur diuisioni superiori, si ego, licet creditor non possit, aut cogatur mecum agere nisi pro parte hereditaria, vltro ei soluam solidum: non enim debeo nisi partem, sed dum volo satisfacere conuentioni, recte soluo solidum, nec creditor id iuste recusat accipere: vt si forte velit partem à te accipere, partem à me, an audietur recusans solidum acci-
E pere à me? Respondeo, non audietur, quinimo oblatio solidi vtrumque nostrum liberabit periculo, si forte pecunia oblata postea pereat, obsignatio vtrumque liberabit obligatione. Cur enim non mihi licebit per procuratorem offerre partem meam, id est, per coheredem procuratorem meum? ergo non iuste recusatur, vel etiam huic diuisioni stabitur, si ego stipulanti creditori patiar me delegari, & promittam ei solidum, vel etiam si creditore agente, litem suscipiam, partim meo, partim tuo nomine ex tuo mandato: quo casu videor etiam esse procurator in rem meam, quia tu mihi vicem reddis in suscipiendis aliis oneribus pro mea parte, quia onera ita diuisimus inter nos, vt ego quędam ferrem pro solido, & tu alia pro solido, & pro hoc incommodo ego sentio commodum mandatarum

actionum. Itaque siue conueniam, siue conueniar à creditore hereditario, ago de re mea, licet agam ex mandato coheredis pro parte eius: & hæc de diuisione nominum conuentionali ita se habent, quæ comprobantur *l. licet, C. famil. ercisc. & §. vlt. huius l.* vbi ait, *in hoc iudicium, etsi nomina non veniant*, &c.

Ad Leg. III.

L. 3. Plane ad officium iudicis nonnunquam pertinet vt debita, & credita singulis pro solido alia aliis attribuat: quia sæpe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet, nec tamen scilicet hac attributio illud efficit, vt quis totum solus debeat, vel totum alicui soli debeatur: sed vt siue agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat: siue cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio conueniatur: nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi: tamen & his libera potestas est suo loco substituendi eos in quos onera actionis officio iudicis translata sunt.

NVnc loquamur de officio iudicis solo, mero, non potest iudex familiæ erciscundæ efficere, vt vnus ex heredibus solus sentiat commoda vel incommoda nominum in solidum, id est, non potest mutare ius publicum: quia tamen, vt ait lex *3. hoc tit.* nominatim soluere & exigere graue est, ideo nonnunquam iudex singulis coheredibus attribuit debita & credita alia aliis pro solido. vtitur *l. 3.* eleganter attribuendi verbo, quod proprie conuenit pecuniæ. Cæteræ res adiudicari, vel assignari dicuntur. Inde sic statuo: in singulis corporibus hereditariis singuli coheredes ipso iure habent portionem hereditariam pro indiuiso; sed nonnunquam causa postulat, vt iudex vni adiudicet corpora omnia hereditaria in solidum, quod facit remedio licitationis, adiudicationis & condemnationis mutuæ: in nominibus autem ipso iure singuli coheredes habent portionem hereditariam pro indiuiso, sed vt facilior sit solutio, & exactio nominum, nonnunquam iudex vni ex heredibus attribuit nomina omnia, vel alia aliis pro solido, quod facit remedio delegationis, vel cessionis ac mandati: nam alterum alterius procuratorem constitui curat. remedio opus est, quia diuisio legitima solo officio iudicis conuelli non potest, nisi iudex adhibeat aliquod remedium: adiungi officio iudicis remedium debet, cessionis scilicet, mandati, delegationis, quod proponitur in *l. 3. hic* Hæc attributio non mutat ius publicum *experiundi*, id est, licet non mutetur ius publicum. necesse est, vt hoc apertius intelligamus, rem ita distingui: aut agitur de ære defuncti, id est, quod ipsi debetur, aut de ære alieno. si agatur de ære defuncti, & ego & tu sumus coheredes, tu pro tua parte mihi cedes actionem aduersus debitorem: atque ita facies me procuratorem in rem meam, deinde agam cum debitore in solidum, partim meo nomine, partim procuratorio, nec debitor poterit recusare hanc actionem, cum vnicuique liceat litigare, & debitum per procuratorem reposcere. Si autem agatur de ære alieno, tu onus æris alieni in me transferes pro tua parte, vt pro te soluam, & pro te iudicium suscipiam quasi procurator, & hoc casu creditor me poterit conuenire in solidum, partim meo, partim tuo nomine quasi procuratorem, sed non cogetur, quia ius publicum manet: itaque si velit, mecum aget pro mea parte, tecum pro tua parte, & hoc est quod ait lex *si actor, de procurat. sup.* dato procuratore in rem suam ad litem suscipiendam à debitore, actorem siue procuratorem, si malit agere cum domino, quam cum eo qui est datus procurator in rem suam audiri. Sic igitur definit: cum tu in me transtulisti onus æris alieni, vt pro te soluerem quasi procurator, & pro me, vt me & te simul absoluerem, creditor mecum aget in solidum, si velit partim meo nomine, partim procuratorio, vel vtetur iure publico; & à me partem petet meo nomine, à te partem tuo nomine, omisso

A procuratore, quæ est sententia *d. l. si actor.* cui Accursius male opponit *h. l. 3.* nam hæc l. dicit liberam quidem potestatem esse coheredibus alium suo loco substituendi, id est, procuratorem faciendi ad soluendum, ad exigendum, ad litigandum, sed creditoribus nihilominus manere integram facultatem cum singulis experiundi pro portionibus hereditariis, id est, creditoribus integrum esse ius publicum. Hæc congruunt inter se, proinde tres solutiones quas adfert Accursius ad *l. si actor*, non possunt non esse nullæ: nam vbi nulla est pugnantia, solutiones omnes sunt nullæ, atque etiam omnes veræ vaticinationes videntur esse. Prima solutio. in *l. si actor*, dominus, qui procuratorem dedit erat præsens, & ideo quia occurrit dominus ipse actori, licebit actori cum eo agere, omisso procuratore. in hac l.
B non erat præsens. hoc est vaticinari. Deinde falsum est hanc l. dicere absente domino creditorem cogi vt agat cum procuratore, cum potius lex dicat manere creditori liberam facultatem cum singulis experiundi. Secunda solutio hæc est in verbo *suo loco*, vbi emendanda est glossa Accursii: aut dominus erat præsens, vel hic dominus nolebat se conueniri: ibi patiebatur. ibi agitur cum domino, quia patiebatur nec recusabat actionem, hic nolebat, & ideo hic creditor cogitur eligere procuratorem. hoc est vaticinari, & semper quæ concordant, pugnantia facit: Nam vtraque lex dicit, creditori esse liberum cum vtroque experiri, id est, pro parte cum singulis, omisso procuratore. Tertia solutio est: ibi, inquit, persona domini erat legatus, ibi non, id est, domini maior erat integritas & innocentia, & maius ei inerat odium litium. Itaque creditor cum eo
C agere volebat quasi cum integriore viro: audietur ex hac causa, quæ cessabat in hac lege. hoc commentitium est totum, quicquid est, vitiosum est. Postremum est de testatoris voluntate. testator non potest efficere testamento, vt lex 12. tabul. locum non habeat, id est, non potest efficere vt is quem scripsit heredem ex quadrante tantum, is debitorem hereditarium habeat obligatum supra quadrantem, quia debeat plus dodrante erogare: stabitur tamen voluntati defuncti, & ei opem feret iudex, sed non sine superioribus remediis, & hoc est quod ait *l. 4. in princ. heic.*

Ad L. IV. Cæteræ.

D *Cætera itaque res præter nomina veniunt in hoc iudicium: sin autem nomen vni ex heredibus legatum sit, iudicio familiæ erciscundæ hac heres consequitur.*

§. 1. Mala medicamenta & venena veniunt quidem in iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet: boni enim & innocentis viri officio eum fungi oportet: tantumdem debebit facere & in libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his similibus. Hæc enim omnia protinus corrumpenda sunt.

SI testator vni ex heredibus nomen prælegauerit, æquum est secundum voluntatem defuncti, vt solidum nomen exigat: ideoque iudex familiæ erciscundæ curabit ei attribui solidum hoc nomen remediis superioribus: quin etiam si debitor eius nominis huic heredi solidum
E soluerit secundum defuncti voluntatem, cum tamen solidum non deberet iure publico, si tamen soluerit, prætor eum tuebitur aduersus alios coheredes per exceptionem doli mali, *l. 1. C. de exceptionib.* Eodemque modo & remedio exequemur, & defendemus defuncti voluntatem, si onera dissoluendi æris alieni solida vni iniunxerit, cæteros exonerari voluerit, qua de re tractabitur in *l. si filia §. Papinian. hoc tit.* Addit Vlpian. *mala medicamenta & venena veniunt in hoc iudicium, &c. in his*, id est, in horum diuisione. Igitur mala venena in hanc actionem veniunt ipso iure, quia sunt ex hereditate, non veniunt officio iudicis: quia hæc omnia consumi & corrumpi potius, quam diuidi, maxime iudicio bonæ fidei bonus & innocens iudex curabit. Ait *mala medicamenta & venena:* differentiam facit

inter mala medicamenta & venena vt *l. 3. inf. ad leg. Cornel. de sicar.* quæ cum dicat eum teneri l. Cornelia, qui mala venena vendidit, aut hominis necandi causa habuerit, feceritve, superfluo addit, eadem l. teneri, qui mala medicamenta in publico vendiderit. differentiam facit inter mala medicamenta & mala venena: & ita Medici etiam differentiam faciunt inter φάρμακα δηλητήρια, & φάρμακα θανάσιμα, hæc sunt venena, illa venenata, quorum omnium commercium non est, *l. quod sæpe §. 1. de contrah. empt.* Ergo nec licitatio nec diuisio, quæ vicem commercij habet, *l. 1. C. comm. vt. iud.* Quædam alia sunt pharmaca promiscui vsus, id est, quæ vim nocendi habent, atque etiam prosunt, si aliis materiis misceantur, & de eis Senatusconsulto hoc expressum est, ne temere veneant in publico, *l. 3. §. alio, ad leg. Cornel. de sicar.* vt si quis à pigmentario petat cantharides, lustramenti causa, id est, purgationis causa. Græci vertunt ἐπὶ καθάρσει. Et Galenus 4. de simplicium medicamentorum potestate, ait cantharides lustrandorum neruorum magnam vim habere. Igitur si quis petat ob eam causam cantharides, honesta petitio est, sed videat pigmentarius ne temere vendat: dicam etiam eodem modo, hæc non esse temere diuidenda. de superioribus dicam, non esse vendenda, vel diuidenda; sed consumenda & corrumpenda. qua distinctione vtitur *d. l. quod sæpe §. 1.* Ait *magicis, vel his similibus*, veluti vaticinij libris, Paulus *5. Sent. tit. 21. & 23. l. mathematicos, C. de episc. aud.* Etiam illud adiungitur in hac l. iudicem officium suum in eorum quæ scelere parata sunt, veluti ex sacrilegio, vel peculatu, diuisione non interponere: nam hæc dominis suis restituenda sunt, quia illud notum est, turpia lucra heredibus extorquenda esse, licet extinctum sit crimen morte defuncti, *l. in heredem, sup. de calumniat.* In §. vltimo huius legis tractat de tabulis testamenti, & ostendit, has etiam in diuisionem non venire, sed officio iudicis, vel apud eum collocari, qui maiori ex parte heres scriptus est, vel si omnes sint scripti ex æqualibus partibus, tabulas testamenti in ædem sacram deponi, coheredibus exemplum dari: idem si deponantur apud eum qui ex parte maiori heres est institutus, eum cauere cæteris de exhibendis authenticis tabulis, cùm res exegerit. Tabulæ quidem testamenti sunt communes inter coheredes, & earum habent vindicationem, *l. 3. inf. quemad. test. aper.* sed sunt indiuiduæ, id est, in diuisionem non veniunt. tabulæ testamenti sunt hereditariæ, sed hereditatem non sequuntur, & vendita hereditate non sequuntur emptorem: satis enim est emptori exemplum dari & caueri, de exhibendo authentico si res exegerit. authenticum ipse heres retinet, vel in ædem sacram deponit. Et sic etiam dicam restituta hereditate ex Trebelliano Sen. tabulas testamenti authenticas fideicommissarium Trebellianum non sequi: & vendito, vel legato fundo, non cogi venditorem, aut heredem, emptori, vel legatario præstare authenticum instrumentum originis & auctoritatis. Item si quis legauerit fundum, heres non cogitur tradere legatario instrumentum auctoritatis, vel emptionis fundi. Exhibere tamen debet & ostendere desideranti, & describendi potestatem facere, *l. instrumenta, C. de fideicommiss. l. Titius heres, de action. emp.* Tradere non debet, id est, non cogitur, authenticum, nec debetur legatario, nisi aliud suadeat voluntas defuncti, vt in specie leg. *quæsitum §. Papinianus, de inst. & inst. leg. l. si mihi Mæuia, de legat. 3.* Species est: vir legauit vxori generaliter omnia quæ in domo erant. in ea domo inueniuntur emptiones seruorum, id est, instrumenta emptionum: quæritur an legato contineatur quo vxori sunt relicta omnia quę sunt in domo: distinguendum esse ait: aut alia parte testamenti illi serui legati sunt, aut non: si non sunt legati, non videntur illis verbis generalibus legatæ emptiones seruorum, qui legati non sunt. Sed si serui legati sunt, his verbis generalibus dicendum est etiam emptiones seruorum legatas videri, quæ inuentæ sunt in domo: sed hoc generali legato non adscripto, vxori non debentur emptiones seruorum, licet legati sint serui. Itaque legato seruo non debetur instrumentum auctoritatis, siue acquisitionis serui, nisi id suadeat voluntas defuncti. Satis est exemplum ei edi, & caueri de exhibendo authentico, cum vsus exegerit. Ait, *tabulas testamenti descriptas*] id est, quarum exemplum editum sit emptori. Heres enim exemplum debet dare emptori, tabulas retinere. In l. 5. de cautionibus quæritur, an veniant in diuisionem. dixi de tabulis testamenti, nunc de cautionibus an veniant in diuisionem, quod superfluo videtur quæri: nam dictum est supra, nomina non venire: nomina autem sunt cautiones, *l. vlt. C. de pact. conuent.* Nomina cum dixi supra non venire, non cautiones, chirographa, & instrumenta dixi: sed actiones & obligationes. Nunc quærimus de cautionibus & instrumentis, id est, de corporibus instrumentorum: & placet hæc instrumenta hereditaria non venire in diuisionem, vel licitationem, vt qui pretio vicerit, ea habeat, sed exemplo tabularum testamenti officio iudicis remanere instrumenta hereditaria debent apud eum, qui maiori ex parte heres est, *l. 5. & 6. h. tit.* Cæterum ait *l. cæteris descriptum & recognitum faciant*, id est, cæteri coheredes exemplum sumant cautionum & instrumentorum, idque conferant cum authentico & recognoscant. sic Caius loquitur in *l. 7. inf. quemad. test. aper.* quæ est ex eodem libro: ergo scriptus heres maiori ex parte retinebit cautiones authenticas, cæteri eas describent & recognoscent, si velint: imo vero heres maiori ex parte scriptus apud quem cautiones remanere debent, non satis est si copiam describendi faciat, sed cauere debet cæteris coheredibus de exhibendo authentico, cum res exegerit: sicut etiam legatario fundi heres cauet de exhibendo instrumēto auctoritatis autenticho, *l. instrumenta, C. de fideicommiss.* quod si omnes heredes sunt scripti ex æqualibus partibus, tum conuenire inter se debent, apud quem ex heredibus cautiones hereditariæ debeant remanere. Si conuenire non possint, sors ducenda est, quemadmodum & in aliis casibus comprobatur in *l. sed cum ambo, sup. de iudic. §. obtinere, Inst. de leg. l. 2. C. quando & à quibus quarta pars deb. lib. x. Nou. 162.* Si nolint sortiri, tum ait hæc l. 5. ex consensu vel suffragio eligere debent extraneum amicum, apud quem deponantur cautiones hereditariæ ex consensu omnium scilicet & suffragio, id est, consensu maioris partis, Græci vertunt, ψήφῳ. Accursius male, suffragio, id est, consensu in scriptis. hæc delenda sunt, vel etiam ad extremum cautiones debent deponere in æde sacra apud ædituum, qui tenebitur de eis exhibendis cum res postulabit, sicut tenetur edicto de tabulis exhibendis, si apud eum depositæ fuerint, *l. 3. § tabulæ, de tabul. exhib. inf.* verba legis 5. hæc sunt: *cæteris descriptum & recognitum faciant, qu'ils en prennent la copie,* in l. 6. *nam ad licitationem rem deducere, &c.* quod dictum est de cautionibus, existimandum est pertinere ad rationes expensi & accepti, quæ sibi confecit defunctus more diligentium patrumfam. Hæ non veniunt in diuisionem, aut licitationem: sed sicut dictum est de cautionibus hereditariis, & tabulis testamentariis, deponentur. Verum inter cautiones hereditarias, & rationes defuncti, meo iudicio hæc est differentia, quod si defunctus vni ex heredibus pure legauerit cautiones, videtur cautiones prælegasse, non minus quam si nomina prælegasset, *l. 4. in princ. sup. hoc tit.* sicut & si extraneo cautiones, vel chirographa, vel nomina legasset, videretur iura & actiones legasse, *l. seruum §. eum qui, inf. de leg. 1. l. qui chirographum, inf. de leg. 3.* Sed si testator vni ex heredibus rationes prælegauit, sola instrumenta, id est, corpora instrumentorum videretur prælegasse, vt apud eum remaneant? quia rationum priuatarum defuncti nulla est actio, *l. rationes, C. de probat.* Ergo rationibus legatis non viderentur actiones legatæ, quæ nullæ sunt, sola corpora instrumentorum videntur legata, vt scilicet de eis deponendis non contendatur apud heredes, vt sciatur apud quem remanere debeant: rationibus legatis actiones non videntur legatæ quæ nullæ sunt, nisi scilicet testator sit argentarius, cuius rationes publica fide nitantur. Et vero argentarius cum legat rationes suas, legare etiam actiones

videtur, *l. quædam §. ius autem, ſup. de edendo* cum alius teſtator legat rationes ſuas extraneo, inutile eſt legatum. extraneo, id eſt, non heredi ſuo, quia ex eis rationibus nulla eſt actio, nulla fides, & extranei nihil intereſt habere corpora inſtrumentorum. cum tamen rationes prælegat vni ex heredibus, vtile eſt legatum, quia intereſt heredis habere inſtrumenta hereditaria, & ſæpe contenditur ea de re inter heredes, quod iudicium defuncti decidit, & huius diſcriminis indicium eſt in *l. 8. h. tit.* dum caute in ea l. non ponit cautiones vni ex heredibus prælegatas, ſed rationes accepti & expenſi. cautionibus prælegatis viderentur actiones prælegatæ, id eſt, rationibus prælegatis inſtrumenta ſola videntur prælegata: & hoc caſu non alias heredi legatario tradendæ ſunt rationes, quam coheredes deſcriptum fecerint & recognouerint. Imo vero, non alias ei tradendæ ſunt rationes, quam cauerit ſe authenticas exhibiturum, cum vſus exegerit, de quo poſtea dicetur: ſed prius id exigitur, vt cæteri rationum deſcriptum faciant, quod confirmat argumento actoris: argumentatur à ratiocinatore ad rationes in l. 8. hoc modo: teſtator actorem ſuum prælegauit vni ex heredibus, id eſt, ratiocinatorem & dipenſatorem pecuniæ defuncti. Dicit Vlpianus non alias ei tradi debere, quam is actor ſeruus rationes reddiderit actus ſui omnibus coheredibus: ergo & rationibus ipſis prælegatis, non alias tradendæ ſunt quam deſcriptæ & recognitæ fuerint. at, vt dixi, præter deſcriptum rationibus prælegatis, & præter rationum redditionem actore prælegato coheredibus præſtabitur cautio de exhibendo authentico, ſi vſus exegerit, vel de exhibendo ſeruo actore, quia plerunque intereſt coheredum exhibere ſeruum actorem, vel rationes authenticas, non quod fidem faciant, ſed quod inſtruant, *l. 8. plerumque*, inquit, *authenticæ rationes neceſſariæ ſunt actori ad inſtruenda ea*, *&c.* Iamdiu 3. Obſeruationum cap. 33. docui, non eſſe legendum, *actori*: ſed, vel, *actor*, ſiue, *& actor.* male legitur, *actori*: nam & reo ſunt neceſſariæ, & legendum ita eſſe, quæ ſequuntur demonſtrant, *ad inſtruenda ea quæ, &c.* intelligit notitiam ſerui actoris, ſicut in *l. cum ſeruus, inf. de condit. & demonſtr.* vbi ait ſeruo manumiſſo ſub hac conditione, *ſi rationes reddiderit*, his verbis id ineſſe, heredes inſtrui notitia rationum, qua forma etiam dicitur in *l. dominus, inf loc.* ſeruum habere notitiam ædificiorum, *cognoiſtre les eſtres de la maiſon*. Idem comprobat lib. 42. βασιλικῶν tit. 3. vbi ita eſt, προκομίζει τοὺς λογισμοὺς, καὶ τὴν διοίκησιν πρὸς φανέρωσιν τῶν παρ᾽ αὐτῶν διοικηθέντων.

Ad L. VII. Si heres.

Si heres vnus, cum ſub conditione adiectum coheredem, aut apud hoſtes adiectum (eo) haberet, dixerit ſe heredem eſſe; & actione expertus vicerit, deinde conditio heredis extiterit, vel poſtliminio redierit: an victoriæ commodum debeat cum eo communicari? nam indubitate iudicati actio ei in ſolidum competit: & electionem coheredi dandam, id eſt, aut communicandam eam, aut experiundi faciendam poteſtatem huic, qui poſt victoriam coheredis effectus ſit heres, aut reuerſus ſit in ciuitatem. Idemque obſeruandum, ſi poſtea natus ſit poſtumus: non enim his perſonis ſilentium imputari poteſt, cum ad hereditatem poſt victoriam coheredis peruenerint.

Species eſt: duo heredes ſumus, ego & poſtumus, vel ego & Titius, qui eſt captus ab hoſtibus, nec dum rediit, vel ego pure, Titius ſub conditione, non erit heres poſtumus antequam naſcatur, non erit heres Titius antequam poſtliminio redeat, vel conditio inſtitutionis exiſtat. interim ego hereditatem peto à poſſeſſore, quaſi ſolus heres ex aſſe, ac videor etiam interim ſolus heres eſſe, adiectus coheres non videtur heres, & vinco: poſtea coheres mihi adiectus naſcitur, vel redit in ciuitatem, vel conditio eius exiſtit. Et ita poſt victoriam meam heres efficior: ego ſolus habeo actionem iudicati, quia ſolus meo nomine egi & vici, & ſecundum me data eſt lis. Quæritur an cohere-

A di poſtea effecto debeam communicare victoriæ commodum, quod indubitate meum proprium eſt: nam indubitate ego ſolus habeo actionem iudicati. Lex ait, me vel debere communicare eam, vel experiundi poteſtatem facere, me debere communicare eam actionem, iudicati ſcilicet. Communicabitur officio iudicis, familiæ erciſcundæ ſcilicet: nam curabit iudex vt ego coheredi actionem iudicati cedam pro parte ſua, vel ſi negauero eum eſſe coheredem, & noluero actionem cedere & venire eum in partem victoriæ, tum debeo mecum agendi petitione hereditatis poteſtatem facere. Hoc ergo l. ait, me coheredi, qui poſt victoriam meam ad hereditatem peruenit teneri, vel iudicio familiæ erciſcundæ, quo veniat in partem victoriæ, vel petitione hereditatis, vt in ſpecie *legis inter §. inter coheredes, hic.* Species eſt: aut plures coheredes vno abſente &

B ignorante cæteri vendunt rem hereditariam quaſi propriam, & ſic dolo malo faciunt, vt plus ex hereditate habeant, l. ait eos id præſtare abſenti, vel actione familiæ erciſcundæ, vel petitione hereditatis. an dico ex eo loco actiones concurrere? minime: Hæ duæ actiones non poſſunt concurrere, *l. 1. hoc tit.* ſed vnaquæque locum habet in ſuo proprio caſu, vt ſi abſens non negetur eſſe coheres, aget familiæ erciſcundæ. Si negetur eſſe coheres, aget petitione hereditatis: & ſic etiam in ſpecie propoſita is qui egit ſolus & vicit, heredi poſtea effecto tenetur, vel familiæ erciſcundæ, vel petitione hereditatis, & ait lex, electionem coheredi dari, id eſt, ei qui vicit, vt Accurſius recte: quia in eius arbitrio eſt, vt eum qui rediit ab hoſtibus, vel cuius conditio extitit, eum fateatur, vel neget, coheredem

C eſſe: ſi fateatur, communicabit victoriam ſeu actionem iudicati iudicio familiæ erciſcundæ: ſi neget, ſecum petitione hereditatis experiundi poteſtatem faciet, quia controuerſiam hereditatis facit: quam tamen electionem ei dari Accurſius male colligit ex generali regula *l. plerunque, inf. de iur. dot.* quæ ait, in alternatiuis obligationibus electionem eſſe debitoris: vt ſi promiſi illud, aut illud, eligam vtrum præſtare voluero. Sed diuerſæ ſunt ſpecies; nam in ſpecie huius legis, vna res eſt, & duæ ſunt actiones, quas actor format ſecundum rei orationem. Nam ſi reus neget actorem coheredem eſſe, agetur cum eo petitione hereditatis: ſi non neget, agetur cum eo familiæ erciſcundæ. Ibi autem in *d. l. plerunque* duæ ſunt res ſub diſtinctione debitæ, vna actio, & reus eliget vtram rem malit ſoluere. Ita-

D que diuerſæ ſunt ſpecies, quod & hoc loco Fulgoſius animaduertit, qui tamen male contra Accurſium putat electionem dari abſenti, id eſt, ei qui poſt victoriam alterius heres extitit: cum verba palàm dent electionem victori. Eligit quidem actor, qua vtatur actione, ſed ſecundum rei orationem quam illi reus facit, dari putat. Ergo in ſumma l. ait, ei qui poſt victoriam coheredis rediit ab hoſtibus, vel in lucem editus eſt, vel qui conditionis euentu heres effectus eſt, ei vel communicandam eſſe actionem iudicati actione familiæ erciſcundæ, vel petitione hereditatis aduerſus eum, qui vicit, agere permittendum: & ſubiicit, ei non poſſe imputari ſilentium, quod coheres eo ſciente & ſilente egerit in ſolidum, cum non potuerit prohibere, quia nondum redierat poſtliminio, vel nondum natus erat, vel nondum conditio extiterat: merito igitur ſcientia & ſi-

E lentium ei non imputatur, quia agentem in ſolidum non potuit prohibere. Eſt igitur hic ἀντιδιαστολὴ, id eſt, contrarius ſenſus, quo hoc efficitur: vt ſi cum is iam heres effectus eſſet & poſſet prohibere me agentem in ſolidum, ego egerim ſolus in ſolidum petitione hereditatis in poſſeſſorem, & ſi tacuerit, hoc caſu ſibi præiudicabit, quia non prohibuit me agentem in ſolidum, cum prohibere potuerit: quam tamen ἀντιδιαστολὴν Accurſius non admittit, male citata *l. ſæpe, inf. de re iudic.* qua commoueri non debemus: nam in ea l. ponitur vnum ex duobus heredibus egiſſe pro ſua parte, tamen ſciente altero. hæc ſcientia alteri non nocet, ſi poſtea velit experiri de ſua parte, de ſuo iure. Hic autem ponimus vnum pro ſua parte egiſſe in ſolidum ſciente altero. hæc ſcientia eum qui egit in ſolidum, liberat neceſſ-

tate communicandæ actionis, iudicati videlicet, si alterum heres esse sciuerit, coheredem agere in solidum cum possessore petitione hereditatis, & tacuerit. At ei qui nondum heres effectus erat, hæc taciturnitas imputari non potest. Præter legem hic quæritur, an in specie proposita interim ego iure egerim in solidum petitione hereditatis cum possessore: nam posui me interim in solidum egisse petitione hereditatis, dum pendebat institutio coheredis. Et ita posui speciem propter hæc verba, *si dixerit se heredem esse*, quæ est formula petitionis hereditatis, *l. licet, de petit. hered.* l. 1. §. *si ego, si pars hered. pet.* Accursius non sic: nam ponit me interim egisse in solidum cum debitore hereditario: egisse porro vel ex stipulatu, aut creditæ pecuniæ, vel petitione hereditatis: nam & debitor hereditarius tenetur petitione hereditatis, quia est iuris possessor, *l. etiam* §. *vlt. sup. de pet. hered.* & sane nihil refert vtro modo ponamus: nam semper quæritur, an coheredi postea effecto sit communicanda victoria actione iudicati. Verum de eo videamus an iure potuerim interim agere petitione hereditatis in solidum. Recte Accursius ait me non iure egisse, quod verum est: quia scilicet postumi coheredes, & captiui, & sub conditione adiecti partem faciunt, id est, numerantur in partibus faciendis, licet nondum heredes effecti sint. Interim ergo non potuit plus parte mea petere, pars altera in suspenso manere debuit, quod multi loci comprobant, *l. 2. & 3. sup. si pars hered. pet.* Opponit huic sententiæ Accursius *l. sub conditione* §. *vlt. inf. de assignand. libert.* libertus vni pure, alteri sub conditione assignatus est. pendente conditione solus is habebit ius patroni, cui libertus est assignatus pure: cur ergo duobus heredibus scriptis vno pure, altero sub conditione, interim is qui pure scriptus est totam hereditatem non vindicabit? cur interim sibi non adseret totam hereditatem? opponi etiam potest *l. 7. §. vlt. sup. de vsufr. adcresc.* Vni vsusfructus legatus est pure, alteri sub conditione: interim is cui legatus pure, toto vsufructu potietur. Respondeo: separandam esse hereditatis causam à legatorum & assignationum causa: imo & à fideicommissorum causa, id est, fideicommissariam hereditatem: primo enim heredes ab initio habent partes, non habent partes concursu, id est, tunc demum cum concurrunt: alioqui ante concursum pure heres scriptus totum haberet, sed ab initio habent partes vt si vnus heres est scriptus pure ex parte, alter sub conditione. interim ergo scriptus pure, non plus petet sua parte, quia scriptus pure ex vna parte: Legatorum & assignatorum alia est causa: vt si vni res legetur pure, & alteri sub conditione eadem res: vel si vni libertus pure, alteri idem libertus sub conditione: concursu partes facient, ab initio videntur habere solidum. itaque ante concursum solidum ius patroni sibi adrogabit solidamve rem vindicabit is cui pure relictus est libertus, concurrente altero, fient partes, non ante. Opponi posset *l. 1. §. sed & quoties, inf. ad Trebell.* heres scriptus rogatus est restituere hereditatem, vni pure, alteri sub conditione. interim restituit totum ei cui pure relicta est hereditas, etsi duo sunt heredes fideicomissarij. Verum hoc est effectum nominatim in ea specie Senatusc. Pegasiano. species latior est: heres scriptus rogatus est hereditatem restituere vni pure, alteri sub conditione. suspectam dicit hereditatem, & damnosam non vult adire. à prætore cogetur adire periculo fideicommissariorum. an poterit ab eo cui est relicta heredibus pure per fideicommissum antequam extiterit conditio alterius? Sic sane: dummodo is qui cogit eum adire vniuersam hereditatem recipiat transfusis in eum omnibus oneribus: alioqui in damno versabitur heres qui coactus est adire, si partem tantum restituat: nam interim subiicietur oneribus pro altera parte. ergo ne damno afficiatur heres, ei cui relicta est hereditas pure, vt Senatusconsulto Pegasiano cauetur, non cogetur hereditatem restituere, nisi vniuersam velit accipere: & deinde existente conditione, alteri fideicommissario quid fiet? tum ab eo qui vniuersam accepit, accipiet partem sub conditione institutionis, & transibunt actiones, perinde atque si heres A ipse restituisset. Itaque transeunt actiones ex Trebelliano non tantum cum heres restitutionem facit, sed etiam cum alius vice heredis, vt puta fideicommissarius, cui interim est restituta hereditas, pendente conditione alterius fideicommissarij. Ait *& actione expertus,*] & sic non iure egit in solidum, cum ex parte heres tantum esset institutus. deinde citat Accursius *l. 1. §. 1. de bonor. possess.* hæc delenda sunt: nam nihil faciunt. *Actio iudicati ei qui agit in solidum competit*] sed restat an debeat communicare heredi postea facto, aut experiundi potestatem postea facere. hæc explicat male & totum delendum. Victor vel patitur actionem familiæ ercisc. vel petitionem hereditatis.

B

Ad §. penult. leg. 8.

1. §. Pomponius ait, columbas, quæ emitti solent de columbario, venire in familiæ erciscundæ iudicium: cum nostræ sint tamdiu, quamdiu consuetudinem habeant ad nos reuertendi; quare si quis eas adprehendisset, furti nobis competit actio. Idem & in apibus dicitur: quia in patrimonio nostro computantur.

IN hac l. 8. §. pen. respondetur ex Pomponio, in hanc actionem venire apes vel columbas, quæ ex aluear io aut columbario auolare aut reuolare solent, vt constat ex *Instit. de rer. diuis.* & generaliter hoc constituendum est, ea animalia quæ solent redire ad locum, in dominio nostro esse, etiamsi conspectum effugerint, & furti teneri eum, C qui eas apprehenderit lucrandi animo, nec ante nostræ esse desinunt, quam à reuertendi consuetudine desciuerint: quamdiu enim consuetudinem tenent, nostræ sunt, & ideo in diuisionem veniunt. Id ex Pomponio refertur, qui & de pauonibus idem scripsit in *l. si pauonem, inf. de furt.* Idem scripsit de pecoribus ereptis à lupo, vel alia fera bestia, quæ alius feræ bestiæ eripuit. hæc etiam pecora nostra manent, nec fiunt eius qui ea eripuit, qui ea ore bestiæ liberauit, & huic parti legis coniungenda est lex *Pomponius, de acquir. rer. dom.* ex qua intelligitur rem non caruisse dubitatione: & ideo hoc loco ait, *magis est, vt non desinat nostrum esse, quod a lupo eripitur,* quia dubitabatur si fera euaserit, id est, si feræ quis eripuerit.

D

Ad l. IX. Veniunt.

Veniunt in hoc iudicium res, quas heredes vsuceperunt, cum defuncto traditæ essent. hæ quoque res, quæ heredibus traditæ sunt, cum defunctus emisset.

IN l. 9. ait, in hanc actionem venire res à non domino traditas defuncto bona fide accipienti, & vsucaptas ab heredibus post mortem eius cui traditæ sunt. vsucepisse dicitur non qui cœpit vsucapere, sed qui vsucapionem impleuit. Igitur heredes cum rem acquisierunt vsucapione, non acquisiuerat defunctus. & eodem modo veniunt res emptæ à defuncto traditæ heredibus. emptio defunctum dominum non facit, traditio rei heredes dominos facit. E Igitur hæ res non fuerunt in bonis defuncti, veniunt tamen in actionem familiæ ercicundæ, quia initium & origo ei est à defuncto, cur tamen non veniunt in petitionem hereditatis, nam constat non venire, *l. & non tantum §. si pro emptore, de pet. hered.* defunctus cœpit rem possidere bona fide, & vsucapere, & heres impleuit vsucapionem, an veniet ea res in petitionem hereditatis, si forte alius postea eius rei possessionem nanciscatur, an petitione hereditatis cum eo agi poterit? minime: cur ita? hæ res non veniunt in petitionem hereditatis, quarum vsucapionem cœptam à defuncto heres compleuit, quia heres potest eas vindicare proprio nomine quasi suas, & vindicanti non nocet exceptio præiudicialis, quod præiudicium petitioni hereditatis non fiat, cum de ea re non possit vti pe-

titione hereditatis, quia ea res non est hereditaria, nec ex re hereditaria, nec ex bonis hereditariis. Hereditatis sunt quæ defuncti fuerunt, vel quæ hereditati iacenti acquisita fuerint, ex re hereditaria sunt veluti fructus & partus. Ex bonis hereditariis sunt, quorum periculum ad heredes pertinet, vt res pigneratæ defuncto vel depositæ, vel commodatæ, & hæ omnes res veniunt in petitionem hereditatis. Res quæ heredi proprio iure quæsitæ sunt, vt quas vsucepit, licet inchoata fuerit vsucapio à defuncto quarum suo nomine heres vindicationem habet, hæ non veniunt in petitionem hereditatis, sed est actio in rem quam heres intendit suo nomine, quia vsucepit vsus accessione temporis, quo eam rem defunctus possederat. Erit tamen mihi de ea re actio familiæ erciscundæ, sicut & de cæteris rebus cum coherede meo. non erit aduersus possessorem petitio hereditatis, sed erit vindicatio proprio nomine: cum coherede tamen erit familiæ erciscundæ, quia licet hereditate dominium eius rei mihi non obuenerit, sed vsucapione mea, vel traditione mihi facta: tamen origo & causa vsucapionis siue emptionis est à defuncto: & ideo non male in hoc iudicium deducitur. erit etiam hac de re actio communi diuidundo.

Ad L. X. Item prædia.

Item prædia, quæ nostri patrimonij sunt: sed & vectigalia, vel superficiaria: nec minus hæ quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet.

IN *l. 10.* ostenditur, in hanc actionem venire prædia vectigalia, id est, emphyteutica & superficiaria. Hæc prædia veniunt in actionem communi diuidundo, *l. 7. & seq.* licet non sint proprie in patrimonio nostro: alius enim est eorum prædiorum dominus. est autem hæc differentia inter hæc prædia, quia superficiarius ius tantum habet in superficie, emphyteuticarius in vniuerso prædio, ex quo efficitur vt superficiarius in superficie tantum seruitutem imponere possit, emphyteuticarius etiam in solo. superficiarius hoc ius habet ratione ædificij in alieno solo positi suis sumptibus. emphyteuticarius hoc ius habet ratione culturæ, & meliorationum: hic pensitat vectigal: ille salarium. vtriusque pensitatio eandem appellationem habet: hic habet ius emphyteuticum: superficiarius ius ἐμβατευτικόν, siue, vt Basilica habent, ἐμβατικόν, vt in *l. 3. de reb. eor. qui sub tut. si ius ἐμφυτευτικόν, vel ἐμβατευτικόν*, id est, si prædium vectigale, vel superficiarium pupillus habuerit: ἐμβατεύειν est sedes ponere in alieno solo: illud etiam adiicitur in l. 10. in hoc iudicium venire res alienas, quas defunctus bona fide possedit, & quarum vsucapionem heredes nondum impleuerunt. veniunt in hoc iudicium, & actionem communi diuidundo, *l. 7. §. qui in rem, tit. seq.* veniunt in petitionem hereditatis, *l. & non tantum, sup. de pet. hered.* vsucaptæ ab heredibus non veniunt in petitionem hereditatis, nondum vsucaptæ veniunt. de vsucaptis heredes habent vindicationem proprio nomine, quia eam rem suam & propriam vsu fecerunt, nec hereditate peruenit, sed lege, id est, ipsi vsucapione rem suam fecerunt: de nondum vsucaptis heredes etiam habent Publicianam in rem actionem, sed hereditario nomine, non suo: & ideo eas deducunt in petitionem hereditatis. Et generaliter, qui habent Publicianam vel directam, vel vtilem vindicationem quæ de fundo emphyteutico, vel superficiario proponitur. Imo & qui habent hypothecariam, id est, vindicationem pignoris aduersus alium possessorem, inter se de his rebus simul ac de cæteris rebus hereditariis iudicium familiæ erciscundæ exercere possunt. Quin etiam qui has actiones habent aduersus possessorem, aduersus eundem habent petitionem hereditatis, videlicet si eas habent ex persona defuncti: nam ex sua persona, quod eis primum, puta res tradita sit, vel ab eis completa vsucapio, *d. l. & non tantum §. quod si pro emptore.*

Ad LL. XI. & XII.

L. 11. Partum quoque editum & post aditam hereditatem.

L. 12. Et post litem contestatam Sabinus scribit in familiæ erciscundæ iudicium venire, & adiudicari posse.

1. §. Idem erit, & si seruis hereditariis ab extraneo aliquid datum sit.

2. §. Res, quæ sub conditione legata est, interim heredum est: & ideo venit in familiæ erciscundæ iudicium, & adiudicari potest, cum sua scilicet causa: vt existente conditione, eximatur ab eo, cui adiudicata est: aut, deficiente conditione, ad eos reuertatur, à quibus relicta est. Idem & in statulibero dicitur: qui interim est heredum: existente autem conditione ad libertatem perueniat.

ADiicitur in l. 11. in hanc actionem familiæ erciscundæ venire partum editum & post aditam hereditatem; hic tamen partus nunquam fuit in bonis defuncti, imo nec in hereditate, quæ dum iacet, loco dominæ habetur, quia non fuit editus iacente hereditate, sed post aditionem; venit tamen in hanc actionem, quia est ex re hereditaria, id est, ex ancilla. quod est ex re hereditaria, hereditarium est. qua de causa etiam venit in petitionem hereditatis, *l. item veniunt §. item non solum, sup. de pet. heredit.* de partu edito ante aditam hereditatem non est dubium: de fructibus editis quocunque tempore perceptis non est dubium, quin fructus rem sequantur. partus non est in fructu, *§. partus, de rer. diuis. l. iustissime, de adil. edic.* sed placet partum ventrem sequi, *l. ancillarum, sup. de pet. hered.* id etiam adiicitur in l. 12. partum etiam editum post litem contestatam venire in actionem familiæ erciscundę, & in actionem communi diuidundo, *l. 6. §. si quid, tit. seq.* & ita hæ actiones accessionem & augmentum recipiunt, non tantū ante litem contestatam, sed etiam post, & videtur in iudicium deductū fuisse quod editum est post litem contestatā: nam hoc generaliter proditum est iudici, statim atque factus est, omnium rerum officium incumbere quæ in iudicium versantur, id est, quæ post iudicium acceptum & litem contestatam contingunt, hæc omnia debent esse curæ iudici, *l. ædiles §. item sciendum, & l. quod si nolit §. culpam, de ædil. edic.* nouæ lites & exortæ controuersiæ ad eum non pertinent, vt si iudex aditus fuerit à duobus de tutela, nata inter eos controuersia de negotiis gestis, postea, de negotiis gestis non cognoscit, sed de tutela tantum, quia eius rei tantum cognitio data est à magistratu: & sic etiam si iudex aditus sit de opere quodam vicini, id est, de nouo opere quo alteri vicino aqua pluuia nocebat, & post litem contestatam actione aquæ pluuiæ arcendæ, si fiat nouum opus quo aqua pluuia æque vicino noceat, opus est noua actione: nouæ res nouum iudicium requirunt, *l. non potest, sup. de iudic. l. Atteius, in fine, de aqua & aqua plu. arc.* in vna tantum iudici incumbit omnium rerum officium quæ ad eam rem pertinent, licet contingant post litem contestatam: & de his iudiciis merito curat iudex partus diuidi editos post litem contestatam, quod & hi videntur esse eiusdem iudicij. additur venire in hanc actionem id quod seruis hereditariis ante aditam hereditatem, scilicet ab extraneo, datum est; nec mirum, cum id quod eis datum est, acquisierit hereditati, quæ interim erat loco dominæ, siue vice defuncti. imo addit, ab extraneo, vt augeat dubitationem: quamuis enim id sit ex bonis extranei, non ex re hereditaria, tamen in hoc iudicium venit. eodemque modo placet id venire in petitionem hereditatis quod serui hereditarij acquisierint, quamuis possessori vnde petitur hereditas, acquisitum fuerit ipso iure, quod respondet *l. per seruum, & l. seq. de pet. her.* vulgo ea lex non intelligitur. ait, *per seruū res acquisitæ heredi restituendæ sunt.* vulgo male sicilicus, id est, virgula ponitur ante verbum *heredi.* dic-

dico virgulam ponendam post verbum, *heredi*, hoc modo, *per seruum acquisita res heredi, restituendæ sunt*, heredi scripto scilicet, à quo alius quidam petit hereditatē, vel actione inofficiosi, vel possessoria hereditatis petitione. virgula parit sæpe ambiguitatem. & est alius locus singularis in *l. sæpe, inf. de re iudic.* vbi quæritur, an res inter alios iudicata aliis noceat. ait rem iudicatam quibusdam etiam scientibus non obesse: nam desideratur negatio: Deinde ait, *quibusdam etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet.* post illud, *sit*, solent interpungere. male: quibusdam etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil obest: & ita est interpungenda hæc lectio. Species autem *d. l. per seruum*, hæc est: libertus testamento facto, patronum præteriit, quem non debuit præterire, aut non potuit, Titium extraneum heredem scripsit. patrono competit bonorum possessio contra tabulas, qua rescindit testamentum liberti, & ex ea causa possessoria hereditatis petitio, sed antequam patronus petat hereditatem, ex ea causa seruus hereditarius aliquid acquirit. is certe acquirit Titio heredi scripto, quia interim est dominus: sed agente postea patrono possessoria hereditatis petitione, & seruus ipse, & res per seruum acquisita veniet in hereditatis petitionem: scilicet si seruus aliunde acquisierit, quam ex re heredis scripti: nam quod seruus acquisiuit ex rē heredis scripti, qui possidebat eum bona fide & iusta ex causa, id restituendum non est, *l. si vxor filio, inf. de donat. inter vir. & vxor.* quod seruus acquirit ex re bonæ fidei possessoris id restituendum non est vero domino. idem etiam procedit in hac specie. pater filium exheredauit immerito, extraneum heredem scripsit: filio competit petitio hereditatis de inofficioso. Sed antequam ea experiatur, seruus hereditarius ex ea hereditate aliquid acquirit, id adquirit heredi scripto, quia interim est dominus, id est, ante motam & peractam querelam: sed postea agēte filio querela inofficiosi, id ita ei restituitur, nisi acquisitū sit ex re heredis scripti: nam id cedit lucro bonæ fidei possessoris. & hæc est sententia legis, dum ait, per seruum acquisitæ res heredi, scripto scilicet, restituendę sunt, quod procedit in hereditate liberti. deinde ait, cū interim essent in bonis heredis, scripti scilicet, sed restituendæ sunt, vt subijcit lex sequens, nisi ex re heredis scripti adquisitæ sint: nam hæc semper lucratur heres scriptus. Postremo loco adiiciendum est, in hanc actionem venire rem legatam sub conditione, & adiudicari posse eam rem interim, quia interim est heres: ergo interim venit in hoc iudicium. Sic igitur dicamus: res legata sub conditione interim in hoc iudicium deducitur: Ideo autem subducitur, existente cōditione, quia pertinere incipit ad legatarium, atque ita alienatur pendente iudicio vel finito iudicio familiæ erciscundæ: nam si extet conditio legati, pendente, vel finito iudicio familiæ erciscundæ, res quæ erat in iudicium deducta iudicio subducitur. quod & accidit si extraneus aliquis cœperit rem hereditariam possidere, quam neuter heredum possidebat. hæc res in iudicium deducitur; quia adhuc est heredum, licet neuter possideat: quia nondum est vsucapta: in hoc iudicium venire non tantum ea quæ possident heredes, sed quæ non possident. Igitur quæ extraneus possidet bona fide, & cœpit vsucapere, in hoc iudicium deducuntur, sed pendente iudicio familiæ erciscundę, impleta vsucapione ab extraneo, iudicio hę res subducuntur. quod videtur esse contra definitionem iuris, qua cauetur, heredes posse alienare partem suam ante litem contestatam familiæ ercisc. dummodo alienent sine fraude, *l. portionem, C. de donat.* At post litem contestatam nihil possunt iudicio subducere, id est non possunt partem suam alienare, *l. 1. in fi. comm. diuid.* Fateor ipsos sua, sed neque socii, post litem contestatam communi diuid. voluntate nihil posse iudicio subducere, postquam inchoatum est iudicium: necessitas tamen & ius ipsum res ipsas subducit, vt cum existit conditio legati, vel libertatis, vel cum impletur vsucapio ab extraneo. Ergo inhibetur tantum alienatio voluntaria, non necessaria, quia originem antiquiorem iudicio habet, & sic l. Iulia de fundo dotali inhibetur fundi dotalis alienatio

A voluntaria non necessaria: Nam etsi fundus qui cœperat vsucapi constituatur dotalis, vsucapio procedit, quę est sententia *l. 12. & duarum sequent. inf. eod.* In *l. 12.* res quæ sub conditione legata est, adiudicari potest, cum sua causa scilicet, adiudicata est, vel vt subducatur iudicio, si nondū res sit adiudicata, vel vt remaneat apud eum, cui est adiudicata. Ergo tum res alienatur pendente iudicio contra regulā.

Ad L. XIIII.

Sed & si vsucapio fuerit cœpta ab eo, qui heres non erat, ante litem contestatam, & postea impleta fuerit: rem de iudicio subducit. B *1. §. Vsusfructus an in iudicium deducatur, quæritur: vt puta, si deducto vsufructu fundus fuit ab heredibus legatus.*

SEquitur, an vsusfructus veniat in hoc iudicium. hac de re ita scriptum est in l. 14. h. t. id demonstratur duobus modis contingere, vt vsusfructus inter coheredes communis sit ex causa hereditaria. vno modo, si fundus ab heredibus extraneo legatus sit, deducto vsufructu, vt scilicet vsusfructus remaneat apud heredes. sic heredes habent communem vsumfructum ex causa hereditaria, proprietas est legatarii. Altero modo, si seruo hereditario legatus sit vsusfructus, quod legatum valere constat, si modo die legati cedente, id est, adita hereditate ab heredibus, à quibus seruo legatus est vsusfructus, adita etiam fuerit ea hereditas in qua erat seruus, *l. vsufructu, inf. de stip. seru.* quod ita de- C claro: finge Titium ab heredibus suis legasse vsumfructum seruo hereditario Caii. adiisse primum heredes Caii, deinde heredes Titii. vsusfructus legatus cedit ab aditione, cætera legata cedunt à morte: hic vero dies vsusfructus legati cedit vtiliter, sed iacente hereditate Caii, id est, si prius adierint heredes Titii, quam heredes Caii inutiliter cedit dies legati vsusfructus, quia vsusfructus non potest esse sine persona: seruus personam non habet, nec vsurpat personam domini, cum nondum habeat dominum, & nondum sit adita hereditas. Et quod dicitur hereditatem iacentem haberi loco domini, id nō procedit in vsufructu, quia vsusfructus est ius personale, & non exigit personam fictitiam, sed personam quæ vti & frui possit facto ipso, & opera sua, *l. hereditas, inf. de acquir. rer. dom.* hæc igitur duo hic pro- D ponuntur exempla, quibus vsusfructus inter coheredes est communis ex causa hereditaria: priore exemplo ex voluntate defuncti, posteriore acquisitione serui hereditarii. & necessario proposita sunt hęc exempla: nam transmissione hereditatis non potest vsusfructus inter coheredes esse cōmunis. cæteræ res transmittuntur in heredem, vsusfructus non transmittitur, quia personæ cohæret, & cum persona extinguitur & finitur morte fructuarii. Illis autem duobus casibus quibus demonstratum est vsumfructum esse communem ex causa hereditaria, quæritur an vsusfructus hic veniat in actionem familiæ erciscundæ. idem quęri potest de actione communi diuidundo: & constat venire posse, quia vsusfructus, licet ius sit, diuidi potest: nam constat ex fructibus qui naturaliter diuisionem recipiunt, *l. 1. §. si vsusfructus, ad l. Falcid. l. vsus, sup. de vsu & habitat.* E Contra, non videtur venire in actionem familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, quia adiudicari vni non potest: quid enim si non possit commode diuidi? non comprehendetur iudicio, quia nec adiudicari potest. Ea in hæc iudicia diuisionum veniunt, non quę diuidi solum, sed quæ adiudicari etiam possunt. vsusfructus vni adiudicari non potest quin mutetur persona: mutatione autem personæ extinguitur. ergo & adiudicatione. adiudicatio extingueret non constitueret vsumfructum: eodem modo vsusfructus alteri cedi non potest, quin intereat, *l. si vsusfructus, inf. de iure dot.* quia non potest à persona discedere sine interitu sui, adiudicatione & cessione discedit à personis: Ideoque receptum est, & venire vsumfructum posse, & locari & gratuito concedi, ex causa fideicommissi restitui

posse sine interitu sui : Nam ius hæret semper personæ, fructuarii, commodum pertinet ad emptorem, vel conductorem, vel fideicommissarium, vel eum cui fructuum perceptio gratuito permissa est, *l. si quis, de vsufr. leg. §. 1. de vsu & habitat. Instit.* his ergo modis vsusfructus non discedit à persona, adiudicari autem non potest, quin personæ innitatur: nam adiudicatio dominium plenum transfert: In his iudiciis non potest etiam cedi in iure, quin discedat à persona : nam & cessio in iure iuris abalienatio est, personæ mutatio est, ideo hæc fiunt inutiliter. Sic ergo vna ratione videtur vsusfructus venire, altera non venire in hęc iudicia. verius est tamen in hoc iudicium venire vsumfructum, & in iudicium communi diuidundo, non ipso iure, sed remediis, vt nomina. ac primum veniet vsusfructus in hæc iudicia remedio locationis : Nam officio iudicis vsusfructus totus locabitur vni ex sociis, vel extraneo, siue vt ait *l. 7. §. cum de vsufructu, tit. seq.* locabitur tertiæ personæ, quæ locatio vix aliter reperietur, vt scilicet hi qui communem vsumfructum habent, deinde à conductore sine vlla controuersia pensiones percipiunt, sine controuersia inquam, quia pensionum pecuniæ diuisio facilis & expedita est : vel etiam vsusfructus in hoc iudicium veniet remedio cautionum interpositarum officio iudicis : nam iudex vni adiudicabit totum vsumfructum, eumque vicissim certa pecunia alteri condemnabit, & curabit vt alter ei cui adiudicatus est totus vsusfructus, caueat per se vel alium non fieri quo minus toto fundo vtatur solus, & fruatur. Sic vnus habebit totum vsumfructum, alter pretium suæ partis. cautio tuebitur adiudicationem totius vsusfructus vni factam, quæ ipso iure fieri non poterat : aut etiam iudex vni adiudicabit vsumfructum ex certo tempore, puta post quinquennium, vel ad certum tempus, vel alternis annis singulis adiudicabit, vt vtantur mutua vice, interpositis scilicet cautionibus, quibus caueant inter se de tempore quo quisque vti frui debeat, *l. 7. cum de vsufructu, tit. seq.* & hoc est quod ait in *l.* 16. sic vsumfructum posse adiudicari ex die vel ad diem, vel alternis annis, interpositis scilicet cautionibus. his remediis vtimur cum vsusfructus non potest commode diuidi : vt si sit vsusfructus rei mobilis. sed sublata difficultate diuisionis, id est, si vsusfructus possit commode diuidi, diuidetur regionibus, vt hic regionis illius fructus capiat, ille regionis alterius, *d. § cum de vsufructu.* sed si non possit commode diuidi distinctis regionibus, vt si sit vsusfructus rei mobilis, vtendum est superioribus remediis, quod etiam comprobatur *l. si cuius §. sed si inter, sup. de vsufr.* huius legis species est : duobus est legatus vsusfructus, vel coniunctim hoc modo, Primo & Secundo illius fundi vsumfructum do lego, qui sunt re & verbis coniuncti. vel separatim hoc modo : Primo illius fundi vsumfructum do lego, Secundo eiusdem fundi vsumfructum do lego : & ita re sunt coniuncti, non verbis : inter eos est controuersia de modo vtendi fruendi, quid fiet? lex ait, æquum esse, vt prętor det vtilem actionem communi diuidundo, vsusfructus communis nomine. directa communi diuidundo datur dominis, id est, qui rerum sunt domini communiter : fructuarii non sunt domini, sed redditur etiam vtilis inter fructuarios, vel stipulatione scilicet interposita officio iudicis communi diuidundo, vel officio prætoris cauere debent qualiter vtantur fruantur, & sic diuidere vsumfructum. Et prætor, inquit, pati non debet, vt ad rixam veniant, siue vt controuersentur inter se de modo vtendi fruendi, quos potest compescere sua iurisdictione, data actione vtili, vel exactis cautionibus. ideoque refertur in ea *l.* ex Iuliano libro 35. Digestorum, sic legitur vulgo, Florentiæ male 38. recte vulgo 35. nam eo libro Iulianus tractauit de vsufructu, & ex eodem libro circa eam quæstionem proponitur eadem species in *l quoties, de vsufr.* quæ est ex eodem libro Iuliani . quæ tamen in hoc est dissimilis à specie §. *sed si inter.* Duo fructuarii sunt coniuncti, vel re & verbis, vel re tantum : in specie *legis quoties*, non sunt coniuncti, quia in ea specie testator legauit, vt vterentur alternis annis:& præterea in specie dicti §. *sed si in-*

A *ter*, prætor operam suam interponit in sedanda controuersia mota inter fructuarios : in specie legis *quoties*, prætor non interponit operam suam, sed inuicem sibi obstant species est : ita dixit testator: lego Primo, & Secundo vsumfructum illius fundi, *ita vt vtantur* alternis annis. quis vtetur prior? qui prior nominatus est ordine scripturæ. sed quid si ordo non appareat, vt si duo sint Titii, & ita legauerit Titiis vsumfructum alternis annis, & non conueniat, vter prior vtatur, inuicem se impedient : conueniant si velint, alioqui prætor se non interponet, sicut in *l. inuicem, de heredib. instit.* certum est eum qui non est soluendo, non posse nisi vnum seruum necessarium heredem facere ex l. Aelia Sentia in fraudem creditorum, & si fecerit plures, qui prior nominatus erit, hic solus erit heres, cæteri remouebuntur : sed quid si ordo non appareat, vt si B habuerit tres Apollonios, & Apollonios heredes, & liberos scripserit : quis heres erit? nullus : *inuicem sibi impedient*, inquit *d. l. quoties*, & nullo modo sunt coniuncti. in *d. §, sed si inter*, sunt coniuncti. in quo §. Celsus citatur vulgo *libro* 28. *Digestor.* rectius quam Florentiæ 20. *Digest.* nam xx. non tractauit de vsufructu : & huius quæstionis ex libro 18. extat vestigium in *l. duos, de vsuf. leg.* in qua Celsus hac in re docet differentiam inter legatum vsumfructum per vindicationem & legatum per damnationem, quæ differentia etiam intercedit in aliis rebus legatis. differentia vetus est : si duobus legetur vsusfructus hoc modo, *Primo vsumfructum lego*, *Secundo eundem vsumfructum lego.* sunt re coniuncti, & concursu habent partes, & inter eos est ius accrescendi : sed si per damna- C tionem ita legauerit duobus, *damnas esto Primum sinere vti frui illo fundo, damnas esto sinere Secundum vti frui illo fundo* : hi non sunt re coniuncti, & non habent partes, imo vnusquisque habet solidum, vni nempe primo debetur vsusfructus realis, alteri æstimatio. Et ideo inter eos non est ius accrescendi. si tamen heres in hac postrema specie per damnationem patiatur communiter vtrumque vti frui, non satisfacit voluntati defuncti : quia qua parte vnus fruitur, alter non fruitur : & ideo per æstimationem quod singulis deest, hoc nummis datis repleri debet, quia vtrumque solidum habere oportet. hodie hæc differentia sublata est *ex tit. de caduc. tollend.* nam si quibus ita legatum est per damnationem, sunt re coniuncti, & partes habent, non singuli solidum : nisi constet hanc fuisse vo- D luntatem defuncti, noluisse communicari vsumfructum, sed voluisse vt vnus habeat rem, alter æstimationem. Ex qua constitutione Iustiniani etiam Tribonianus inseruit aliquid *d.* legi *duos*, dum ait, *si testator vtrumque solidum habere voluit.* De vsufructu postremo ita additur in hac *l.* 16. si iudex familiæ erciscundæ vni adiudicauerit fundum hereditarium, alteri vsumfructum, vt non sit communis vsusfructus, potest iudex vni adiudicare fundum, alteri coheredi vsumfructum eiusdem fundi, *l. 6. §. officio, tit. seq. l. 6. de vsuf.* sed vsusfructus inter eos non erit communis : nam vnus habebit nudam proprietatem, is scilicet cui est adiudicatus fundus, alter habebit vsumfructum solus. cur est diuersum in legatis? nam si testator vni legauerit fundum, alteri vsumfructum, communicabitur vsusfr. quia fundi appellatione significatur plenum dominium. E Igitur hæc verba significant, vt is cui legatus est fundus, habeat etiam partem vsusfructus, *l. si tibi, de vsufr. earrer. quæ vsu consum. l. si alij, de vsufr. leg.* In qua ait, testatorem qui vult vni legare nudam proprietatem, alteri vsumfructum errore labi, si ita legat vni fundum, alteri vsumfructum fundi illius : nam ex his verbis communicandus erit vsusfructus, & plus valebit scriptura, quam mens defuncti. In fideicommissis plus valet mens, in legatis plus valet scriptura : in legatis verborum solemnitates obseruantur, legatorum erant certæ formulæ, hodie nullæ sunt, sed sublatæ sunt à Iustiniano. Igitur cum ita scribit, nō scribit quod vult, & potius sequemur quod est scriptum : verum si vult legare nudam proprietatem vni, alteri vsumfructum, ita debet concipere legatum : *Titio fundum de-*

tracto vsufructu, Seio vsumfructum eiusdem fundi do lego. tunc non communicabitur vsusfructus, quia tunc deducit vsumfructum, priore casu communicabitur, quia *fundus* significat plenum dominium. In sententiis & adiudicationibus iudicis familiæ erciscundæ, & communi diuidundo accipietur *fundus* pro nuda proprietate, quia natura horum iudiciorum est, vt & communionem tollant, non vt inducant. si accipias fundum proprie, communionem induces, quod alienum est à natura iudicii. Et præterea in sententiis iudicum non seruantur verborum solennitates, quæ obseruantur in testamentis & legatis, non in codicillis. Vsus diuidi non potest, *l. vsus, sup. de vsu & habit.* vsus venire, aut locari non potest, § *1. Inst. eod. tit.* non potuit ergo vni adiudicari ex heredibus, vel vni ex seruis, quia adiudicatio venditio est: non poterit etiam locari. Denique cessant remedia, quibus vtimur in vsufructu deducendo, qui diuidi potest, & in hanc actionem venire, & venire, & locari: & hoc distat maxime ab vsu nudo. Quid igitur dicemus? an dicemus vsum non venire in hanc actionem, & communi diuidundo, quemadmodum finietur controuersia inter vsuarios, si non conueniant de vsu communi? sane necessitas exigit prætorem suam operam interponere, & vni adiudicatum vsum tueri: ita vt is alteri pro eius parte quotannis mercedem inferat. Denique vtetur solus semper, & mercedem partis alteri præstabit: id inducetur Prętoris auctoritate contra naturam vsus, quia vsus non potest locari. Et ratio est euidens: nam qui ex vsu mercedem accipit, fruitur, non vtitur: hoc est plus quam vti, cum tamen ei non datus sit fructus, sed nudus vsus. Denique qui nudum vsum habet, non potest quæstum facere, admittitur tamen hoc per prętorem finiendæ controuersiæ causa. Et necessitati succumbendum est, vt ait l. *pen.* §. *vlt. de excus. tutor.* Et quod iure fieri non potest, id fit prætoris interuentu, id est, extra ordinem. prętore opus est, quia neque ius, neque natura id patitur. Hæc est sententia legis *item quamuis* §. 1. *tit. seq.* Similiter vero seruitutes prædiorum rusticorum vel vrbanorum, licet earum vsus sit indiuiduus, veniunt in actionem famil. ercisc. & communi diuidundo, *l. Lucio, inf. de aqua quot. l. arbor* §. *vlt. tit. seq.* Quæritur an aquæductus veniat in actionem communi diuidundo, & ita distinguit: aut aquęductus est in ipso fundo communi duorum, & debetur scilicet fundo vicino, & hic aquæductus non venit in actionem communi diuidundo, si socii velint agere communi diuidundo non veniet aquæductus, qui competit vicino, cui diuisio nostra præiudicium afferre non potest: itaque eum nos attingere non possumus. aut aquæductus est separatus à fundo, vt quia est in fundo vicini, & competit duobus vicinis riualibus, vt qui communem riuum habent in fundo vicini. & rursus hic aquæductus est diuisus mensura, vel temporibus, aut non: si diuisus est, non venit cum iam diuisus sit, aut inter riuales non est diuisus mensura vel temporibus, & hic veniet in actionem familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, interpositis cautionibus, vt aquæductus inter eos secernatur mensura veluti digitis, pedibus, fistulis, vnciis pedalibus, vel vt secernantur inter eos temporibus, quę quidem secretio, mensura, vel temporum ius ipsum, id est, seruitutem non diuidit: vna enim seruitus manet indiuisa, licet certum modum, & temporis intermissionem habeat: & qui ea vtitur, non potest videri pro parte vti, sicut non potest pro parte ire, pro parte non ire, quin & si plures vtantur, singuli vtentur in solidum, nec minus ego vtar, quam alius vtatur: fructus diuidi potest, vsus non potest, *l. si vna, de seruit. l. sicut certo* §. *si duob. commod.* Denique vsus seruitutum vel aliarum rerum ita connexus est, vt qui eum partiatur, naturam eius corrumpat: non potest diuidi vsus quin corrumpatur: seruituti tamen modus adiici potest, interualla dierum, horarum, vel temporum adiici possunt: at si quæratur an seruitutes veniant in petitionem hereditatis, id erit repetendum ex *l. & non tantum* §. *vlt de pet. hered.* Species est: fideicommissario via debetur. vicinus cuius fundus hereditario fundo viam debet,

A heredem non patitur vti via, ire, agere, an eo nomine tenebitur petitione hereditatis? vt scilicet viam restituat. finis petitionis hereditatis restitutio est, vt cuiuslibet vindicationis: lex ait, eo nomine non esse petitionem hereditatis, quia qui fundum hereditarium habet, & viam habet: hęret enim fundo: est enim ius in rem, ius rei non personæ: sed est propria actio, id est, specialis, nempe confessoria, ius esse mihi ire agere, quæ est arbitraria actio. Igitur si vicinus non patiatur heredem ire agere, vindicabit seruitutem per actionem confessoriam, restitui seruitutem non petet per petitionem hereditatis, quia petitio hereditatis non datur possessori: hæc est ratio huius §. vindicationes seruitutum dantur possessoribus, & hoc est quod ait Iust in §. *æque, vers. sane, de actionib. Inst. vno casu*, id est, in quæ-

B stione seruitutum. interdum seruitutem venire in petitionem hereditatis, vt si seruitus confusa sit aditione heredis scripti. finge: vicinus debebat fundo meo viam. ego vicinum heredem scripsi, & adiuit hereditatem, aditione confusa est seruitus, & fundi dominantis, & fundi seruientis. Denique perempta est seruitus aditione hereditatis. postea heredi scripto euicta est hereditas petitione hereditatis de inofficioso, qua egit filius exheredatus: hoc casu in eam actionem veniet restitutio seruitutis, *l. Papinianus, de seruitutib.* Itaque ille §. *vlt. l. & non tantum*, qui negat seruitutum restitutionem venire in petitionem hereditatis, loquitur de seruitutibus non extinctis.

Ad §. Id quod amnis.

C

§. *Id quod amnis fundo post litem contestatam, alluit, æque venit in hoc iudicium.*

DIctum est sup. in l. 12. in principio in hanc actionem venire partum editum post litem contestatam, & ita hanc actionem accipere accessionem siue augmētum post litem contestatam: idem fieri respondet hoc loco si quid post litem contestatam fundo hereditario per alluuionem accreuerit: nam id etiam in diuisionem per adiudicationem deducetur, licet tempore litis contestatæ in hereditate non fuerit, quia scilicet iure alluuionis rei hereditariæ, de qua agitur, pendente lite accessit, & augetur hęc lis vsque ad sententiam accessione rerum, vt minuitur decessione, ve-

D luti si quid fundo hereditario flumen abstulerit, eo minuitur hæc lis. Et sic notat Accursius citata *l. si fundus, inf. de pign.* nam si fundus sit pignori datus, quod alluuione accedit, erit pignori tacito iure, siue accessionis naturali iure. alluuio definitur incrementum latens, id est, vt Vrbicus loquitur, *quod aqua lambendo aufert*. Et Siculus Flaccus: *si riuulus*, inquit, *terras minutatim abstrahat*, &c. & de his alluuionibus est elegans constitutio Theod. & Valen. apud Frontin. *de limitibus agrorum.* In qua Imperatores aiunt, *alluuionum quæ contingere solent in prædijs, quæ ripis quorundam fluminum terminantur, ea natura est, vt semper incerta possessio, incertū sit eius dominium, quod possessori per alluuionem adcrescit: Nam quod hodie possidemus, nonnunquam altero die vicini fundi dominio in alterā fluminis ripam tran-*

E *slatum acquiritur: Nec tamē apud quem accrescit, remanere sed plerumque redire adpriorem dominum*, &c. his verbis demonstrat naturam alluuionis, & incertum possessionis, incertū dominij. Id autem quod alluuione flumen aufert, possessor amittit sua negligentia, quia ripam suam munire debuit, *l. 1.* §. *sunt autem, ne quid in flum. publ* quæ ratio cessat, si quid flumen impetu quodam maiore abstulerit: nā aduersus vim maiorem nulla munitio est: & ideo quod vi maiore ablatum est, non amittetur. & hęc est differentia inter alluere siue lambere, & vi maiore abstrahere, §. *præterea, Instit de rer. diuis.* Hoc autem ius alluuionum non habebat locum in omnibus agris, sed in occupatoriis siue arcifiniis, qui non sunt distincti limitibus, & quæstoriis agris, id est, per quęstorem venditis, qui cœperunt esse occupa-

toriæ conditionis. In agris diuiſis & aſſignatis non fuit diuiſioni locus, *l. in agris, de acquir. rer. dom.* quod Vrbicus explicat 2. *de limitibus agrorum.* Hoc autem quod ita accedit alluuionis iure, vt ſi accedat poſt litem conteſtatam, veniet in hoc iudicium. additur venire in hoc iudiciū ea, quæ vnus ex heredibus in hereditate fecit dolo & culpa, ſi modo fecerit quaſi heres, id eſt, cum heres eſſet, etiamſi alio nomine competat actio, vt ſi poſt aditam hereditatem deleuerit rationes hereditarias. quo nomine eſt actio legis Aquiliæ, ſed non ideo minus deducetur in actionem familiæ erciſcundæ: erit ergo generalis actio familiæ erciſcundæ, & ſpecialis damni iniuria dati. Igitur de deletis rationibus eſt actio legis Aquiliæ, *l. qui tabulas, in fine, de furt.* quia inquit, *rupiſſe videtur qui corrupit*, ſic eſt legendum, vt Florentiæ. Græci: δοκεῖ γὰρ διαλύειν τὰ δικαιώματα ὁ ἀπαλείψας αὐτά. B rumpere eſt frangere, ſcindere. ſed rationes rumpit non tantum qui ſcindit, ſed qui delet, & reſpicit ad verbum legis Aquiliæ, *ruperit*, quod interpretantur veteres *corruperit*, *l. ſi ſeruus 27. §. inquit, ad leg. Aquil.* & ideo eum teneri lege Aquilia, quæ eſt de rupto. erit & actio familiæ erciſcundæ, ſi deleuerit cū heres erat poſt aditam hereditatem. Sed ſi deleuerit cum nondum heres eſſet, vel ante aditam hereditatem, non erit actio familię erciſcundæ, ſed Aquilię, quę competit ei qui adierit, quia aditione factus eſt dominus: Aquilia autem tātum datur domino, hero. ergo antequam adierit, heredi non datur Aquilia, quia non eſt herus, ſed datur de dolo: & ita omnimodo eſt concilianda *d. l. qui tabulas*, cum *l. ſi quis tabulas, ſup. de dol. l. ſi quis tabulas* dat de dolo, ante aditionem ſcilicet *l. qui tabulas*, dat actionem legis Aquiliæ poſt aditionem hereditatis. Intelligimus ergo C ex hoc loco coheredi teneri non tantum doli, ſed & culpæ nomine, quia l. ait, in hanc actionem venire id omne quod coheres admiſit in hereditate quaſi heres, vel dolo, vel culpa deleuerit: nam l. Aquilia de qua ait, culpam coërcet. ergo coheres coheredi tenetur culpæ nomine, id eſt, deſidiæ & negligentiæ. Ergo à coherede, qui tractat res hereditarias non tantum bonam fidem exigimus, ſed & diligentiā, *l. heredes §. non tantum, hoc tit. quia*, inquit, *non contrahimus cum coherede, ſed incidimus in eum*: recte. neque enim eum ſocium optamus, ſed datur nobis coheres, & incidimus in eum. ſi enim optaremus, fortaſſe non prętaret nobis dolum, quia nobis poſſet imputari: ſed nihil nobis imputari poteſt, cum non cōtraximus cum eo, ſponte ſcilicet. Igitur alia eſt ſocietas voluntaria, quæ eſt contractus, alia D neceſſaria ſiue hereditaria, quæ eſt quaſi contractus, *l. verum, l. cum duobus §. idem Papinianus, pro ſoc.* & ſic dicitur cum defenſore rem non ſponte contrahi, *l. defenſor, inf. de tutel. & ration. diſtrah.* pupillum cum tutore non contrahere, *l. vlt. rem pup. ſal. fore.* Heredes cum legatariis non ſponte contrahere, *l. qui cum alio, de regul. iur.* Hi tamen omnes quaſi contrahunt. Ergo exigimus diligentiā à coherede, & eadem ratione à collegatario, *d. §. non tātum*, ſed qualem diligentiam? an exactiſſimam, quam diligētiſſimus paterfamilias adhibere ſolet ſuis rebus? minime, id eſt, non præſtat coheres coheredi culpam leuiſſimam, ſed exigimus eam tantum diligentiam, quam ſuis rebus adhibet, vt non minori diligētia curet res communes, quam ſuas proprias: nam vtitur rebus communibus vt ſuis: qua de cauſa non habet negotiorum geſtorum actionem, vt dicitur in *d. §. nō* E *tantum* coheres qui hereditaria bona adminiſtrauit, ſi quid impenderit eo nomine, non aget negotiorum geſtorum cū coherede, quia ſcilicet rem ſuam potius geſſit quam alienam, & quia non ex officio geſſit, ſed ex neceſſitate quadā, quia non poterat pro parte ſua adminiſtrare intacta parte ſocii. vbi tamen pro parte ſocii geſſit, cum pro ſua parte tantum agere poſſet, non dubium eſt actioni negotiorū geſtorum locum eſſe, non familiæ erciſcundæ, vel comm. diuid. *l. ſi communes, ſup. de neg. geſt. l. 6. §. hoc autem, inf. tit. ſeq.* opponit Accurſ. *l. ſiue, C. de negot. geſt.* & male reſpondet, eſſe negotiorum geſtorum actionem, cum quid coheres geſſit communiter, ſi iam actum ſit familiæ erciſc. propterea quod iam deficit actio familiæ erciſcundæ, quæ non

A poteſt iterari, & ideo dari. male: nam ſi deficiat familię erciſcundę, non deficit communi diuidundo. & præterea natura actionis negotiorum geſtorum id non patitur, vt qui ex neceſſitate rei ſuæ negotium geſſit, eā actionem habeat. Ideo nihil mutat, ſiue actum ſit familiæ erciſcundæ, ſiue non. verum ita reſpondendum eſt ex *l. 6. §. hoc autem, tit. ſeq.* eſſe actionem negotiorum geſtorum ex natura actionis, ſi cum poſſet pro parte tantum ſua, geſſerit pro parte coheredis vel ſocii: vt ſi ſoluerit ſolidum creditori hereditario, non poterit ſoluere ſolidum pro parte hereditaria, quia ſoluit etiam pro parte coheredis: & ideo non mirum ſi ſit etiam actio negotiorum geſtorum. Cæterum ſi geſſit rem ſocii, quod aliter non poſſet facere, ceſſat hęc actio negotiorum geſtorum, & competit familiæ erciſcundæ vel cōmuni diuidundo. His quæ diximus de *l. ſiue, C. de negot. geſt.* neceſſe eſt addi ſpeciem huius legis. primum ſic ſtatuo: coheres qui negotia hereditaria geſſit, non habet actionem negotiorum geſtorum, *l. heredes §. non tantum, hoc tit.* Obſtat *d. l. ſiue, C. de neg. geſt.* vtimur hac diſtinctione: ſi coheres id geſſit pro parte coheredis ſine quo partē ſuam recte adminiſtrare non poterit, vt ſi fundum hereditarium locauit in ſolidum, vel ſi coluit totum, quod pro parte ſua tantum non potuit expędite facere, hoc caſu non habet actionem negotiorum geſtorum, quia id totum geſſit propter ſuam partem, & in rem ſuam, & quia non potuit ſuam partem à parte coheredis ſecernere, vel neceſſe fuiſſet ei, vel totam rem perdere vel colere. igitur non eſt actio negotiorum geſtorum, ſed familiæ erciſc. id eſt, quod pro ſocio coherede geſſerit, ſiue impenderit colendo, quodue pro parte ſocii perceperit, id veniet in actionem familiæ erciſcundæ, vel communi diuidundo, *d. §. non tantum, & l. 6. tit. ſeq.* Sed ſi coheres id geſſit pro parte coheredis, ſine quo recte ſuam partem adminiſtraſſet, tum vere alienum negotiū geſſit, id eſt, coheredis, & habet actionem negotiorum geſtorum, quia vltro acceſſit ad negotium coheredis, quo omiſſo nō minus expedite negotium ſuum geſſiſſet: actionem familiæ erciſcundæ, vel communi diuidundo non habet, quia neceſſe non habuit in ſolidum gerere, *d. l. 6. §. hoc autem, & §. ſi damni, tit. ſeq.* & in d. *§. ſi damni* tale exemplum proponitur. ego habebam tecum ædes communes, quæ cum ruinam minarentur, & eſſent ruinoſæ, poſtulante vicino, ei caui damni infecti, in ſolidum ſcilicet pro mea parte, & pro parte ſocii, & prędtiti ex cautione. quęritur an id quod prętiterim pro parte ſocii, veniat in actionem cōmuni diuidundo. l. ait, non venire, quia neceſſe mihi non fuit cauere in ſolidum, ſed ſufficiebat pro mea parte. cæterum quod præſtitero pro ſocio, erit actio negotiorū geſtorum. & hoc eſt quod ait *l. ſi communes, ſup. de negot. geſt.* actionem negotiorum geſtorum in hac ſpecie eſſe potius quam communi diuidundo, vbi Accurſius notat recte, *potius*, accipi electiue, non comparatiue. eſt potius actio negotiorum geſtorum, quam communi diuidundo, id eſt, non eſt communi diuidundo. at in *l. 1. tit. ſeq.* actio pro ſocio *pertinet magis*, id eſt, non pertinet ad communem rerū diuiſionem. virtus potius prodeſt, quam nocet, id eſt, non nocet. Expoſui duas diſtinctionis ſpecies. in prima non eſt actio familiæ erciſcundæ, vel communi diuidundo. in ſecūda eſt actio negotiorum geſtorum, non famil. erciſc. vel communi diuidundo, nunquam vtraque datur. Imo affirmandum eſt, nullam eſſe ſpeciē, in qua ob eandem rem detur & negotiorū geſtorum, & famil. erciſc. & communi diuidundo. At contra in d. *l. ſiue* datur vtraque actio ſimul, & negotiorum geſtorum, & famil. erciſc. Duæ proponuntur ſpecies in ea l. in prima, eſt actio negotiorum geſtorum, in ſecunda eſt vtraque actio, negotiorum geſtorum, & famil. erciſc. Species eſt: coheres creditori hereditario ſoluit ſolidum, id eſt, etiam pro parte coheredis. potuiſſet non ſoluta parte coheredis ſuam tantum partem ſoluere, quia ex 12. tab. coheredes tenentur tantum creditoribus pro parte hereditaria, non in ſolidum. egit ergo vltro negotium coheredis, cum neceſſe nō haberet ſolidum ſoluere, ideo habet tantū negotiorum geſtorum actionem,

non famil. ercisc. eo nomine. Secunda species est: coheres, vt rem hereditariam pignori obligatam à defuncto liberaret, soluit creditori solidum. hoc videtur fecisse non tam sua sponte quam necessario, quia est indiuisa causa pignoris, id est, pignus nunquam liberatur nisi tota pecunia soluta sit: coheres qui soluit partem, tollit obligationem personalem pro sua parte, pignus non tollit vlla ex parte, *l. rem, de euict. l. heredes §. idem obseruatur, h. tit. l. 1. C. de luit. pign.* Igitur in ea specie coheres non potuit pro sua parte pignus liberare soluta pro parte pecunia, & ei necesse fuit solidum soluere, alioquin non liberasset pignus. qua ratione consequetur quod soluit pro parte heredis? *eadem* inquit, *actione negotiorum gestorum. & famil. ercisc.* si ea nondum actum sit, quia hæc actio non iteratur. ergo in vtraque specie est vtraque actio, sed non ob eandem rem: nam in ea specie coheres qui pignus liberauit, & solidum soluit, duo agit: primum egit vt soluta omni pecunia tolleretur omnino personalis obligatio, quod tamen poterat expedire pro parte sua tantum: & ideo quatenus soluit pro parte coheredis, tollendæ personalis obligationis causa, eatenus est actio negotiorum gestorum: sed quatenus luit pignus quod non poterat expedire pro parte, ob indiuisam pignoris causam, eatenus est actio familiæ ercisc. & est in eius arbitrio, vt vel quia sustulit personalem obligationem, agat negotiorum gestorum, vel quia sustulit hypothecariam, agat famil. ercisc. vtraque ergo non datur eadem ratione, vtraque suam speciem retinet. Denique coheres in ea specie duo egit: sustulit actionem personalem in totum, & hac ratione aget negotiorum gestorum. sustulit actionem hypothecariam, & hac ratione aget famil. ercisc. Delenda autem sunt ea omnia quę Accursius annotauit ad *l. sue* ad verbum, *eandem.* hoc etiam addendum est, in hac *l. 16. §. sed & si dolo* & *d. l. coheredes §. non tantum 1.* differentiam hodie non esse inter societatem voluntariam, quæ est contractus, & societatem necessariam, quæ non est contractus: nam sicut coheres coheredi tenetur etiam culpę nomine, si quid culpa admiserit in hereditate: ita etiam socius cum quo contracta est societas, socio tenetur culpæ nomine non tantum doli, *l. socius, inf. pro soc.* videtur tamen *d. §. non tantum* differentiam constituere inter societatem voluntariam & necessariam. Sed hoc potest tantum afferri, quod in necessaria societate fuit semper certum, coheredem coheredi teneri culpę nomine, quia coheres sua sponte cum eo non contraxit, id est, eum non sibi elegit socium, sed incidit in eum: ideo nihil potest ei imputari, quo scilicet coheres qui gessit, defugiat pręstationem culpæ. Sed in contractu societatis dubitatum fuit, an socius socio teneatur culpæ nomine: nam sibi elegit socium. Cur non sibi diligentem elegit? sed præualuit hæc sententia, vt socius teneatur culpæ nomine, §. *vlt. Inst. de soc.*

Ad §. vltim.

§. *Item si seruus hereditarius propriam rem heredum vnius subripuerit: Ofilius ait esse familiæ erciscundæ actionem, & communi diuidundo: furtique actionem cessare: quare agentem familiæ erciscundæ iudicio consecuturum, vt aut ei seruus adiudicetur, aut litis æstimatio in simplum offeratur.*

Species est. Finge: Seruus hereditarius furtum fecit vni ex heredibus, id est, subripuit rem propriam vnius heredis. non pono eum subripuisse rem hereditariam, quia hereditati furtum non fit, iacenti scil. l. 1. §. *Sceuola, si quis testa. liber esse iussus fue. l. hereditariæ, inf. de furt.* Quæritur an ei cui furtum fecit, sit actio furti noxalis cum coherede. lex ait, cessare actionem furti noxalis, idque ex regula iuris, quæ dictat, eius serui nomine furti noxali actione agere non posse eum qui propter eundem seruum noxali actione teneretur. si seruus extraneo furtum fecit, non aget noxali actione, qui pati solet noxalem, *l. si seruus §. 1.* Digest.

A *& l. cum seruus, de noxal. act. l. apud, C. de furt. l. si seruus communis, de furt.* Idem seruatur in cæteris noxalibus actionibus, *l. si seruus seruum, inf. ad l. Aquil. l. si seruus de iniur.* quæ igitur actio debetur coheredi cui seruus hereditarius furtum fecit? Hoc damnum, inquit lex, deducetur in actionem familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, & ex ea causa seruus ille adiudicabitur heredi cui furtum fecit, veluti pro damno, vel damnum præstabit in simplum. Dicam igitur in his iudiciis famil. ercisc. & communi diuidundo venire conditionem furtiuam, quia simplum damni venit, venire rei furtiuę persequutionem. non dicam venire actionem furti noxalem: nam in actione noxali seruus qui noxam nocuit à domino dedetur in noxam, si hoc malit dominus quam litis cōtestationem sufferre. in his iudiciis ille seruus adiudicatur à iudice: item in
B noxali actione ex causa furti is æstimatur in duplum, vel in quadruplum, *l. 9. sup. de nox. act.* In his iudiciis lis æstimatur in simplum, quia hæc iudicia pœnalem causam non recipiunt, cum sint bonæ fidei. omnis pœnalis causa est stricta. sed quid dicendum est è contrario si heres ipse, vel seruus heredis proprius aliquid ex hereditate sustulerit? ac primum loquendum est de herede ipso. ita distinguamus: si ipse heres aliquid ex bonis defuncti sustulerit viuo testatore, furti tenetur coheredi, famil. ercisc. non tenetur. id non potest deduci in actionem famil. ercisc. quia tempore furti facti non erat heres, *l. 26. Si iacente,* id est, nondum adita hereditate vnus ex heredibus aliquid sustulerit, non tenetur furti, quia hereditati furtum non fit, sed tenetur crimine extraordinario expilatæ hereditatis. non tenetur
C familiæ erciscundæ, quia nondum erat heres, cum furtum fecit. Quod si post aditionem furtum fecerit, & famil. ercisc. tenetur, & furti, sicut tenetur socius socio, & furti & communi diuidundo, si rem communem & nondum diuisam habuerit furti animo, *l. si socius, inf. de furt.* Ita coheres coheredi tenetur furti & familiæ ercisc. si cum adiisset hereditatem, sustulerit rem communem, sicut dictum est de lege Aquilia in hac *l. 16.* coheredem qui delet rationes hereditarias teneri & *l.* Aquilia, & famil. ercisc. sed annotandum est nonnihil interesse vtrum coheres post aditionem furtum fecerit, an damnum dederit: nam furto facto in actionem famil. ercisc. venit condictio furtiua, id est, simplum, hoc est res furto ablata, furti actio non venit, quæ est mere pœnalis. Igitur etiamsi eo nomine actum sit familiæ erciscundæ, & simplum præstitum fuerit, tamen
D integra est actio furti in duplum, vel quadruplum, sicut cum actum est condictione furtiua, manet integra actio furti: vna enim actione rem, altera pœnam persequimur, & ideo vna alteram non extinguit. At damno dato, vt rationibus deletis, dico in actionem familię erciscundę venire actionem legis Aquiliæ, quæ est mixta, id est, rem & pœnam persequitur, sed venit in simplum tantum, id est, quatenus rem persequitur, non in duplum ob inficiationem, id est, etiamsi coheres neget se damnum dedisse vel deleuisse rationes hereditarias: nam actio legis Aquiliæ in confitentem est in simplum, in negantem in duplum. coheres negat se deleuisse rationes hereditarias: si cum eo agatur *l.* Aquilia & conuincatur, damnabitur in duplum: sed si cum eo agatur famil. ercisc. damnabitur tantum in
E simplum. inest huic actioni *l.* Aquilia pro simplo tantum, quia hæc actio familiæ erciscundæ pœnę seueritatem non admittit, quia bonæ fidei est: & est quod ait in *l. 17. damno* & cætera, quod non fieret in actione legis Aquiliæ: & ita etiam dicitur in *l. item veniunt §. cum prædixerimus, de pet. hered. sup.* in petitionem hereditatis venire actionem legis Aquiliæ in simplum tantum, non in duplum, etiamsi res nobis sit cum inficiatore, quia petitio hereditatis est actio φιλανθρωπος & bonæ fidei, id est, cum sit benigna, & bonæ fidei, non admittit condemnationem in duplum, sed necesse est speciem repræsentari. petitione hereditatis tenetur non tantum qui possidet corpora, sed & qui iura, ideo debitor hereditarius tenetur petitione hereditatis quasi iuris possessor, & hoc siue sit debitor ex contractu,

A siue ex maleficio, vt si damnum dederit in bonis defuncti, viuo testatore, vel ante aditam hereditatem, *l. sed vtrum, eod. tit.* nam hic debitor est hereditarius, quoniam contraxit obligationem viuo testatore, aut iacente hereditate: secus est si damnum dederit post aditam hereditatem: tunc non tenetur petitione hereditatis, quia hic non est debitor hereditarius, sed debitor heredis. à debitore heredis non potest peti hereditas, *l. quod si in diem §. non solum, eod. tit.* heredis actio legis Aquiliæ propria effecta est, quia ipse dominus erat cum damnum dedit, *l. si à patre §. si possess. eod. tit.* tenetur heredi proprio nomine, non hereditario: & ideo id non venit in petitionem hereditatis: qua ratione etiamsi heres post aditionē impleuerit vsucapionē cœptam à defuncto, actio ipsius propria effecta est, id est, dominiū habet suo nomine hereditario: & ideo non venit in petitionem hereditatis, *l. & non tantum §. quod si pro emptore, de pet. hered.* Denique actiones heredis propriæ effectæ, non veniunt in petitionem hereditatis. Igitur fingendum est in specie *§. quod si,* aliquem damnum dedisse viuo testatore, vel ante aditam hereditatem: & ideo est debitor hereditarius: ideoque actio legis Aquiliæ deduci poterit in petitionem hereditatis. Sed quæritur, an ea actio deducatur sua natura, puta in duplum, si inficietur se damnum dedisse. *l.* ait, eam venire in simplum tantum, & eum qui damnum dedit, simplum duntaxat soluturum, licet initio negauerit se damnum dedisse, quia bonæ fidei est actio: plerique Iurisconsulti petitionem hereditatis inter actiones bonæ fidei numerabant. Iustinianus hoc primus non introduxit, sed primus definiuit, *§. actionum, Instit. de action.* quia hac de re erat controuersia inter Iurisconsultos, vtrum petitio hereditatis esset numeranda in bonę fidei iudiciis, an vero in strictis: at plerique de petitione hereditatis iudicabant ac si bonæ fidei esset. Et sic etiam in actionem familiæ erciscundæ eadem ratione actio legis Aquilię venit in simplum tantum. Sed videndum si actum sit petitione hereditatis, aut familiæ erciscundæ ob damnum datum, an tollatur actio legis Aquiliæ, id est, an possit agi lege Aquilia de eo quod pluris est. plus est in *l.* Aquilia. quæritur an posteaquam egit famil. ercisc. possit agere de eo quod pluris est in ea. videtur posse, arg. *l. vnde, commod. l. qui seruum, de obligat. & action.* Si ob damnum datum rei commodatæ sit actum commodati, superest actio legis Aquilię in id quod pluris in ea est: nam idem dicemus in his actionibus, petitione hereditatis, & familię ercisc. quia scil. actio commodati sui natura rei persequutionem continet. Et cum ea actum est, superest actio legis Aquilię in id quod in ea amplius est: petitio autem hereditatis & familiæ ercisc. actio non proprie continet simplum damni dati ex *l.* Aquilia, sed substituitur vice actionis legis Aquiliæ, ideo officio iudicis qui vti maluit his actionibus vice actionis legis Aquiliæ, debet cauere se non acturum lege Aquilia in id quod pluris in ea est, *l. si à patre §. si possessor, de petit. hered.* Idem fit in vindicatione rei. *l. 13. & 14. de rei vind.* Eademque pene est ratio eius qui iurauit, *l. eum qui iurauit, de iureiur.* Quidam egit l. Aquilia. defertur ei iusiurandum, vt iuret sibi deberi ex *l.* Aquilia. ille potest non vti conditione iurisiurandi, & ab inficiatore duplum exigere, si habeat probationes quibus dicere possit, reum damnum dedisse. Igitur potest persequi duplum si velit, sed accipit conditionem iurisiurandi, & iurat sibi deberi ex l. Aquilia: an post iusiurandum persequitur duplum? Minime, sed simplum tantum, quia videtur iurisiurandi conditionem accepisse, vt exoneraret se probandi necessitate. videtur simplo fuisse contentus, videtur simplum duplo substituisse, vt se exoneraret probationibus. quid dicendum, si seruus heredis proprius aliquid ex hereditate sustulit? ita est distinguendum: si quid sustulit iacente hereditate, non est actio furti noxalis, quia hereditati furtum non fit, sed coercetur seruus extra ordinē quasi expilator. si subripuit aliquid, viuo testatore, est actio furti noxalis quæ competit coheredi cuius interest. non est tamen hoc casu actio familiæ ercisc. & sic furtum coheredis venit in actionem familiæ ercisc. quod fecit post aditionem. furtum serui non venit. quod generaliter proditum est de omni dolo, vt dolus quilibet serui coheredis proprii non veniat in actionem familiæ ercisc. nisi culpa coheredis, vel dolo seruus furtum fecerit, vt quia seruum non idoneum præposuit rei communi, *l si quid contendit §. dolus, hoc tit.* Igitur dolus aut culpa coheredis venit in hanc actionem, si cum heres esset, dolo vel culpa quid in hereditate admisit. serui heredis proprii, ne dolus quidem venit in hanc actionem, nisi dolum participauerit ipse coheres, aut culpam commiserit, *d. l. si plures, h. t.*

Ad L. XVIII.

His consequenter Iulianus ait: Si ex pluribus heredibus vni seruus sit generaliter per optionem legatus, & heredes Stichum tabulas hereditarias interleuisse dicant, vel corrupisse, & propter hoc rennunciauerint, ne optaretur seruus, deinde optatus vindicetur: poterunt, si eis vindicetur, doli mali exceptione vti, & de seruo quæstionem habere.

VLpianus à *l. 16.* cœpit recensere præstationes personales, quæ in hoc iudicium famil. ercisc. venire solent, vt si quid vnus ex heredibus dolo vel culpa in hereditate fecerit tanquam heres, si rationes hereditarias deleuerit, & si seruus hereditarius vnius heredis rem propriam subripuerit. Nunc idem Vlp. quo cœpit pergens, *his consequenter,* inquit, *Iulianus ait:* his scilicet quæ dicta sunt in *l. 6.* de rationibus deletis, & præstationibus personalibus. C Sententia huius legis est: testator cum amplam familiam haberet, vni ex heredibus legauit generaliter optionem vnius serui, hoc modo: *Hominem optato,* quæ verba sunt vindicationis: & ideo eius quem optauerit vindicatio ei datur, vt *l.* significat, *& l. 3. §. item si optare, ad exhibend.* vnus ex seruis hereditariis rationes hereditarias interleuit, vt non possint legi. coheredes eum cui optio data est ei renuntiauerunt ne optaret qui deleuit rationes hereditarias, vt de eo possent quæstionem habere, & ita posset institui notitia rationum amissarum: ipse tamen eum seruum optauit & vindicat: repelletur, inquit, exceptione doli mali. Exceptio doli mali inest bonæ fidei iudiciis, tacito iure, *l. sed si ideo, sol. matrim.* Hæc actio est bonę fidei, ergo ei inest exceptio doli mali. hæc si omittatur, nihil nocet, *l. ex* D *parte, in princip. h. tit.* nam vt in specie proposita iudex familiæ erciscundæ, siue opposita ea exceptio, siue omissa, semper curabit ne seruus quem heres ideo legatarius optauit, ante ei adiudicetur quam de eo quęstio habita sit de rationibus interletis: quod procedit etiam in seruo specialiter legato: Vt si specialiter legatarius heredi malitiose rationes hereditarias deleat, non antea adiudicabitur heredi quam de eo quęstio sit habita, *l. seruus, de leg. 1.* Idem procedit in seruo dispensatore legato: quia & hic non ante traditur, quam rationes hereditarias reddiderit, *l. 8 sup. hoc tit. l. seruo legato § seruus, de leg.* 1. Igitur Vlpianus ait *renuntiauerint,* Græci, διαμαρτύρωνται. Ergo renuntiare est testato denuntiare: non omnino male: nam & *d.* lex *seruus* nullam mentionem facit denuntiationis. venit autem in arbitrium famil. erciscundæ hæc quæstio de seruo, quod sint deletæ E rationes hereditariæ, quoniam cognitio maxime pertinet ad diuisionem hereditatis, id est, non potest commode diuidi hereditas ab arbitro, qui non cognouit rationes hereditarias. Ideo non mirum si habeatur quęstio de seruo qui rationes deleuerit, cum is seruus legatus est, vel specialiter, vel generaliter. Sed idem non fiet in specie quæ sequitur, id est, quæstio de seruis nihil pertinet ad diuisionem hereditatis, vt cum seruus vni ex heredibus legatus vindicatur à coherede, coheredes autem volunt de ea quæstionem habere ob necem testatoris, vel vxoris, vel liberorum eius, an hoc deducetur in hoc iudicium? minime: nam quæstio de nece testatoris nihil pertinet ad diuisionem hereditatis: separato iudicio habetur quæstio hac de re, hoc est, quod sequitur, *sed an & cæt.* in superiore

ſpecie quæſtio de ſeruo maxime pertinet ad diuiſionem hereditatis. in hac ſpecie nihil pertinet. Sciendum eſt ex Senatuſconſulto Syllaniano, occiſo teſtatore de ſeruis qui ſub eodem tecto fuerunt, quæſtionem haberi,& de noxiis ſupplicium ſumi,& heredes ſcriptos aut legitimos non poſſe adire hereditatem, aut petere poſſeſſionem ante quæſtionem habitam de ſeruis qui ſub eodem tecto fuerunt. vſus eſt Senatus verbo *ſuffuerunt*, quod ita Feſtus interpretatur, id eſt, *ſub eodem tecto fuerunt*. Habetur etiam quæſtio de ſeruis teſtatoris, occiſa vxore eius,& ita de ſeruis qui occiſi proprij non ſunt, quia ſcilicet vna eſt domus & commixta familia, idque ex Senatuſconſulto Neroniano ſiue Claudiano, *l. 1. §. ſi vir, ad Syllan.* Paulus *quinto Sentent. eod. t.* Item habetur quæſtio de ſeruis teſtatoris occiſis liberis, *d. l. 1. §. domini.* Sed habenda eſt quæſtio de ſeruis ante aditam hereditatem, alioqui ſi adierit prius quam habuerit quæſtionem de nece teſtatoris, bona publicantur, id eſt, eripiuntur heredibus vt indignis. hoc explicatur late in tit. *de Senatuſc. Syllan.* verum in ſpecie huius §. poſt aditam hereditatem ſerui poſtulantur in quæſtionem de morte teſtatoris. ſero igitur & male, quia non iure adierunt ante quæſtionem habitam, & bona ad fiſcum pertinent. Vnde ſequitur, eos inter ſe non iure agere familiæ erciſcundæ, cum bona ſunt publicata, dilata quæſtione ſeruorum: quo argumento vtitur Accurſ. & reſpondet, fiſco quidem deberi hereditatem ex hac cauſa cum adierit ante habitam quæſtionem de morte teſtatoris, ſed bona nondum eſſe vindicata fiſco, rem in ſuſpenſo adhuc eſſe, nondum eſſe inſtitutam accuſationem aperti teſtamenti & aditæ hereditatis contra Senatuſconſultum Syllanianum, quæ forſan extinguetur tempore, quod velim ad Accurſium addi: nam heredes extranei hac accuſatione quinquennio liberantur, id eſt, ſi quinquennio ſiluerit fiſcus, liberantur heredes, *l. in cognitione, ad Syllan.* interim ergo ipſi adibunt. non omnino male, & poſt aditionem quærent de morte teſtatoris, & interim agent inter ſe familiæ erciſcundæ, & hoc ita Accurſ. voluit non improbabiliter. Verum præterea poteſt dici, fieri poſſe, vt & omnino recte poſt aditam hereditatem habeant quæſtionem de ſeruis teſtatoris, vt ſi ignorantes occiſum adierint, non erit ſuperflua quæſtio poſt aditionem, *l. 3. §. ſi quis ignorantis, & l. ſi antequam, ad Syllan.* & ſi ſerui hereditarij perfugerint, & poſt aditionem demum reperti fuerint, hoc caſu non culpabuntur heredes, cum eos non habuerint in poteſtate ſua qui poſt aditionem ſeruos in quæſtionem vocant, *l. 3. §. de his, & l. lege, ad Syllan.* Adduntur in hac l. quædam aliæ præſtationes perſonales quæ veniunt in hanc actionem familiæ erciſcundæ: vt ſi cauerit teſtator teſtamento, vt ſeruus quidam exportandus veneat, ne ſcilicet eo loci moretur, ne eum heredes retineant eo loci, officio iudicis familiæ erciſcundæ continetur, ne intercidat voluntas defuncti, vt tueatur defuncti voluntatem, vt ſeruus ita ſubducatur diuiſioni, precium diuidatur, *l. 5. C. eod. tit.* vt ſeruus exportandus veneat Græci dicunt, ἐπ' ἐξαγωγῇ, & ita Dio lib. 54. τ' ἡλικίας τὸ πλεῖον ἐπ' ἐξαγωγῇ ἀπέδοτο, id eſt, adoleſcentum quoſdam exportandos tradi. Addit, venire in iudicium familiæ erciſcundæ quod teſtator iuſſit ſibi monumentum fieri, & curabit iudex familiæ erciſc. vt pareatur defuncti voluntati. & adiicit, agi poſſe eo nomine præſcriptis verbis, vt ſi iuſſerit vnum ex heredibus ſibi monumentum facere, cæteri cum eo experiri poſſunt, vel hac actione, vel actione præſcriptis verbis, vt monumentum faciat: quia intereſt heredum, quos monumentum ſequitur, niſi aliud cautum ſit nominatim, vt in antiquis monumentis notari ſolet, *hoc monumentum heredes non ſequitur*, quod non adiicitur fruſtra: nam hoc non adiecto, heredes omnes ſequitur, & ſi vnius tantum impenſa factum ſit. Igitur intereſt heredum monumentum fieri, & qui facere iuſſus eſt obligatur eis familiæ erciſcundę & præſcriptis verbis. De actione familiæ erciſcundæ non eſt dubium, de actione præſcriptis verbis dubitatur. actio præſcriptis verbis datur ex contractu, qui nomine vacat, vt do vt des, qui dicitur permu-

A tatio, & do vt facias, & facio vt facias. nullum hic negotium eſt tale inter heredes. cur ergo inter eos redditur actio præſcriptis verbis? puto non dari præſcriptis verbis niſi poſt diuiſionem hereditatis. diuiſio fit genere quodam permutationis, nempe partibus vtrinque permutatis, *l. cum pater §. hereditatem, de leg. 2.* & ideo ex diuiſione quaſi ex permutatione datur actio præſcriptis verbis, *l. ſi filia §. ſi pater, hoc tit. l. licet, l. ſi familiæ, C. eod. tit. & l. ſi fratres, C. comm. vtr. iud.* & ideo non eſt exiſtimandum dari actionem præſcriptis verbis, niſi poſt diuiſionem. ante diuiſionem non eſt niſi familiæ erciſcundæ hoc nomine. Sed contra, quod Accurſ. obiicit, nulla videtur eſſe actio vt monumentum faciat ex *l. hereditas, ſup. de pet. heredit.* vbi ait, heredes nulla actione teneri ad monumentum faciendum,
B ſed compelli extra ordinem, auctoritate principis, vel pontificis, actionem ordinariam non eſſe, hic tamen locus dat duas actiones. Res explicanda eſt ex *l. Quintus §. Pomponius, inf. de ann. leg.* In teſtamentis duo ſunt ſcriptorum genera: quædam quę obligationem pariunt, vt legata quędam, quæ obligationem pariunt, & legata quædam, quæ non pariunt, ſed pertinent tantum ad auctoritatem ſcribentis. iure non fulciuntur, licet iuſtiſſima eſſe cenſeantur: vt ſi teſtator vnum tantum ex aſſe heredem ſcripſerit, & eum iuſſerit ſibi facere monumentum: hic nulla eſt actio, vt faciat monumentum, quia non eſt cui obligetur, cuius interſit monumentum fieri: ſed compelletur auctoritate principis vel pontificis. Verum ſi plures heredes ſcripti ſint, & vnum iuſſerit facere monumentum, ex hoc ſcripto naſcitur obligatio. Idem eſt ſi omnes heredes iuſſerit facere
C monumentum, omnes inuicem tenentur actione familiæ erciſcundæ, vel poſt diuiſionem præſcriptis verbis. Et ideo cum dicitur, nulla eos actione teneri, hoc procedit ſi nullus ſit cuius interſit. Sequitur in hac l. præter præſtationes perſonales ſuperiores, in hanc actionem venire ſumptus quos vnus ex heredibus bona fide fecit in rem hereditariam, *§. idem ſi, Inſt. de oblig. quaſi ex contr.* Nam à coheredibus conſequetur partem ſumptuum, imo & conſequetur fructuum ſumptus, vſuras ex die moræ: nec mirum, cum hæc actio ſit bonæ fidei. in actionibus bonæ fidei veniunt vſuræ ex mora. In §. *Celſus* adiicitur, id etiam venire in hanc actionem, vt creditori hereditario coheres ſoluat pro parte ſua, pignoris luendi cauſa, quia heredum intereſt pignus lui, & liberari: non poteſt autem libe-
D rari pro parte ſoluta pecunia. Si nullum fuerit pignus crediti eius nomine, coheres id non poterit deducere in hoc iudicium, vt alter coheres ſoluat partem eius pecuniæ, quia tunc nihil eius intereſt. neque etiam intereſt coheredum ſoluere pro ſua parte: ſicut cum interceſſit pignus quod liberari intereſt, *l. rem, inf. de euiction.* Poſtremo hæc proponitur ſpecies quæ pertinet ad *l. frater à fratre, de cond. ind.* Filiusfamilias obligatus eſt creditoribus peculiaribus, id eſt, ex cauſa peculij eis eſt obligatus in ſolidum ex ſuo contractu. proprio nomine filiusfamilias obligatur ex omni cauſa, non ſeruus. Si filiusfamilias patri heres extiterit pro parte tantum, nihilominus creditori peculiari manet obligatus in ſolidum ex ſuo. Coheredes autem eius, ſunt ei, id eſt, creditori peculiari obligati, ſed non in ſolidum ſunt obligati, ſed de peculio tantum, qua actione & pater
E tenebitur creditori peculiari. Qua de re ſi teſtator tenetur, tenentur & eius heredes pro rata peculij: nam obligatio peculiaris ſequitur peculium, prout ad quemque peruenit. Creditor peculiaris egit cum filiofamil. in ſolidum, & ſolidum conſecutus eſt. cum coheredibus non egit. debet creditor filiofamil. cedere actionem de peculio aduerſus coheredes, & ſi nō ceſſerit, id filiusfamil. deducet in actionem famil. erciſcundæ, quaſi coheredes liberauerit actione de peculio. in actionem familiæ erciſcundæ id deducet, quia neceſſe habuit ſolidum ſoluere: erat enim in ſolidum obligatus ſuo nomine, ſed actione familiæ erciſcundæ conſequetur à coheredibus quod creditor peculiaris ab eis conſequi potuiſſet actione de peculio, etiamſi ei non ſit ceſſa actio. negotiorum geſtorum actio ceſſabit hoc caſu, vt dixi

in *l. 16.* non sequētibus casibus, videlicet, si coheres solidum soluerit pignoris prætorij aut conuentionalis luendi causa. pignus conuentionale conuentio constituit, pignus prætorium missio in possessionem, vt si legatarij, cum eis non caueretur legatorum nomine, missi sint in possessionem, *l. misso, pro empt. l. qui legati, C. vt in poss. legat.* quo exemplo & hic vtitur Iurisconsultus. Finge igitur: coheres eius pignoris luendi causa solidum soluit, est actio familiæ erciscundæ. Adiici potest his casibus esse actionem negotiorum gestorum, *l. 3. C. de negot. gest.* Est actio familiæ erciscundæ, quia necesse habuit solidum soluere pignoris luendi causa & tollendi: est actio negotiorum gestorum, quia necesse non habuit solidum soluere tollendæ obligationis personalis causa: nam vtrumque egit: & in duplici re duplex est actio. in prima autem specie, cum scilicet filiusf. coheres creditori peculiari solidum soluit, in ea sustulit tantum obligationem personalem, & non potuit eam tollere pro parte, quia in solidum erat obligatus suo nomine creditori peculiari, qua de causa cessat negotiorum gestorum actio, & competit familiæ erciscundæ, quod etiam definit *l. frater à fratre, vers. idque maxime de condict. indeb.* in qua idem proponitur quod in §. *filiusfamilias, hac l.* argumenti causa tria ponenda sunt, priusquam ponatur species dictæ legis *frater à fratre,* quib. cognitis, facile quilibet assequetur mentem auctoris. Primò loco sciendum est obligationem aut ciuili, aut naturali iure constitui: ciuili inter duos extraneos liberos homines, & inter patrem & filium emancipatum: nam sunt extranei inuicem, vt si pater filio emancipato crediderit, & si filius emancipatus patri crediderit, ciuilis obligatio contrahitur. naturali iure constituitur obligatio inter seruos ipsos, & patrem & filiumfamil. quia natura alia est persona patris, alia filij: ciuili iure vna est persona patris & filij propter vinculum patriæ potestatis, quod arctissimum est, & vnitatem illam facit, *l. vlt. de impub. & aliis subst. §. ei vero, de inutilib. stipul. Inst.* vna & eadem persona sibi obligari non potest, qua de causa & inter patrem & filiumfamil. non est ciuilis obligatiō; est tamen naturalis, & eadem ratione non contrahitur obligatio ciuilis inter fratres qui sunt in eiusdem patris potestate, si vnus alteri crediderit pecuniam de peculio pagano, quod habent permittente patre, quia omnes habentur pro vno, sicut vnius potestati subiiciuntur: hanc vnitatem parit vinculum potestatis. contrahitur tantum inter eos fratres naturalis obligatio. quid distat ciuilis obligatio à naturali? Ciuilis obligatio actionem parit, & est proprie obligatio. definitio obligationis quæ est in Instit. ciuili tantum conuenit, actionem parit, adstringit, vt est in d. defin. naturalis obligatio necessitatem non ponit, sed deductionem, compensationem, retentionem, vt quod patri debet filiusfamilias, naturaliter id pater deducat ex peculio filiifamilias, si conueniatur de peculio à creditore filij, & eo deducto in reliquum tantum condemnatur. Item quod patri filiusfam. debet naturaliter id si forte emancipatus soluerit patri, indebiti condictionem non habet, *d. l. frater §. quæsitum,* quia natura debuit, & retentionem soluti habuit pater vi naturalis obligationis: & ita si frater fratri quod natura debet soluerit, indebiti condictionem non habet, quia manente naturali obligatione iustam retentionem habet is, qui solutum accepit. Cæterum sublata naturali obligatione si soluerit, indebiti condictionem habet si errans soluerit: quia quod soluit nec natura debuit: & ideo ei cui soluit, ius retentionis non est vllum, quod fusum est per totum titulum *de condictione indebiti.* Est etiam alia differentia inter ciuilem & naturalem obligationem, quia ciuilis obligatio ex quacunque causa per filiumfamil. patri acquiritur iure potestatis: vt si filiusfamil. extraneo pecuniam crediderit, si quid emerit, si testamento legatum acceperit, ciuilis obligatio acquiritur patri statim. Ideo pater filiofamil. non potest obligari ciuiliter. quia si obligaretur ciuiliter, mox obligatio recurreret ad patrem, & idem statim existeret debitor & creditor. Naturalis tamen obligatio per se sola extra causam peculiarem per filiumfami-

A lias patri non acquiritur: alioquin filiusfamilias patri, vel pater filiofam. obligari non posset naturaliter, nam recurreret semper obligatio ad patrem, quod est falsum, & ita recte Accursius censuit in *d. l. frater, & l. si id quod, eod. tit. & l. placet, de acquir. hered.* naturalis tamen obligatio ex causa peculij per filiumfamil. patri acquiritur, quia ius omne peculij ad eum pertinet, nec peculij concessio alienatio est, aut mutatio dominij: vt si frater ex suo peculio fratri pecuniam crediderit, vnde naturalis tantum obligatio constituitur, eademque peculiaris: proinde si duo sint fratres Primus & Secundus in familia patris, & vnusquisque separatim habeat suum peculium sibi concessum à patre, quod alter ab altero mutuum, vel quod Primus à Secundo mutuum accepit, id debebit patri naturaliter, quia
B per Secundum acquisita est patri obligatio peculiaris. Et hoc in *d. l. frater,* hæc verba indicant, *filio eidemque debitori,* cuius dicitur filius, eius & dicitur debitor, ex causa scilicet pecuniæ peculiaris à fratre acceptæ mutuo. Secundo loco constituendum est, confusione tolli ciuilem obligationem, id est, si debitor creditori vel creditor debitori succedat, confusio fit personarum, quia ius debitoris & creditoris in eandem personam concurrunt: ergo necesse est confundi obligationem, denique perire & tolli. Sed videndum est an etiam confusione tollatur naturalis obligatio vt si filiusfamil. patri cui debet pecuniam mutuam, coheres existat, an per confusionem tollitur naturalis obligatio? sic videtur, quia tollitur solutione naturalis obligatio. solutione eius quod debetur tollitur omnis obligatio, omnis, id
C est, naturalis & ciuilis. confusio solutio est, non minus quam numeratio, *l. si id quod, de liberat. leg.* vbi I. ait, si debitor creditori successerit, tolli obligationem ratione confusionis, & quasi corrigit postea, vel potius successionis potestate, ac si diceret: non debemus confusionem à solutione separare: qua de causa sublata per confusionem obligatione principali, fideiussoria consumitur, *l. Vranius, inf. de fideiussor.* cum tamen fideiussoria naturali obligationi adhærere possit, *l. 1. de fideiuss.* omni obligationi fideiussor accedere potest: omni, id est, naturali, & ciuili accedere. ergo, & adhærere vbi accesserit, quandiu manet obligatio naturalis, cui soli potuisset ab initio adhærere. Consumptio igitur obligationis fideiussoriæ argumentum est consumptæ naturalis obligationis. Confusione etiam tolli naturalem obligationem natura ipsa docet, quia natu-
D ra non patitur, vt quis sibi debeat, vt idem sit debitor & creditor, vt idem secum agat & pugnet. Dico igitur, confusis personis debitoris & creditoris omnem obligationem tolli, id est, naturalem & ciuilem, omnem obligationem, personalem scilicet: obligatio pigneratitia non tollitur confusione, quæ realis est, non personalis. confusio personarum non mutat causam rerum. Et ideo propter pignus solum dicam remanere naturalem obligationem, id est, persecutio pignoris salua est, quæ est in rem, & quod ad pignus attinet confusionem solutionis potestatem non habere: solutione totius pecuniæ tollitur pignus, confusione totius pecuniæ non tollitur: Et ideo Paulus in *l. debitor, inf. ad Trebell.* ait, propter pignus remanere naturalem obligationem. Nam obligatio in personam per confusionem & ciuili & naturali iure constituitur. de hac obli-
E gatione pigneratitia nullum verbum in *l. frater.* tota est de obligatione personali: itaque verissimum est in specie leg. *frater,* naturalem obligationem confusione esse sublatam, idque ea lex demonstrat non tantum initio responsi: sed etiam in §. *quæsitum:* nam in §. *quæsitum* pater crediderat pecuniam filiofamil. contraxerat ergo naturalem obligationem tantum. deinde filium emancipauit, & non retinuit peculium pater, sed id reliquit emancipato. emancipatus soluit patri, an condicet? minime: quia manebat naturalis obligatio, quandoquidem pater non retinuit peculium. sed si pater filio emancipato retinuerit peculium, confunditur obligatio naturalis cōtracta ex causa peculiari, & si soluerit filius post emancipationem condicet: quia sublata erat obligatio naturalis confusione: igitur tollitur obligatio na-

turalis in personam. Tertio loco sciendum est, peculia extingui non tantum morte filiorumfamil. sed etiam morte patris & confundi cæteris bonis paternis, *l. 1. §. sed & si mortis, quando de pecul. act.* & communicantur & diuiduntur inter fratres sicut cætera bona patris, nisi prælegata sint, *§. 12. C. famil. ercisc. l. 12. C. de collat. d. l. frater,* illo loco, *ita peculium diuidi:* verum quamuis desinant esse peculia morte patris, tamen non statim desinit esse actio de peculio, sed datur ex edicto prætoris intra annum tantum creditoribus peculiaribus aduersus omnes heredes patris, pro parte peculij scilicet, quæ ad eos iure hereditario peruenit, *l. quæsitum §. 1. de pecul.* datur etiam creditoribus peculiaribus. Semper, id est, perpetuo & in solidum actio ciuilis aduersus coheredes eius, de peculio tantum prætoria & intra annum, *d. §. si filius.* Finge ergo: Duo sunt fratres in familia patris, Primus & Secundus. Primus extraneo, puta Caio, debet centum. Caius Primum habet obligatum in solidum iure ciuili, patrem autem Primi obligatum iure prætorio in solidũ. si iussu patris filius cum Caio contraxerit, actione quod iussu, vel si non iusserit pater, creditor filij patrem obligatum habet actione de in rem verso, quatenus in rem patris versum est: vel si neque iussu patris contraxerit, neque in rem patris versum sit, tum creditor filij patrem obligatum habet de peculio tantum, id est, pro parte peculij, seu pro qualitate peculii: si perierit omnino peculium, non est obligatus pater. si perierit tantum pro parte, pro parte tantum obligatur. Nunc pone: post mortem patris duo fratres Primus & Secundus patri heredes extiterunt. Primus creditori soluit solidum, id est, solida 100. quia solidum debuit iure ciuili. potest filius in soluendo pro parte nomen coheredis redimere, id est, efficere vt creditor qui solidum soluit, cedat sibi actionem quod iussu, vel vt cedat actionem de in rem verso pro parte coheredis, vel vt cedat actionem de peculio, si peculium locuples sit, *d. l. quæsitum §. sin vero, de pecul.* & Accurs. male ea verba, *si peculium locuples sit,* hoc modo interpretatur, *si peculium locupletius factum sit:* & ideo dicit, idem esse si non sit locuples. ego sic interpretor, *si peculium locuples si,* id est, si soluendo sit peculium quod ad coheredem peruenit, cedetur actio filio soluenti solidum aduersus coheredem. Quid tamen si creditor non cesserit his actionibus filio qui solidum soluit? hoc casu ex *§. si filiusfam.* qui §. est ex Iuliano, vt superiora fere omnia, & esse ex Iuliano docet *d. lex frater,* illo loco, *idque maxime:* hoc igitur casu filius, qui solidum soluit creditori, cuique non sunt cessæ actiones, consequetur officio iudicis familiæ erciscundæ quod creditor à coherede consequi potuisset, vel ex peculio, vel ex verso in rem patris, vel quod iussu, *d. §. si filiusfamil.* sed quid dicemus si nondum soluerit filius solidum? hoc casu officio iudicis familiæ erciscundæ re integra, id est, nondum soluta pecunia, hoc consequetur, vt coheredes ei caueant de indemnitate, interpositis cautionib. id est, vt promittant se soluturos pro sua parte, si creditor peculiaris ab eo solidum exegerit, vel etiam omissa hac cautione, officio eiusdem iudicis familiæ erciscundæ, si filius sit obligatus iussu patris, percipit ex bonis patris omne debitum: quia etiam omne debuit pater actione quod iussu, & conuentus in solidum creditori soluet. ait, *si in rem patris,* præcipiet omne quod versum est in rem patris. reliqua bona diuidentur. vel si nec iussu patris contraxerit, nec in rem patris versum sit, præcipiet quod in peculio erit pro modo debiti: nam si plus fuerit in peculio quam in debito, id quod pluris fuerit non præcipiet, & hæc est sententia leg. *20. §. si filiusfamil. hoc tit.* qui ad hunc tractatum pertinet. His cognitis veniamus ad leg. *frater.* Species est: duo sunt fratres in eiusdem patris potestate Primus & Secundus. Primus à Secundo mutua decem accepit ex causa peculiari, quia scilicet cum singuli peculium haberent sibi à patre concessum, Secundus Primo ex peculio suo 10. mutua dedit. ea decem Primus patri suo mox debere cœpit naturaliter, quia per Secundũ qui mutua decem dedit Primo, patri confestim acquisita est obligatio peculiaris. Primus ergo debet patri ea decem. mortuus est pater, & duo fratres Primus & Secundus heredes extiterunt ex æquis partibus. quæro cui nunc Primus ea decem quę debuit patri, debeat: sane debet ea pro parte sibi ipsi, id est, pro parte Primi confusa est obligatio, quia cum ipse debitor esset, pro ea parte successit patri, pro altera autem parte Secundo fratri suo debet quinque, & huic debet vtiliter & efficaciter: nam quoties debitor creditori ex parte heres existit, ex parte quidem eius consumitur obligatio, ex parte coheredis manet. Ergo in hac specie Primus debet tantum quinque fratri suo. at Primus errans Secundo fratri suo soluit integra decem. quæritur an totius summæ condictionem habeat quasi indebitæ. respondet pro sua parte vtique eum condictionem, siue repetitionem habere. vtique, id est, omnino & indistincte & certissime: quia pro sua parte constat ratione confusionis sublatam esse obligationem, quod pro ea parte debitor & creditor heres extiterit, id est, quod pro ea parte idem sit debitor & creditor. Igitur pro parte sua Primum repetiturum certum est, scilicet quinque repetiturum pro sua parte. de parte Secundi quæritur. In Secundo ita distinguendum est: aut ex peculio Primi pars dimidia peruenit ad Secundum, puta quia diuiserunt peculia inter se, vt cetera bona paterna cum succederent ex æquo. aut ex peculio Primi nihil peruenit ad Secundum, vel quia totum peculium prælegatum est Primo: Si ex peculio Primi nihil peruenit ad Secundum, id est, si prælegatum est peculium Primo, hoc casu pro parte Secundi manet obligatio peculiaris, quia in eam partem successit creditori, id est, patri: & inuenitur Secundus esse creditor tantũ, id est, successor creditoris in partem dimidiam. qua ratione etiam Secũdus ex peculio Primo prælegato potest hoc debitum deducere, hoc est, eo minus Primo præstare ex peculio. Denique potest deducere quinque quæ sibi debentur, reliquum peculium Primo cui prælegatum est, præstare. Ergo etsi Primus vltro soluerit quinque Secundo, retentionem habebit Secundus, repetitionem non habebit Primus, quia natura debitum soluit, vel si Primus soluit integra decem, repetet quinque, quia pro sua parte confusa est obligatio, alia quinque non repetet, sed ea retinebit Secundus quasi natura debita. Sequitur altera pars distinctionis. Si ex peculio pars dimidia peruenerit ad Secundum, vt quia diuisum est peculium inter fratres cum cæteris bonis paternis, hoc casu pro parte Primi, ita etiam pro parte Secundi tollitur obligatio peculiaris confusionis ratione, quia & pro sua parte Secundus hoc casu inuenitur esse debitor & creditor: creditor, quia succedit creditori, id est, patri; debitor, quia successit in peculium. Ergo debet onus peculii agnoscere pro parte sua, quod probat argumento quod est tale. si Primus extraneo creditori peculiari deberet decem, post mortem patris æqualiter diuiso peculio inter Primum & Secundum, fratris creditor ille posset partem petere à Primo, partem à Secundo actione de peculio, qua tenebatur pater: posset etiam à Primo solidum petere cum quo contraxit actione directa, & ciuili: ex ipso contractu solidum solueret, partem reciperet à Secundo actione familiæ erciscundæ, quod solidum soluendo liberasset Secundum pro sua parte hac actione de peculio, vel re integra, id est, nondum soluta pecunia solida creditori, eodem iudicio familiæ erciscundæ à Secundo fratre suo cautionem de indemnitate exigeret, quod exposui latius in eo quod proponendum esse dixi supra. Denique Secundus Primum defendere cogeretur aduersus extraneum creditorem peculiarem pro rata & pro parte peculii quæ ad eum peruenit. Ergo multo magis Primum defendere debet aduersus seipsum, videlicet vt cum peculio successerit in partem debiti peculiaris, partem neque deducat, neque retineat. proinde hoc casu non tantum pro parte Primi confusa est obligatio acquisitione hereditatis patris, sed etiam confusa est pro parte Secundi, peculii obuentione, & totius summæ condictio Primo competit. Hæc est sententia leg. *frater à fratre.* Summa est stultitia eorum qui initio huius legis negationem addunt, & ita legunt: *re-*

spondit non repetiturum, cum sit legendum, *repetiturum*. non agnoscunt confusione sublatam esse obligationem naturalem, quod communis sensus docet satis. non agnoscunt vnum horum articulorum *vtique* & *ita*, quibus significatur Primum qui soluit decem, pro parte sua vtique repetiturum. vtique, id est, omnino, indubitanter, pro parte Secundi. *non vtique repetiturum*: sed ita, si non minus ex peculio ex parte ad Secundũ peruenisset, id est, non minorẽ partem Secundus ex peculio tulisset, quam ex cæteris bonis paternis: non si nihil tulisset Secundus ex peculio, vt si fuisset prælegatum peculium Primo, pro parte Secundi manet obligatio, & deducet pro parte sua debitum peculiare. Nunc legamus verba: *mutuatur*] ex peculio scilicet: *vtique.*] id est, certo. *Exstiterit*] Secundus. *ita repetiturum*] pro sua parte scilicet, *ad fratrem peruenisset,*] id est, si Secundus partem dimidiam peculii accepisset: confusa est obligatio peculii acquisitione. *exactum esset*] solidum scilicet. Igitur summa legis hæc est: fratrem, qui à fratre accepit mutuam pecuniam cum essent ambo in eiusdem patris potestate, ex peculio soluentem post mortem patris, totam summam repetere quasi indebitam, si fratris peculium inter se diuiserint. Nam pro parte eius qui soluit, confusa est obligatio acquisitione hereditatis eius qui soluit, pro parte autem eius cui solutum est, confusa est acquisitione peculii: nam vterque inuenitur esse in sua parte debitor & creditor peculiaris, quod neque lex, neque natura patitur: sed si non sit diuisum peculiũ inter eos, id est, si ei, qui soluit, prælegatũ est, pro sua parte condictionẽ habet, pro parte fratris manet obligatio naturalis siue peculiaris, & ideo pro ea parte non habet repetitionem. In hac lege 18. constituit Iurisconsultus se dixisse antea in actionẽ familiæ erciscundæ coheredem deducere sumptus, quos fecit in rem hereditariam, & sumptuum vsuras, & quod in solidum soluit creditoribus peculiaribus, vel hereditariis, cum soluere cogeretur solidum, vt exprimitur in *l.* superiore. Ita è contrario nunc dicit in *l. 10.* in hoc iudicium deduci quod coheres percepit ex re hereditaria, id est, ex hereditate, vel quod stipulatus est. æquum est vt in hoc iudicium veniant non tantum commoda, sed etiam incommoda. Igitur si quid perceperit, vel stipulatus sit, deducetur in hoc iudicium, conferetur autem mutuis reputationibus, id est, compensationibus & deductionibus. Græci interpretantur δι' ἀντιπαλόγου ἀντίλογον id est, compensatio. Theoph. in §. *in bonæ fidei. Instit. de act.* Sic sumitur hoc verbum in *l. 5. inf. de fideiuss. tutor.* & *l. 1. §. præterea, de contr. act. tutel. l. si merces §. si vicino, loc.* Igitur si quid coheredes perceperint ex rebus communibus, id inter se pensabunt, vel communicabunt, interpositis cautionibus officio iudicis: vt si quid coheres emerit ex pecunia hereditaria, id communicabit: videlicet si emerit tanquam coheres & hereditario nomine: nam si emerit suo nomine, licet emerit ex pecunia hereditaria, ea res non est communis, nec communicatur, nisi sint socij omnium bonorum: & ita accipe *l. si quis societatem, inf. pro soc.* alioqui non communicabitur, sed indemnitas cæteris coheredibus præbebitur iudicio familiæ erciscundæ, *l. 4. C. comm. vtr. iud.*

Ad L. XX. Si filia nupta.

Si filia nupta, quæ dotem conferre debuit, per errorem coheredum ita cauit, vt, quod à marito reciperasset, pro partibus hereditariis solueret, nihilominus arbitrum familiæ erciscundæ sic arbitraturum Papinianus scribit, vt, etiamsi constante matrimonio ipsa diem suum obierit, conferatur dos: nam imperitia (inquit) *coheredum, iurisdictionis formam mutare non potuit.*

SPecies quæ proponitur initio legis, est difficilis. Finge: pater moriens intestatus reliquit duos filios, & vnam filiam, quæ nupta erat Lucio Titio, & dotata pecunia patris: defertur eis ab intestato bonorum possessio vnde libe-

A ri: an soror si velit agnoscere & amplecti vna cum fratribus, debebit eis conferre dotem à patre profectam. dotem ipsam nondum potest conferre, quia nupta est, quod dos constante matrimonio est in bonis mariti, neque repeti potest. quomodo igitur conferet dotem? Conferet si tantum remittat in bonis paternis quantum est in dote, *l. 5. C. de collat.* & *Nouella 97. §. vlt.* hoc est, si tanto minus percipiat ex hereditate paterna, quod ita dicimus gallice, *en rapportant sa dot ou moins prenant*: verum an poterit etiam dos conferri cautione? quidni? nam & alia bona ex verbis edicti conferuntur cautione, *l. 1. §. quamuis, de collat. bonor. l. filium §. videamus, de bonor. possess. contra tab.* Igitur debebit ita cauere fratribus, si cautione maluit conferre dotem, se dotem ipsam collaturam fratribus pro
B hereditariis portionibus, vbi eam receperit: vel etiam in diuidenda hereditate se eo minus percepturam ex bonis paternis: at in specie hoc loco proposita soror non ita cauit fratribus de dote conferenda: hoc cauit tantum se quod à marito recuperasset collaturam, & fratres imperitia lapsi, hac cautione fuerunt contenti: errorem dixit initio, deinde imperitiam. ergo errorem iuris: nam imperitia est error iuris, non facti: vnde quæritur qua in re fratres fecerint imperitia: quæ sit hæc imperitia iuris. omnes existimant imperitiam iuris in hoc esse quod fratres exegerint tantum cautionem de dote quam ipsi sororve recuperassent à marito, non etiam de eo quod eius heredes recuperassent: Nam quid fiet si nihil ipsa recuperauerit sed decesserit in matrimonio, an heredes qui deinde recuperant dotem, non fungentur munere collationis? minime, si cautio-
C nem spectas. Nam in eum casum fratres sibi non consulerent, & ideo errauerant in iure, cum vtroque casu ius velit collationem fieri. hæc sententia vitiosa est: primum enim heredes vxoris siue sororis mortuæ in matrimonio non possunt recuperare dotem à marito: itaque nihil de eo opus fuit caueri. deinde etiamsi posset recuperare quæ de se promisit, videtur & de heredibus promisisse, sicut qui stipulatur, vel paciscitur sibi, videtur stipulari vel pacisci heredi suo, *l. si pactum, inf. de probat.* & vero fratres hoc voluerunt, & intellexerunt scilicet recuperare posse dotem ab heredibus sororis, & errauerunt præterea in iure, quia existimauerunt dotem profectitiam, mortua vxore in matrimonio, ab heredibus eius recuperari posse, quod est falsum: nam dos profectitia mortua filia in matrimonio, redit
D ad patrem si superfit, si pater non superfit, manet apud virum, vt hic non supererat pater. manet igitur apud virum, nec potest repeti ab heredibus vxoris Vlp. in *Fragmentis tit. de dotibus;* quod tamen hodie sustulit *Iust. in l. vn. §. illo, de rei vxor. act.* & actio ex stipulatu si de reddenda dote stipulatio interuenerat, siue non. Iustin. fingit interuenisse semper stipulationem, & dat actionem ex stipulatu de dote, actionem rei vxoriæ tollit & transfundit eam in actionem ex stipulatu. Multæ erant olim differentiæ inter actionem ex stipulatu & rei vxoriæ actionem. Vna est, quod ait, rei vxoriæ actionem non transmitti ad heredes vxoris mortuæ in matrimonio, id est, repetitio dotis non competebat heredibus, sed dos remanebat penes maritum. actio ex stipulatu transmittebatur in heredes. Nunc Iustin. licet transfuderit actionem rei vxoriæ in actionem ex stipulatu,
E vult tamen hac in re actionem ex stipulatu suam naturam retinere, vt dos repetatur semper ab heredib⁹ mortua vxore in matrimonio quæ non repetebatur actione rei vxoriæ. Et ita est statuendum in specie huius legis, ideoque errabant fratres qui putabant dotem posse repeti ab heredibus sororis mortuæ in matrimonio. Finge igitur, sororem viuam ex dote nihil recuperasse à marito, sed constante matrimonio è vita decessisse, & ita remansisse dotem apud maritum: iure ipso post mortem sororis, heredes eius sororis agunt cum fratribus famil. ercisc. de hereditate patris filiæ defunctæ, nec tamen conferunt dotem defunctæ cui heredes extiterunt, quia dicunt se dotis eius repetitionem non habere, & in casum tantum repetitionis cauisse defunctam, id est, siue ipsa repeteret, vel heredes sui: ipsa non re-

petiit, heredes sui non possunt repetere. Ergo secundum cautionem non fiet collatio dotis. lex ait hanc imperitiam fratris nihil eis nocere, sed per arbitrum familiæ ercisc. cogendos esse heredes sororis dotem conferre, vt fit in *l. 1. in princ. de collat. dotis*, & eam conferent tanto minus percipiendo ex hereditate patris defuncti. imperitia hæc est imperitia iuris: vulgo dicitur, errorem iuris nocere: at certe error iuris in compendiis & in lucris nocet, in damnis rei suæ amittendæ non nocet, *l. 8. de iuris & facti ignor.* & ideo non nocet fratribus, qui nisi putassent dotem posse repeti etiam ab heredibus, non ita cautionem concepissent, sed cauissent omnino sibi de dote conferenda, siue morte sororis, vel alio modo solueretur matrimonium: sed putarunt hanc actionem posse sufficere, ipsam repetituram, vel heredes eius: qua in re lapsi sunt imperitia: Nam heredibus non datur actio rei vxoriæ, sed quia de damno quæritur, hic error nihil eis nocet, & vt eleganter Pap. dicebat: *Imperitia coheredum non mutat formam iurisdictionis*, id est, rationem conferendæ dotis edicto prætoris propositam. iurisdictionis, id est, edicti de collatione dotis, *l. 2. C. de condit. insert.* in qua ait, in principio, *iurisdictionis originem*, in fine, *edicti perpetui negligi formam*, & intellige eo loco edictum de cautione legatorum & fideicommissorum. §. *si filiusfamilias* expositum in *l. frater à fratre.*

Ad §. Hoc amplius & L. XLVI. & L. LI. Fundus.

Hoc amplius, filiusfamilias heres institutus dotem vxoris suæ præcipiet, nec immerito: quia ipse onera matrimonij sustinet. Integram igitur dotem præcipiet: & cauebit defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possunt conueniri. idem, & si alius dotem dedit, & stipulatus est. nec solum vxoris suæ dotem, sed etiam filij sui vxoris, quasi hoc quoque matrimonij onus ad ipsum spectet: quia filij onera, & nurus ipse agnoscere necesse habet. Præcipere autem non solum patri datam dotem filium oportere, verum, etiam ipsi filio Marcellus scribit: sed filio datam tamdiu, quandiu peculium patitur, vel in rem patris versum sit.

L. 46. Si maritus sub conditione à patre heres institutus sit, interim vxoris de dote actionem pendere. Plane si post mortem soceri diuortium factum sit, quamuis pendente conditione institutionis, dicendum est, præceptioni dotis locum esse: quia mortuo patre, quædam filios sequuntur, etiam antequam fiant heredes: vt matrimonium, vt liberi, vt tutela. igitur & dotē præcipere debet, qui onus matrimonij post mortem patris sustinuit, & ita Scæuolæ quoque nostro visum est.

L. 51. Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familiæ erciscundæ præcipi ita debet, vt ea causa filij fit, in qua futura esset si dos per præceptionem legata fuisset. quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt, habita ratione impensarum. qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, æqualiter ad omnes heredes pertinebunt, & impensarum ratio haberi debet: quia nullus casus interuenire potest qui hoc genus deductionis impediat.

INcipit ab hoc §. tractare de præceptionibus, id est, de iis quæ in diuidenda hereditate præcipua deducuntur priusquam cætera diuidantur: & docet filiumfamil. scriptum heredem ex parte officio iudicis familiæ erciscundæ præcipere integram dotem vxoris suæ. ea in re ita distinguendum est: aut ipsemet filiusfam. dotem vxoris suæ recepit initio nuptiarum, aut pater eius sibi datam à nuru, vel à patre nurus, vel ab extraneo. si patri dos nurus data est, post mortem patris filius eam dotem præcipiet integram, quia post mortem patris solus sustinet onera matrimonij, quæ erant patris, sed mortuo patre in eum transferuntur: æquum est igitur vt & dos eum sequatur, ne vxorem habeat indotatam I. incommodum sine commodo, *l. si dos socero, C. ad l. Falcid. l. 2. C. famil. ercisc.* sed caue-

A re debet coheredibus suis, dum præcipit dotem totam de indemnitate, si forte soluto matrimonio dos ab eis repetatur, *l. 1. §. cautione, C. de rei vxor. act.* vel etiam si hęc cautio sit omissa per errorem I. si non opposita hac cautione filiusfamil. dotem vxoris suæ præceperit, & postea soluatur matrimonium, vxor si dotem repetat à coheredibus pro portionibus hereditariis, & non sint soluendo, æquum erit ei subueniri, & vxori dare actionem vtilem aduersus maritum, quamuis maritus dotem non acceperit, & cum eo contractum non sit, sed pater, cui tantum maritus heres est pro parte: sustinebit tamen vtilem actionem in solidum vt exonerentur coheredes, *l. pater dotem, in fine, de dote præleg.* eadem ratione filiusfamil. præcipit dotem vxoris filij sui I. nurus suę qui scilicet morte patris recidit in eius B potestatem, quia & eius matrimonii onera sustinet, sicut viuus pater vtriusque matrimonii onera sustinebit, id est, matrimonii filiæ & nepotis. Nunc ipse filius sui matrimonii, & filii sui onera sustinet. ergo æquum vt dotem præcipiat. Onera matrimonii hæc sunt, liberi & vxor quos maritus alere, tueri, & curare cogitur. sic accipienda est *l. si is qui Stichum §. post mortem, de iure dot.* ait, *post mortem patris onera matrimonij filium sequuntur, sicut liberi, sicut vxor.* hæc verba sunt exempla onerum matrimonii, & in *l. 46. inf. hoc tit.* adduntur tutelæ quæ sunt onera, scilicet legitimæ, vel fiduciariæ liberorum emancipatorum. His igitur rationibus filiusfam. dotem præcipiet totam, cum & onus totum sustineat matrimonii, vel sui ipsius, vel filii sui: & si forte præcepta dote vxor moriatur in matrimonio, dotis præceptæ retentio erit, nec communicanda erit cohere- C dibus, *l. 2. C. fam. ercisc.* imo mortua vxore, vel diuortio facto, antequam sit acceptum iudicium familiæ erciscundæ, nihilominus est dos præcipienda, quod pertinet ad *l. 46. hoc tit.* quæ explicanda est. Species hæc est: pater qui dotem nurus acceperat, filium suum heredem instituit sub conditione. ergo eum exheredauit in defectum conditionis, alioquin inutile esset testamentum, quæritur, an pendente conditione institutionis heredis possit dotem præcipere. proponit initio hanc sententiam ex Sabino: nam existimo priorem sententiam esse Sabini, ad quem scribit Paulus, quemque postea videtur reprehendere. ergo ait Sabinus pendente conditione pendere actionem de dote vxoris. loquitur de actione familiæ erciscundæ, quod hic titulus exigit. & sane verum est pendere actionem familiæ er- D ciscundæ, cum nondum sit heres. Interim igitur non potest præcipere dotem actione familiæ erciscundæ: sed significat postea Paulus, esse vtilem actionem ad dotem præcipiendam, id est, actionem in factum: nam deficiente conditione institutionis, hic filius dotem præciperet actione vtili, eo quod æquum sit, semper vt ibi sit dos, vbi sunt onera, *l. 1. §. Celsus, de dote præleg.* Ergo cur non datur etiam actio vtilis ad dotem præcipiendam pendente conditione, licet heres nondum sit: nam & antequam heres sit, fert onera, id est, pendente conditione sicut matrimonium, sicut liberi, sicut tutelæ legitimæ & fiduciarię. Ergo interim pręcipiet etiam dotem, non actione familiæ erciscundæ, cum nondum sit heres, sed vtili actione, *d. §. Celsus* præceptioni locum esse per actionem vtilem, & ad hæc omnia pertinet lex *si dos à socero, ad leg. Falc.* hic omitto hanc actio- E nem vtilem ei dari, vt marito, non vt heredi: & ideo esse in factum actionem, non familiæ erciscundæ: alioquin exheredato daretur vtilis familiæ erciscundæ, quod falsum est. Igitur datur ei actio vtilis vt marito, non vt heredi. proinde non vtilis famil. ercisc. sed in factū quę datur ex variis causis, *l. sancimus, C. de sacrosanctis eccles.* male Accurs. leg. 46. ita accepit, vt initio loquatur de diuortio facto viuo patre, postea de diuortio facto mortuo patre, & inquit, diuortio facto viuo patre dotis repetitionem habet vxor aduersus omnes heredes, hoc verum est. Ex heredibus vnus est maritus scriptus sub conditione, interim pendet actio dotis, id est, repetitio dotis, nos accipimus de actione familiæ erciscundæ, alioquin non pertinet lex ad hunc titulum. Deinde ait, interim pendet repetitio dotis, hoc est falsum: nam

poterit repeti à cæteris coheredibus pro parte hereditaria, à marito non poterit repeti. in secundo casu, inquit, non pendet. hoc falsum : nam pendet pro parte mariti, cuius conditio nondum extitit : nam heres obligatur reddendæ doti, non qui dotem præcepit. Igitur & si ante conditionem dotem præcipiat, non ideo obligatur doti reddendæ, *l. si dos socero, ad l. Falcid.* Sententia est : certissimum est, in ponenda ratione legis Falcidiæ ante omnia deducendum esse æs alienum defuncti, *l. in imponenda, C. ad l. Fal.* vnde ea l. ait filio heredi scripto ex asse patri eius eidemque testatori, à nuru datam dotem quasi æs alienum deduci, quia licet dies reddendæ dotis nondum venerit, quia adhuc constat matrimonium, tamen eam pater debet, vel heres patris hanc debebit reddere soluto matrimonio : quod si hic filius habeat coheredem adiectum, vtique filius pro sua parte hereditaria dotem deducet quasi æs alienum. coheres eius ita dotem deducet pro sua parte, si nondum eam integram filius præceperit iudicio familiæ erciscundæ : nam si filius eam integram præcepit, vti potest per arbitrum diuisionis : hoc casu coheres filii pro sola parte nihil deducit, quia cum filius habeat totam dotem, coheres cum effectu non tenetur, id est, soluto matrimonio non conuenitur cum effectu, quia siue sit ei cauendum, siue non, semper ei subuenietur, & vtilis actio dotis dabitur vxori aduersus maritum, licet marito non dederit dotem, sed socero, cui non solus maritus heres extitit, sed & alius adiectus. Igitur hic coheres nihil deducit tota dote præcepta, quia nihil debuit cum effectu, & semper ei subuenietur, *l. pater dotem, in fine de dote praleg.* pertinet & ad eam quæstionem lex *fundus qui dotis, hoc tit.* quæ adiicit de fructibus dotis quid sit statuendum. hæc est species : nurus dedit dotem socero. filius ei heres extitit pro parte. præcepit dotem vxoris suæ officio iudicis famil. erciscundæ : an & fructus dotis venient in hoc iudicium, & ex quo tempore? ait, dote præcepta per arbitrum diuisionis fructus dotis venire, sicut solet venire dote prælegata. dotis prælegatæ fructus veniunt ex die litis contestatæ, *l. 1. C. de vsur. & fruct. legat.* Ergo & dotis præceptæ arbitrio iudicis fam. erciśc. fructus venient post litem contestatam tantum. fructus percepti ante litem contestatam diuidentur æqualiter inter coheredes : nam præceptio illa dotis non plus potest quam prælegatio dotis, & nihil refert siue dotem præcipere iubeatur à iudice, siue à patre. Etiam illud adiicit ea lex *fundus* quod est generale in vtroque casu : siue fructus percepti sint ante litem contestatam, siue post, fructus semper intelligi deductis sumptib. factis fructuum ferendorum, colligendorum, vel conseruandorum causa. i. fructus esse eos qui supersunt deductis sumptib. & nullus casus incidere potest, qui impediat hanc deductionem sumptuum : nam & malæ fidei possessores, vt prædones dum restituunt fructus dominis, deducunt impensas, quas fecerunt in fructibus cogendis, *l. si à domino §. vlt. de pet. hered.* & hæc de dote patri, nunc de dote ipsi filio data. Quæro an filiusf. qui erat in potestate patris, dotem datam ab vxore possit præcipere, mortuo patre. hoc casu ipse filius qui dotem accepit, tenetur in solidum iure ciuili, pater autem eius in cuius erat potestate, in solidum tenetur, si iussu eius filius dotem acceperit, vel tenetur de in rem verso, vel de peculio, *l. si cum dotem §. transgrediamur, sol. mat.* Ergo secundum generalem definitionem §. 1. huius legis & §. *Neratius* per arbitrum familiæ ercisc. filius præcipiet totam dotem ex communi hereditate, quamuis ipse eam acceperit non pater, scilicet si iussu patris eam acceperit, vel si sine iussu patris receperit, id præcipiet, quod versum erit in rem patris, vel si nihil horum interuenerit, præcipiet quantum peculii vires patientur, quia eatenus pater tenebatur nurui etiam dote data filio, non sibi : idque præcipit filius, quia est æs alienum patris. Igitur hæc sit conclusio : debita patris communia sunt onera omnium heredum, licet filius principalis debitor vnus sit ex heredibus, quę demonstrabitur postea in §. *idem scribit.* nota dici in hac *l. tamdiu quamdiu*, pro eatenus quatenus.

Ad §. Si pater.

§. 2. Si pater in filios sine scriptura bona diuisit, & onera aris alieni pro modo possessionum distribuit : non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicij diuisionem, Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conueniant, & vnus placita detrectet, posse cum eo prascriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint : scil. si omnes res diuisa sint.

Sciendum est, donationem à patre in filiosf. collatam non valere, nec morte confirmari, quia lex deficit, quæ censeat morte confirmari huiusmodi donationem. Donatio inter virum & vxorem confirmatur morte ex oratione Seueri. De donatione collata in filiumf. confirmanda morte non fuit lex ante Iustin. hodie ex constitutione Iustiniani confirmatur morte *l. donationes, C. de donat. inter vir. & vx.* ante Iustinianum non confirmabatur, *l. 1. §. 1. pro don. l. 2. §. vlt. pro her.* nunc finge : Pater bona sua inter filios quos habebat in potestate, diuisit sine scriptura, & pro modo portionum singulis datarum, etiam onus æris alieni inter eos distribuit : Ergo inter eos distribuit commoda & incommoda. si dixeris donasse bona, nihil egit pater. nec confirmatur morte. si dixerimus patrem supremi iudicii diuisionem fecisse inter liberos, non est igitur donatio, sed vltima veluti quædam voluntas. Et rata est diuisio inter liberos, licet testamenti iure, vel codicillorum non censeatur: nec enim est testamentum, imo nec codicilli, vltima voluntas est. Varia sunt genera supremæ voluntatis, supremi iudicii diuisio est, ergo suprema voluntas, quæ rata est inter liberos, siue constet scriptura, siue non, quocunque iudicio voluntatis, *l. si cogitatione, C. famil. ercisc.* Cur ergo ponit in hoc §. diuisisse sine scriptura, cum nihil referat an fiat cum scriptura? id ita proponitur, quia Papinianus ex quo hoc traditur, ita ex facto consultus fuerat : nam quod hic traditur, est ex *Pap. 2. responsorum* : hodie tamen diuisio inter liberos exigit scripturam ex *Nouel. 18. cap. 4. & Nouell. 107.* Hæc autem diuisio patris non mutat iura creditorum : nam post mortem patris creditores hereditarij non conuenient filios debitoris pro modo possessionum eis assignatarum, sed pro hereditariis portionibus, id est, pro virilibus, quia patri ab intestato videntur heredes extitisse ex æquis partibus. decessit enim intestatus : sunt igitur heredes legitimi ex æquo, tenere tamen debent diuisionem patris factam ab intestato. & ideo finge, creditores agere pro hereditariis portionibus, singuli heredes parati sunt iniunctum sibi onus æris alieni adimplere in solidum, vnus vult æs alienum sibi iniunctum soluere pro portione hereditaria, quid fiet? hic tenetur cæteris præscriptis verbis quasi ex do vt des, id est, quasi ex permutatione : nam hæc diuisio paterna cui assensi sunt filij, vicē permutationis obtinet, & permutationis factæ sub hac lege, vt quisque certa nomina sibi attributa dissoluat pro solido. Igitur diuisioni parere debent per actionem præscriptis verbis. Quæritur an etiam sit actio familiæ erciscundæ? respondet, minime, si pater nihil indiuisum reliquerit : nam si omnia sunt diuisa, iam de diuisione nihil potest agi. sed si quid pater indiuisum reliquerit, vt diuisioni stetur, agetur etiam iudicio familiæ ercisc. arg. *l. 18. §. sed & cum, sup. h. tit.* Exigimus vt indiuisum aliquid reliquerit reuera : nam indiuisum non videtur omne quod in vnum ex filiis generaliter contulit his verbis : *Ego Titio do decem, catera illi.* hoc modo nihil videtur indiuisum reliquisse. hoc etiam in *l. 32.* id indiuisum non videtur, quod rem vni datam nominatim in diuisione tacite sequitur, vt partus indiuisus non videatur esse, si cui mater data sit, *d. l. 32.* at si quid vere indiuisum reliquerit, erit actio familiæ ercisc. & in eam veniet non tantum hoc, vt indiuisum quod est, diuidatur, sed etiam vt quod diuisum est, non mutetur. Et ideo iudicis erunt partes, vt vnusquisque prædia sibi assignata percipiat, & onus

æris

æris alieni ſibi attributum agnoſcat, reliqua quæ manſerunt diuiſa iudex diuidet ex æquo, *d. l. ſi cogitatione.* Idem probatur *l.* 22. *h. t.* hæc lex quodammodo cohæret noſtro §. & eſt ex libro Papiniani ſecundo reſponſorum: vnde coniectura ducitur certa, id quod traditur ex hoc §. eſſe ex reſponſis Papiniani. in *d. l.* 32. eſt pungendum poſt verbum *diuiſionis*, vt Accurſ. recte animaduertit. *poſt datas actiones*, id eſt, poſt attributa nomina filiis genere diuiſionis, ea quæ ſunt indiuiſa, *ad ſingulos pro hereditaria portione pertinent.* ſup. dixit *actiones*, nunc *res* dicit. Ergo de vtroque debet hoc dici, diuiſiſſe quaſdam res & actiones, quaſdam non diuiſiſſe. Indiuiſas ad ſingulos pertinere pro hereditaria portione. *d. l. ſi cogitatione* ait, *pro virili portione* vtrumque idem eſt, & recte Accurſ. eadem eſt ibi portio virilis quæ hereditaria. ſed male ſubiicit, *quia ibi*, ſed debuit dicere, *quia ibi æqualiter* ab inteſtato heredes extiterunt: nam diuiſio illa patris non eſt teſtamentum, & ita in §. *vlt. Inſt. de inoff. teſtam. pro rata*, id eſt, *pro virili portione*, & in *d. l. ſi cogitatione*, *pro virili* Græci ſic interpretantur, pro rata legitimæ portionis, κατὰ ἀναλογίαν τῶν νομίμων μερῶν, id eſt, *pro rata portionis hereditariæ delatæ lege.* Nam ſi quædam manſerint indiuiſæ, erit etiam actio familiæ erciſc. Quod ſequitur in §. *ſi familiæ*, id expoſui in *l.* 1. *h. t.* actionem famil. erciſc. non poſſe iterari. ſed adiicit, niſi cauſa cognita, id eſt, niſi propter magnam fraudem, vt ſi in diuiſione facta à iudice aliquis deceptus ſit ſupra modum, nam lis reſtituetur, *l.* 8. *C. de collat.* Actio familiæ erciſc. non iteratur. quid ſi arbiter non omnia diuiſerit, an iterabitur? nihil debuit indiuiſum relinquere, *l. heredes inf. h. t.* ſed ſi quid forte indiuiſum reliquerit, non iterabitur hæc actio, ſed erit communi diuidundo. Paulus primo Sententiarum tit. 18.

Ad §. Papinianus.

§. 5. *Papinianus ait, ſi vni ex heredibus onus æris alieni iniungitur circa ſpeciem legati, officio iudicis familiæ erciſc. cognoſcentis ſuſcipere eum id oportere: ſed non vltra dodrantem portionis ſuæ, vt quadrantem illibatum habeat. indemnes igitur coheredes ſuos præſtare cauebit.*

Species eſt: pater aut teſtator vni ex heredib. omne onus æris alieni iniunxit, cæteros leuare voluit ære alieno: hoc præceptum teſtatoris non mutat ius publicum. i. non ideo creditores cum eo agere poſſunt in ſolidum, quẽ teſtator iuſſit omne æs alienum diſſoluere, ſed agent tantum pro hereditariis portionib. ex 12. tab *l. Titia* §. *Titius de leg.* 2. Quæ igitur eſt vis huius præcepti? vt ſc. is qui iuſſus eſt omne æs alienum diſſoluere, caueat coheredib. de indemnitate officio iudicis famil. erciſc. ſi ab eis creditores exigant de refundendo eo, quod ſoluerunt ex ære alieno. & hic quidem debet omne æs alienum ſuſcipere, vel deducere pro modo dodrantis ſuæ portionis: nam Falc. immiuutam habere debet, ſicuti etiam in diuiſione bonorum & æris alieni facta à patre inter liberos omnimodo conſeruanda eſt Falcid. illibata, *l. quoties, l. filij, l. ſi cogitatione, & l. vlt. C. famil. erciſc.* & hoc locum habet, ſi teſtator vni ex heredib. omne æs alienum iniunxit citra ſpeciem legati, quod eſt obſcurum. Ideo ait, citra ſpeciem legati, quia ſi teſtator ab vno ex heredib. puta Titio, creditorib. ſuis legauit omne quod debet eis, quod legatum eſt, valet, *l. ſi creditor, de leg.* 1. hic Titius ſolus tenebitur creditorib. coheredes non tenebuntur, vel ſi conueniantur, defendent ſe exceptione doli. Igitur hic non eſt neceſſe vt Titius caueat de indemnitate, cum ſatis indemnes ſint, quoties citra genus legati vni ex heredib. iniungitur æs alienum, id Acc. explicat male: Poſtremo oſtenditur in hac *l* §. *idem ſcribit*, quomodo debita patris communia ſint onera omnium heredum, licet filius qui eſt vnus ex heredib. ea contraxerit principaliter. Ponitur exemplum in filiof. decurione qui factus eſt decurio voluntate patris. hic ſi viuo patre quædam munera publica ſuſceperit, pater reipublicæ te-

A netur in ſolidum pro filio, quaſi fideiuſſor pro filio, *l.* 2. *inf. ad municip.* & ideo ſi quid in eis muneribus reliquatus ſit filius, id pater debet in ſolidum, debet & filius principaliter, pater quaſi fideiuſſor. Ideoque poſt mortem patris filius præcipiet id quod reliquatus in eis muneribus. ſic Florentiæ & libris Baſilic. ὑπὲρ ὧν ἐλοιπάδη τῇ πόλει, quia in id quod reliquatus eſt filius pater reipub. tenebatur. legitur, *reliquatus*, antea male, *obligatus*. ſecus eſt ſi non viuo patre, ſed poſt eius mortem filiusfamil. quædam munera publica ſuſceperit: nam ſi quid reliquetur in eis muneribus, eo nomine ſolus tenebitur, pater non tenebitur, nec heredes patris: & ideo reliquatio illa non præcipietur ex communi hereditate, *l. Lucius* §. *hoc reſponſum, inf ad municip. l.* 3 §. *vlt. & l ſi filium, inf. de muner. & honor.* Addatur *l. ex parte* §. *filius, hoc tit.* cuius ſpecies eſt: Pater ha-

B bet duos filios. viuus pater pro vno geſſit munera quædam ciuilia, pro altero munera nulla geſſit, ſed poſt mortem patris alter quædam munera ciuilia ſuſcepit, & reliquatus eſt reipub. vult reipublicæ ſolui ex communi hereditate, & vtitur hac ratione: munera quæ tu frater geſſiſti, pater agnouit eaque geſſit pro te. volo etiam munera quæ ipſe geſſi onerare paternam ſiue communem hereditatem. Reſpondetur: eum non audiri, quia contraxit æs alienum poſt mortem patris: Et poſſunt eſſe in hac re diſparis conditionis fratres, niſi ſunt ſocii omnium bonorum, id eſt, niſi non tantum habeant communem hereditatem, ſed etiam contraxerint inter ſe ſocietatem vniuerſorum bonorum tam præſentium quam futurorum. tunc debent omnia lucra & damna communicare ex ſocietate voluntaria.

C Differentiam facit inter ſocietatem voluntariam, & neceſſariam. Conſequenter his quæ dixi addenda eſt hæc exceptio, filium non præcipere ex communi hereditate, quod debet reipublicæ, ſi munus ſuſcepit poſt mortem patris, niſi pater eum viuus nominauerit: nam etſi munus poſtea ad quod eum viuus pater nominauerat, gerere cœperit poſt mortem patris, id quod eo nomine debebit reipublicæ præcipiet ex hereditate communi, quod oſtenditur propoſita hac ſpecie in §. *Neratius*. Pater apud acta publica nominauit filium agonothetam, id eſt, præſidem certaminis cuiuſdam, vt in *l.* 7. *de pollicit.* Deinde pater promiſit apud acta filium ſuſcepturum agonotheſiam, & priuſquam ſuſciperet filius, deceſſit pater. filius hoc munus geſſit, & ſumptus plurimos fecit, quia qui præſidebat certamini, præmia

D dabat certantibus de ſuo. Quæritur an hos ſumptus præcipere poſſit ex communi hereditate. Reſpondet, poſſe, quia pater eo nomine fuit obligatus. denique debita patris ſunt onera communia omnium heredum, licet filius, qui eſt vnus ex heredibus ſit debitor principalis, *l.* 1. §. *nec caſtrenſe, de collat. bono. l.* 1. *C. de peric. ſucceſſ. par. lib.* 10. Quidam male vulgo trahunt ad viaticulum, id eſt, quod miniſtratur adoleſcenti ſtudiorum cauſa. id pater ſi ſubminiſtrauerit pietatis officio functus, non computabitur in portionem hereditariam filii, *l.* 50. *inf. hoc. tit.* ſed poſt mortem patris, ſi quid filius impenderit in ſcholis, an id erit oneri fratribus? minime. & ita Bartolus ſenſit recte: quia pater nihil debuit. Itaque poſt mortem patris ſumptus faciet de ſuo, niſi forte pater debuit, vt ſi filium dederit in diſciplinam, & præceptori cauerit certam pecuniam

E in certum tempus, eam pecuniam pater debuit. Igitur erit oneri omnibus heredibus, alioqui non erit: dicitur in hac *l.* §. *Neratius* profeſſum eſſe apud acta, quod impendiſſet in præmia certantium *nulla actione idem conſequi poſſe*: ea dictio, *idem*, diuidenda eſt, in *id*, & *em*, em, pro *eum* veteres dicebant. Feſtus, & *l* 39 *de ſtatu liber. l ſi totam, inf. de adquir. hered. em* pro *eam*, *ſi totam em partem*, id eſt, totam eam partem in fraudem legis.

Ad §. vlt. Idem Papinianus.

§. 8. *Idem Papinianus ſcribit, ſi maritus alterum ex heredibus onus dotis ſoluendæ, quæ in ſtipulationem venit, ſuſcipere iuſſit, & mulier aduerſus vtrumque dirigat dotis peti-*

tionem, coheredem esse defendendum ab eo, qui suscipere onus iussus est. Sed legata quæ ab vtroque pro dote data, electa dote retinentur, in compendio coheredis esse, qui debito leuatur, non oportet. videlicet vt coheres, qui onus æris alieni suscepit, officio iudicis legatum consequatur, & verum est hoc, nisi aliud testator edixit.

CErtum est, diuortio facto mulieri dari repetitionem dotis. At finge: post diuortium vir nondum restituta dote, moriens duos heredes scripsit, & vni ex heredib. iniunxit onus soluendæ totius dotis, officio iudicis famil. ercisc. vt generaliter dictum est in §. *Papinianus, sup.* is, cui iniunxit onus dotis soluendæ, coheredi præstare debet cautionem defensionis aduersus mulierem, cui in vtrumque heredem ipso iure pro hereditariis portionib. competit actio ex stipulatu de reddenda dote. dico *actio ex stipulatu*, quoniam ait, testatorem vni ex heredib. iniunxisse onus restituendæ dotis, quæ in stipulatum venerat, & ita in hoc §. *amplius, sup. cauebit*, inquit, *defensum iri*, &c. Ex quibus locis tentari potest, in heredes mariti non dari actionem rei vxoriæ, sicut & mulieris heredibus non dabatur, vt dixi initio huius l. actio tamen ex stipulatu dabatur heredibus, & in heredes: actio rei vxoriæ erat inter coniuges tantum. Boëtius in Trop. Ciceronis: *iudicium*, inquit, *rei vxoriæ est quoties de dote controuersia est inter virum & vxorem*, & Suidas in verbo ῥευσωρία, quod est res vxoria, παρὰ ῥωμαίοις ἡ μετὰ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἀλληλοκληρονομία. ῥευσωρία, quod formauit male, pro, *res vxoria*, res apud Romanos est inter virum & vxorem mutua successio. debuit dicere, mutua contentio de dote. Vterque auctor dicit, hoc iudicium esse inter virum & vxorem. actio ex stipulatu competebat etiam heredibus & in heredes. In hac specie, erat actio ex stipulatu, & ideo ea tenebantur heredes mariti pro hereditariis portionibus: at finge, testatorem duobus heredib. scriptis ab vno iussisse dotem integram solui, quæ venerat in stipulatum, ab vtroque mulieri legatum reliquisse pro dote, vt scilicet eligeret vtrum mallet, legatum, an dotem: nec frustra adiecit, se mulieri legare pro dote: nam hoc non adiecto mulier vtrumque consequeretur, legatum actione ex testamento, quod non est nominatim relictum pro dote, & dotem actione ex stipulatu, quod non ita procedebat in actione rei vxoriæ: nam in actione rei vxoriæ etiamsi maritus legato vxori legato non adiecisset pro dote, alterutro mulierem contentam esse oportebat ex edicto Prætoris, quod dicitur de alterutro, de quo in *l. vn. §. sciendum, de rei vx. act. l. vlt. C. Theod. de testam. l. 6. quando dies leg.* sed in specie proposita cum esset actio ex stipulatu, necesse fuit legato adiici *pro dote*, quo adiecto efficitur, vt & alterutro mulierem contentam esse oporteat: proinde mulier exegit dotem. Inde quæritur relicta dote, vtrum legatum relictum pro dote vtriusque heredis lucro cedat, cum sit relictum ab vtroque: an ei potius cedat legatum qui sustinet onus reddendæ dotis, cum legatum illud pro dote relictum proponatur nominatim: & hoc magis probat Papinianus, qui definit, ad officium iudicis familiæ erciscundæ pertinere, vt solidum legatum retineat, qui de sua portione solidam dotem soluit, nisi aliud testator cauerit. Deinde adiicitur in §. *vlt. & l. 21.* finge: duos heredes scripsit, Primum & Secundum, idemque Stichum seruum suum liberum esse iussit sub conditione si Primo decem daret: hic Stichus est statuliber quoniam statuta est ei libertas in conditionem, nec fit liber, nisi prius dederit decem: porro ea decem potest dare de peculio suo, id est, implere potest conditionem statutæ libertatis de peculio suo. Id quod receptum est, *l. 3. §. cum igitur, & l. 13. §. 1. de statulib. l. 3. §. vlt. inf de condict. caus. data.* id receptum est, & probatur, quamuis ratio videatur aliud suadere, quod scilicet peculium apud eum non remaneat qui est manumissus testamento: data libertate testamento non videtur concessum peculium: potest tamen de peculio conditionem datę libertatis implere, & in ea re est differentia inter manumissionem,

A quę fit testamento, & eam quę fit vindicta inter viuos: nam qui manumittit testamento, non videtur concedere peculium, nisi nominatim concedat qui manumittit: inter viuos videtur concedere peculium, § *peculium, Inst. de leg.* vnde pendet explicatio legis, *cum dominus, de pecul. leg.* quam Acc. male explicat: Nam putat esse huius l. sententiam, ea quæ dominus manumittendo seruum inter viuos exemit, peculio seruo concesso non videri concessa, quod est stultum dicere: nam perinde est, ac si diceret, quæ non concessit, non videtur concessisse. longe est alia sententia huius l. ea quæ seruus de peculio subtraxit, adempto peculio non videri concessa. Species hæc est: dominus volens manumittere seruum inter viuos, iussit à seruo edi peculij professionem, id est, describi res peculiares omnes, & ita reddi
B rationem peculij. seruus edidit descriptionem quandam peculij, eamque domino obtulit. dominus existimans eum retulisse omnes res peculiares in inuentarium illud, cum tamen seruus non omnes retulisset, & quasdam suppressisset, postea seruum manumisit, quasi reddito sibi peculio. quæritur an videantur tacite seruo concessa quæ seruus peculij inuentario subtraxit. i. quæ non est professus in descriptione? posset dici, eas res videri tacite concessas, quia dominus fuit contentus illa descriptione peculij: respondit tamen, non videri res concessas quas dolo malo dominum celauit, & ideo eas etiam res manumissum non sequi: nam qui iussit peculium reddi, iussit omne peculium reddi ex bona fide. sed hoc in manumissione inter viuos: nam manumisso testamento non videtur tacite dari peculium testamento, nisi detur nominatim: potest tamen conditionem liberta-
C tis implere de peculio, vt si liber esse iussus sit, *si decem dederit*, potest ea decem dare de peculio. quęritur, si vnus ex heredib. decem ea acceperit à statulibero de peculio conditionis implendę causa, an veniant in actionem famil. erciscundæ? videntur venire, quia sunt ex hereditate: est enim ex peculio quod remanet in hereditate, nec manumissum sequitur: qua de causa ea pecunia imputatur heredi in Falcidiam, *l. id autem, inf. ad l. Fal.* quia peculiaris pecunia hereditaria pecunia est, cum peculium manumissum non sequatur, sed in hereditate remaneat. eadem etiam ratione pecunia venit in petitionem hereditatis, quæ proponitur in *l. nec vllam §. plane si accepta, sup. de pet. hered.* quomodo venit in petitionē hereditatis? vt si heres sit scriptus, & seruus etiam liber esse testamento iussus sit, si dederit
D heredi decem: nam si dederit decem de peculio, & postea petatur hereditas ab herede scripto, puta querela inofficiosi testamenti, vel si sit hereditas liberti, & petatur à patrono prętерito bonorum possessio contra tab. liberti, in petitionem hereditatis veniet pecunia data à statulibero, quia pecunia hereditaria est. eadem quoque ratione restituitur ea pecunia ex Trebell. *l. quod statuliber, de mort. causa donat.* eadem ratione eam pecuniam non potest capere vltra modum legitimum, qui ex bonis defuncti solidum capere non potest, quia ea pecunia videtur esse ex bonis defuncti. *l. quod conditionis §. 1. de mort. causa donat.* Hæc cum ita sint, cur etiam ea pecunia non veniet in cautionem famil. erciscundæ? hæc est dubitandi ratio. Respondet tamen in contrarium Iurisconsultus, hanc pecuniam non venire in actionem famil. ercisc. ratio decidendi est. si ea pe-
E cunia venit in actionem famil. ercisc. aut venit vt percipiatur, aut vt diuidatur: non potest venire vt percipiatur, quia eam iam heres sibi datam à statulibero habet: non potest etiam venire vt diuidatur, quia solidum habere vnum heredem defunctus voluit, acceptum à statulibero, & addit *l. 21.* id etiam non venire in actionem communi diuidundo, quæ solet concurrere cum actione famil. ercisc. in reb. communibus, *l. inter coheredes, h tit.* cæterum ea pecunia non est communis, quia defunctus voluit esse propriam vnius heredis, & ait, *nec communicari debere. hic commun.* significat venire in diuisionem, vt in *l. 7. h t. sup.*

Ad L. XXII. Item Labeo, & L. XXVII. Lucius.

L. 22. Item Labeo scribit, si vnus heredum thesaurum

relictum à testatore effodit, familia erciscundæ iudicio eum teneri, etsi cum extraneo conscio partitus sit.

§. 1. Familiæ erciscundæ iudex ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit vnius rei præceptio relicta (vbi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, vt pluribus adiudicetur) vel si certam partem vnicuique coheredum adsignet: sed potest etiam, licitatione admissa, vni rem adiudicare.

§. 2. Sed & regionibus diuisum fundum posse adiudicare secundum diuisionem, nemo dubitauerit.

§. 3. Sed etiam, cum adiudicat, poterit imponere aliquam seruitutem, vt alium alij seruum faciat ex iis, quos adiudicat. sed si pure alij adiudicauerit fundum: alium adiudicando, amplius seruitutem imponere non poterit.

IN hac l. ostenditur, in hanc actionem venire thesaurum defossum à defuncto, quem vnus ex heredibus effodit. nec mirum, quia est ex hereditate, & minus dicetur proprie thesaurus cum eius memoria extet, cumque dominum habeat. Thesaurus est qui dominum non habet: Thesaurus est qui dominum obliuione amisit. Igitur venit in hereditatem, & actionem famil. ercisc. idque certum esse ait hæc *l.* etiamsi vnus heres eum thesaurum cum extraneo indice, & conscio defossi thesauri, partitus sit, id est, etsi ex thesauro suam tantum partem habeat, tamen totus thesaurus deducetur in actionem famil. ercisc. Cui sententiæ Accurs. opponit *l. Lucius, inf. hoc tit.* Species eius legis est: duo sunt fratres qui patri heredes extiterunt, & cum essent adulti, curatores acceperunt. post mortem patris curatores nondum diuisa hereditate ex reditib. prædiorum hereditariorum redactas pecunias singulis quotannis subministrauerunt. ait ex reditib. redactas. recte: nam reditus à redigendo dicitur, & ideo dicitur *redactus* in *l. defuncta, sup. de vsufr.* Igitur curatores ex redactu prædiorum fratrib. pecunias subministrauerunt in vsus necessarios. postea diuiserunt inter eos omnem hereditatem paternam: de diuisione hereditatis non quæritur hac l. quia probe eam fecerunt curatores inter eos, sed de diuisione & subministratione pecuniarum redactarum ex reditu ante diuisionem hereditatis, quæritur, quod negetur eas pecunias ex æquo singulis subministrasse, quod allegetur eos plus vni numerasse quam alteri. sane curatores tenentur actione negotiorum gestorum ei qui minus accepit: videamus etiam, an is qui plus accepit ei teneatur qui minus accepit actione sc. famil. ercisc. alioquin hæc l. nihil pertinebit ad hunc tit. quæ quidem actio famil. ercisc. si diuisio redituum non probe facta sit inter coheredes, sed vnus plus acceperit quam alter, alteri tenebitur famil. erciscundæ. si dicatur non plene facta, id est, si diuisio facta vel à defuncto, vel ab heredibus sine iudice, vel à curatoribus coheredum, & dicatur non plene aut non probe facta, erit actio famil. ercisc. *l. 1. & l. si cogitatione, C. famil. ercisc.* Igitur si subministratio redituum non bene sit facta, licet prædiorum diuisio sit facta, supererit actio famil. ercisc. nam hæc subministratio redituum, diuisio quædam est. & sane si vnus ex fratrib. ex reditu plus debita parte acceperit, locus est actioni famil. ercisc. vt exæquentur. Sed si plus sua parte non acceperit, minus autem alter acceperit curatorum fraude, quoniam vni integram partem præstiterunt, alteri non integram, huic in coheredem non est actio famil. ercisc. qui non habet plus sua parte. Idem erit si alimenta adolescentib. decreta à Prætore curatores non probe subministrauerint, vt si vni debitam partem subministrauerint, alteri minus debita sua parte: hic in curatores habebit actionem negotiorum gest. in coheredem, non habebit famil. ercisc. cum coheres plus sua parte non acceperit. Male Acc. in ea l. ponit, patrem vixisse, repugnant verba l. *pro hereditaria portione.* nec repugnat quod ait Acc. alioquin, inquit, frustra poneret de emancipatione: nam in lib. responsorum dum facta recitantur, multa ponuntur frustra. Est autem ea l. *Lucius* ex lib. responsorum. Sunt etiam cætera Acc. vitiosa, imo eam huic legi conciliare nequit, in cuius specie, is qui suam partem tantum habet, tenetur famil. ercisc. in *l. Lucius,* is qui suam tantum partem habet, non tenetur famil. ercisc. Separatio hæc est. In specie huius l. is qui suam tantum partem habet, fraudauit sua parte, dum eam transtulit in extraneum iudicem, & conscium defossi thesauri. In specie *l. Lucius,* coheres coheredem non fraudauit sua parte, sed curator: actio igitur est cum curatore, non cum coherede qui suam tantum partem habet, quique coheredem sua parte non fraudauit. Acc. solutiones omnes damnandæ sunt. Post hæc, additur in hac l. de adiudicationibus, iudicem in hoc iudicio familiæ ercisc. posse adiudicare eandem rem pluribus pro diuiso, assignata cuique sua parte: potest etiam pluribus assignare eundem fundum pro indiuiso, quod mirum est, cum sit iudex diuisionis. non probe igitur pro indiuiso adiudicat. hoc plerumque facit ex necessitate, vt cum idem fundus duobus est prælegatus, hunc fundum non potest tunc diuidere inter collegatarios, quia non est iudex communi diuidundo, & vltra id quod in iudicium deductum est, excedere & procedere iudex non potest, *l. vt fundus, tit. seq.* Igitur necesse est vt fundum adiudicet pro indiuiso. potest etiam iudex iudicio vni adiudicare totum fundum admissa licitatione: nam adiudicabit totum fundum ei qui pretio vicerit. poterit etiam iudex fundum diuisum regionib. adiudicare, inquit Acc. secundum diuisionem à testatore factam. male: rectius Græci, secundum diuisionem, id est, fundum regionib. diuisum potest adiudicare vti est, id est, secundum diuisionem naturalem. Sententia est, fundo eodem naturaliter diuiso regionibus, quæ vocant climata, puta diuiso in vineam, & oliuetum, iudicem posse vni vineam, alteri oliuetum adiudicare, secundum quod fundus naturaliter diuisus est, *§. si familiæ. Inst. de off. iud.* & cum eum fundum adiudicat secundum regiones, videtur duos fundos facere. qua de causa potest seruitutem imponere, i. aliam regionem alij seruam facere iure exigente, & vtilitate coheredum. Itaque seruitus constitui potest in adiudicando, *l. 7. §. 1. tit. seq.* vnde obstat *l. sicut §. sed si quæratur, sup. si seru. vind.* quæ ait, seruitutem non debere constitui à iudice, sed eam quæ est declarari. loquitur de iudice confessoriæ actionis. hic non constituit seruitutem, sed eam quæ est declarat, sicut iudex rei vindicationis dominium non addicit, sed cuius sit declarat. non loquitur de iudice famil. ercisc. hic dominium addicit per adiudicationem, & seruitutem imponit nouam, sed eam debet ponere in adiudicando, id est, in ipso articulo quo adiudicat: nam si post adiudicationem factam pure, optimo iure, alii alium fundum adiudicet, non potest eum fundum, quem adiudicauit pure, seruum facere eius, quem adiudicauit alii: quia semel coheres in eo optimum ius adquisiuit: sicut etiam venditor in tradendo potest seruitutem imponere & legem facere traditioni, post traditionem non item. *§. famil.* explicui in *l. 1. fin. regund.*

Ad §. vlt. l. 23. & L. XXIV.

§. 5. Papinianus de re, quæ apud hostes est, Marcellum reprehendit, quod non putat præstationes eius rei venire in familiæ erciscundæ iudicium, quæ apud hostes est: quid enim impedimentum est, rei præstationem venire, cum & ipsa veniat.

l. 23. Propter spem postliminij? scilicet cum cautione: quia possunt non reuerti nisi si tantū æstimatus sit dubius euentus.

l. 24. Sed & eius rei, quæ in rebus humanis esse desiit, veniunt præstationes, & ego Papiniano consentio.

§. 1. Familiæ erciscundæ iudicium & inter bonorum possessores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano Senatusc. & cæteros honorarios successores locum habet.

AIt in hoc §. Pap. *quod non putat præstationes eius rei venire,* id est, intributiones: & adiicitur in *l. 23 quia possunt non reuerti.* Et in l. 24. aliud ponitur argumentum: legendum est, *in præstationes,* non, *inter præstationes.* ait, *veniunt, &c.* Papiniani sententia est, in actionem famil.

ercisc. venire rem quæ est apud hostes propter spem postliminii, vt seruum hereditarium qui est apud hostes, quia potest reuerti postliminio seruus, *l. vlt. de capt. & postl.* si res quæ est apud hostes venit in hoc iudicium, adiudicari igitur potest: nam quæ veniunt in hanc actionem & adiudicari possunt, *l. 12. in princ. & §. 1 sup.* Eadem spes postliminii facit, vt seruus qui est apud hostes legari possit, *l. 9. l. seruus ab hostibus 98. de leg. 1.* nam & quasi omen victoriæ accipitur de testatoris verbis, qui rem quæ est apud hostes legat, vel de iudicis verbis qui rem quæ est apud hostes adiudicat. Eadem ratione res, quæ est apud hostes, vendi potest, & in stipulatum deduci, *l. vlt. de act. empt. l. qui res §. vlt. de solut.* arbitror & ad hæc quæ scribit Vlp. in hac *l. 23.* de re quæ est apud hostes in actionem famil. ercisc. deducenda, adiecisse quod ex eodem Vlp. lib. adiicitur *l. serui qui apud hostes, ad leg. Falcid. & l. si serui, de man. test.* seruis qui sunt apud hostes dari libertatem posse, licet neque testamenti tempore, neque mortis tempore sint in potestate: nam & simul eis hereditas dari potest, id est, liberi & heredes scribi possunt, *d. l. seru. ab hostibus.* virtus populi Romani facit, vt qui sunt apud hostes pro præsentibus habeantur quasi certa spe victoriæ, certa spe postliminii: qua de causa serui reuersi videntur postliminio qui reuersi sunt post mortem domini nondum adita hereditate, licet neque mortis, neque testamenti tempore in bonis fuerint, nec redierint in potestatem domini, quod iaceret hereditas. Et quod attinet ad legem Falcidiam, augent hereditatem, *d. l. serui qui apud hostes.* sed videamus arbitrio iudicis famil. ercisc. quemadmodum adiudicetur seruus qui est apud hostes: & ait, eum semper adiudicari cum cautione, *quia potest non reuerti*, i. potest mori apud hostes. Igitur si seruus qui est apud hostes vni ex heredibus sit adiudicatus pro 20. is stipulabitur de cæteris coheredib. hoc modo: indemnem me præstabitis, si seruus adiudicatus mihi, moriatur apud hostes. & mortuo ibi seruo coheredes secundum cautionem indemnem eum præstabunt. quomodo? omnibus portionib. denuo ad æqualitatem redactis, quasi eo minus fuerit in hereditate quanto æstimatus fuerat seruus qui in captiuitate decessit, nisi tantum æstimatus sit dubius euentus: vult dicere, æstimato tantum dubio euentu, eam cautionem non præstari ei cui adiudicatur res quæ est apud hostes: quod ita declaro. finge: seruus qui erat apud hostes, dignus erat 20. adiudicatus est pro decem propter incertum postliminii. vilius est æstimatus propter incertum reditionis, atque ita paruo æstimatum eum seruum quidam ex coheredib. accepit pro 10. arbitrio famil. ercisc. videtur in se suscepisse omnem euentum: Et ideo ei non est cauendum de indemnitate si ibi moriatur seruus: nam etiamsi ibi moriatur, semper videbitur accepisse 10. qui & eo reuerso lucrifecisset alia decem. Igitur multum interest seruus ipse æstimetur, an incertus euentus: nam seruo æstimato, coheredes debent præstare indemnitatem ei cui adiudicatus est seruus. incerto tantum fortunæ æstimato, non præstant ei indemnitatem: nam ipse subiit eam aleam. & sic etiam in iure nostro in aliis causis interest, vtrum res ipsa spectetur, an fortuna, vt in mutuo fideicommisso, in mutua substitutione precaria, quoties duo heredes inuicem rogantur si sine liberis decesserint, superstiti restituere suam portionem: nam si nondum susceptis liberis paciscantur de fideicommisso præter voluntatem testatoris, nihil agunt, Paul. *4. Sent. tit. 1.* nam si conditionis incertum tantum spectauerint, idque conuentione finierint, rata est conuentio, *l. 1. C. de pact. l. cum proponas, C. eod. l. de fideicom. C. de transac.* Sed ad rem. Seruus captus ab hostibus, venit in actionem famil. ercisc. & adiudicari potest. ex eo colligit Papin. venire etiam præstationes eius serui, siue in præstationes contra Marcell. qui negabat venire præstationem rei quæ apud hostes esset. Et vt hoc intelligeretur, Vlp. in *§. vlt huius l.* prius admonere voluit, hoc iudicium esse mixtum, constare ex rebus quæ in adiudicationem vel diuisionem veniunt, & ex præstationibus personalib. quo præmisso docet Papinianum hoc vti argumento in hac quæstione. quæ res veniunt in actionem familiæ ercisc. consequens est vt & earum præstationes veniant. res quæ sunt apud hostes veniunt, & adiudicari possunt modo cum cautione si res æstimata fuerit, modo sine cautione. cum cautione si res æstimata fuerit: sine cautione, si euentus tantum incertus fuerit æstimatus. Igitur assumptio hæc est: res quæ sunt apud hostes, venire in hanc actionem & adiudicari posse vni: Exempli gratia, vt si quid ex eis reb. vnus ex heredibus perceperit, vt si quid ex operis siue mercedibus serui captiui solus perceperit, & quæsierit ante captiuitatem serui, id veniet in hoc iudiciū, i. hoc iudicio communicabitur: vel etiam si quid in seruo redimendo ab hostibus impenderit solus, hoc iudicio partem consequetur à coheredibus, vel si quid in curationem serui impenderit, antequam veniret in hostium potestatem. sic præstationes rei quę est apud hostes, veniunt in hoc iudicium, quę sunt personales præstationes. nec mirum vt subiicitur in l. 24. si veniant præstationes rei quę est apud hostes, cum & rei hereditarię penitus extinctę præstationes veniant, vt ędium combustarum pensiones, quas vnus ex heredibus solus percepit, vel serui hereditarii mortui operę siue mercedes, quas vnus solus percepit, vel curationes & impendia facta in seruum mortuum, *l. 11. t. seq.* Si ergo rei extinctę præstationes veniunt, cur non & captiui præstationes venient? *§. 1. l. 24.* exposui in *l. 2. sup.* initium *l. 25.* & §. 1. exposui in *l. 2.* §. 2. exposui in *l. 1.*

Ad L. XXV. §. de pluribus, & §. si inter.

§. 3. *De pluribus hereditatibus, quæ inter eosdem ex diuersis causis communes sint, vnum famil. ercisc. iudicium sumi potest.*

§. 4. *Si inter me & te Titiana hereditas communis sit, inter me autem, & te Titium Seiana: posse vnum iudicium accipi inter tres, Pomponius scribit.*

§. 5. *Item si plures hereditates inter nos communes sunt, possumus de vna fam. ercisc. iudicium experiri.*

Si plures sint hereditates communes inter duos pluresve, inter eos potest reddi hoc iudicium de vna tantum hereditate, si nondum velint cęteras diuidere; potest etiam de omnib. hereditatibus simul agi vno iudicio. vnum iudicium sufficit ad omnes hereditates, quas habent inter se, sicut vna actio pro socio sufficit ad omnes societates, *l. cum duobus §. si plures, pro soc.* vnum est iudicium, vna actio, licet sint plures hereditates, sicut vnum est testamentum, licet duę sint hereditates patris & filii impuberis, *§. igitur, Instit. de pupill. substit.* Igitur in eo non est laborandum, & delenda sunt quę scripsit Acc. & male hac in re citat *l. bona, C. famil. ercisc.* quasi loquatur de plurib. hereditatib. communib. inter quosdam, cum loquatur de vna tantum hereditate patris vel matris, cuius res omnes veniunt in actionem famil. ercisc. præter nomina sc. vt in *l. 4. sup. h. t.* adiicitur in *§. si inter*: si inter me & te comm. sit Titiana hereditas, inter me & Caium Seiana, inter nos tres reddi posse vnum iudicium familię ercisc. de duabus hereditatibus, licet in vna earum alium coheredem habeamus, quem & eodem iudicio ad diuisionem prouocabimus rectè, & sic inter nos tres vnum sumetur iudicium famil. ercisc.

Ad §. Si testator.

§ 6. *Si testator rem communem cum extraneo habebat, siue rei suæ partem alicui legauit, aut heres ante iudicium familiæ ercisc. acceptum, partem suam alienauit, ad off. iudicis pertinet, vt eam partem quæ testat. fuit, alicui iubeat tradi.*

Obliteranda sunt ea omnia quæ scripsit Acc. in hunc §. Ponuntur tres casus quib. res est quædam communis heredib. cum extraneo. Primus est: testator habebat rem aliquam communem cum extraneo. ergo communis ea res est heredibus cum extraneo. Secundus casus est: testator rei suæ propriæ in solidum, sic enim est dicendum, partem extraneo legauit: Ergo ea etiam res est communis, heredibus eius cum extraneo legatario: & hic casus signifi-

catur his verbis, *siue rei suæ partem alicui*, extraneo. sc. *legauit*. Tertius casus est: vnus ex heredibus rei hereditariæ cuiusdam partem suam extraneo alienauit ante iudicium famil. ercisc. acceptum, quæ alienatio valet: post iudicium acceptum, non valet, pendente lite, *l. 12. & 13. sup.* Igitur vnus ex heredibus rectè ante litem contestatam, rei hereditariæ partem suam hereditariam extraneo alienauit. hoc tertio casu ea res erit communis cæteris coheredib. cum extraneo. Hic casus significatur his verbis, *aut heres ante iudicium*. Ergo tres sunt casus quib. res est communis heredibus cum extraneo, quibus casibus in re quadam partem habet extraneus, partem heredes pro indiuiso: quæritur de parte quæ mansit in hereditate quemadmodum veniat in actionem famil. erciscundæ. ait, officio iudicis conuenire, vt vni tota ea pars adiudicetur: verba huius definitionis hæc sunt: *ad officium iudicis pertinet, vt eam partem quæ testatoris fuit*.i. eam partem quæ mansit in hereditate, quæque heredum est. Primo casu testatoris non fuit ea pars quæ fuit extranei. Secundo casu testatoris non videtur fuisse ea pars quam extraneo legauit. Tertio casu testatoris non videtur fuisse ea pars quam vnus ex heredibus ante diuisionem hereditatis extraneo alienauit: facere debet iudex vt ea pars quę mansit in hereditate, vni ex heredibus tradatur, aut vt *alicui*, heredum sc. *iubeat tradi*, id est, vni ex heredibus eam adiudicet. Et in hanc interpretationem consentiunt omnes: prælegata dicuntur tradi ab heredibus, *l. 18. in prin. h. t.* dicuntur & prælegata adiudicari à iudice, *l. 22. §. 1. sup. l. seruus vni, de leg. 1.* adiudicatur à iudice dum iubet tradi. Ergo hoc loco vt *iubeat alicui*, id est, vt alicui heredi adiudicet eam partem quæ mansit in hereditate, & Græci vtuntur verbo προσνεμειν, quod est adiudicare. Cyrillus hoc loco: [Greek] Et auctor [Greek]. Igitur heredibus cur non diuidit? an necessario cogitur adiudicare? sic sane: non potest ea pars venire in hoc iudicium nisi adiudicetur vni tota, quia inter eos non potest diuidi pars quæ est indiuisa, quoties cum extraneo nondum est actum communi diuid. sed si heredes prius agerent communi diuid. cum extraneo, deinde famil. ercisc. pars certa ei assignata communi diuid. posset diuidi inter eos iudicio famil. ercisc. vel etiam si tota res eis fuisset adiudicata communi diuid. posset inter eos diuidi iudicio famil. ercisc. *l. Manius, in prin h. t.* sed si nondum rem diuiserint cum extraneo, habent in ea re partem incertam pro indiuiso .i. in quolibet cespite habent partem, quæ est confusa per totum fundum, pars pro indiuiso est velut anima tota in toto, & tota in qualibet parte. Igitur ea pars quæ incerta est, non potest in diuisionem deduci, & necessario vni adiudicanda est tota. Cæterum huic §. obstat valde *l. ex hereditate, h. t.* Ex hoc §. colligitur, vno ex heredib. ante iudicium famil. ercisc. acceptum, rem hereditariam alienante pro sua parte, partem quæ remanet in hereditate venire in hoc iudicium: lex illa ait, non venire in iudicium famil. ercisc. ait, neque venire partem alienatam, quia non est hereditaria, neque partem non alienatam. Sic respondeo: pars quæ non est alienata, sed quæ mansit in hereditate, venit in hoc iudicium inter cæteros heredes, qui non alienauerunt, quia est communis ex causa hereditaria, vt in hoc §. inter eum qui alienauit & cęteros heredes qui non alienauerunt. pars quæ mansit in hereditate, non venit in hoc iudicium famil. ercisc. quia is qui alienauit in parte, quæ mansit in hereditate, nihil communionis habet: ipse quod ad eam partem attinet, exiit de communione. Itaque ei non poterit adiudicari. Denique quod ad eum attinet, non veniet in hoc iudicium. Cæteri inter se deducent eam partem in iudicium, vt adiudicetur alicui. Fulgosius aliter: non venire in iudicium famil. ercisc. vt diuidatur, quia non potest diuidi. Ita accipit legem *ex hereditate*, venire vt adiudicetur, vt in hoc §. male: nam in *l. ex hereditate* negatur generaliter venire in iudicium famil. ercisc. partem non alienatam. & sane quod attinet ad eum, qui alienauit suam partem, neque venit vt diuidatur, nec vt adiudicetur, quod voluit lex *ex hereditate*: nam loquitur de eo, qui partem suam alienauit: & in parte, quæ remansit in hereditate, vult rationem sui haberi, vt vel sibi adiudicetur. Acc. dum nescit respondere *l. ex hereditate*, aliter fingit speciem ad hunc §. Ponit tres casus secundum & tertium aliter, quam fecerim contra verba auctoris: Ioannes vero dum nescit respondere *l. ex hereditate* ait, vnum tantum casum proponi in hac l. non tres, & vexat verba in primo casu consentiens cum Accursio. secundus casus Accursij hic est. Testator partem, quam habebat in re communi cum extraneo, legauit vni heredum, vel partis eius partem: hic casus non conuenit verbis: nam ait *rei suæ*, id est, rei in solidum suæ partem alicui legauerit, & vt Græci dicunt [Greek] *alicui*, id est, extraneo cuidam legauit, quod non est prælegauit: Accursius autem & Ioannes ita exponunt, rei suæ partem, id est, partis partem, vel rei suæ, id est, rei communis, hoc est stultum. *alicui*, id est, vni heredum: & legauit, id est, prælegauit, quod est ineptissimum: *alicui*, id est, extraneo cuidam. In fine tamen huius §. cum agit de officio arbitri accepti inter coheredes, res exigit, vt *alicui* sic accipiamus, id est, heredum alicui, sed non vtroque loco sic accipiendum: perperam etiam in hac l. vterque eorum subaudit *siue non legauit*, *siue non alienauit*. Tertius casus est Accursij: Extraneus cum quo defunctus rem communem habebat ex parte heres scriptus suam partem alienauit ante acceptum iudicium famil. ercisc. nam Accurs. est hic corruptus. ait Accursius, tertium est *quoniam ille heredum*. sic est legendum, id est, extraneus qui idem est heres socij. hic casus refutatur à Fulgosio, & frustra adderet, eum alienasse ante iudicium acceptum, cum & post iudicium acceptum partem suam quam habet, ex causa hereditaria posset alienare. Igitur sunt delenda omnia Accursij.

Ad §. Quod pro emptore.

§. 7. *Quod pro emptore, vel pro donato (puta) coheres possidet, in familia erciscundæ iudicium venire negat Pomponi*[us].

Hinc colligitur, in actionem famil. ercisc. non venire rem quam coheres suam propriam esse contendit, non hereditariam, non communem ex causa hereditaria, vel quam possidet pro emptore, vel pro donato, non pro herede, quod comprobat auctoritate Pomponij quæ extat in *l. si quid contendis, inf. h. t.* Igitur cum eo coherede qui aliquid possidet pro emptore, quod ego contendo esse hereditarium, prius debeo agere rei vindicatione incertæ partis, deinde si vicero agam famil. ercisc. sicut cum coheres contendit se esse heredem ex asse, prius agere debeo petitione hereditatis, quam famil. ercisc. *l. 1. h. t.* hoc igitur allegatur, coheres qui dicit se esse heredem ex asse, suspendit iudicium familię ercisc. siue hanc rem iudicio famil. ercisc. subducit. Accurs. quidquid scripsit in hanc legem bene scripsit. Sent. huius §. ita excipit, nisi defunctus ipse emerit rem aliquam, & heredi tradita sit vacua possessio. Cumque ita illa heres possidet pro emptore, venit in hanc actionem, *l. veniunt, sup. h. t.* quia origo eius est à defuncto qui emit eam rem: quod autem ipse coheres sibi emit, id non venit in actionem famil. ercisc. præterea Accurs. sententiæ huius §. opponit *l. vlt. §. quatuor, de leg. 2.* in cuius specie coheres nomine eius rei quam emit tenetur famil. ercisc. Species hæc est: quatuor sunt filij heredes patris, quibus vice mutua fideicommissa pater reliquit, quæ in diuisione hereditatis præcipua haberet, id est, singulis verbis fideicommissi adscripsit prædia quædam præcipua. Fideicommissa vocat ille §. sæpe, initio tamen vtitur legandi verbo, sed in libris de legatis passim legandi verbum fideicōmissa significat. Igitur quatuor filiis heredibus scriptis vice mutua pater fideicommissa adscripsit: Ea fideicommissa possunt inuicem petere, vel actione personali fideicommissorum, vel actione familię erciscundę, *l. 7. C. famil. ercisc.* at finge: quidam creditor patris vniuersa bona patris occupat pignoris iure. filij eo creditore se liberauerunt, alio facto creditore, id est, vari

ſura facta, & huic poſteriori creditori eadem omnia bona paterna quæ liberauerunt à priore, pignerauerunt, obligauerunt. Igitur etiam ea omnia bona occupat nouus creditor, deinde hic poſterior creditor dum ei debitum non ſoluitur, ea omnia bona vendit ſuo iure, id eſt, iure pignoris, & vendit vni ex heredibus quaſi extraneo: quæritur an cum vnus ex heredibus nunc poſſideat omnia bona paterna iure emptionis, poſſint cæteri coheredes perſequi fideicommiſſum. Ita diſtinguendum eſt: aut coheredes ſoluerunt debitum, quod ipſe creditori ſoluit emendo bona, aut non ſoluerunt: ſi non ſoluerunt, & bona quæ emit à creditore, perſequantur iure fideicommiſſi, repellentur exceptione doli: Sed ſi debitum ei perſoluerint, tum rectè perſequentur ea bona quæ frater emit à creditore iure fideicommiſſi: loquitur tamen ille §. de actione perſonali fideicommiſſorum, ſed vbi eſt ea actio fideicommiſſorum, & actio eſt famil. erciſc. *d l. 7.* Igitur ſoluto debito fratri, quo redemit prædia paterna debita à creditore, frater coheres tenetur actione familiæ erciſc. Denique quod emit coheres, venit in actionem famil. erciſc. nam ſi venit in actionem perſonalem fideicommiſſi, venit & in hanc actionem familiæ erciſc. *d leg. 7.* quæ cum ea concurrit. Sic reſpondeo: ſoluto debito coheredi, id eſt, reddito pretio quo emit bona paterna iam non videtur ea poſſidere pro emptore, cum ei pretium redditum ſit: ſed ea videtur poſſidere pro herede. Et ita quaſi poſſeſſa pro herede veniunt in actionem familiæ erciſc. Opponit etiam Accurſ. *l. 14. ſup.* quæ lex probat, heredes deducere in hanc actionem quod extraneus poſſidet pro emptore, & rectè ſtatim reſpondet Accurſ. hunc §. non loqui de eo quod extraneus poſſidet pro emptore, vel pro donato: id enim heredes inter ſe deducunt in actionem familiæ erciſc. ſi nondum ſit vſucaptum ab extraneo, loquitur hic §. de eo quod vnus ex heredibus poſſidet pro emptore. hoc non venit in actionem famil. erciſcundæ.

Ad §. Idem ſcribit.

§ 8. *Idem ſcribit: Cum ego, & tu heredes Titio extitiſſemus, ſi tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, à Sempronio petieris, & victus fueris; mox eandem partem à Sempronio emero, & traditus mihi fuerit, agente te familiæ erciſcundæ iudicio, non veniet non ſolum hoc, quod pro herede poſſidetur, ſed nec id, quod pro emptore: cum enim per iudicem priorem apparuit, totam non eſſe hereditatis, quemadmodum in familiæ erciſcundæ iudicium veniat?*

QVod ſequitur in § *idem ſcribit*, ſumitur ex Pomponio, tribuitur tamen Iuliano in *l. ſi mater §. idem Iulianus, de except. rei iudic.* Et eſt exemplum ſuperioris §. Species eſt. ego & tu coheredes ſumus, tu partem fundi quem hereditarium eſſe dicebas à Sempronio extraneo poſſeſſore petiiſti, & victus es: deinde eam partem emi à Sempronio, quem eius partis dominum eſſe iudex pronuntiauerat, acceptus inter te & Sempronium. quæritur an ille fundus veniat in actionem famil. erciſc. minime, quia partem tuam poſſideo pro emptore. partem quidem meã poſſideo pro herede: ſed hæc pars mea amiſſione tuæ partis exiit de communione, *l. ex hereditate, inf. h. t.* amiſiſti tuam partem re inter te & venditorem meum iudicata. Ergo in parte mea communionis nihil habes: denique fundus ille non poteſt venire in actionem famil. erciſc. cætera veniunt. Ex eo autem colligit Accurſius, rem inter alios iudicatam alii prodeſſe, quaſi ſcilicet res inter te & venditorem iudicata mihi profit. male: nam quid habeo, quod etiamſi res non eſſet iudicata non haberem? partem meam haberem re non iudicata iure hereditario, partem tuam ſi velles mihi vendere pecunia compararem, vt à Sempronio comparaui. itaque res iudicata inter te & venditorem meum nihil mihi attulit. Colligerem potius ſecundum regulam iuris, rem inter alios iudicatam aliis non nocere, id eſt, rem iudicatam inter te & venditorem meum non effi-

cere vt tibi communicare debeam partem meam, ſiue non inducere communionem partis. Et ita Fulgoſius rectè hic.

Ad §. An ea ſtipulatio.

§. 9. *An ea ſtipulatio qua ſinguli heredes in ſolidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti ſi, is, qui viam, iter, actus ſtipulatus erat, deceſſerit, quia talis ſtipulatio per legem duodecim tabularum non diuiditur: quia nec poteſt: ſed verius eſt, non venire eam in iudicium, ſed omnibus in ſolidum competere actionem. &, ſi non præſtetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.*

AB hoc §. exoritur quæſtio de indiuiduis obligationibus, ſiue de obligationib. quæ ſolutione, vel petitione, vel alterutro. i. vel petitione tantum, vel ſolutione tantum diuiſionem non recipiunt. obligationes aut ſunt diuiduæ, aut indiuiduę. obligationes diuiduæ diuiduntur inter heredes ex 12. tab. pro hereditariis portionib. *l. ea quæ C. famil. erciſc.* vt ſi defunctus certam pecuniam ſtipulatus ſit, vel ſi promiſerit: nam obligationes cum dicimus, tam actiuas, quam paſſiuas dicimus. Et de his obligationib. diuiduis diximus in *l. 2. ſup.* nunc tractabimus de obligationib. indiuiduis. hæ quæ non poterant diuidi l. 12. tab. non erant diuiſæ, vt hic dicitur, vt ſi defunctus ſtipulatus ſit, vel promiſerit prædiorum ſeruitutem, veluti viam, iter, actum, ſeruitus eſt indiuidua, quia in vſu ſolo conſiſtit. vſus autem omnis indiuiduus naturaliter, *l via, ſup. de ſeruitut. l. vſus, de vſu & habit.* Ergo obligatio ſeruitutis eſt indiuidua. ſi res in obligationem deducta indiuidua eſt: conſequens eſt vt & ipſa obligatio ſit indiuidua: qua de cauſa ſi plures ſtipulati ſint viam, ſingulis competit actio in ſolidum, non pro parte, vel ſi plures promiſerunt viam, ſinguli tenentur in ſolidum. Et conſequenter, ſi ſtipulator viæ plures heredes reliquerit, ſingulis heredib. in ſolidum competit actio, vel ſi promiſſor viæ plures heredes reliquerit, ſinguli tenentur in ſolidum, *d. l. via.* Eſt igitur hæc obligatio ſeruitutis indiuidua. At quæritur, an hæc obligatio indiuidua, puta ſeruitutes, veniat in hoc iudicium remedio ſaltem aliquo, vt pleraque veniunt remediis, quæ non veniunt ipſo iure. *Dubitabatur,* inquit; primo enim ſi in hoc iudicium veniunt res diuiduæ, vel diuiſæ certis remediis, cur non venient indiuiduæ? natura enim huius iudicii hæc eſt, vt indiuiſa recipiat, diuiſa non recipiat. At ſi diuiſa quandoque recipit, cur non & indiuiſa? nam propius eſt naturæ huius iudicii vt indiuiſa veniant, quam diuiſa. hæc igitur ſi veniunt, cur illa non venient? in contrarium dici poteſt, quod eſt veriſſimum, longe aliud eſſe diuidua & diuiſa, longe aliud eſſe indiuidua & indiuiſa. hoc dico, non idem eſſe diuidua & diuiſa, indiuidua & indiuiſa: hoc iudicium non recipit diuiſa vt nomina creditæ pecuniæ, diuidua recipit. Præterea hoc iudicium indiuiſa recipit, indiuidua non recipit: indiuidua non poteſt recipere, igitur obligationes indiuiduas non recipit. Dices: non poteſt quidẽ recipere obligat. indiuiduas vt diuidantur, quia natura non poſſunt diuidi, ſed recipient eas vt attribuantur & adſignẽtur vni ex hered. ſicut diuiſas obligat. hoc iudicium non recipit, vt diuidantur, ſed vt attribuantur, *l. 3. ſup. h. t.* Dicam, obligationem indiuiduam non poſſe venire, vt attribuatur vni ex hered. cum iam vnicuiq; ſui natura ſit attributa. Ex his efficitur in actionem famil. erciſc. obligat. indiuiduam nullo modo venire, neq; vt attribuatur, neque vt diuidatur. Quid igitur fiet? res vti procedat in ſtipulatore viæ, docet prius, deinde vti procedat in promiſſore. videamus de ſtipulatore. Si ſtipulator viæ deceſſerit plurib. heredibus relictis, ſinguli viam vindicabunt in ſolidum actione confeſſoria, quia non poſſunt vindic. pro parte. ſed ſi via non fiat omnib. heredib. condemnatio fiet pro hereditaria parte nomine eius quod intereſt. Condemnatio certę pecunię fieri poteſt pro parte heredit. via cedi pro parte non poteſt, quia natura diuiſionem non recipit, *l. 2. & l. ſtipul. inf. de verb. obl.* Dicimus, à ſtipulatore viæ relictis pluribus heredib.

vitiatam videri ſtipulationem, quod res ſit deducta in eum caſum à quo incipere non poteſt. ſi ab initio plures fuiſſent domini fundi dominantis, vnus non potuiſſet fundo communi adquirere ſeruitutem. nunc ſunt plures domini fundi dominantis, quia plures heredes. Ergo corrupta eſt ſtipulatio, quia venit in eum caſum à quo incipere non potuit: Et ſingulis non poteſt via cedi pro parte, quia indiuidua eſt. non poteſt etiam ſingulis cedi in ſolidum, quia ſinguli non habent dominium in ſolidum fundi dominantis. Igitur vitiata videtur ſtipulatio ſucceſſione plurium heredum. ſed receptum eſt, hoc caſu ceſſare illam regulam, id eſt, ſi res ſit deducta in eum caſum à quo incipere non potuit, & nihilominus durare obligationem, & ſingulis dari actionem in ſolidum, *l. 2. de ſeruit. leg.* condemnationem tamen pecuniæ fieri pro parte hereditaria: nec mirum cum etiam ab initio fundum qui non habet, poſſit ſtipulari ſeruitutem, vt ſinguli heredes non habeant fundum pro ſolido, ad quem defunctus eſt ſtipulatus viam: ſed & ſi ſtipulator ipſe nullum habuiſſet fundum ſtipulationis tempore, non ideo eſſet inutilis ſtipulatio viæ, *l. exiſtimo, de verb. obl.* quod melius intelligetur cum demonſtrauero vti in promiſſore res procedat. Finge: promiſſor viæ deceſſit plurib. heredib. relictis. ſinguli heredes tenentur in ſolidum vt viam cedant. i. conſtituant, præſtent & hoc iudicio famil. erciſc. inter heredes hæc obligatio non poteſt diuidi, quia natura non patitur, nec poteſt attribui, cum iam ſit attributa ſingulis in ſolidum. Ergo hoc etiam caſu non corrumpitur obligatio, licet in eum caſum peruenerit à quo incipere non poteſt: nam ab vno ex plurib. dominis non poteſt ſeruitus fundo communi imponi, omnium conſenſus exigitur, *l. 1. de ſeruit. l. ſi vnus, l. fundus mihi tecum, de ſeruit. ruſtic. præd.* ſed placet vt ait in §. *contra* in hac l. hoc etiam caſu non obſeruata illa regula de obligatione perimenda, quoties deducitur in eum caſum à quo incipere non poteſt, obligationem durare, licet ſinguli heredes non habeant fundum ſeruientem pro ſolido, & poſſit ille fundus in diuiſione hereditatis vni obuenire totus. Igitur licet eum fundum ſeruientem non habeant, in ſolidum; tenentur tamen viam præſtare in ſolidum. nec mirum, cum etiam is qui fundum nullum habet qui ſeruiat, viam poſſit promittere, cedere eam non poteſt cum fundum non habeat, quia via non poteſt eſſe ſine fundo. aliud eſt igitur ſeruitutem vel viam cedere, pręſtare, conſtituere, aliud ſtipulari, vel promittere. qui fundum non habet, poteſt promittere ſeruitutem vel ſtipulari: cedere, vel acquirere non poteſt. ſic dominus fundi non poteſt imponere ſeruitutem ſub conditione ſed, pure, *l. 4. de ſeruit. ſup.* promittit vel ſtipulatur ſub conditione recte. Similiter ſeruitutem ſeruitutis ſtipulari poſſumus, cedere non poſſumus, *l. cum eſſent* §. *vlt. de ſeru. ruſt. præd.* & pariter ſtipulatio viæ vitiatur & corrumpitur parte fundi vendita, conſtitutio viæ non item, *l. vt pomum* §. *1. l. pro parte, ſup. de ſeruit.* Igitur vt in hoc propoſito, ſinguli heredes promiſſoris tenentur in ſolidum, licet verum ſit non poſſe ſingulis cedere ſeruitutem in ſolidum, cum fundi ſeruientis domini ſint pro parte tantum. omnes poſſunt ſimul cedęre, non ſinguli. quid igitur fiet? æſtimabitur lis, & ſi vnus ex eis conueniatur in ſolidum, præſtabit ſolidam æſtimationem litis, quia tenetur in ſolidum: verum ſi ſolidam æſtimationem pręſtiterit ſtipulatori, poſtea in actionem familię erciſ. deducet quod præſtitit. i. partem pecuniæ ſolutæ recipiet à coheredib. vt in *l. 2.* §. *ex his, de verb. obl.* vel etiam ſi prius actum ſit famil. erciſc. inter eos coheredes quamquidquam præſtiterit ſtipulatori, inuicem cauebunt, vt ſi quis eorum conuentus à ſtipulatore litis æſtimationem præſtiterit, partes conſequatur à cæteris: & ita nihil damni faciet qui æſtimationem ſolidam præſtiterit. Ad ea quæ diximus de indiuiduis obligationibus addenda ſunt & illa quæ ſequuntur. Primum ſtatuo, difficultatem præſtationis non corrumpere ſtipulationem, *l. 2.* §. *ex his, de verb. obl.* Et probatur duobus modis: vno quod, etſi ſeruitus non poſſit præſtari ei, vel ſer-

A uitutem non poſſit pręſtare is qui fundum non habet, tamen ſtipulari & promittere ſeruitutem poteſt qui fundum non habet. hæc difficultas præſtationis non vitiat ſtipulationem, & contra, *l. exiſtimo, de verb. obl.* Altero modo, quod & ſi cum ſtipulator vel promiſſor ſeruitutis plures heredes reliquit ſingulis heredibus ſtipulatoris præſtari, ſingulive heredes promiſſoris præſtare in ſolidum ſeruitutem non poſſunt, quod non ſint domini fundorum in ſolidum, tamen ex ſtipulatu actio eſt in ſolidum. Et primum heredibus ſtipulatoris ſingulis competit actio in ſolidum ex ſtipulatu, viam dari oportere: promiſſor tamen in id tantum condemnatur quod cuiuſque heredis pro hereditaria portione intereſt: nam quid pręterea deſiderant, ſi quiſque conſequatur quanti ſua intereſt pro ſua parte? mo-
B deramur actiones in condemnatione pro modo eius quod actoris intereſt, in heredes autem promiſſoris ſtipulatori eſt etiam actio in ſolidum, & condemnatio fit in æſtimationem ſeruitutis integram, quam tamen ſi ſtipulator conſecutus fuerit ab vno herede promiſſoris, cęteri liberabuntur. præterea ſciendum eſt heredes ſtipulatoris hanc ſtipulationem ſeruitutis in actionem famil. erciſc. nullo modo deducere poſſe. heredes promiſſoris deducunt indemnitatem, vt ſi quid vnus pręſtiterit ſolus pro æſtimatione ſeruitutis, pro partib. id ei reficiant cęteri. Item ſciendum eſt, idem in heredib. ſtipulatoris & promiſſoris ius eſſe, vt duret obligatio & indiuidua permaneat, licet pręſtatio ſeruitutis difficilis ſit. Et quod elicitur in §. *contra*, durare obligationem, quoniam viam promittere & is po-
C teſt qui fundum non habet, id etiam addi poteſt & dicitur ad *h.* §. durare ſtipulationem, quoniam viam ſtipulari poteſt qui fundum non habet. hic erit vtrobique ſenſus, durare obligationem. i. non corrumpi propter difficultatem præſtationis, quod ſc. ſinguli heredes in ſolidum agant: vel communicatur, licet non poſſit ſingulis ſeruitus pręſtari in ſolidum, vel licet ſinguli non poſſint ſeruitutem pręſtare in ſolidum. quod ita probatur, quoniam etſi ſit ſumma & euidens difficultas in præſtatione ſeruitutis, cum is qui fundum non habet ſeruitutem ſtipulatur vel promittit, tamen ſtipulatio non ideo eſt inutilis. vt hoc caſu, ita & illo difficultas præſtationis non corrumpet obligationem, & ita accipiendum quod ait in *d.* §. *contra*, nec dubium quin duret, quoniam viam promittere & is po-
D teſt qui fundum non habet, vbi ſc. eſt ſumma difficultas pręſtationis, præſtari non poteſt, promitti poteſt. & idem dicendum eſt, vt dicitur in §. *contra*, ſi quis plurib. heredib. relictis extraneo viam legauerit: nam ita contrahitur obligatio viæ, & hic ſinguli heredes teſtatoris tenentur in ſolidum, licet non poſſint præſtare viam in ſolidum, & lis æſtimatur in ſolidum: eoque nomine ei qui præſtiterit litis æſtimationem cæteri coheredes ſarcient damnum, vel inuicem interponent cautiones de indemnitate.

Ad §. In illa quoque.

§. 12. *In illa quoque ſtipulatione proſpiciendum eſt cohe-*
redibus, ſi teſtator promiſerat, neque per ſe, neque per he-
E *redem ſuum fieri quo minus ire agere poſſit: quoniam vno prohibente, in ſolidum committitur ſtipulatio: ne vnius factum cæteris damnoſum ſit.*

OBligatio ſeruitutis, vt ſi quis ſtipuletur viam dari, eius eſt generis, vt neque in petitione, neque in ſolutione diuiſionem recipiat, quia neque peti pro parte, neque ſolui pro parte poteſt: petitur in ſolidum & pręſtatur in ſolidum. & adiiciendum eſt, huic obligationi ſeruitutis ſimilem eſſe obligationem legati ita relicti, vt ſi teſtator iuſſerit heredes ſtatuam ponere in foro, vel opus ciuitati facere, vel balneum extruere ciuitati: nam vt hic ſinguli heredes in ſolidum tenentur, à ſingulis poteſt peti ſolidum, nec liberantur niſi pręſtiterint ſolidum, non vi-

dentur satisfecisse obligationi nisi opus solidum perfecerint & consummauerint, *l. si is qui* 40. *§. vlt. ad l. Falcid. l.* 11. *§. pen. de leg.* 3 *l. in executione §.* 2. *de verb. obl.* quę l. pertinet ad hanc quæstionem. Quamobrem heredes qui eo legato onerati sunt, eo nomine per arbitrum diuisionis se indemnes pręstare debent, l. *inter §. vlt. h. t.* Species est: duo heredes iussi sunt statuam ponere in foro ciuitatis. vnus posuit suis sumptib. solus, & necesse habuit ponere integram statuam altero cessante, quia non potuit defungi solutione partis. i. non potuit hoc expedire pro parte: ideoque arbitrio famil. ercisc. à coheredib. consequetur partem sumptuum boni viri arbitratu: hæ igitur duæ obligationes, neque in petitione, neque in solutione diuisionem recipiunt. obligatio autem de qua agitur in hoc §. non est eiusdem generis: nam in petitione quidem B diuisionem non recipit, in solutione recipit: & est similis ei obligationi de qua agitur in *d. l. in executione §. in solidum*: venditor emptori promisit duplam euictionis nomine. decessit relictis plurib. heredib. emptori fit controuersia de proprietate rei emptæ, quid faciet? denuntiabit omnibus heredib. venditoris, vt liti adsistant, vtque rem defendant singuli in solidum. Finge: vnus ex eis non defendit, non substitit liti. stipulatio duplę committitur in solidum ab omnibus, & ab eis qui substiterunt liti, sed non condemnantur nisi pro parte hereditaria. Et ita diuisio in solutione fit pro portionib. hereditariis. stipulatio in solidum committitur, id est, omnes videntur commisisse in stipulationem, ex ea singuli quodammodo conueniuntur. Eadem est conditio stipulationis, de qua agitur in hoc §. vt si quis promiserit per se vel heredem suum non fieri quo C minus mihi per fundum suum ire agere liceat. hic promissor si decesserit plurib. heredib. relictis, & vnus eorum me tantum prohibeat ire agere, stipulatio in pœnam vel in id que interest committitur in solidum, quia dum me vnus prohibet, perinde est ac si omnes prohiberent. i. vno prohibente, prohibeor in totum, non in partem. Et ideo stipulatio committitur in solidum ab omnib. & tenentur ex ea singuli in solidum, non tamen condemnantur nisi pro parte hereditaria, & quod præstiterit is qui contra stipulationem fecit, id non consequitur à suis coheredib. quia sui facti pœnam præstitit. quod tamen præstiterunt hi qui me non prohibuerunt, id à coherede qui prohibuit recipient iudicio famil. ercisc. vel si nondum actum sit ex ea stipulatione, eodem iudicio famil. ercisc. is qui prohi- D buit, cauebit cęteris de indemnitate, quia æquum non est vt factum eius coheredib. noceat. *l. inter §. quod ex facto, h. t. l.* 2. *§. Item si, l.* 4. *§. Cato, l. in executione §. si stipul. de verb. obligat.* Et hoc est quod ait in hoc §. prospicere debet iudex ne vnius factum. i. vnius prohibitio cęteris damnosa sit. hæc stipulatio consistit in facto, *d. §. item si.* in facto, quia promittit per se vel heredem suum non fieri quo minus mihi ire agere liceat. hac promittit se non prohibiturum. non prohibere est facere, non facere est facere: Imo vero dum promittit se non prohibiturum, se facturum, & curaturum vt ire agere liceat, *l.* 50. *& l. inter stipul. in princ. de verb. obl.* Et breuitate sermonis hæc stipulatio, *per te non fieri, &c.* ita concipitur in *d. §. Cato.* iter fieri, vel iter patefieri. stipulatio superior de qua tractatum est in *§. an ea*, & seq. est, *iter dari.* hæc stipulatio, E de qua hic agitur, est *iter fieri*: neque placet noua quorundam sent. qui differentiam faciunt inter stipulationem *iter fieri*, & stipulationem *per te non fieri*: nam huic differentię refragatur ratio ipsa, & lectio Flor. *d. §. Cato*, in quo ait, *non nisi in solidum peccari posse in illam stipulationem.* i. non nisi in solidum committi posse in illam stipulationem, & sunt illa verba legenda sine vlla interpunctione, illi legunt, *vt in illa stipulatione*: Itaque nihil interest siue iter fieri stipuleris, vel per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat. Cæterum sciendum est huic stipulationi similem esse stipulationem hanc, *à te heredeque tuo dolum malum abesse abfuturum esse*: nam hic promissor si decesserit relictis pluribus heredibus, vno dolum faciente, ab A omnibus committitur stipulatio. i. omnes tenentur, sed condemnantur tantum pro hæreditaria parte. Et quod innocentes præstiterint, repetent à nocente, *l. inter §. quod ex facto, h. t.* Et in *l.* 4. *in princip. de verb. obl.* vbi dicit eadem esse dicenda de stipulatione dolum abesse, quæ dicta sunt *sup.* de stipulatione *per te iter fieri, vel non fieri*: & tamen quidam dicunt id corrigi postea in *d. §. Cato* his verbis: *sed videamus ne non idem hic sit*, quod scilicet in stipulatione per te non fieri, & *hic*, id est, in stipulatione dolum malum abesse: locum perspicuum qui est initio legis destruunt loco obscuro, his verbis *sed videamus ne non idem hic sit* & non animaduertunt ad *d. §. quod ex facto*, in quo Paulus pares facit in hac re duas stipulationes, *dolum malum abesse, & à te heredeque tuo, & per te non fieri.*

Ad §. idem iuris.

§. 13. *Idem iuris est in pecunia promissa à testatore, si sub pœna promissa sit: nam licet hæc obligatio diuidatur per legem duodecim tabularum: tamen, quia nihilum prodest ad pœnam euitandam, partem suam soluere, siue nondum soluta est pecunia nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, vt de indemnitate caueat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solueretur, aut vt caueat, se ei, qui solidum soluerit, partem præstaturum: siue etiam soluit vnus vniuersam pecuniam quam defuncti promittit ne pœna committeretur, familia ercisc. iudicio à coheredibus partes recipere poterit Idem obseruatur in pignoribus soluendis: nam nisi vniuersum quod debetur offeretur, iure pignus creditor vendere potest.*

IN §. *idem iuris* ponitur tertium genus obligationis, quæ scilicet in petitione diuisionem recipit, in solutione non recipit, vt si quis promittat certam pecuniam sub pœna vel sub pignore, nisi præstiterit: vtrumque interuenit firmandæ nimirum stipulationis causa, id est, vt securus sit creditor, & est vtriusque causa indiuidua, pœnæ causa est indiuidua, pignoris causa est indiuidua, *l.* 18. *§. Celsus, h. tit. l. rem, inf. de euict.* & in *d. l. rem*, ait pignoris causam esse *indiuisam, pro indiuiduam*, vt in *l. via, sup. de seruitut.* vsum seruitutum esse *indiuisum*, id est indiuiduum: nam si proprie loquamur, aliud est indiuisum, aliud indiuiduum: nam indiuisa esse possunt quæ sunt diuidua. Verum ad rem. promisit quidam certam pecuniam sub pœna, vel sub pignore, & reliquit plures heredes. stipulator ab vno ex heredibus non potest petere nisi pro parte hereditaria: nam obligatio pecuniæ diuisa est ex 11. tab. Conuentus tamen heres vnus pro parte hereditaria cogetur soluere solidum, vt pœna euitetur, quæ in solidum committitur, nisi omnis pecunia soluatur, vel vt pignus luatur, & non distrahatur, quod in solidum perseuerat, nisi omnis pecunia soluta sit. hac igitur ratione propter accessionem pœnæ vel pignoris cogetur creditori agenti pro parte soluere pro solido: si ergo vnus ex heredibus, pœnæ euitandæ, causa, vel pignoris luendi causa, conuentus pro parte solidum soluerit, recipit partes à suis coheredib. iudicio famil. ercisc. pro quorum partibus eos liberauerat pœna, quorum partibus pignus liberauerat, quod non potuisset liberare nisi solido præstito, vel interponentur cautiones de indemnitate, quod proponitur in hoc §. Idem dicendum erit, si maritus vxori legauerit vsumfructum fundi, donec tota dos ei ab heredibus suis solueretur: qua de re pugnant valde *l. inter §. pen. h. tit. & lex* [illegible] *vsusfruct. de vsuf. leg.* dico esse antinomiam veram, & tres Accurs. solutiones non posse explere animum. Sed rem examinemus. igitur testator legauit vsumf. fundi, *donec tota dos ei solueretur.* mulier ex stipulatione dotis egit aduersus vnum ex heredibus pro parte hereditaria: is totam dotem soluit vsusfructus perimendi causa, an consequetur præstitæ dotis partes ab heredibus? sic sane: quia non potuisset vsumfructum perimere, ac pro parte qui-

dem dotis solutæ, vel etiam vt fit in causa pignoris *l.* 18. §. *Celsus sup.* coheredes eius cogentur soluere pro hereditariis partibus, vel cauere de indemnitate. Et hoc traditur ex Cassio in *d. l. inter* §. *pen.* Itaque necesse est, totam dotem solui, vt vsusfr. perimatur. Cur ita? quia testator videtur constituisse vsumf. vxori in fundo in vicem pignoris pro dote, donec dos solueretur. Constat pignus siue hypothecam testamento posse constitui, *l. non est mirum inf. de pigner. act. l.* 6. *commun. de legat.* Constat etiam ante Iustin. mulierem pro dote non habuisse tacitam hypothecam: & ideo maritus ei constituit vsumf. pro dote vice pignoris: ideoque exemplo pignoris, non extinguitur vsusf. nisi tota dos soluta sit, & ita Cassius. Labeo dissentiebat, & censebat soluta parte dotis, vel vbi vnus ex heredib. satisfecisset, aut satisdedisset pro parte, vsumf. perimi pro parte, *d. l. cui vsusf.* vbi citatur Labeo, & est ex posterioribus lib. Labeonis editis à Iaboleno. Diuersæ sectæ fuerunt Cassius & Labeo. harum sectarum hoc vnum est vestigium: Labeo spectabat naturam vsusf. quæ diuidua est: Cassius spectabat voluntatem testatoris, qui pignoris legauit vsumf. idemque voluit in hoc vsuf. statui quod in pignore, cum pro pignore habeatur donec dos soluatur, & ita merito approbatur sent. Cassii in *d.* §. *pen.* Quod diximus in pignore conuentionali & testamentario, idem dicendum in pignore prætorio, vt si legatarius dum ei non cauetur legati nomine, missus sit in possessionem legati nomine, eam possessionem habet vice pignoris. Est id pignus Prętorium. vnus ex heredib. soluit ei solidum legatum vt solueret pignus Prętorium consequetur partes à coheredib. hoc iudicio famil. ercisc, in *l.* 18. §. *vlt. sup.* & in §. *si vnus, h. l.* Idem erit in noxę deditione. seruus hereditarius furtum fecit extraneo. is cui furtum factum est, agit noxali actione in vnum ex heredibus qui sic seruum defendit in solidum: nam hæc defensio serui indiuidua est, & pro ea soluet integram æstimationem, id est, duplum vel quadruplum, cum scilicet expediret potius præstare damnum integrum quam seruum noxæ dedere. hic rem communem egit probe: & hac ratione partes recipiet à coheredibus, *d.* §. *si vnus,* quoniam id non potuit gerere pro parte, necesse habuit seruum defendere in solidum. & generaliter quæ non possunt expediri pro parte, si vnus heres fecerit in solidum, non tam sponte, quam necessario, locus est actioni famil. ercisc. an etiam sit locus actioni negotiorum gestorum diximus in *l.* 16. & 18. *h. t.* Hæc de indiuiduis obligationib. inter quas animaduertendum est non poni stipulationem, *amplius non agi*, vel stipulationem, *rem ratam haberi*: nam hæ sunt diuiduæ. i. ex his stipulationib. ex plurib. heredib. promissoris is solus tenetur pro sua parte qui non habuit ratum, vel qui egit contra quam fuerat promissum. cæteri non tenentur: hæc enim facta diuidua sunt: & ideo vno faciente omnes non incidunt in stipulationem, & ex heredib. stipulatoris, is tantum habet actionem pro sua parte in quam actum est re rata non habita. Cæteri non habent actionem, *d. l. inter* §. *si quis, & d.* §. *Cato.* in quo stipulationi amplius non agi, comparatur stipulatio de rato in illo versic. *sed videamus quod vtraque sit diuidua.* Et ostenditur, idem non esse in eis quod in stipulatione *per te non fieri*, in qua vno prohibente omnes incidunt in stipulationem & obligationem, omnib. committitur stipulatio. vt igitur stipulationes dandi sunt aliæ diuiduæ, aliæ indiuiduæ, ita stipulationes faciendi aliæ sunt diuiduæ, aliæ indiuiduæ: Et differentiam inter eas exponit ille §. *Cato.* §. *non tantum*, exposui in *l.* 16. *sup.*

Ad §. Si incerto.

§. 17. *Si incerto homine legato, & postea defuncto legatario aliquis ex heredibus legatarij non consentiendo impedierit legatum, is qui impedit, hoc iudicio cæteris quasi* A *intersit eorum damnabitur. Idem est si è contrario, vnus ex heredibus, à quib. generaliter homo legatus est quem ipsi elegerint, noluerit consentire vt præstetur quem solui omnibus expediebat: & ideo conuenti à legatario iudicio, pluris damnati fuerint.*

IN §. *non tantum sup. h. l.* generaliter definitur, in actione famil. ercisc. venire dolum & culpam coheredum, qua de re dictum est in *l.* 16. *sup.* Et præterea huius rei exemplum dedit sup. in hac *l.* §. *in illa quoque stipulatione*, vbi quod coheredes præstiterunt ex facto vnius ex heredib. qui stipulatorem viæ prohibuit ire agere, de eo indemnes præstantur hac ratione, quia culpa coheredis nocere cęteris non debet. Dantur etiam alia exempla in B *hoc* §. quib. culpa coheredis venit in actionem hanc; ait, *si incerto homine legato, &c.* paulo post ait, *generaliter homine legato.* vtrumque idem est. vt si quis legauerit ita, hominem lego, incertum hominem legauit, hominem generaliter legauit. optionis legatum, vt si dixerit hominem optato, vel hominem eligito, idem non est prorsus, licet comparentur in multis, *l.* 3. *qui & à quib. manumis. l.* 2. *&* 9. §. 1. *de opt. leg.* & in vtroque legatarij est electio, siue sit legata optio hominis, siue homo generaliter. sed legatum optionis in heredem non transmittitur, quia est conditionale, legatum hominis incerti transmittitur, *l. vlt.* §. *in primis C. comm. de leg.* qua de causa, & hic cum de plurib. heredibus legatarij quæreretur, non optionem, sed hominem generaliter legatum proponitur, heredis tamen etiam optionis legatum in heredem transmittitur, & C pro puro habetur ex constitutione Iustiniani, §. *optionis, Inst. de legat.* ante non transmittebatur, & hoc distabat à legato hominis. Item ante eam constitutionem Iustiniani homine generaliter legato, si legatarius plures heredes reliquisset, & non consensissent heredes in homine eligendo, inuicem se impediebant, vt in specie *l. quoties, sup. de vsuf.* i. legatum inutile constituebatur etiam vno dissentiente: nam in eligendo omnes debent consentire. is tamen qui dissensisset, doli vel culpæ nomine cæteris tenebatur iudicio famil. ercisc. in id quod interest: hodie si heredes non consentiant in eligendo homine, res sorte dirimitur, siue optio legata fuerit, siue homo incertus, & is eligit hominem cui electionem sors dederit, *l. vlt. C. commun. de leg.* quo casu etiam hodie poterit dici, esse actionem famil. ercisc. videlicet si quid coheredum interfit D ob vnius dissensum rem in sortem non fuisse deductam. i. quod vno dissentiente coacti sint rem in sortem deducere, ac non potius consentire in eo eligendo quem eligi omnib. expediebat. Itaque hodie potest esse locus definitioni huius §. re finita sorte: Et sic ex diuerso si testator homine generaliter legato electionem reseruauerit heredib. nominatim, vt si dixerit, *hominem lego quem heredes elegerint.* & heredes non consentiunt in præstando homine quem præstari omnib. expedit, & ideo legatario pluris condemnandi sunt. i. iudice litem æstimante pluris ob contumaciam: is qui dissensit, tenetur cæteris in id quod interest actione famil. ercisc. §. *pecul. in fine, Inst. de leg. l.* 2. *de opt. leg.* Ex hoc §. pręterea colligitur, homine generaliter legato legatarij esse electionem: nisi aliud testator E dixerit, quod verũ est in legato relicto per vindicationem, veluti *hominem do, lego.* in legato relicto per damnationem heredis est electio, vt, *hominem dato, dare damnas esto*, Vlp. in Frag. *tit. de leg. l. si à substituto* §. 1. *de leg.* 1. Cic. 2. de inuentione: *heres vasa dato*, inquit, quod est legatum damnationis, & ait, etiamsi non scribat quæ volet heres, non est dubium quin det quem volet heres, quia in his legatis damnationis heredis est electio. vera est opinio Rogerij, ab initio heredis esse electionem, videlicet si legatus sit per damnationem, vera etiam est opinio Bulgari, ab initio legatarij esse electionem, videlicet si legatus sit per vindicationem. vera est opinio Ioannis quam subiicit Acc. heredis esse electionem si homo generaliter sit

legatus per vindicationem si nulli sint homines, & serui in hereditate, quia tunc alienum hominem videtur testator legasse, cum ipse non habeat homines: alienæ autem rei vindicationem legatarius non habet, quia perinde est ac si legasset per damnationem ex SC. Neroniano, vt Vlp. scribit in *Fragm. tit. de leg.* Igitur ei dabitur actio ex testamento quasi legato relicto per damnationem, non etiam rei vindicatio; ideo electio erit heredis, non legatarij, sicut si nominatim legasset per damnationem: sed hoc male Ioannes probat ex *l. 3. & 4. de trit. vino & oleo leg.* Qui vinum non habebat, legauit vinum amphorarum 100. vel qui oleum non habebat, legauit certum pondus olei. lex ait, heredem empturum & soluturum, heredem electurum. eo non probatur, quod Ioannes dixit de seruis, quia illæ leges non loquuntur de seruis, sed de rebus quæ pondere, numero, vel mensura constant, quæ in hoc tractatu semper sunt separanda à corporibus. veluti in seruis, cuius sit electio quæritur, quia incertus homo legatus est. in illis reb. nunquam quæritur cuius sit electio, quia quantitas legata est certa, quæ sola spectatur in his reb. non species ipsa. ea vero est certa, vt si legentur nummi 100. & nulli sint nummi in hereditate, an quæremus cuius sit electio? minime, quia quantitas legata est tantum. Ea vero est certa. Præstabit ergo nummos 100. heres quos volet, etiam exiguiores & viliores, *l. nummi, de legat.* 3. Itaque ad seruos male argumentum ducimus à quantitatibus. Cætera quę in hoc §. notat Acc. ex Ioanne sunt verissima, sed magis pertinent ad quæstionem *l. legato generaliter, de leg.* 1.

Ad §. Item culpæ.

§. 18. *Item culpæ nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adiisset hereditatem, seruitutes prædijs hereditariis debitas passus est non vtendo amitti.*

Ostendit etiam alio exemplo, culpę nomine coheredes alios aliis teneri hoc iudicio, vt si cum vnus prior adiisset hereditatem passus sit seruitutes debitas prędio hereditario non vtendo amitti. Hic merito culpatur hoc iudicio. nam ipse vtendo seruitute, totam seruitutem retinuisset, & sibi & coheredib. i. fundo, quia seruitus est indiuidua, & qui ea vtitur, pro solido vtitur. vsus non potest scindi. Itaque ipse vtendo totum ius vsurpasset, *l. 5. & 6. sup. quemadmod. seruit.* in fundo secus esset, qua de causa, & hic ponitur exemplum seruitutis rei indiuiduæ, non fundi: nam si forte fundum hereditarium possideat extraneus bona fide, vnus ex heredibus qui prior adiit, non potest interpellare vsucapionem fundi pro parte omnium, pro sua parte potest. Itaque si interim vsucaptus sit fundus, culpæ vitio verti non potest, quia non potuit interrumpere vsucapionem fundi. Et ideo caute exemplum seruitutis posuit, quod Fulgosius animaduertit hoc loco: Exceptio autem recte additur ab Acc. ad hunc §. *nisi pauci̇ssimi dies*, inquit, *supererant ad amittendam seruitutem*, tunc non culpatur si amiserit seruitutem, vt *l. si fundus, de fun. dot. inf.*

Ad §. Si filius.

§. 19. *Si filius, cum patrem defenderet, condemnatus soluerit, vel viuo eo, vel post mortem, potest æquius dici, habere petitionem à coherede in familia ercifcunda iudicio.*

Sententia est: filius emancipatus patrem iudicio defendit, i. suscepit litem pro patre, & condemnatus est. soluit ex causa iudicati viuo aut mortuo patre. quæritur cum ipse heres extiterit patri, adiecto coherede, an possit à coherede consequi pro parte, quod soluit quasi defensor patris. *l.* ait, eum posse consequi iudicio famil. ercisc. quia

A debitum testatoris soluit, & coactus est totum soluere, ex damnatione sc. Contra hoc: non videtur venire in iudicium famil. ercisc. quia non tanquam heres soluit si soluit viuo patre, certe non soluit quasi heres: Imo & si soluit mortuo patre, non soluit quasi heres, quia non est conuentus quasi heres, sed quasi defensor patris ex causa iudicati. Ergo id non potest deducere in actionem famil. ercisc. *l. 16. §. sed & si dolo, sup.* nam in hoc iudicium veniunt ea tantum quæ quis facit tanquam heres. dicendum est, hic etiam non dari directam actionem famil. ercisc. eo nomine: nam l. ait, *potest æquius dici*, quibus verbis significat vtilem actionem dari, vt *l. qui erat, inf. h. t.*

B Ad §. Iudex familiæ.

§. 20. *Iudex famil. ercisc. nihil debet indiuisum relinquere. Item curare debet vt de euictione caueatur his quibus adiudicat.*

Subiicitur de officio iudicis: sententia generalis duo iniungit iudici, ne quid indiuisum relinquat, & vt curet caueri de euictione eis quibus adiudicat rem totam, quia adiudicatio, veluti venditio est: potest tamen hæc omittere, & non exigere cautionem euictionis, sed supererit actio præscriptis verb. quasi contractu habito proximo venditioni, id est, quasi permutatione partium facta, *l. si famil. C. hoc tit.* Et stulta est opinio Othonis quam hic refert Accurs. qui existimabat, deficiente conditione, non C competere actionem de euictione. Imo & si iudex omiserit, erit actio pręscriptis verbis. potest etiam iudex aliquid forte indiuisum relinquere, & eo casu supererit actio communi diuid. *l. 20. §. famil. hoc. t.* Actio famil. ercisc. non erit ob rem quæ indiuisa remansit, quia non potest iterari. Dico actio famil. ercisc. nam si heredes sine actione diuiserint bona, id est, si conuentione diuiserint, & aliquid indiuisum reliquerint, supererit actio famil. ercisc. qua nondum actum est, *l. 1. C h. tit.* & rursus si in actione famil. ercisc. iudex aliquid indiuisum reliquerit, supererit actio communi diuidundo. Nec obstat quod dicitur, de eadem re non posse agi alia actione. hoc est verum, id est, de re iudicata semel, neque eadem, neque alia actione iterum agi potest, *l. 5. sup. de except. rei iud.* Ergo de re D quæ mansit indiuisa in actione famil. ercisc. postea non poterit agi communi diuid. hoc nego: nam non agitur de eadem re. actum fuit priore iudicio de vniuersa familia. nunc agitur de speciali, quæ indiuisa remansit. multum interest vtrum quid vniuersaliter, an specialiter tractetur. fuit quidem illa res in vniuersa familia, nec debuit indiuisa relinqui, sed vitio iudicis vel litigatorum iniuria indiuisa relicta est, cur non supererit actio de ea diuidenda? Ad hæc quærunt, cur non iteratur actio famil. ercisc. petitio tamen hereditatis iteratur, quæ est etiam de vniuerso iure, *l. 1. §. 1. sup si pars hered. pet.* Hic distinguo. aut aduersus eundem iteratur, aut aduersus alium. aduersus alium vtraque iteratur, & petitio hereditatis & actio familię: vt si habeam plures coheredes, & cum paucioribus egero famil. ercisc. vt possum, postea cum cęteris agam famil. erE cisc. & ita hanc actionem iterabo aduersus alios, *l. 2. §. pen. hoc t.* Aduersus eundem non iteratur famil. ercisc. actio. petitio hereditatis aduersus eundem iteratur. differentię ratio est, quia in actione famil. ercisc. iudex pronuntiat de vniuerso iure hereditario: Et ideo de eo iure lis denuo iterari non potest cum eodem aduersario, quia sententia iudicis consopiuit omnia. In petitione hereditatis, licet hęc actio sit de vniuerso iure inspecta intentione, & assertione actoris, iudex tamen non pronuntiat de vniuerso iure, sed tantum de eo restituendo; quod aduersarius possidet: & ideo si idem aduesrarius postea aliam rem hereditariam occupauerit, eadem actio potest repeti in eum. Denique in actione famil. ercisc. non tantum actio, sed etiam condemnatio formatur ex persona litigatorum om-

nium, qui omnes permixtim sunt actores & rei: In petitione hereditatis actio formatur ex persona actoris, condemnatio ex persona rei, id est, ex eo solo, quod tunc possidet reus. & ita explicanda sunt ea quę tradit Acc. in *l. 20. §. famil. hoc t.* Sed ex iis colligitur, sent. iudicis famil. ercisc. valere etiamsi aliquid in diuisum reliquerit ex *d. §. famil.* Obstat valde *l. 27. inf.* quę ait, *in hoc iudicio &c.* Dico *l. 27.* esse accipiendam de præstationib. personalib. non de reb. idque his verbis demonstrari, *condemnationes, & absolutiones in omnium persona facienda sunt*: Et id totum ita declaro: hoc iudicium constat ex duobus, ex rebus & præstationib. personalib. est enim mixtum. res in hoc iudicium deducuntur vno titulo familiæ siue vniuersitatis, non specialiter. præstationes personales deducuntur specialiter: nam quisque petit, quod sua interest, & causam B affert, alioqui vaticinari iudicem oporteret. & pręterea rerum nomine adiudicationes & condemnationes fiunt, absolutiones nunquam fiunt, vel omnibus adiudicatur sua cuique pars, præstationum personalium nomine fiunt condemnationes & absolutiones: vt si vnus ex heredibus petierit sumptum siue impensam aliquam, quam dicit se fecisse in rem communem, condemnatur coheres vt partem præstet, vel absoluitur. Denique de reb. id est, de hereditatis diuisione videtur iudex recte pronunciasse etiam si quid indiuisum reliquerit, *d. §. famil.* quia res deductæ sunt generaliter, non specialiter, & facile est aliquid prætermittere cum res deducuntur generaliter non specialiter. Et sic è contrario si iudex diuiserit, quod non debuit diuidere, non ideo minus valet diuisio hereditatis, *l. quædam, hoc tit.* quæ repetitur in *l. vlt. de iure patron.* proponitur in C ea decretum Seueri & Antonini, licet ibi non nominentur Imperatores: sed inscriptio id indicat. Est enim ex libris Pauli decretorum, quibus collegit decreta Seueri & Antonini: & species est: ego & tu heredes sumus Titij, qui testamento iussit nos alimenta certa præstare libertis suis quotannis. sumpsimus arbitrum famil. ercisc. arbiter diuisit non tantum res hereditarias, sed & libertos in solidum, vt ego essem illorum libertorum patronus, tu illorum, & diuisit alimenta quę iussi sumus præstare libertis. non videbatur mihi iudex iure diuisisse libertos & alimenta: ideoque appellaui ad principes, sed appellationem executus non sum. appellanti licet pœnitere etiam post libelli dationem, *l. si quis libellos, C. de appellat.* quinimo consensi diuisioni ab arbitro factę & secundum eam diuisionem multis annis alimenta libertis præstitimus: ideoque D præscriptione sum exclusus à iure appellationis, quia multis annis alimenta præstiti, & ideo præscriptione sum exclusus à iure appellationis, quia multis annis tacui, & parui sententiæ: nunc tamen eam causam introduco apud principem, an possum? sic sane: quia licet sim exclusus à iure appellationis propter præscriptionem temporis, tamen verum est ipso iure nullam esse diuisionem libertorum, *Qu'il y a nullité.* De nullitate agi potest semper sine metu præscriptionis, *l. si expressum, de appellat.* ipso iure nulla est diuisio libertorum, quia non erant in hereditate liberti, non augent hereditatem liberti, locupletiorem non faciunt hereditatem, sicut non dicitur locupletior qui libertum adquisiuit *l. nemo, de reg. iur.* Igitur nulla fuit ipso iure diuisio libertorum. atque ita principes pronunciarunt E diuisionem hanc nullam esse, omnes heredes esse patronos libertorum omnium, cum testator nemini eos nominatim adsignauerit: diuisionem tamen hereditatis valere. Et ita sicut valet sententia iudicis huius familiæ ercisc. licet aliquid non diuiserit, quod diuidere debuit, ita quoque si quid diuiserit quod non debuit. De præstationib. personalibus iudex non videtur recte pronuntiasse, nisi pronunciauerit de omnibus quæ in iudicium deductæ sunt specialiter: non videtur dixisse sententiam qui non finit omnes cautiones, omnes species, omnia capita litis in iudicium deductæ, alioqui sententia est ipso iure nulla, id est, non potest pro parte valere, pro parte non valere, id est pro parte rem finire, pro parte non finire. Itaque de præsta-

A tionibus personalibus quod hæ deducantur specialiter in omni persona iudex statuere debet.

Ad §. vlt.

§. 22. Si pecunia, quæ domi relicta non est, per præceptionem relicta sit: vtrum vniuersa à coheredibus præstanda sit, an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset, dubitatur. & magis dicendum est, vt id præstandum sit, quod præstaretur, si pecunia esset inuenta.

Species est: Tres sunt heredes. vni ex eis prælegata sunt trecenta. aut in hereditate sunt nummi, aut non. si in hereditate sunt nummi, iure legati à coheredib. capiet 200. iure hereditario capiet debitum pro sua portione, *l. legatum §. 1. de leg. 1.* Quod si in hereditate non sint nummi, dubitatur an coheredes vniuersa 300. debeant ei præstare de suis portionibus, quasi scilicet testator qui legauit nummos, qui domi non erant, videatur voluisse onerare heredes tantum ad præstanda vniuersa 300. de suis partibus: an vero præstabunt tantum 200. perinde ac si inuenti fuissent nummi in hereditate? Et hoc verius est. præstabunt igitur ducenta tantum, vel officio iudicis familiæ ercisc. distracta re communi hereditaria vna vel pluribus: & ita de communi conficient trecenta, quæ dabunt legatario siue prælegatario. Igitur nihil interest inuenta sit pecunia in hereditate an non: nam etiam non inuenta pecunia, is cui prælegata sunt 300. à se ipso, id est, de sua portione capiet 100. iure hereditario, à coheredibus iure legati capiet 200. & huc pertinet *l. propemodum, de verb. sig. l. si pecunia, de leg. 2.* Paulus 3. *Sentent. tit. de legat. in princ.*

Ad L. Rem pignori. XXVIII.

l. 28. Rem pignori creditori datam si per præceptionem legauerit testator: officio iudicis continetur, vt ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerat legata.

Sententia est: Si testator vni ex heredibus prælegauerit rem suam quam pignori obligatam tenet creditor hereditarius, creditori hereditario luenda est ea res ex communi pecunia officio iudicis famil. ercisc. Ergo is cui prælegata est ea res eam luet pro sua parte hereditaria, coheredes pro sua, & ita repignerabitur. i. luetur de communi pecunia. nec lex distinguit vtrum scierit testator rem esse pignori obligatam, an nescierit. non distinguit etiam *l. 33. h. t.* Cuius species est: Quidam duos heredes scripsit ex æquis partib. Primum & Secundum. vice diuisionis Primo prælegauit fundum Cornelianum, qui solutus erat omni pignore, qui erat optima conditione. Secundo prælegauit fundum Liuianum, qui erat pignori obligatus. officio iudicis famil. ercisc. alter alteri debet præstare semissem fundorum, *l. ex facto, inf. de hered. inst.* verum Secundus partem suam, quam habet in fundo Cornel. dimidiam sc. non cogetur præstare Primo, antequam Primus partem suam, quam habet in fundo Liuiano luerit & liberauerit. satis est lui partem: nam pignus luendum est de communi: nec distinguit ea lex inter scientem & ignorantem. Acc. tamen distinguit hoc loco ex *l. si res, de leg. 1.* quę tamen non loquitur de prælegato, sed de legato extraneo relicto, inter quæ arbitror esse differentiam: nam si testator extraneo legauerit rem quam ignorabat esse pigneratam creditori suo, non inducemus facile, voluisse testatorem onerare heredes, vt heredes luerent, & legatario præstarent: sed ipse debet luere, si vult consequi legatum: nisi scilicet proximæ personę vel vxori, vel alumnæ, vel alij tali personæ legauerit, cui legaturus fuisset etiam si sciuisset rem pignori obligatam, *l. cum alienam, C. de legat. l. in testam. de fid. libert. l. præd. de fideicom.* At prælegato relicto rei pigneratæ coheredi, etiam ab ignorante rem esse pignera-

tam quasi honore quodam præcipuo, & affectione singulari erga eum heredem, facilior videtur esse voluntas testatoris onerandorum coheredum, vt scilicet luant pro suis portionib. & partibus, & ipse prælegatarius pro sua parte, nec videtur hic admittenda differentia inter scientem & ignorantem: nam *l.* generaliter ait, *& rem* & cætera.

Ad L. Si pignori XXIX.

l. 29. Si pignori res data defuncto sit: dicendum est, in familia ercisc. iudicium venire: sed is, cui adiudicabitur, in familia ercisc. iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cauere debet coheredi, indemnem eum fore aduersus eum, qui pignori dederit: quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Seruiana actione petita litis æstimatio oblata sit: vt & is, qui obtulerit, aduersus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque si is heres cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria: nisi si obyciatur creditori quod animose licitus est. Sed huius rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset: & eius quod propter necessitatem impendit, etiam vltro est actio creditori.

Lex superior est de re pignerata à defuncto. hæc lex est de pignerata defuncto. vt illa, ita & hæc venit in actionem famil. ercisc. sicut in petitione hereditatis *l. & non tantum. sup. de pet. hered.* Et in actionem communi diuid. *l. 7. §. fiduo, & §. inter eos, tit. seq.* priusquam ponatur species, obseruandum est illud, de actionib. pigneratitijs, de quib. futurus est sermo, duplicem esse actionem pigneratitiam, aliam in rem, aliam in personam. Pigneratitia in rem dicitur in *d. l. 7. §. inter,* quæ dicitur etiam hypothecaria, & Seruiana. Igitur habet tres appellationes, pigneratitiæ, hypothecariæ & Seruianæ, & quod ait in h. l. hypothecaria vel Seruiana, illud, *vel,* sumitur pro. i. vt in *l. 4. §. si quis autem, de except. doli mali.* hæc actio quæ has tres appellationes habet, est in rem. i. vindicatio pignoris, personam non obligat, *l. 2. C. si vnus ex plurib. hered.* Et datur hæc actio creditori amissa possessione pignoris aduersus quemlibet possessorem. Alia est pigneratitia in personam, de qua est *tit. de pign.* Et hæc rursus est duplex, alia directa, alia contraria. Directa est, quæ datur debitori soluta omni pecunia, vel alio modo liberato pignore, vt pignus quod dedit, recipiat sublata causa pignoris, extincto pignore. Contraria est, quæ ex diuerso datur creditori ex variis causis, vt si quid impenderit in rem pigneratam, & ex multis aliis capitib. His actionib. cognitis ponenda species est. Finge: duo sunt heredes instituti ex æquis partib. Primus & Secundus: sumpserunt arbitrum famil. ercisc. erat in hereditate res pignori data testatori à Titio debitore suo, puta in 100. Eam rem arbiter adiudicauit Primo totam, quia sc. admisit licitationem, vel potius coegit ad licitationem coheredem, vt fit in hoc iudicio. Et Primus pretio vicit Secundum, & ita totum pignus ei adiudicatum est: condemnatus autem vicissim is est Secundo, quod defuncto debuit Titius soluere pro parte hereditaria. debuit Titius centum, condemnatus est soluere Secundo 50. & soluit, & ita totum pignus accepit adiudicatione iudicis. quæritur an Secundus, qui pro sua parte à Primo consequutus est debitum Titii, Primo cauere debeat indemnem eum præstare, & defensum iri aduersus debitorem, videlicet, si debitor forte experiatur actione pigneratitia in personam directa. Potest debitor ea experiri quasi soluto pignore, si modo quod reliquum est pecuniæ obsignet, & deponat: nã 50. pro eo iam soluit Primus, nunc ipse si alia 50. offerat, obsignet & deponat. nuda oblatio nõ liberat pignus, necessaria est oblatio, obsignatio & depositio *l. nec creditores, C. de pigner. act.* Igitur nunc ipse si alia 50. obtulerit Primo, obsignauerit, & deposuerit, quasi soluta

A omni pecunia & extincto pignore, competit ei repetitio pignoris, id est, actio pigneratitia directa: & ita si agat & repetat pignus, Primus versabitur in damno eius pecuniæ quam numerauit Secundo: nam numerauit 50. Secundo. numerantur ei totidem & extorquetur pignus. in damno versabitur alterius partis quia sua pars ei soluitur tantum, pars Secundi quam ipse soluit Secundo ei non redditur. & tamen debitor iure agit pigneratitia directa, quia verum est communem pecuniam esse solutam. ipse soluit 50. Primus pro eo soluit alia 50. an igitur Secundus cauere debet Primum indemnem præstare aduersus debitorem? minime: quia superuacua est cautio. Nemo onerari debet superuacua cautione, *l. hac stipulatio, in fi. vt legator. nom. caueat.* quia Primus satis tutus est aduersus debitorem exceptione doli mali: nec enim sufficit obsignare 50. Primo

B pro sua parte, sed debet etiam debitor Primo obsignare alia 50. quæ Primus soluit Secundo: alioquin ab actione pigneratitia debitor repelletur exceptione doli mali, & comparatur Primus extraneo possessori pignoris, optime: Nam si creditor amissa possessione pignoris egerit hypothecaria cum extraneo possessore pignoris, & abstulerit omne debitum ab eo, & ita possessor rei possessionem retinuerit soluto debito creditori, si postea dominus ab eo rem vindicet, vindicationem tantum habet, pigneratitiam non habet, quia cum eo non contraxit pignus, & est ea actio ex contractu. Si igitur dominus ab eo rem vindicet, postea repellet extraneus possessor dominum rem vindicantem exceptione doli, nisi offerat debitum, quod possessor pro eo soluit creditori, *l. si creditor, inf. de pigner. act.*

C *l. 2. & l. sicut §. vlt. inf. quibus modis pig.* Eodem prorsus modo si adiudicato pignore toto vni ex heredibus puta Primo, Primus soluerit coheredi quod pro eius parte debebatur, debitorem agentem pigneratitia directa & offerentem alteram partem tantum, repellet exceptione doli mali. Igitur vterque est tutus exceptione doli mali, id est, extraneus possessor pignoris, & coheres cui adiudicatum est totum pignus: ergo frustra cauetur vtrique de indemnitate vel defensione. Si debitor offerat Primo totum debitum, id est, centum, tunc erit efficax actio pigneratitia, *d. l. 7. §. inter eas, tit. seq.* Sed si offerat partem Primo tantum, non partem solutam Secundo, repelletur exceptione doli. Itaque Primus non eget cautione indemnitatis. nec mirum, vt colligit Iurisconsultus, si prius detur exceptio doli, cum ei detur actio. nota est regula iuris, cui damus

D actionem, multo magis & damus exceptionem: datur autem Primo actio pigneratitia contraria aduersus debitorem, vt debitor totum pignus quod sibi adiudicatum est recipiat, soluta scilicet sibi omni pecunia, quæ actio Primo est valde vtilis, quia efficit vt totum ei soluatur cum paratus est totum pignus reddere: nam ex principali contractu, veluti creditæ pecuniæ, non posset agere, nisi pro parte hereditaria, quia Secundus ei non cessit suam actionem. verum ex obligatione accessoria, i. pignoris contraria totum pignus reddet inuito debitori: & consequenter totum debitum creditor accipiet. Contraria actio quælibet moueri potest, siue agatur directa, siue non, licet appellatio eius id ferre non videatur: nam dicitur contraria quod moueatur alio agente ex contrario. Cæterũ etiamsi

E non agatur directa, potest agi contraria, *l. in commodato, §. 1. commod* Et dum mouetur sine directa, tum dicitur moueri vltro, quia non lacessitus agit, *l. sed an vltro, de negot. gest.* Itaque in hac l. hi duo articuli *contra* & *vltro,* significant Primo esse pigneratitiam contrariam. Dicitur actio contraria quod detur ex diuerso, & è contrario latere, *l. 2. & l. vlt. de negot, gest.* quod est contra. dicitur autem dari vltro contraria, cum ea prius agitur quam directa: dicitur autem hic actionem contrariam esse, non autem contra, dum agitur directa, sed etiam *vltro* dari Primo cui adiudicatum est pignus: diuersum est si Primo non sit adiudicatum pignus. Sed finge, vterque heres Primus & Secundus pignus tenebat communiter. Primus sua sponte emit à Secundo partem pignoris, soluta parte de-

biti.

biti. hoc casu agente debitore actione pigneratitia, tuebitur se Primus exceptione doli mali, nisi debitor id etiam offerat, quod Primus Secundo pro eo soluit: non tamen Primo dabitur actio contraria pigneratitia, vt totum reddat inuito debitori: nam cur emit partem Secundi? nemo eum cogebat ad emendum. Adiudicatum est autem pignus necessitate quadam iudicis. Igitur multum interest vtrum emptione totum pignus acceperit, an adiudic. si acceperit emptione, ei non datur contraria actio. si adiudic. acceperit, datur ei contraria actio. Imo vero vno tantum casu, etsi acceperit adiudicatione totum pignus, non dabitur ei actio contraria, si scilicet animo se licitus sit, id est, si incaluerit licitando, dum vult pretio vincere coheredem, vt apud se pignus totum remaneat: nam huic etiam obiici & imputari potest, cur incaluisti licitando? cur magnum pretium fecisti, vt rem pigneratam solus haberes? nemo te cogebat tanti licitari. Itaque si postea velit is cui pignus adiudicatum est, agere contraria actione, & cogere debitorem ad luendum pignus, & debitor nolit, non audietur, & exceptio ei non denegabitur aduersus actionem pigneratitiam directam. Et generaliter quod gessit vnus ex creditoribus æstimandum est eodem modo quo æstimaremus rem gestam à procuratore debitoris: nam hic etiam creditor soluendo alteri creditori siue coheredi pro debitore, procuratoris voluntarii officio fungitur. qui soluit pro alio, procurator est, voluntarius scilicet, id est, gestor. Igitur vt procurator, quod impendit pro alio necessitate quadam, id repetit actione contraria mandati, vel negotiorum gestorum: ita hic creditor quod propter necessitatem adiudicationis præstitit pro debitore, id etiam contra vel vltro repetit à debitore contraria pigneratitia: & sicut si procurator nomine domini rem aliquam supra modum fraudulenter licitus esset, id ei imputaretur: ita etiam stulta licitatio imputatur ei creditori qui animose licitus est. Sequuntur notæ ad verba legis. ait lex: *pro parte erit damnandus*] scilicet pro parte debiti, id est, soluet partem debiti coheredi, nec debet cauere. Accurs. recte, priore loco coheres, scilicet, cui debitum soluitur pro parte, is cui soluitur quem diximus Secundum, solet cauere de indemnitate, *l. 10. §. hoc amplius, sup.* sed hic non cauebit, quia superuacanea est cautio coheredi cui adiudicatur pignus aduersus eum agentem pigneratitia directe, obsignata tantum parte debiti. *litis æstimatio*] id est, debitum, *vt & is*] vt, pro vt quemadmodum. Sententia est, vt is qui creditori agenti hypothecaria debitum obtulit aduersus dominum vindicantem, tutus est exceptione, nisi reddat, quod pro eo soluit: ita & coheres cui adiudicatum est pignus soluta coheredi parte debiti aduersus dominum agentem pigneratitia directa tuendus est exceptione doli. vtrique igitur frustra cauetur exceptione, doli scilicet. quotiescunque in libris nostris additur exceptio, intelligitur exceptio doli, *l. sicut §. vlt. quibus modis pignori vel hyp.* Exceptio doli, est exceptio generalis, quæ aptatur omnibus negotiis. *Contra quoque*] id est, non tantum exceptio datur ei cui adiudicatum est pignus, sed etiam contraria pigneratitia, qua cogit debitorem totum pignus recipere & soluere. extraneo possessori nulla eo nomine est actio. Sequitur, *non idem dici potest*] dari scilicet actionem contrariam ei qui emptione totum pignus accepit. ei qui adiudicatione accepit datur. *nisi si obiiciatur*] significat etiam in eo qui adiudicatione pignus accepit, idem dici posse, non dari ei contrariam videlicet, si dum stulte, & animose licitetur, per adiudicationem acceperit. Sequitur: *sed huius rei ratio habebitur*] id est, hoc casu cum animose licitus est, non dicam, non idem esse quod in emptore voluntario, sed huius rei ratio habebitur, id est, imputabitur ei à iudice animosa licitatio. *quod propter necessitatem impendit*] non animose licitando, non sponte emendo. *etiam vltro*] id est, sine directa. Ergo datur hæc actio pigneratitia & contra & vltro creditori, sicut procuratori. His quæ dixi congruit *d. l. 7. § inter eos & §. debitor. tit seq.* in *ea l. 7. §. inter eos,* proponitur, actionem communi diuidundo dari inter duos pluresve creditores, qui rem pignori acceperunt: datur vtilis, non directa, quia rei dominium non habent. vtilis datur, quia etsi dominium non habent, vindicationem tamen rei habent, id est, Seruianam siue hypothecariam. At quæritur inter eos quale sit officium iudicis commun. diuid. vt scilicet admissa licitatione, vni ex creditorib. qui pretio vicerit, totum pignus adiudicet, & condemnet eum alteri soluere, quod ei pro sua parte debetur, & ita parte debiti præstita alteri, ipse rem obtinebit. videnda sunt verba *d. l 7. §. inter eos.* ait, *& si assignetur. si,* est omnino tollendum. Igitur pignus totum adiudicatur vni creditori, & hic alteri creditori soluit partem debiti, non quanti reuera est pars rei pigneratæ. Alias res iudex comm. diuid. æstimat vero pretio, *l. 10. in princ. h. tit. l. 3. C. eod.*

B sed partem pignoris non æstimat vero pretio, *l. 7. C. communi diuid.* & hoc proponitur initio huius *§. inter eos.* partem vero pignoris æstimat, æstimando totum, vt in aliis rebus fieri solet, quia res tota pignerata ad licitationem deducitur, non pars rei. contradicit tamen Accurs. in *l. 2. communi diuid.* dices: si verum est, partem pignoris non æstimari vero pretio, sed in tantum duntaxat quantum pro ea parte debetur, quid opus est rem ad licitationem deducere? dicam, idem quæri posse de omnibus aliis rebus cum à iudice æstimantur iusto & vero pretio, quid opus sit licitari? Et tamen constat in aliis rebus licitationem admitti, & cum dicitur, æstimationem fieri vero precio, hoc significatur, licitationis modum, & apicem esse iustum pretium, *d. l. 3. comm. diuid.* id est, ei qui iustum pretium fecerit, & obtulerit, rem addici: ac similiter in pignore admittitur licitatio inter creditores, & licitationis modus est non veri

C pretii, sed debiti quantitatis tantum, id est, ei qui debitum obtulerit, licet verum pretium rei pigneratæ non obtulerit, pignus adiudicatur. Adiudicato autem pignore vni ex creditorib. licebit debitori oblato integro debito agere pigneratitia in personam directa, & quidem cum effectu sine metu exceptionis licebit ei pignus suum luere oblato omni debito, & recuperare per actionem pigneratitiam: oblata autem parte tantum debiti aget etiam pigneratitia, quia & altera pars debiti soluta est vni ab altero creditore, quia omnis pecunia soluta est, licet non ab eodem ipso debitore, sed repelletur exceptione doli mali, nisi totam summam offerat, & deponat. Idem procedit in extraneo possessore pignoris, qui creditori agenti hypothecaria persoluit omne debitum, & pignus retinuit: nam & domino

D pignoris licebit oblato integro debito rem ab eo possessore vindicare sine metu exceptionis, debito integro non oblato vindicationi obstabit exceptio doli mali. hæc est sententia §. *inter eos.* Sequitur §. *si debitor, l. 7. comm. diuid.* Vt intelligatur hic §. sciendum est, quod si duo communem fundum habeant, reddi potest actio communi diuidundo non tantum inter socios, sed etiam inter vnum eorum, & creditorem alterius, cui alter partem fundi pro indiuiso pignori dedit, & fiet æstimatio iusto pretio, quia de dominio diuidendo quæritur, litigante socio, *l. 2. comm. diuid.* & ibi Accurs. Sciendum est etiam, hoc iudicium communi diuidundo reddi non tantum inter duos creditores qui simul ab eodem debitore eandem rem pigneratam acceperunt, sed etiam inter duos creditores, qui separatim à dominis fundi communis ex separata debiti causa

E partem in eo fundo pignori acceperunt, & tum fiet æstimatio pignoris, non vero pretio, sed pro modo debiti, quia inter eos de pignore diuidundo agitur. Nunc finge: ego, & tu communem fundum habemus: ego partem meam pignori obligaui Primo, tu partem tuam obligasti pignori Secundo: agis communi diuidundo cum Primo creditore meo, vt potes, vel cum eodem creditore meo agit eadem actione Secundus creditor tuus. res ad licitationem deducitur, & in eo iudicio Primus creditor meus vincit, & res tota adiudicatur præstita alteri creditori parte debiti. Deinde ego creditori meo offero quod debeo, & pignus repeto actione pigneratitia, id est, partem meam fundi, quam solam pignori de-

di. obstat mihi exceptio doli mali, nisi paratus sim alteram quoque partem adiudicatam creditori meo recipere, & soluere quod is pro ea parte præstitit. Itaque creditori meo competit exceptio, eo nomine. quin imo competit actio pigneratitia contraria qua cogit me totum fundum recipere, quia non sua sponte totum fundum habet, sed compulsus necessitate adiudicationis, sicut in specie *l. si pignori eod.* vni ex heredibus creditoris adiudicato pignerato fundo, is non tantum debitorem agentem pigneratitia directa doli exceptione repellit, si totum debitum offerat: sed etiam contraria pigneratitia agit retro vel vltro, vt debitor totum recipiat, & consequenter, vt totum soluat. Denique is creditor cui adiudicatum est pignus, & exceptionem & actionem habet. exceptionem doli, actionem pigneratitiam contrariam: sed vtroque B casu addenda est hæc exceptio, nisi si creditori obiiciatur, quod animose licitus est, id est, quod affectauit habere totum: nam quod affectauit habere totum, is actionis iure non potest cogere dominum recipere totum. & quidquid diximus in pignore, procedit in venditione, vt est in §. *si debitor.* Finge: ego & tu communem fundum habemus. ego partem meam pro indiuiso vendo Titio ante acceptum iudicium comm. diuidundo. nondum trado. deinde tu antequam eam partem tradidissem Titio emptori mecum agis communi diuidundo, & te licitatione vinco: & ita totus fundus mihi adiudicatur præstita tibi parte pretii. tum Titius agit mecum ex empto, vt partem ei tradam quam vendidi. repellam eum exceptione doli mali, nisi paratus sit & alteram partem mihi adiudicatam recipere, & quod ob eam rem tibi condemnatus sum redC dere. Quinimo ex vendito possum Titium emptorem conuenire, vt totum recipiat, & partem quam vendidi, & partem, quam non vendidi, quæ mihi inuito adiudicata est: nam æquum est, vt eadem sit conditio emptoris, quæ futura esset, si mecum nunquam actum fuisset communi diuidundo, & *hac ita*, inquit §. *si debitor, nisi fraus aliqua venditoris interuenerit*, quod perinde est, ac si diceret, nisi venditor animose licitus sit. Igitur si animose licitus sim, eo nomine non habeo actionem ex vendito. hoc casu animose liceor, si plus æquo offero, quam res valeat, si socio plus soluo, quam pars eius valeat. quod supra verum pretium adiicio, animi vehementia id facio: nam hoc casu licitationis modus est. est verum & iustum pretium. in superioribus casibus de pignore animose liceor, si plus affero quam debeatur, si alteri creditori plus soluo, D quam ei debeatur pro sua parte, vt mihi cedat toto pignore, quod totum maxime cupio habere: nam his casibus licitationis modus est debiti quantitas. qui hunc modum excedit, facit animose, & recte Græci in *d. l. si pignori*, interpretatur, ὑπὲρ τὸ δέον, i. supra modum. in pignore est, debiti quantitas, non verum pretium. in alia re est verum pretium: quod si ego non vicero licitatione, vt posuimus, sed tu viceris, & totam rem consequutus fueris sententia iudicis comm. diuid. tunc actione ex empto emptori id tantum præstabo quod ob eam rem à te sum consequutus, i. pretium partis meæ petam: emptor partem meam quam vendidi, sed necessario contentus esse debet partis meæ pretio quod consequutus sum à socio cum tota res adiudicata est, *d. §. si debitor, & l. Iul. §. Idem Celsus, de act. emp.* E Additur in ipso §. *si debitor*, idem seruari in mandato, quod scil. dixi in pignore, & venditore, quod etiam significat *l. si pignori*, quæ comparat creditorem procuratori. Finge igitur: tuo nomine quasi procuratorio suscepi iudicium comm. diuid. & totus fundus mihi adiudicatus est, præstita certa pecunia socio tuo: ego non tantũ agentem te mandati repellam exceptione doli mali, nisi velis totum fũdum recipere, sed etiam vltro agam mandati contraria, vt totũ fundum accipias, & quod socio præstiti mihi reddas, nisi scilicet ego animose licitus sim: nam tum hæc mihi obiicies: cur tam vehemens fuisti in licitando? cur incaluisti in licitando? Idem Accursius in fine huius legis seruari ait in cæteris huius generis negotiis, veluti tutelæ, & negotiorum

A gestorum. Bulgarus recte interpretatur, *huius generis*, id est, bonæ fidei, quod æquum sit te vicem subire eam quam subires, si tecum actum esset communi diuidundo. Idem Bulg. mandati adfert duo exempla. primum nihil valet, secundum valet. tertium quo nunc vsus sum non posuit. hæc est sententia totius §. *si debitor l. 7. comm. diuid.* ex quo intelligitur omnia congruere cum sententia *l si pignori.* Nunc necesse est vt recenseamus ea quæ Accurs. notauit ad *d. leg. si pign.* primum quod adnotat ad hæc verba, *pro parte*, est verissimum, & consentit cum his quæ diximus. Deinde id etiam omne quod notat ad hæc verba, *nec cauere debet*, i. suæ interpretationis assertio, & contrariæ opinionis confutatio est, id omne verum est. tamen displicet vnum, quod censorem agit linguæ Latinæ, & putat Iurisconsultum non satis latine loqui cum ait, *indemnem eum fore aduersus eum*, pro indemnem fore ab eo qui pignori dedit: hoc est stultum. quod scribit ad verba, *quia pro eo*, id est rectum, præter id quod ait in extremo, eum cui adiudicatum est, præstita coheredi parte debiti aduersus debitorem habere actionem negotiorum gestorum, id est falsum; quia etsi reuera gesserit negotium debitoris pro eo soluendo, tamen id suæ partis beneficio fecit, & ideo non est actio negotiorum gestorum, *l. 25. §. non tantum, sup. eod.* Id denique fecit necessitate adiudicationis, non sua sponte. de eo quod quis gessit pro alio vrgente necessitate non est actio negotiorum gestorum, nisi in vno casu, si officii necessitate suscepti gessit: vt curator qui gessit negotia adolescentis, ea gessit vrgente necessitate officii sui, & ex ea causa est actio negotiorum gestorum, sed vtilis tantum, non directa: nam actio qua tenetur curator, vel qua agit dicitur vtilis semper, vt in titulo, *de contr. tutela & vtili actione*, de contraria tutelæ, quæ datur tutori, & vtili, quæ datur curatori: & ita accipiunt omnes recte *l. 3. §. hoc actione, de negot. gest.* Quod deinde Accurs. in hac l. notat ad verbum *obtulerit*, scilicet partem pecuniæ coheredi; id notat male: debuit dicere obtulerit pecuniam totam creditori agenti hypothecaria: loquitur enim de possessore conuento hypothecaria, non de coheredibus agentibus familiæ ercisc. de quibus si loqueretur subiiceret, aduersus debitorem agentem pigneratitia, non aduersus dominum vindicantem: & sane hic error nõ erat ferendus, nec excidit Accursio. corruptus fuit hoc loco Accurs. nam veteres libri sic legunt: *obtulerit pecuniam, & habet rem*: Ad verbum *contra*, Accurs. multa peccat. intelligit Acc. his verbis, *contra quoque*, &c. dari actionem contra debitorem coheredi cui adiudicatum est pignus, soluta alteri coheredi parte debiti. Sed non intelligit qualis hæc actio sit. primum ait esse hypothecariam, vt si is cui pignus adiudicatum est, amiserit possessionem, & peruenerit possessio ad debitorem, qua actione non absoluetur nisi omni pecunia soluta, & videtur coheres qui ei cessit pignus, pro sua parte cessisse actionem hypothecariam. ergo actionem hypothecariam habet solus. fateor cessisse hypothecariam, quia pignus cessit, iudice iubente: neque enim fit adiudicatio sine traditione aduersarii, *l. 25. §. si testator, sup. l. 2. C. commu. diuid.* at de hac actione hypothecaria sensisse iurisconsultum nego. primum, quia his verbis, *si velit heres totum reddere*, significat eum nondum amisisse possessionem pignoris: nam totum pignus intelligit. præterea si sensit de actione hypothecaria, falsum est quod subiicit, non idem dici posse si alteram partem creditor emerit: nam quid vetaret ei creditori qui emerit alteram partem, actionem hypothecariam dari amissæ possessionis? postea Accurs. mutat sententiam, & ait dari actionem neg. gest. quod refutaui sup. & male interpretatur hæc verba, *si velit totum reddere*, id est, si velit debitorem reddere totum, id est, totam pecuniam debitam: quod sibi debetur ex sua persona, & quod soluit coheredi. eam interpretationem verba non ferunt: Nam si hoc sensit iureconsultus, ita debuit dicere, *si velit totum reddi*, vel, *si velit totũ repetere*. ego sic interpretor hæc verba, si velit totã rem pigneratam, i. vtramq; partem reddere debitori, vt in *l. 7. §.*

ſi debitor, inf. comm. diuid vt recipiat totum, inquit, id eſt, totam rem, non totam pecuniam. & ita Cyrillus Græcus interpres interpretatur: καὶ ἔχει ἀγωγὴν, εἰς τὸ τὸν χρεώστην ἀναγκάσαι ἀναρρύσασθαι τὸ ἐνέχυρον, id eſt, *& habet actionem ad cogendum debitorem, vt totum pignus luat*: & ſic etiam [illegible] eodem modo: ἔξεστι τῷ κληρονόμῳ ἀναγκάζειν, καὶ μὴ βουλόμενον ἀναλαβεῖν τὸ ἴδιον ἐνέχυρον, *licet heredi cogere etiam inuitum recipere ſuum pignus*. Igitur illud totum accipiunt de pignore, non de pecunia. Falſo etiam Accurſ. ait, hic hac actione coheredem cui adiudicatum eſt pignus repetere quod plus debito ſoluit coheredi: quod etiam notat ad verbum *totum*, &c. nam qui ſoluit plus debito, is animoſe licitus eſt, & ideo actionem non habet, nec infra modum debiti, i. nihil poteſt actione repetere. Ad extremum, ait Accurſ. in fine mutata ſententia, eſſe aliam actionem aduerſus debitorem principalem, ſcilicet, veluti ex mutuo. nam ait in fine: *ſed antiqua actione*, mutuo forte, id eſt, antiquo, quod eſt adiectum Accurſio, & quidem falſo: nam ex 12. tab. non competit ei actio principalis niſi pro parte hereditaria: & ideo valde eſt illi neceſſaria actio contraria pigneratitia, qua conſequitur ſolidum, quod non poſſet conſequi principali actione ex mutuo, & ei non fuit ceſſa actio principalis pro parte coheredis, & ceſſa actione hypothecaria non videtur ceſſa actio perſonalis. alias perſonalis videtur eſſe acceſſio, & ſequela hypothecariæ actionis: ceſſa tamen perſonali, verum eſt ſequi hypothecariam, vt Accurſ. ait recte *l. 6. & 7. C. de obl. & act.* non è contra. nec moueri debemus *l. vlt. C. de ann. except.* quæ docet, ſi actum ſit hypothecaria non perſonali interrumpi præſcriptionem vtriuſque actionis. Sed ab interruptione non recte argumentatur ad ceſſionem. Ad hæc verba, *alteram partem*, recte adiicit, ſcilicet pignoris. ſed ſtatim id male explicat ſumpta ſpecie de actione communi diuid. ex *l.* 7. §. *ſi debitor, tit. ſeq.* In qua ſpecie, etſi verum ſit conſtituendam eſſe differentiam inter adiudicationem & emptionem, tamen non conuenit cum ſpecie in hac *l.* propoſita de actione famil. erciſc. & abſcindi legis propoſitum diſſentaneum eſt. Species quam proponit Accurſ. hæc eſt: ego & tu communem fundum habemus. ego meam partem pignori obligaui Primo. tu egiſti cum Primo creditore meo communi diuidundo, & te licitatione Primus vicit, & ita ei totus fundus adiudicatus eſt: eſt hoc caſu Primo contraria actio pigneratitia aduerſus me vt totum recipiam: non eſt eadem actio ſi Primus tuam partem emerit ſua ſponte, & hoc verum eſt: ſed non conuenit huic legi, cuius ſpecies alia eſt, illi tamen perſimilis in iure ipſo, hæc ſcilicet eſt: ego & tu creditores hypothecarii heredes ſumus. ſumpſimus arbitrum famil. erciſc. arbiter mihi adiudicauit totum pignus. eſt mihi aduerſus debitorem contraria actio pigneratitia, vt totum recipiat. non eſt ea actio ſi a te partẽ tuam emero mea ſponte. aliud eſt emere ſimpliciter, aliud emere per adiudicationem. adiudicatio eſt emptio neceſſaria, & coacta. alia eſt emptio voluntaria, & hanc etiam Accurſ. eſſe priorem ſpeciem tandem conſtituit: nõ tamen recte conſtituit differentiam inter adiudicationem & emptionem. Primum refert ex veteri interprete aliquo, eum coheredum qui adiudicatione totum pignus accepit, experiri cum debitore de toto debito. eum qui emptione accepit, experiri cum debitore de parte tantum ſui debiti, quæ differentia eſt vera: nam is qui adiudicatione pignus accepit, experitur de toto debito contraria actione pigneratitia. is qui emptione accepit, experitur de ſua tantum parte hereditaria actione principali, veluti ex mutuo. totius pignoris reddendi, totius pecuniæ repetendæ actionem non habet. Sed Accurſ. calumniatur verbum *experiri*, quo vſus eſt interpres ſcilicet, dum verbum hoc *experiri*, accipit generaliter, non ſpecialiter. conſtat illud verbum *experiri* eſſe generale, id eſt, commune tam actoris quam rei, vterque.n. experiri dicitur de ſuo iure, Accurſ. accepit generaliter, & ideo refellit hanc differentiam, quod verum ſit eum etiã qui emptione totum pignus accepit, de toto debito experiri per exceptionem oppoſitam directæ pigneratitiæ. Vetus interpres accepit verbum *experiri* ſpecialiter, i. de actione, non de exceptione. actiones totius debiti non dari ei qui emptione ſua ſponte totum pignus accepit: iniquum eſt captare verba, *l. pen. inf. ad exhib.* alioquin eſſet captio etiã ſemper in verbo *agẽdi*, quod etiam conſtat eſſe commune actoris, & rei. Idemque eſt agere quod experiri. ſumuntur hæc vocabula modo generaliter, modo ſpecialiter. Igitur qua mẽte quis eis vtatur ſpectandum eſt. Poſt hæc Accurſ. immerito reiecta illa differentia, aliam differentiam conſtituit dicẽs eum, qui emptione totum pignus accepit repetere a debitore verũ debitũ in ſolidum: eum vero qui adiudicatione coactus totũ pignus accepit, repetere id quod plus debito coheredi ſoluit: niſi, inquit, immenſum pretium in licitatione fecerit. hanc differentiam probat valde, ego improbo valde: nã licitationis modus eſt debiti quantitas. hunc modum qui excedit animoſe licetur, immenſum pretium facit: & ideo repetitionem non habet. immenſum eſt quodcunque modũ excedit. error hic Accurſ. & Bart. de repetendo eo vel retinẽdo quod plus debito coheres coheredi ſoluit, i. vltra partem debitã coheredi: hic inquã error natus eſt ex deprauato contextu huius legis: nam legerũt in fine *vltra*, cum hodie conſtet eſſe legendum, *vltro*. & eſt ſimilis error in *l. 6. inſi. C. ad l. Falcid.* Vbi legendum eſt, *vltro*. Tertia opinio quam adfert Accurſ. ridicula eſt. in hac l. nõ conſtituit differentiã inter adiudicationẽ, & emptionẽ, & hæc verba legis *non idẽ dici poteſt*, eſſe hæſitantis, nõ affirmantis, & ſubaudiendam eſſe emendationem. *Imo idẽ dici poteſt.* vſus eſt auctor huius opinionis ea licentia: *Sed huius rei ratio* &c. in hæc verba multa peccat Accurſ. primum quia eius, quod ſupra debitum coheredi ſolutũ eſt, repetitionẽ dari putat. deinde quod hæc verba, *animoſe liceri*, aptat non tãtum ad eum qui adiudicatione pignus accepit, ad quem duntaxat proprie & vere pertinẽt, ſed etiam ad eũ qui emit ſua ſpõte, ſi modo ſupra quam coheredi deberetur, emit: nã is qui emit non licetur, nemo licetur ſolus, & animi vehementia ſiue animoſitate procedit emptor qui ſua ſpõte ad emptionẽ accedit, licet non ſupra quã coheredi debeatur, à coherede emat. Ideoq; hæc lex etiã emptorem voluntariũ cuius cuius pretii, parem facit ei cui in iudicio fam. erciſc. animoſe licetur: nam emptor voluntarius, emit ſemper animoſe quoquo pretio emat, ſed liceri non dicitur. Itaque hæc verba *animoſe liceri* pertinent tantum ad arbitrum famil erciſ. ſiue adiudicationis cauſam. Præterea in eo etiam error eſt, quod nonnunquam Accurſ. putat coheredẽ poſſe licitãdo plus offerre quam debeatur citra animoſitatẽ, in rem debitoris ſcilicet, ne rem pigneratitiam amittat, quã fortaſſe alter coheres diſſipaturus ſit, & tũ ait debitorem teneri negotiorum geſtorum. male: nam vbi eſt licitandi neceſſitas, nõ eſt actio negotiorum geſtorũ. quia nullum officium intercedit, actio negotiorum geſtorũ ſicut mandati, ex officio proficiſcitur, *l. 1. inf. mand.* officium nõ eſt pro me ſoluere plus quam debeo, pecuniam profundere, aut ſi eſt aliquod officiũ hac in re, quod plus eſt in ſoluto, quam in debito, eius repetitio nõ eſt, quia qui ſoluit ei onerauit dominum: *l. 2. l. ſed an vltro* §. 1 vſque ad finẽ, *de negot. geſt.* Oſtendo eo loco actionem negot. geſt. dari tantum ei qui geſſit vtiliter, ſed in æſtimãda hac vtilitate quæritur vtrũ æſtimetur ex euentu, vt plerique hominum ſolẽt omnia æſtimare ex euentu. Ita Accurſ. notat ad finẽ legis, *ſed an vltro*, prolata ſententia Boetii ex lib. de conſolatione: nota eſt illa Demoſthenis in prima Olynt. plurimum homines æſtimare omnia ex poſtremo euentu: igitur tantum quæritur, an vtiliter geſſerit negotium geſtor, euentus ne ſolus ſpectetur: nam vt ſit hæc actio, vtiliter geſtum eſſe oportet; ita diſtinguit: aut vtiliter cœpit gerere negotium, aut non. ſi cœpit gerere vtiliter, euentus non ſpectatur, vt ſi domum fulſerit vtiliter, aut neſciens ruinoſam, & poſtea domus exuſta ſit caſu fortuito, erit actio negotior. geſtor. quia fecit vtiliter, licet euentus non ſit ſequutus, ſicut & ſi ſeruum ægrum curauit, & poſtea ſuo fato obierit, non ideo minus erit actio negotiorum geſtorum: ſed ſi non vtiliter:

ex euentu æstimantur omnia: Nam fieri potest vt quod initio est inutile, fiat postea vtile, sed vtilitatem semper exigimus in actione negotiorum gestorum. Porro nulla est vtilitas, si quis pro me soluat plus quam debeam. at inquis, hoc facio rei pigneratæ seruandæ causa. nihil tamen agis vtiliter: nam perdis pecuniam vt rem serues. si vis agere vtiliter, vtrumque serua. ergo hoc casu nulla est actio negot. gestorum. cætera quæ Accurs. tradit ex Azone, sunt vera in se, sed non sunt consentanea huic legi, vt Bartolus notat recte: nam l. loquitur de eo qui à coherede suo emit ius pignoris pro parte, vel de eo qui ius quod habet in pignore pro sua parte correo credendi vendit. Azo loquitur de eo qui iure creditoris, & lege pignoris partem pignoris correo credendi distraxit, quod ei pecunia non soluatur: hæc alienatio mutat dominium, etsi fiat à non domino. illa non mutat dominium, cum quis cedit pignore toto correo credendi, id est, cum ei cedit ius pignoris, non quasi distrahens lege pignoris. Bartolus etiam recte dissentit ab Accursio in eo quod ait, in fine legis contrariam pigneratitiam dari aduersus debitorem ei cui pignus adiudicatum est. quod vero negat in versic. *contra*, eandem actionem dari, & dari tantum pignoris retentionem pro eo, quod plus debito solutum est: pessime. Nam & in §. *contra*, datur pigneratitia contraria citro, id est, ex aduerso directæ qua debitor experitur, & in fine legis eadem datur vltro, id est, etiamsi debitor directe non experiatur. quod scribit Accursius ad verbum *creditor*, est corruptum. ita legit: *debitor cui est adiudicatum*, legendum est, *creditor* qui est vnus ex heredibus creditoris, cui est adiudicatum. delenda est vox *debitor*. delenda est etiam ea glossa ad verbum *necessitatem*. ad verbum, *coheredi*, coheredis scilicet. recte. *l.* 30. exposui in *l.* 1.

Ad Leg. XXXI.

Si seruus pignori obligatus luatur ab vno ex heredibus, quamuis postea decedat, officium tamen arbitri durat: sufficit enim communionis causa, quæ præcessit, quæque hodie duraret, si res non intercidisset.

AIt, si vnus ex heredibus rem pigneratam defuncto luat soluto omni debito, alioquin non lueret, constat id eum posse deducere in actionem famil. ercisc. *l.* 18. §. *vlt.* *l.* 25. §. *idem iuris, hoc tit.* Sed quæritur an re extincta pignerata quam luit, postea id possit deducere in actionem familiæ erciscundæ, vt si seruum pigneratum liberauit post mortem serui, an potest id deducere in actionem familiæ erciscundæ quod pro parte coheredum soluit luendi serui causa. l. ait, officium arbitri durare, quod sufficiat causa communionis serui quæ præcessit, & quæ duraret si non periisset seruus. recte Accurs. durat, inquit, vt iubeat partem pecuniæ præstari ei qui luit, & l. quam citat nonnihil facit. *l.* 33. exposui in *l.* 20. §. *si pater.* *l.* 34. in *l.* 28. *rem pignori.*

Ad Leg. XXXIV.

Seruos inter coheredes tempore diuisionis æstimatos non emendi, sed diuidendi animo pretiis adscriptos videri placuit: quare suspensa conditione mortuos, tam heredi quam fideicommissario deperiisse.

AD hanc l. Bart. nihil scripsit præter summarium quod adnotatum est in libris nostris & corrupte legitur. Æstimatio quæ fit tempore diuisionis, non facit emptionem. sed hoc summarium vim ac potestatem legis non comprehendit, neque præcipua legis capita. Tirones non ad summaria Bart. vel aliorum, nec ad species à Viuiano factas aduertere debent. Species l. ita ponenda est: duo sunt heredes instituti, Primus & Secundus: Primus roga-
A tus est sub conditione aliqua partem suam Titio restituere, est fideicommissum vniuersale. interim, i. antequam existat conditio fideicommissi, duo coheredes sumpserunt arbitrum famil. ercisc. qui æstimatione facta seruorum hereditariorum & aliarum rerum, atque admissa licitatione, bona omnia inter eos diuisit. Primo adiudicati sunt quidam serui, & alia mobilia vel immobilia: sunt etiam ei forte attributa nomina quædam, sed mortui sunt serui qui Primo per diuisionem obtigerant, pendente conditione fideicommissi. postea extitit conditio, quæritur an mortui serui hereditarii veniant in restitutionem fideicommissi, i. an æstimatio eorum veniat. Titius fideicommissarius contendit venire in restitutionem quasi perierint Primo non sibi, Primo. i. heredi rogato restituere suam partem. Imo
B ait periisse, quod eos per adiudicationem accepit, qui enim per adiudicationem accepit, emit, *l.* 7. *si debitor, tit. seq.* Emptori autem cuique suo periculo res emptæ pereunt; dicemus eum emisse tantum partem seruorum per adiudicationem, totos quidem seruos æstimari, *l. Mauius §. vlt. hoc tit. l. si idem §. vlt. de iurisd. omn. iudic.* sed non ideo totos emptos videri, & hoc etiam concedam. sed de parte empta superest semper eadem quæstio cui perierint. partem hereditariam constat periisse fideicommissario, *l. mulier §. sed eum, ad Trebell.* de altera parte quæritur quæ beneficio partis hereditariæ per adiudicationem accessit. & fideicommissarius eam dicit periisse Primo quasi emptori. contra Primus dicit, se eos seruos emisse necessitate adiudicationis coactum à iudice dirimendæ communionis causa. Aliud esse, emere specialiter simpliciter, aliud per
C adiudicationem. hanc esse necessariam, illam voluntariam, *l. si pignori, sup.* Sane quæ fit per adiudicationem non tam emptionis quam tollendæ communionis causa fieri. ei qui emerit simpliciter rem emptam perire: ei heredi qui per adiudicationem emerit rem adiudicatam non perire heredi pro quadrante l. Falcidiæ, fideicommissario pro dodrante: & hoc magis verum est: nam & ita idem Papinian. eodem libro scribit in *l. cum pater §. hereditatem, de legat.* 2. heredem oneratum fideicommisso non astringi periculo prædiorum adiudicatorum, sicut & hic demonstratur eum non astringi periculo seruorum adiudicatorum, nisi pro quadrante, dodrantem perire fideicommissario. Igitur si serui hereditarii decesserunt, quod heres per adiudicationem accepit, oneratur fideicommisso vni-
D uersali, vel si aliæ res quas eodem modo accepit, perierint, vel si attributa nomina deteriora facta sint pendente conditione fideicommissi, heres non cogitur fideicommissario reddere quod non habet. hæc cedent periculo heredis, id est, pro quadrante, pro Falcidia, periculo fideicommissarii pro dodrante. verba legis hæc sunt. *non emendi*] principaliter scilicet. *pretiis adscriptos*] id est, licitatione adiudicatos. in his iudiciis iudex debet adscribere, adiudicare, assignare, attribuere. *suspensa conditione*] id est, pendente conditione. vulgaris species quam omnes ponunt ad hanc l. hæc est: duos heredes scripsit, legauit vel per fideicommissum reliquit Titio seruos aliquos sub conditione. hi serui pendente conditione veniunt in actionem familiæ erc. & adiudicari possunt vni heredum, quod sup. dixi in *l.* 12. §. *res quæ* & hoc ait prima glossa: *seruos*, inquit, *lega-*
E *tos*, scilicet sub conditione. Igitur posita specie, verum est seruos legatos sub conditione interim venire in iudicium familiæ erciscundæ, & vni posse adiudicari, sed existente conditione eximetur ab eo cui sunt adiudicatæ, deficiente conditione legati remanebit apud eum: ita vero vt ponunt, seruos legatos sub conditione interim iudex vni ex heredib. adiudicauit admissa licitatione. is qui licitatione vicit pretium quo licitus est coheredi non soluit statim, sed cauit siue promisit, se soluturum deficiente conditione legati, id est, si apud eum remanerent serui: ita esse ponendam glossa ostendit in verbo *diuidendi*, vt conditione deficiente valeat diuisio illa, & tunc, id est, cum deficit conditio legati, alteri debetur pecunia pro adiudicatione. Ergo qui vicit pretio, non soluit statim coheredi pre-

tium ſed cauit ſe ſoluturum, ſi deficeret conditio legati, mortui ſunt ſerui pendente conditione legati, lex ait eos periiſſe tam coheredi quam fideicommiſſario ;periiſſe fideicommiſſario certum eſt, quia fideicommiſſi petitionem non habet, *l. neceſſaria §. 1. de peric. & comm. rei vend.* Stipulationes, legata, fideicommiſſa conditionalia perimuntur ſi pendente conditione res extincta fuerit: verum eſt igitur, fideicommiſſario fideicommiſſa periiſſe: heredi etiam pereunt, inquit, id eſt, ei cui pretium licitationis cautum eſt à coherede: ſiue debetur, quia ei deſinit deberi mortuis ſeruis adiudicatis apud eum qui de pretio cauit. Ita Accurſ. interpretari debere conſtat ex gloſſa, in verbo *tam heredi*, cui inquit erat pecunia ſoluenda: hunc dicimus eſſe ſenſum huius l. Et adiiciunt nihil obſtare quod videatur ſeruos emiſſe is cui adiudicati ſunt, quia non emptionis principaliter, ſed diuiſionis negotium geſtum eſt: neque omnes emptores ſunt ſimiles. ſi principaliter, & ſimpliciter rem ſub conditione legatam coheres à coherede emiſſet, plurimum periret emptori. hic non eſt emptio ſimplex, ſed adiudicatio: & ideo res perit venditori, id eſt, heredi cui debetur pretium licitationis. At demonſtrandum eſt, re empta ſimpliciter à coherede eam rem emptori plurimum perire. demonſtratur hac diſtinctione: aut heres à coherede emit ſpem, aut rem ipſam. ſi emit ſpem, id eſt, dubium euentum conditionis ſub qua res legata eſt, ſi emit incertum rei, & quaſi aleam, ſpei emptio valet: nam ſpei emptio eſt, *l. 8. de contr. empt. l. ſi iactum, de action. emp.* vt ſi quis emat captum piſcium, id eſt, ſortem. Si igitur emit ſpem hoc modo, vt ſiue exiſtat conditio legati, ſiue deficiat, tanti rem emat, quo genere ſemper emit rem vilius, qui ſuſcepit in ſe omnem euentum, & eo caſu res perit emptori, & debet ſemper ſatisfacere venditori, etiam re perempta, & hoc Accurſ. voluit in verbo *emendi, emendi*, ſcilicet ſpem, non ſpeciem. Tunc enim eſſet ſoluendum pretium licitationis, res periret emptori. Ita legiſſe Accurſium conſtat ex gloſſa in verbo, *tam heredi*, dum ait & hoc: niſi, vt dixi, dubius euentus fuerit æſtimatus. rurſus ſi emit rem, aut emit pure, aut ſub conditione. ſi emit pure, ſane perit emptori: & ita Fulgoſius recte hic Accurſium interpretatur. Et quod tradit Accurſius poſtea in eadem gloſſa de eo qui rem emit, interpretatur de eo, qui rem legatam ſub conditione, emit ſub conditione. hæc res ſi pereat pendente conditione, perit venditori, *l. neceſſario, de peric. & comm. rei vend.* Et hoc eſt quod dicitur in eadem gloſſa, *ſecus ſi rem*, &c. Vt plurimum cum eſt emptio ſimplex, res perit emptori. hic non eſt emptio ſimplex, ſed adiudicatio, & perit venditori, id eſt, coheredi qui tradit ſuam partem conſtituto pretio & cauto. hæc eſt omnium interpretatio, quæ diſplicet his rationibus. primum, quia pretium licitationis ſolui ſolet ſtatim. hæc pecunia ſoluitur ſine mora, ſine cunctatione, ſed ei qui licitatione vicerit, ſi ſit ei legata res ſub conditione cauetur de indemnitate, *l. propter, ſup.* ſic ſolet geri hoc negotium, nec aliter fuiſſe geſtum hic proponitur. Deinde etiamſi id ponas, eum qui pretio vicit, non ſoluiſſe ſtatim, ſed cauiſſe tantum ſe ſoluturum deficiente conditione legati, & moriantur ſerui pendente conditione, nego pretium alteri coheredi deſinere deberi: nam ei debetur ex ſtipulatione. quod debetur ex ſtipulatione vel alia cauſa, certis tantum modis ei deberi deſinit, *l. obligationum fere §. 1. de obligat. & action.* veluti ſolutione, acceptilatione, nouatione. at morte rei iam traditæ precium deberi non deſinit, quia hic modus non numeratur inter modos tollendæ obligationis: ſunt enim certi & finiti nec alios adiicere licet. & vtamur argumento Ciceronis pro Cæcinna. Si voluerint certis modis liberari debitorem, intelliguntur aliis noluiſſe. ergo factus ſum dominus ſeruorum. ſerui mihi ſunt traditi quaſi ex emptione: moriuntur ſuo fato, cur ergo pretium ei non reddam cui caui? conditio legati non defecit, ſed ea pendente mors contigit: itaque caſus cautionis non extitit, id eſt, non defecit conditio. Præterea hæc verba, *tam heredi* Digeſt.

A *redi quam fideicommiſſario* accipiuntur manifeſto de herede qui debet, & de fideicommiſſario cui debetur fideicommiſſum, de herede cui adiudicati ſunt ſerui, non de herede cui pretium licitationis cautum eſt dilata ſolutione, & conſequenter accipiuntur de fideicommiſſario vniuerſali, non de particulari, vt recte Græci exceperunt: nam ſi ſit fideicommiſſarius particularis niſi forte interueniat lex Falcidia, ei ſoli fideicommiſſario ſeruos deperire dicendum eſt, non heredi, quia in eis heres nihil habebat, & præſtaret eos in ſolidum ſi viuerent. at cum eſt fideicommiſſarius vniuerſalis, ſemper tam heredi pereunt quam fideicommiſſario: heredi pro quadrante, fideicommiſſario pro dodrante: nam heres habet ſemper quadrantem illibatum.

B

Ad L. Pomponius Philadelphus XXXV.

Pomponius Philadelphus dotis cauſa prædia filiæ, quam habebat in poteſtate, tradidit: & reditus eorum genero ſolui mandauit. an ea præcipua filia retinere poßit, cum omnes filios heredes inſtituiſſet, quærebatur. iuſtam cauſam retinendæ poſſeßionis habere filiam, quoniam pater prædia, de quibus quærebatur, dotis eſſe voluit, & matrimonium poſt mortem quoque patris ſteterat, reſpondi: filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit, ſpecie dotis, cuius capax fuiſſet, defendi.

HÆc l. non eſt in libris Baſilicon, quia ex ea colligitur ex teſtamento inter liberos collationem bonorum C non fieri, id eſt, inſtitutos liberos cæteris fratribus coheredibus nihil conferre, quod Iuſtinian. ſuſtulit in *Nouella* 81. quæ vero Iuſtinianus ſuſtulerat, exemerunt libri Baſil. ſed ante eum non erat collatio vt in *l. 1. & 7. de libbr. natural. l. 1. §. vlt. inf. eod. l. vlt. C. comm vtr.* Species huius l. hæc eſt. pater filiæ quam habebat in poteſtate, & quam nuptum collocauerat, tradidit prædia dotis cauſa. filiafamilias dotis capax eſt, donationis capax non eſt, quia in filiamfamilias dos conferri poteſt & debet, donatio in eam confertur inutiliter quandiu eſt in poteſtate: videtur ergo recte tradidiſſe prędia dotis nomine. Sed iuſſit filiam marito ſuo reditus prædiorum ſoluere: deinde pater facto ſuo teſtamento omnes filios & filias ſuas heredes ſcripſit, & mortuus eſt, matrimonio filiæ conſtante: quæritur an D filia in diuiſione hereditatis prædia ſibi tradita dotis nomine præcipua retineat. non dico an præcipiat, quæ iam tenet, ſed an retineat quæ iam habet. in his iudiciis vel præcipua retinemus, vel præcipua præcipimus. poteſt tamen dici filiam non habere retentionem, quia non eſt dos niſi quæ marito tradita eſt, *l. dotale §. dotali, de fun. dot. l. de diuiſione, ſolut. matrim.* Et hæc dos non eſt tradita marito, ſed eſt tradita filiæ, non genero. donatio potius eſt, & hoc in quæſtionem venit, an ſit donatio vel dos: ſi eſt dos, proculdubio retinebitur præcipua, nec conferetur ex teſtamento, *l. 1. §. videamus, C. de rei vxor. act.* Si eſt donatio, commiſcenda eſt cæteris bonis paternis, quia nulla eſt donatio, & morte non confirmatur ante conſtitutionem Iuſtiniani: hodie confirmatur vt dixi *ſup. l. 10. §. ſi pater.* Ex iure veteri morte non confirmatur. obſtat *l. filia, C. famil. erciſc.* quæ videtur morte confirmari. Bre- E uiter, poteſt accipi ea l. de filia emancipata quæ non loquitur nominatim de filiafamilias, ſed accipitur etiam de filiafamil. Dicam, donationem collatam in filiamfamil. non confirmari morte ſola patris, ſed vt ait ea lex, ſi non contrarium eius iudicium probetur, id eſt, ſi probetur eum perſeueraſſe in ea voluntate, extremo die mortis, quo caſu confirmabitur non ipſo iure, ſed officio iudicis famil. erciſc. *l. 2. C. Gregor. famil. erciſc. & Paul 5. Sentent. tit. 2.* Imo videntur prudentes exegiſſe conſtantem & manifeſtam perſeuerantiam *patris*, *l. pen. inf. de coll. dotis.* Et ſi perſeuerantia animi appareat liquido, non adhuc dicam confirmari donationem morte, ſed interuentu iudicis fa-

miliæ erciſcundæ. Verum ad quæſtionem, vtrum eſt donatio, an dos? verius eſt, dotem eſſe, quia pro eo eſt ac ſi tradita marito fuiſſet, cum filia ei iuſſa ſit omnes reditus inferre. Denique videtur ipſe maritus poſſidere prædia dotalia per vxorem, maritus ea poſſidet ciuiliter, mulier naturaliter: & ideo *l. ait, in fine, quæ naturaliter agros tenuit.* Denique ſicut in dote ſi quæratur de domino, dicam maritum eſſe dominum ciuiliter, ſicut poſſeſſorem, mulierem eſſe dominam, & poſſeſſorem naturaliter, *l. in rebus, C. de iure dot.* nam cuiuſlibet dotis hæc eſt definitio: ſi quæratur vter coniux ſit dominus dotis, dicam maritum eſſe dominum ciuiliter, mulierem naturaliter. Dominium aliud eſt ciuile, aliud naturale, vt in ſeruis olim aliud erat dominium in bonis, quod erat naturale, aliud iure Quiritium, alii domini bonitarii, alii domini Quiritarii. Vnde *l. vnicam, de nudo iure Quiritium tollendo.*

Ad Leg. cum put. XXXVI.

Cum putarem te coheredem meum eſſe, idque verum non eſſet, egi tecum familiæ erciſcundæ iudicio, & à iudice inuicem adiudicationes, & condemnationes factæ ſunt. Quæro, rei veritate cognita, vtrum condictio inuicem competat, an vindicatio: & an aliud in eo, qui heres eſt, aliud in eo, qui heres non ſit, dicendum eſt. Reſpondi: Qui ex aſſe heres erat, ſi, cum putaret ſe Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiæ erciſcundæ iudicium, & condemnationibus factis ſoluerit pecuniam, quod ex cauſa iudicati ſoluit, repetere non poteſt. Sed tu videris eo moueri, quod non eſt iudicium familiæ erciſcundæ, niſi inter coheredes acceptum. Sed, quamuis non ſit iudicium, tamen ſufficit ad impediendam repetitionem, quod quis ſe putat condemnatum. Quod ſi neuter eorum heres fuit, ſed quaſi heredes eſſent, acceperint familiæ erciſcundæ iudicium: de repetitione idem in vtriſque dicendum eſt, quod diximus in altero. Plane ſi ſine iudice diuiſerint res etiam condictionem earum rerum, quæ ei ceſſerunt, quem coheredem eſſe putauit, qui fuit heres, competere dici poteſt: non enim tranſactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem eſſe putauerit.

SPecies eſt. Ego exiſtimans te coheredem meum eſſe cum non eſſes, cum ego eſſem heres ex aſſe, vel cum neuter noſtrum heres eſſet, egi tecum iudicio familiæ erciſcundæ. lis peracta eſt, adiudicationes & condemnationes factæ. quæritur an poſſim tibi condicere reo quæ tibi obtigerunt per diuiſionem, an poſſim condicere pecuniam qua tibi condemnatus ſum, vel an poſſim vindicare. vbi eſt vindicatio, non eſt condictio indebiti, & è contrario, vbi eſt condictio, non eſt vindicatio, *l. ſi dominus, l. ſi in area, de condict. indeb. l. ſeruus, de fideiuſſ.* in hac ſpecie non eſt vindicatio, quia adiudicatio iudicis dominium alienauit, *§. vlt. Inſt. de off. iudic.* quæritur, an ſit condictio indebiti, & reſpondetur, non eſſe condictionem indebiti, quia ex cauſa iudicati ſolutum, aut traditum eſt, ergo non indebite: res enim iudicata parit ciuilem obligationem & actionem iudicati. Ea eſt auctoritas rei iudicatæ, res iudicata pro veritate habetur, neque de eius iniquitate queri licet, niſi prouocationis remedio: qua de cauſa ſi non appellaueris, ſed acquieueris & ſolueris, iudicati ſoluti repetitio non eſt, *l. ſeruo §. cum prætor, ad Trebell. l. ſi fideiuſſor §. in omnibus, mand. l. 2. de compenſat.* nam & hæc eſt vera ratio iuris antiqui. actio iudicati olim inficiatione creſcebat in duplum, Paulus *Sentent. tit. 19.* Cicero pro Flacco. Eſt autem regula iuris: Solutum, ex ea cauſa, quæ inficiatione creſcit in duplum licet falſa ſit cauſa, ſiue nulla, non condici, *l. 4. C. de condict. indeb. §. vlt. de obligat. quaſi ex contr.* Quia ſcilicet præſumitur ſolutum à ſciente propter metum pœnæ, *arg. l. illud, ſup. de petit. hered. l. ſi non ſortem §. ſed ſi falſo, de condict. indeb.* Sciens autem non repetit. ea ratione ſolutum, ex cauſa iudicati, non repetitur, & recte in *l. ſeruo, inf. de cond. in-*

A *deb.* additur, *ſine iudice*, & in hac l. ſubiicitur, ſi coheredes falſi, vel ſi verus heres cum falſo coherede diuiſerit bona ſine iudice, erranti condictionem dari, quia inquit, non videtur tranſegiſſe. quod notandum eſt *non: enim tranſactum &c.* Ratio eſt, quia ſine iudice plerumque fit diuiſio inter coheredes tranſactionis genere quodam, *l. qui Romæ §. 1. de verbor. obligat. l. tres fratres, de pact.* Duo diuiſerunt ſine iudice, an videntur ergo tranſegiſſe? minime: quia errauerunt, id eſt, ego qui putaui te coheredem meum eſſe, non videor tecum tranſegiſſe de hereditate: errantis nulla eſt tranſactio. ſi eſſet tranſactio, non competeret condictio indebiti, quia ſolutum ex cauſa tranſactionis non repetitur, *l. in ſumma § 1. de condict. indeb. l. cum ſolus, inf. de vſurp. & vſucap.* At ſi iudex diui-
B ſionem fecerit factis adiudicationibus & condemnationibus, hoc caſu non eſt condictio indebiti. ſed tentari poſſet, etiam hoc caſu eſſe condictionem indebiti. quia nullum iudicium familiæ erciſcundæ eſt quod inter eos qui non ſunt coheredes redditur: iudicatum ergo nullum eſt. & verum eſt, nullum eſſe iudicatum ipſo iure: quod igitur ſolutum eſt, ex nulla cauſa videtur repeti poſſe: Nam ſi dicas, me ſoluiſſe ex cauſa iudicati, negabo, cum nullum ſit iudicatum ipſo iure, cum nihil actum videatur. ſed ſpectanda eſt opinio ſoluentis. is opinione iudicati & condemnationis ſoluit: ideoque etſi nulla ſit condemnatio ipſo iure ſolutum non repetit, *l. de qua re §. vlt. ſup. de iudic. &c.* Et hoc eſt quod ait in hac *l. ſed quamuis non ſit iudicium &c.* quod quis ſe putet condemnatum, id eſt, quod ſoluat opinione condemnationis, quia ſcilicet opi-
C nione eius cauſæ ſoluit quæ inficiatione creſcit in duplum: ideoque præſumitur conſulto ſoluiſſe in omnem euentum pœnæ euitandæ cauſa. aliud eſt ſi promiſerit putans ſe condemnatum, aliud ſi ſoluerit: Si ſoluerit, non habet repetitionem, ſi promiſerit tuebitur ſe exceptione doli, *l. 5. inf. de action. emp.* facilius datur exceptio quam actio *l. 38.* expoſui in *l. 1. ſup. finium reg.*

Ad L. Ex parte heres XXXIX.

Ex parte heres inſtitutus, cauſam de totis bonis quam omnes heredes patiebantur ob inultam mortem, ſuſcepit, & obtinuit. coheres ab eo partem ſuam petebat, nec partem ſumptuum factorum in litem præſtare volebat. Quæſitum
D *eſt, an doli exceptio noceret. Reſpondi, ſi idcirco amplius erogatum eſſet, quod ipſius quoque cauſa defenſa eſſet, habendam rationem ſumptuum. Sed, & ſi omiſerit doli exceptionem, agere poteſt de recipienda portione ſumptuum.*

1. §. *Inteſtato moriens codicillis prædia ſua omnia, & patrimonium inter liberos diuiſit: ita vt longe amplius filio, quam filiæ relinqueret. Quæſitum eſt, an ſoror fratri dotem conferre deberet. Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur. ſi nihil indiuiſum reliquiſſet, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis ceſſare.*

2. §. *Seruo libertatem dedit, qui erat annorum quindecim,* Cum erit annorum triginta. *eidem ex die mortis ſuæ, quoad viueret, cibariorum nomine denarios denos, veſtiarij, denarios viginti quinque præſtari ſe velle ſignificauit. Quæ-*
E *ſitum eſt, an vtile eſſet cibariorum, & veſtiariorum legatum, cum Stichus ante libertatis tempus deceſſerit: & an, ſi non eſt vtile, heres, qui præſtiterat, à coherede repetere poſſit, apud quem morabatur. Reſpondi, non quidem debita fuiſſe: ſed ſi id, quod datum eſt in alimenta conſumptum ſit, repeti non poſſe.*

3. §. *Filius reipublicæ debita, quæ poſt mortem patris contraxit, fratri ſuo pro parte hereditaria reputare non poteſt. ſi non in omnibus ſocij eſſent: licet hereditatē paternam communem haberent & pater pro altero filio in patria magiſtratu functus deceſſit.*

SCiendum eſt, heredem qui non vindicat necem defuncti, amittere hereditatem, id eſt, fiſcum ei eripere hereditatem quaſi indigno, *l. 1. & l. cum fratrem C. de his quæ*

vt indign l neceſſarios §. *vlt. ad Syllanian.* nunc finge: duo ſunt heredes ſcripti, fiſcus ab omnibus vindicat hereditatem quaſi caducam ob inultam mortem defuncti, vnus heredum defendit totam cauſam, & vincit fiſcum. Quæritur, an ſumptuum repetitionem habeat, ſi vtriuſque cauſam egit communiter, ſi & ſuam, & coheredis cauſam egit. lex ait, eum repetitionem ſumptuum habiturum, idque hoc iudicio: Ideoque ſumptus venient in actionem familiæ erciſcundæ, vel iudicii poteſtate, vel oppoſito exceptione doli: Nam licet bonæ fidei iudiciis inſit exceptio doli, adeo vt poſſit omitti, *l. ſed ſi adeo, ſol. matrim.* tamen opponitur plerumque, vt in *l. 3. C. de except.* in qua actioni tutelæ opponitur exceptio doli: igitur venient ſumptus litis in hanc actionem, vel oppoſita exceptione doli, vel etiam omiſſa, iudicii poteſtate, & natura. In contrarium B contendere poteſt quis, eos ſumptus non venire in actionem familiæ erciſcundæ hoc arg. quia coheres potuit pro parte tantum ſua litigare, & in *l. vlt. C. depoſ l. 5. Titius & l. ſeq.* §. *ſi cum tres, pro ſoc.* non habuit neceſſe litigare, pro parte coheredis, ergo non eſt actio familiæ erciſcundæ, vt dixi, *l. 16. ſup.* ſed eſt actio negot. geſtorum. non ideo dimoueri debemus à priore ſententia: nam manifeſtum eſt in hac l. non dari actionem familiæ erciſcundæ. Sed reſpondendum eſt hoc modo: in his quæ coheres geſſit, vt ſi exegit, ſi ſoluit, ſi cauit, ſi contraxit, non eſt actio familiæ erciſcundæ, ſi non fuit neceſſe in ſolidum agere, vel ſoluere, vel cauere, id eſt, ſi potuit pro parte hæc exequi. Alia eſt ratio ſumptuum factorum in res hereditarias: Nam coheres factos ſumptus neceſſarios hoc iudicio repetit, licet potuerit pro parte ſumptuum facere, pro parte non facere, C *l. 18.* §. *ſumptus, hoc tit.* §. *item ſi inter, Inſt. de obligat. quaſi ex contr.* Eodem modo venient ſumptus facti in litem hereditariam rem communem defendendo, ſcilicet, non agendo. Itaque quod hic tradunt interpretes de actione negot. geſtorum nihil pertinet ad hunc locum, quia manifeſtum eſt dari actionem familiæ erciſc. quod ſumptus factus ſit in rem hereditariam: hæc cauſa excipienda eſt ſemper. Deinde in §. 1. hic oſtenditur, dotem conferri ab inteſtato, non ex teſtamento, vt dixi, in l. 36. in hoc §. additur exceptio, niſi ſit contraria defuncti voluntas: videtur fuiſſe contraria ſi codicillis factis ab inteſtato bona omnia diſerit inter filium & filiam, & filio plus aſſignauerit quam filiæ, vterque ſuccedit ei ab inteſtato. Sed non videtur voluiſſe pater filiam onerari collatione dotis, cui minus aſſi- D gnauerat facta diuiſione bonorum omnium, & ideo hoc caſu ex voluntate teſtatoris ab inteſtato non fiet collatio, ſed exigimus, vt omnia bona diuiſerit inter filium & filiam: nam ſi quod indiuiſum reliquerit, & velit filia venire in partem eius quod indiuiſum relictum eſt, tum debebit conferre dotem, & arbiter familiæ erciſcundæ curabit conferri. Cæterorum bonorum diuiſionem idem arbiter conſeruabit, & ſic etiam ex voluntate defuncti teſtamento non iure fiet collatio dotis, *l. 1. & 7. C. de collationib. l. pen inf. de collat. dot.* At ſimiliter hodie ex *Nouella* 18. ex teſtamento fit collatio dotis cum ea exceptione, niſi alia mens fuerit defuncti. Vltimo aperta eſt ſpecies quæ proponitur in §. *ſeruo.* Teſtator ſeruo annorum 15. teſtamento libertatem dedit, cum eſſet annorum 30. quod adiecit prudenter: Nam ex l. Ælia Sentia minor 30. annis teſtamento manumiſſus E fiebat Latinus, non ciuis Romanus, Theoph. *tit. de libertin.* & Vlp. in frag. *tit. 1. & l. 2. C communia de manumiſſ.* vt igitur teſtamento manumiſſus ad ciuitatem Romanam perueniret, adiecit vt tum liber eſſet, cum eſſet 30. annorum: alioqui Latinum feciſſet, non ciuem Romanum: & frequenter ſolebat adiici hæc conditio, *l. Ariſto, ſup. de manumiſſ. teſt. l. vlt. de reb, dub l. ſi quis ita* §. *vlt. de ſtatuliber.* Igitur ſeruum teſtamento liberum eſſe iuſſit, cum eſſet 30. annorum: deinde ex die mortis ſuæ ei alimenta legauit. Itaque voluit ei alimenta præſtari ante libertatem, ſed dixit ſe legare ſeruo ex die mortis cibarii nomine tot, veſtiarii nomine tot. alimentis legatis videntur hæc omnia legata, cibaria & veſtiaria, & calcearia, & habitatio: imo A & ſalaria præceptorum, ſed cibariis legatis non videntur veſtiaria legata *l. 5 & l. diariis, de alim. legat.* Ideoque cibariis hic adiecit veſtiaria: quæritur, an valeat legatum: & conſtat non valere ante libertatis tempus: nam ſeruo proprio ſine libertate legatur inutiliter. Igitur legatum non valet, nec debetur ſeruo. ſed tamen ex conſtitutionibus extra ordinem officio iudicis fauore alimentorum receptum eſt, vt heres cogatur præſtare alimenta, *l. 16. de annuis legat. l. ſeruo alieno* §. 1. *de legat. 1.* Ideoque ſi vnus ex heredibus, pendente conditione, pro ſua parte huic ſeruo alimenta præſtiterit, qui morabatur apud alterum coheredem, ea non repetet iudicio familiæ erciſcundæ, licet moriatur ſeruus ante libertatem adeptam: quia ſoluit indebita quidem iure ciuili, debita extra ordinem. Itaque non poteſt ea repetere à coherede, qui accepit quod ſeruus apud eum morabatur, niſi forte ſi quæ veſtes aut ſi qua cibaria extent. Ea enim repetentur, cætera non repetentur: quia quodammodo debuit, extraordinaria perſecutione ſcilicet, ſeruis propriis non inuident conſtitutiones alimenta, quod valde notandum eſt. §. *filius* expoſui in *l. 20.* §. *idem ſcribit.*

Ad §. penultim. L 39.

4. §. *Duos filios ſcripſit heredes, & certos homines vnicuique eorum prælegauit, in quibus vni Stephanum cum peculio. is viuo teſtatore manumiſſus deceſſit, deinde pater. Quæſitum eſt, an id, quod in peculio habuit Stephanus prius quam manumitteretur, ad vtroſque filios pertineat, an vero ad eum ſolum, cui cum peculio prælegatus fuerat. Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur, ad vtroſque.*

IN §. pen. hæc traditur ſpecies: quidam duos filios heredes ſcripſit, vni inter cætera prælegauit ſeruum cum peculio, & poſtea idem ipſe teſtator viuus ſeruum manumiſit. eodem ipſo viuo ſeruus mortuus eſt. conſtat extinctum eſſe legatum ſerui tum manumiſſione, tum morte. De peculio quæritur, an ſit extinctum legatum peculii, quod ſeruus habuit manumiſſionis tempore. reſpondetur: extinctum eſſe legatum peculii: Et ideo peculium venire in iudicium familiæ erciſcundæ, vt diuidatur quaſi commune inter fratres, vt non præcipiatur, quia prælegatum extinctum eſt duplici ratione, manumiſſione, & morte, quarum alterutra ſufficeret. ſeruo cum peculio legato manumiſſo viuo teſtatore, extinguitur & ſerui, & peculii legatum, puta ſi legatus ſit ſeruus cum peculio: Eo autem ſeruo manumiſſo poſt mortem teſtatoris, puta libertate contingente legis beneficio, quod forte ſeruus prodiderit deſertorem militiæ, qua ex cauſa ipſo iure liber fit pro præmio delationis. Eo autem manumiſſo, extinguitur quidem legatum ſerui, ſed non legatum peculii, quia ſemel dies legati ceſſit vtiliter à morte teſtatoris: Et ſic etiam mortuo ſeruo viuo teſtatore extinguitur legatum peculii: mortuo ſeruo poſt teſtatorem, durat legatum peculii. quia eius dies ſemel ceſſit vtiliter, *l. 1. & 2. & l. tunc inutile, de pecul. leg.* in hac ſpecie ſeruus legatus cum peculio non tantum manumiſſus, ſed etiam mortuus eſt viuo teſtatore: ideoque duplex eſt ratio extincti legati peculii, manumiſſionis & mortis. poſterior ratio ſi deficeret, id eſt, ſi ſeruus mortuus eſſet poſt teſtatorem, vel ſi mortuus non eſſet, prior ratio ſufficeret: nam manumiſſo ſeruo viuo teſtatore, & ſerui & acceſſionis, id eſt, peculii legatum extinguitur.

Ad §. vltimum.

§. *vlt. Pater in filios diuiſit bona: & eam diuiſionem teſtamento confirmauit: & cauit, vt æs alienum, quod vnuſquiſque eorum habet, ſiue habebit, ſolus ſuſtineret: poſtea vnus ex filiis cum pecuniam mutuaretur, interuenit pater: eiuſque conſenſu prædia, quæ filio adſignauerat, pignori data*

sunt: post mortem patris eadem prædia idem filius possedit: vsuras soluit. Quæro, an familiæ erciscundæ iudicio, si prædia pignori data distrahat creditor, aliquid ei à coherede præstandum sit. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non esse præstandum.

SCiendum est quod si duo vel plures sunt filii in potestate patris, qui patri heredes existant, debita peculiaria quæ quisque contraxit viuo patre pro quantitate peculii cuiusque de communi pecunia dissoluuntur: nam etsi viueret pater, teneretur pro modo peculii, & actio de peculio durat in heredes intra annum, *l.* 18. §. *si filiusfam. & l.* 2. §. *si filiusfam. hoc tit.* hoc cognito, finge: Pater inter filios suos bonorum diuisionem fecit, quam testator confirmauit, & adiecit in testamento, vt vnusquisque æs alienum quod habet vel habebit, solus sustineret, id est, vt vnusquisque quod ex causa peculii debitum contraxit de sua portione, de pecunia communi dissolueret, sequemur voluntatem defuncti, & hoc procurabit iudex familiæ erciscundæ, vt defuncto pareatur, qui si hoc non cauisset, debita omnia de communi dissoluerentur. Sed quid dicemus in specie quæ sequitur: si pater facto eo testamento & eodem præcepto dato filiis, vt vnusquisque æs alienum suum solus agnoscat, post testamentum vno ex filiis mutuam pecuniam accipiente, interuenerit pater, & eius consensu prædia quæ ei filio in diuisione bonorum assignauerat, pignori obligata sunt: deinde mortuus est pater. post mortem patris filius ea prædia possidet, & eius debiti vsuras soluit solus. Quærebatur, an debitum dissolui debeat de communi, quod non tam obligatio videretur esse filii quam etiam patris. pater non cauit de ære alieno suo, sed de ære alieno cuiusque filii, vt id quisque pro sua portione dissolueret. hoc æs alienum est vtriusque. lex ait, *interuenit pater:* non est adfuit, sed intercedit obligationi: intercedimus & interuenimus varie, vt explicatur in tit. ad Velleianum. quid hoc est interuenit? Id explicat statim: *eiusque consensu &c.* quia eius consensu pignori prædia data sunt. hic consensus facit, vt pro filio creditori sint obligata prædia quæ erant paterna, filio tamen in diuisione assignata: nihil præterea hic consensus facit: nam non ideo pater tenetur in solidum quod iussu, sicut si fideiusserit pro filiofamil. tenetur ex stipulatu, non tamen tenebitur, quod iussu *l.* 9. *C. quod cum eo qui. l.* 1. §. *quid ergo, quod iussu. l. si domini, ad Velleian.* Ratio est, quia vtroque casu, id est, siue fideiussit pater pro filio, siue prædia sua obligauit, pro filiofam. interuenit vt extraneus non vt pater: solus pater tenetur quod iussu, qui iubet pro imperio quod habet in filium fieri aliquid vel dari: multum interest an pater teneatur quasi fideiussor, & ideo quasi extraneus, an vt pater quod iussu: nam fideiussio accessio est: pater qui iussit habetur pro accessione, *l. si seruum* §. *an filiusfamil. de verbor. obligat.* habetur etiam pro reo principali: adeo vt non tantum propria actione quod iussu cum eo agi possit, sed directo possit ei condici, §. *vlt. Instit. Quod cum eo.* In hac autem specie pater pignoris obligationem contraxit pro filiofam. vnde dubitabatur an pignus lui deberet communi pecunia secundum *l.* 28. & 33. Respondetur, non esse luendum pignus communi pecunia, quia æs alienum principaliter filius contraxit, & prædia ei assignata pro eo ære pignori data sunt, consentiente patre. Dum vero pater noluit quemque æs alienum suum dissoluere, voluisse etiam videtur vt prædia quisque sibi assignata & pro se obligata solus liberaret & lueret. Itaque prædia sibi assignata filius liberabit de sua parte, non de communi, quia sunt obligata pro ære alieno suo quod solus sustinere iussus est. Leg. 41. exposui in *l.* 2. *sup.* leg. 32. in *l.* 26. §. *index, sup.*

Ad L. Si ita legatum XLII.

Si ita legatum fuerit vni ex heredibus, Quod mihi debet præcipito, *officio iudicis familiæ erciscundæ continetur, ne ab eo coheredes exigant. nam & si, quod alius deberet, præcipere vnus iussus fuerit, officio iudicis actiones ei præstari debebunt, pro portione coheredis.*

HÆc l. pertinet non tantum ad hunc titul. sed ad titul. de liberatione legata. De quo genere legati multa disputauit auctor huius l. ex *l.* 2. & 8. *de liberat. legat. & l. boues* §. *vlt. de verb. sig.* qui §. est coniungendus cum *d. l.* 8. §. & *qui reddere.* Quæstio est: quidam ex æquis partibus duos heredes scripsit, Primum & Secundum. Primus defuncto debet 100. adita hereditate hoc debitum confunditur pro semisse tantum. alter semis, id est, 50. debentur Secundo coheredi, *l. debitori, de fideiuss.* Secus erat dicendum, si testator Primum iusserit præcipere 100. quæ debebat, quo iure videretur ei prælegasse liberationem, ideoque officio iudicis familiæ erciscundæ continetur, ne quid Secundus exigat à Primo, & vt ei remittat actionem in 50. quam habet pro sua parte, quia pro ea parte non est confusa ea obligatio, & vt omnino eum liberet per acceptilationem secundum voluntatem defuncti: nam etiamsi testator Primo legasset, quod sibi extraneus debebat, officio iudicis familiæ erciscundæ Secundus Primo cederet actionem suam pro sua parte, quia nomine legato hoc tantum est in legato vt actiones cedantur, *l. seruum* §. *eum qui, l. si sic legatum* §. 1. *de legat.* 1. proinde hæc lex ita argumentatur: quod Secundus debet præstare aduersus extraneum, multo magis aduersus seipsum. quo argumento vtitur lex *fratrer à fratre.* aduersus extraneum Primo coheredi nomine prælegato, actionem suam concedere debet. Ergo & liberatione coheredi legata debet actionem suam concedere & remittere. Leg. 44. exposui in *l.* 1. initium leg. 45. exposui in *l.* 1. *sup. fin. regund.* in tractatu de adiudicationibus. §. *si coheres* exposui in *l.* 7 *sup.* §. *fructus* expos. in *l* 1 *fin. regundor.* §. *qui familia* expos. in *l.* 10. *fin. regundorum* . Cætera quæ sunt in hac *l.* expos. in *l.* 26. *sup.* leg. 46. expos. in *l.* 1. & *l.* 26. §. *quod pro emptore* in *l.* 16. §. *vlt.* leg. 47. explicui in *l.* 20. §. *hoc amplius.*

Ad L. In iudicio familiæ XLVII.

In iudicio familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, si, dum res in arbitrio sit, de iure prædij controuersia sit, placet, omnes eos inter quos arbiter sumptus sit, & agere, & opus nouum nunciare pro sua quemque parte posse: & cum adiudicationes ab arbitro fiant, si vni adiudicetur totus fundus, caueri oportet, vt quæ ex his actionibus recepta fuerint, reddantur, aut quæ in eas impensa facta fuerint, præstentur, & si cum res in iudicio esset, eo nomine actum non fuerit, eum sequi integram actionem, cui totus fundus adiudicatus fuerit: aut pro quacunque parte adiudicatus erit. §. 1. *Item quæ res moueri possint, & in ea iudicia veniant, si interea subrepta sint, furti agere eos, quorum istæ res periculo fuerunt, posse.*

SEntentia est. Post litem contestatam familiæ ercisc. inter coheredes, vel post litem contestatam communi diuidundo inter socios, *dum res,* inquit, *in arbitrio est,* & paulo post ait, *dum res in iudicio est,* pendente lite. Finge: mouetur controuersia de iure prędii hereditarii vel communi, omnes, inquit, agere debent de iure prędii, id est, de seruitute, *l. creditori, inf. de noui oper. nunt.* omnes agere debent pro qua parte cuiusque interest: nam etsi singuli vindicent seruitutem in solidum, non tamen fit condemnatio in solidum, sed pro parte hereditaria, *l.* 25. §. *an ea stipulatio, hoc tit.* sic igitur omnes seruitutem vindicabunt lite pendente diuisionis, & consequenter quod interest pro parte. interim ergo omnes agunt: possunt enim omnes pendente lite nouum opus nuntiare vicino, id est, prohibere ne quid moliatur noui operis sine remissione prętoris, vel satisdatione. Ius nunciandi habent qui domi-

nium, vel ſeruitutem habent, *l.* 1. §. *ius, de remiſſ.* nec obſtat *l. qui viam, de op. eo nunt.* Eam explicui in obſeruatione prima. Ergo pendente lite omnes agere poſſunt, omnes nouum opus nuntiare: ſed ſi ſententia iudicis vel familię erciſcundę, vel communi diuidundo factis adiudicationibus is fundus, eave domus, de cuius iure controuertebatur, vni tota fuerit adiudicata, cautiones interponentur de reddendis ſumptibus litium, coheredibus ſcilicet, acturum pendenti iudicio familię erciſcundę, vel communi diuidundo, & viciſſim de reddendis ei cui totum prædium eſt adiudicatum his omnibus quæ ex eis actionibus recepta fuerunt, id eſt, ex vindicationibus ſumptuum, & ex nuntiatione noui operis, nempe quia nuntiatio noui operis præſtat actionem damni infecti, vel interdictum quod vi aut clam: fit enim nuntiatio noui operis, vt nobis caueatur damni infecti ab eo qui in publico, vel priuato aliquid molitur, *l.* 1. § *nunciamus, de op. no. nunt.* & is qui facit contra nunciationem, non impetrata remiſſione, vel non præſtita ſatiſdatione, tenetur quod vi aut clam, *l.* 5. §. *meminiſſe, de op. no. nunt. l. per procuratorem, de procur.* Tenetur etiam ſpeciali interdicto ex noua operis nuntiatione, quod aduerſus edictum factum ſit, de quo agitur multis locis in tit. famil. erciſc. Igitur ſi pendente iudicio familiæ erciſc. omnes egerunt de iure prædii, omnes nouum opus nuntiarunt, & poſtea prædium vni fuerit adiudicatum totum, quę ex illis actionibus receperunt, debent reſtituere officio iudicis famil. erciſcundæ. Vel etiam ſi pendente lite non egerunt, hæ actiones ſequentur eum, cui totum prædium adiudicatum eſt. Idem erit in actione furti: nam pendente iudicio familiæ erciſcundæ, vel communi diuidundo ſi furtum fiat rei communis, vel rei quæ hereditate obuenit, omnes poſſunt agere furti pro ſua parte: & ſi iam exegerunt omnes, is cui res poſtea fuerit adiudicata, recipiet à cæteris quod exegerunnt actione furti, vel ſi non egerunt interim furti, adiudicatione rei vni facta, is ſolus agit furti, quia eius duntaxat intereſt, eius ſolius periculo res eſſe cœpit. idem ſequemur in cæteris omnibus actionibus, quæ dum res in arbitrio eſt, agitabuntur, id eſt, dum pendet lis famil. erciſc. vel com. diuidundo.

Ad L. Si familiæ erciſc. XLVIII.

Si famil. erciſc. vel communi diuid. vel finium regundorum actum ſit, & vnus ex litigatoribus deceſſerit, plurib. heredib. relictis: non poteſt in partes iudicium ſcindi: ſed aut omnes heredes accipere id debent, aut dare vnum procuratorem, in quem omnium nomine iudicium agatur.

Ponendum eſt, plures egiſſe familiæ erciſcundæ, vel communi diuidundo, vel finium regundorum. vnus ex eis pendente lite deceſſit pluribus heredibus relictis: auctus videtur numerus litigantium, imo vero auctus non eſt: nam pro ratione heredum quos reliquit vnus ex litigatoribus, lis ea non ſcinditur in partes, ſed omnes heredes vnius perſonę vice funguntur, & debent omnes hanc litem ſimul ſuſcipere, & procuratorem dare in quem omnium nomine agatur, & qui omnium nomine agat: nam duplex eſt actio: & hoc ideo ne fiat iniuria cæteris litigatoribus in plures perſonas diuiſa lite. Sic in ſpecie *l.* 5. §. *pen. iudic. ſolui.* ſi ſint plures fideiuſſores iudicatum ſolui, qui enim fideiubet de iudicato ſoluendo, fideiubet etiam de lite defendenda. Sunt igitur plures qui fideiuſſerunt rem defenſam iri, & volunt defendere, an poſſunt defendere pro parte, ſubſtituto defenſore ſuo pro ſua parte ab vno quoque? minime. Debet omnes ſimul defendere deſiderante actore, & vnum defenſorem dare, qui omnium nomine defendat, ne defenſio in plures perſonas diuiſa actorem aliquo incommodo afficiat. Eadem eſt ratio in *l. quod ſi nolit* §. *quod ſi, de adilit. edic.* Finge: Seruus venditus eſt vitioſus, & morboſus. emptori decepto competit redhibitoria, per quam reddet ſeruum, & recipiet pretium: vel ſi nolit redhibere & emptionem reſtituere, competit actio quanti minoris, quæ dicitur æſtimatoria, qua recipiet ſoluti pretii portionem aliquam. Ergo competit ei duplex actio, redhibitoria, & æſtimatoria: ita tamen vt vnam eligat earum. nunc finge: emptor priuſquam eligeret actionem, deceſſit, relictis pluribus heredibus. vnus vult agere redhibitoria, alter quanti minoris. hoc non permittitur, omnes debent redhibere ſeruum, vel agere debent omnes quanti minoris: diuerſis iudiciis vti non poſſunt, ne ſcilicet incommodo reus afficiatur, ſi vnus agat redhibitoria, alter æſtimatoria. incommodum hoc erit, quod ab agente redhibitoria, recipiet partem ſerui, & reddet partem pretii, ab eo qui egerit æſtimatoria nihil recipiet, ſed ei condemnabitur in partem pretii quanto minoris. Ne ita adſtringatur reus, melius eſt, vt omnes conſentiant in actione inſtituenda, & vt dent vnum procuratorem, ſicut in ſpecie huius l. plures heredes dant vnum procuratorem, qui ſcilicet heredes extiterunt vni ex coheredibus litigantibus de diuiſione hereditatis, vel vni ex ſociis litigantibus de diuiſione rerum communium, vel vni ex viciniis litigantibus de finibus regundis. Idem non fiet è contrario, ſi plures agant famil. erciſc. vel communi diuidundo: nam tunc lis neceſſario diuiditur in partes, adeo vt inter pauciores ex pluribus lis accipi poſſit, *l.* 1. § *pen. ſup. hoc tit.* imo non poſſunt, aut eis permitti non debet dare vnum procuratorem, quia ſi vnus ſit procurator, qui omnium heredum nomine experiatur, res non poterit expediri circa adiudicationes, & condemnationes: an idem ſibi tradat accipietque? Itaque neceſſe eſt rem diuidi in partes, & vnius rei plurium perſonarum plures eſſe procuratores, & ita accipe *l. ſi qui procuratorio* §. *vnus*, & leg. *licet* §. *pen. de procurat.* cui §. male opponitur *d.* lex 5. §. *pen. iudicat. ſolui.* quæ non loquitur tantum de fideiuſſoribus pluribus iudicatum ſolui, vel de heredibus pluribus iudicatum ſolui, adquem caſum non pertinet d. §. ſed ad alios, videlicet ad caſum *d. l. licet* §. *pen.* num plures heredes agant famil. erciſcund. nam tunc vnius litis non erit vnus procurator, ſed plures rerum expediendarum cauſa circa adiudicationes & condemnationes.

Ad L. Qui erat heres. XLIX.

Qui erat heres ex parte inſtitutus, teſtatorem iuſſus à pretore ſepelire, ſeruum, cui erat teſtamento data libertas, ideo diſtraxit: duplamque promiſit: & ex ea cautione conuentus præſtitit. Quæſitum eſt, an familiæ erciſcundæ iudicio conſequatur, quod ex duplæ ſtipulatione abeſt. Primo videamus, an hic debuerit duplam cauere. & mihi videtur non debuiſſe. Hi enim demum ad duplæ cautionem coguntur, qui ſponte ſua diſtrahunt. ceterum, ſi officio diſtrahentis fungitur, non debet adſtringi: non magis, quam ſi quis ad exequendam ſententiam à pratore datus, diſtrahat: nam & hic in ea conditione eſt, ne cogatur implere quod coguntur hi, qui ſuo arbitrio diſtrahunt: nam inter officium ſuſcipientis, & voluntatem diſtrahentis multum intereſt. quapropter re quidem integra ſtipulationem duplæ interponere non debuit. ſed decernere prætor debet, eſſe actori, aduerſus heredem exiſtentem, actionem ex empto, ſi res diſtracta fuiſſet euicta. ſi autem heres errauit, & cauit, & ſeruus perueniat ad libertatem: ſtipulatio committetur. quæ ſi fuerit commiſſa: æquum erit, vtilem actionem ei aduerſus coheredem dari, defecto iudicio familiæ erciſcundæ, ne in damno moretur: nam vt familiæ erciſcundæ iudicio agere quis poſſit, non tantum heredem eſſe oportet, verum ex ea cauſa agere vel conueniri, quam geſſit, quodque amiſit poſteaquam heres effectus ſit. ceterum ceſſat famil. erciſcundæ actio. & ideo, ſi antequam quis ſciret ſe heredem eſſe, in hereditate aliquid geſſerit, famil. erciſc. iudicio non erit locus, quia non animo heredis geſſiſſe videtur. Quare qui ante aditam hereditatem quid geſſit, veluti ſi teſtatorem ſepeliuit, famil. erciſcundæ iudicium non habet. ſed ſi poſt aditam hereditatem id fecit: conſequenter dice-

mus famil. ercisc. iudicio consequi eum posse sumptum, quem fecit in funus.

DIsputat Vlp. in hac l. de hac specie: duo sunt heredes scripti, vnus cum solus extaret, & inueniretur, absente forsitan altero, iussu prætoris, ne testator insepultus maneret seruum hereditarium testamento manumissum vendidit, cui nondum obtigerat libertas ante aditionem, & ex venditione redacta pecunia testatorem sepeliuit, funerauit, eique iusta fecit: non ideo videtur hic heres se pro herede gessisse, & hereditatem acquisiuisse, *l. 4. & l. 14. §. plerumque, de religios. l. 20. de acquir. hered.* nam & is iussu prętoris fecit extra ordinem, non sua sponte deliberans adhuc & concoquens, an sibi adeunda hereditas necne. postea tamen vterque hereditatem adiit: At ille heres qui iussu Prætoris seruum vendidit testatoris sepeliendi causa, in eo seruo distrahendo promiserat emptori duplam pretii euictionis nomine, deinde adita hereditate seruo perducto ad libertatem, & ita euicto emptori conuentus ab emptore, ex stipulatu duplam præstitit. quæritur an id quod præstitit, possit à coherede consequi pro parte iudicio famil. erciscundæ. hæc est quæstio, cui Vlpianus priusquam respondeat, proponit hunc heredem non debuisse promittere duplam emptori: nam is demum debet cauere de dupla qui suo arbitrio vendit hominem ex ædilitio edicto: nam non in venditione rerum omnium dupla promittitur. sed in venditione hominis tantum ab eo qui vendit sua sponte, *l. emptori § pen. de euiction. l. 5. §. item dupla, de verbor. obligat.* & omnino ex ædilitio edicto in venditione hominis duplex stipulatio ædilitia intercedere solet, vna est sanum eum præstari. *Alioquin*, inquit, *quæ ab Ædilibus proponitur, in venditione*, mancipii scilicet, *inutilis erit, quod vtique nemo sanus probauit*: quibus verbis Vlpian. alludit ad formam stipulationis ædilitiam, sanum esse, & eo modo Varro *de re rustica* 2. de venditione caprarum: *capras suas*, inquit, *nemo sanus promittit, nunquam enim sine febri sunt.* Altera stipulatio ædilitia est stipulatio duplæ, quæ interponitur cum homo mancipio non datur, id est, cum traditur, non mancipatur: Aliud est traditio, aliud mancipatio rei alienæ, mancipatio non est rei alienæ. traditio, est venditio: rei alienæ per mancipationem non est venditio, rei alienæ per traditionem est: nam satis est duplam promitti euictionis nomine, vel si ita pacti sint simplum, ex pacto promittitur simpla, ex ædilitio edicto dupla in venditione hominis, & in venditione pretiosarum rerum, *d. l. emptori §. 1. Varro lib. 2. cap. de empt. pastor.* ac is tantum venditor, vt dixi, cauet duplam qui sua sponte vendit. qui iussu prætoris vendit coactus, non debuit cauere de dupla: nam hic est similis apparitori, qui exequitur, id est, ad finē perducit sententiam siue decretum Prętoris, captis distractisque pignoribus, quem constat de euictione non teneri, vel non cauere debere, *l. si pignora, de euict.* Nam & apparitor & heres in specie proposita vterque id facit ex officio, id est, necessitate quadam, Gręci dicunt ἐξ ἐπιτάγματος, quod eis ita sit iniunctum, & vt aiunt multum interest inter officium suscipientis, & voluntatem distrahentis, id est, multum interest inter eum qui ex officio, quod suscepit vendit, & eum qui vltro vendit. hic qui vltro vendit, cauet de dupla: ille non cauet. Iure igitur in hac specie heres non debuit cauere de euictione: & ita si forte heres non cauisset, quid fieret, si iussu prætoris heres seruum distraxisset, & non cauisset, sicut non cogitur, & euictus fuisset seruus emptori, quomodo consulitur emptori? id hęc l. explicat: prętorem dare emptori vtilem actionem ex vendito pretii nomine aduersus vtrumque heredem post aditionem: perinde ac si vterque vendidisset eum seruum sua sponte, sicut & re distracta ab apparitore ex causa iudicati, & euicta emptori, neque datur quidem actio emptori aduersus apparitorem: Sed datur vtilis ex empto actio aduersus debitorem iudicatum & condemnatum, perinde ac si ipse suo arbitrio distraxisset, quia eius lucro pecunia ex venditione confecta cessit, *l. si plus, inf. de euict.* Et eo-

A dem modo pignore distracto lege pignoris à creditore, quo casu creditor non tenetur de euictione, re euicta datur emptori vtilis actio ex empto aduersus debitorem, *l. scriptum §. 1. de distract. pig.* His tribus casibus emptori consulitur data actione ex empto. primo casu aduersus heredes omnes, aduersus eum, qui vendidit iussu Prætoris pro sua parte, aduersus alios qui non vendiderunt, pro suis partibus, vt sequentibus casibus aduersus debitorem. vtilis hæc dicitur quod detur æquitatis ratione, ne ex aliena iactura heredes, vel debitor sibi lucrum acquirat, *d. l. rescriptum* §. 1. quæ æquitatis summa est ratio: & dari vtilem actionem in hac lege significatur his verbis, *decernere Prætor debet aduersus heredem*, id est, aduersus vtrumque: nam omnis actio vtilis decernitur, omnis actio vtilis est decretalis, B *l. si post constitutam, de constit. pecun. l. pen. de acquir. hered. l. 2. §. interdum, de vulg. substit.* & quoties decerni actionem legitur, intelligendum est, esse vtilem actionem: & quoties non est directa, exquirendum est cur deficiat: directa est edictalis, non decretalis. his explicatis Vlpian. redit ad quæstionem propositam. Heres, qui iussu prætoris distrahebat seruum hereditarium sepeliendi testatoris causa, non debuit cauere de euictione, cauit tamen duplam, quia hominem vendebat per errorem. hic est error iuris, quia scire debebat cauere eum non debere, qui ex officio vendit, non ex voluntate libera. sed putabat se teneri de euictione. errabat in iure: & ita per errorem iuris cauit, & non modo cauit, sed etiam ex ea cautione duplam præstitit. Seruo libertatem adepto ex eo testamento post aditionem, C quæritur an id quod præstitit ex stipulatione duplæ heres possit deducere in actionem familiæ erciscundæ; primum negatur posse, quia id non gessit quasi heres: nondum enim adierat cum seruum vendidit, & cauit emptori: postea adierunt ambo, & ideo cessat actio familiæ erciscundæ, *l. 16. §. sed si dolo, sup. hoc tit.* nam vt ait in fine huius legis, *vt familiæ erciscundæ indicio agere quis possit, non tantum heredem esse oportet, verum ex ea causa agere, vel conueniri quam gessit*: vt si locauit rem hereditariam, si coluit fundum, si quid exegit vel soluit ex ea causa, quam admisit, vt si quid deliquit, vel dolo fecit, si pecuniam hereditariam sustulit ante aditionem: necesse ergo est vt agat ex ea causa quam gessit, vel admisit post aditionem: nam de eo quod gessit, vel admisit ante aditionem, non habet actionem familiæ erciscundæ, cum non gesserit tanquam D heres: & hoc est quod sequitur in hac lege, *cæterum* &c. *Cæterum*, id est, alioquin, Cæteroquin. Ergo in hac specie non est actio familiæ erciscundæ directa, datur tamen actio vtilis. quæ ratio æquitatis? *ne*, inquit, *in damno moretur*, ne in damno versetur, quod non est satis, nisi adiiciatur, ne in damno is versetur, qui dum pietatis officio fungitur, in errorem iuris lapsus est: sicut & in specie leg. 25. §. *si filius*, datur vtilis actio familiæ erciscundæ filio eidemque heredi patris ex parte, qui antequam heres existeret, patrem viuum pie & officiose defendit in iudicio, & condemnatus soluit. Igitur interdum datur actio vtilis familiæ erciscundæ etiam ex his causis, quas quis gessit ante aditam hereditatem. Et ita fit, vt in vnum idemque iudicium quædam veniant directo, quædam ex vtilitate quadam, id est, vt vna eademque actio partim sit directa, partim vtilis se- E cundum varietatem causarum, quę in hanc actionem deducuntur. Hæc est sententia huius legis. ex ea interpretes colligunt hanc generalem sententiam, eum qui errore iuris quid promisit, cum effectu teneri ex stipulatu, quod nostra lex probat. heres iussus vendere seruum, errore iuris promisit duplam, cum effectu tenetur ex stipulatu pręstare duplam, & vero proponitur etiam præstitisse. At dices quo valde mouetur Accursius, iuris errorem non nocere, *l. 7. & 8. inf. de iur. & facti ignor.* Heres errans in iure cauit. si dixeris teneri, hoc videberis dicere, errorem iuris nocere, quod est falsum. Error iuris non nocet, id est, non afficit damno, nihil damni adfert, sed damno etiam non eximit. & hęc differentia est inter errorem iuris & facti, quod error facti lucro afficit, damno non afficit, imo damno li-

liberat & eximit: Error autem iuris lucro non afficit. ignorantia iuris non iuuatur prǽmio, sed omnes potius ad ius discendum inuitandi sunt. non afficit etiam damno: & in hoc nihil distat ab errore facti. damno non liberat. exempli gratia, si quis errans in iure confiteatur se debere quod non debet, an quod erret in iure habebitur pro confesso? non, *l. 2. de confessis.* Sed retro quod ignorauerit ius non ideo etiam non habetur pro non confesso, *l. 2. tit. de confess.* Sententia est: qui errans in facto fatetur, non fatetur: vt cum heres ignorans esse multos creditores hereditarios singulis legatariis fatetur se debere solida legata, non habetur pro confesso: quia autem errans in hoc fatetur, vtique fatetur, & tenebitur pro confesso: vt si quis ignorans leg. Falcidiam, fateatur se debere solida legata, vtique fatetur, fatetur ius, quia errat in iure: nam error iuris non nocet in damnis amittendæ rei suæ, *d. l. 8.* sed fatetur, quia fatetur, & quia errat in iure, non ideo non fatetur: nam error iuris non eximit damno, sed neque inuoluit damno. Ac proinde qui errore iuris quid promittit, cum effectu tenetur. Accurs. multa alia opponit: opponit leg. 4. §. *vlt. sup. Si quis caution.* & falso respondet, speciale esse in iudiciis: vult dicere in cautione iudiciali sine ratione: neque tamen speciale quiddam constituere debemus sine ratione certa. longe alia est ratio l. 4. Finge: qui non debebat satisdare iudicio sisti, vt qui erat locuples & possessor prædiorum, qui non satisdat sed promittit tantum & iurat. Igitur is qui non debebat satisdare, per errorem iuris dedit fideiussores, quæritur an fideiussoribus si conueniantur, detur exceptio, quia scilicet intercesserunt ex ea causa, ex qua non debuerant. Lex ait, dari: ergo non est efficax satisdatio: respondeo: nos loquimur de reo principali, qui promisit per errorem iuris. Illa lex loquitur de fideiussoribus, quibus datis errore iuris subueniri æquum est: ipsi non errauerunt in iure, sed qui eos adsumit. huic non subuenitur, fideiussoribus eius subuenitur: & eadem est ratio leg. *si quis, de fideiuss.* Quidam liberatus tempore, errore iuris dedit fideiussorem, quia scilicet actionem qua tenebatur, putabat esse perpetuam, cum esset temporalis: erroris fideiussio nulla est. licet tamen dicat nullam esse, non tamen dicendum est nullam esse ipso iure, sed exceptionem dari fideiussoribus errore debitoris adhibito. & eadem est ratio in *l. 1. §. quid deinde, vt in poss. legat.* si quis legatarius sub conditione prohibitus sit à testatore exigere cautionem legatorum nomine, heres liberatur ex actione cautionis vulgaris legatorum nomine, si tamen existimans se nihilominus adstringi ad cautionem, id est, non potuisse testatorem hoc prohibere contra ius publicum, sicut etiam non potuit ante constitutionem diui Marci remittere cautionem legatorum: si inquam heres existimans etiam non potuisse hodie, id est, ignorans constitut. D. Marci cauit, & fideiuss. dedit: ex ait, fideiussoribus dari exceptionē, quia ex ea causa intercessit ea stipulatio, ex qua non debuit: At l. 1. plus dicit quam cæteræ. ait benigne succurri heredi qui cauit, vt scilicet ipse heres condicat liberationem incerti, & satisdationem quam præstitit. sed lex ait, benigne, quia scilicet ea fuit voluntas testatoris non caueri: benigne hoc datur ei vt condicat obligationem cui se subiecit contra voluntatem defuncti. Sed quod benigne conceditur, non est trahendum ad consequentiam, *l. qui benigna, inf. mand.* Itaque ex eo loco male ducitur argumentum aduersus iuris regulas ex iis quæ benigne recepta dicuntur: nam quæ sunt benigne recepta, non sunt trahenda ad consequentiam. Præterea opponit Accursius leg. *si patronus, inf. de donat.* Ex qua efficitur, subueniri promissori, qui errore iuris promisit aliquid. Species est: Libertus patronum heredem instituit ex portione debita, quæ debebatur lege Iulia & Papia sine vllo onere, & tamen patronum libertus onerauit fideicommisso quodam, quod non potuit, maxime cum ex debita tantum parte faciebat heredem: post mortem liberti, fideicommissario promisit se soluturum fideicommissum, quæritur an cogatur soluere. ait lex indistincte non esse cogendum, ne scilicet pars debita legibus Iulia & Papia

A pia verecundia patroni minuatur, id est, reuerentia, vt Accurs. recte. Et hic in *l. donationes §. vlt. C. eod. tit.* verecundiæ maternæ. Intelligitur autem l. ea de patrono qui sciens promisit, & multo magis locum habet in errante. Sed sicut ex ea l. male colligeres generaliter, scienti subueniri, quod est falsum: ita falso colliges, erranti subueniri: nam id datur tantum specialiter reuerentiæ patroni: non enim est arctandus vt debitam sibi partem omittat, etiamsi promiserit. quod tamen in extraneo herede locum non habet, qui ipso iure habet Falcidiam: nam si sciens vel errans in iure promittat se soluturum integra legata, cogitur soluere integra, *l. vlt. C. ad l. Falcid.* Falso hic Accursius ait, in ea *l. si patronus,* patronum promisisse viuo liberto, quæ stipulatio turpis esset, *l. 2. §. interdum, de vulg. subst. l. quadam §. vlt. de donation.* & nulla esset promissio,

B aut non adstringeretur promissione patronus, non propter reuerentiam suam, sed propter turpitudinem, quod contra bonos mores fideicommissarius viuo testatore festinarit stipulari fideicommissum. Itaque verius est, in ea l. patronum promisisse post mortem liberti. ad hæc opponit Accurs. *l. 1. §. 1. vt in possessio. legat.* vbi ius nescienti promissori & satisdanti succurritur, sed benigne, vt exposuimus, ratione vltimæ voluntatis, vt recte ait Accurs. quia voluerat defunctus heredem non cauere legatariis, quę voluntas est rata ex constit. Marci, quam ignorans heres cauerat, ei benigne hoc casu succurritur. Ergo hoc casu tantum non cæteris, hoc non potest porrigi ad cætera. benigne etiam in specie huius legis, heredi, qui duplam cauit non aduersus stipulatorem, sed aduersus coheredem vtilis

C actio datur, licet cauerit antequam heres esset, ne inquit, *in damno moretur,* quæ est vtilitatis ratio, vt in *l. quæ vtiliter in fi. sup. de negot. gest.* Deinde opponit Accurs. *l. si quis postquam, inf. de fideiussor.* Sed iam ante respondi, eam loqui de fideiussoribus, & in hac quæstione separandos esse fideiussores à reo principali qui eos errore iuris adhibuit, qui satisdato promisit: huic non subueniri aduersus stipulatorem, fideiussoribus subueniri, quod & Azo docuit. Postremo opponit Accurs. *l. 7. & 8. de iur. & fact. ignor.* quibus iam respondi. Sed quid de eis dicat Accurs. examinemus. ait vt se expediat ab illa *l. 7. & 8.* iuris ignorantiam non nocere, quia, inquit, per errorem iuris emptori cauetur de dupla, quæ solet caueri omnibus emptoribus. fallitur: cauetur aliis ementibus à voluntario venditore, hic

D venditor non est voluntarius, & præstare cautionem duplæ non debuit, quam errore iuris præstitit: quia tamen ea cautio committitur cum effectu, iuris error videtur promissori nocere, & vero nocet, id est, non prodest, vt liberetur obligatione, vel vt aduersus actionem se exceptione tueri possit: & quod dicitur, iuris errorem in damnis non nocere, hoc significatur, non esse damno, damnum non adferre. postea Accurs. omnibus his legibus quas opposui, medetur vna solutione Azonis, in qua falso constituit Azo, in specie huius legis stipulationem quidem committi, sed non in duplam, id est, in id tantum quod interest. repugnant verba legis, *duplam promisit & ex ea cautione conuentus præstitit.* Item illa, *quod ex stipulatione duplæ ei abest.* Deinde Accurs. differentiam facit inter exequutorem merum, & exequutorem non merum: priorem partem legis

E intelligit de mero exequutore: posteriorem de non mero: dum tamen manifestum sit Iurisconsultum, tota l. in eadem specie perstare, & ille heres qui antequam heres existeret iussu Prætoris funus duxit testatoris, & seruum distraxit funerandi testatoris causa, non dicitur exequutor: exequutor est apparitor, sed dicitur hac in re officio sibi iniuncto fungi, non vltro hoc facere: est ea differentia inter exequutorem merum & non merum: exequutorem merum dicit eum cui Prætor iubet vt vendat seruum, atque motus solo imperio prætoris vendit: exequutor non merus est, qui iussu quidem Prætoris vendit, sed vt suum non potuit vendere qui nondum heres erat. tota l. vendidit eodem modo ex iussu Prætoris, nec mutatur species: non constituuntur duo genera parentium iusso Prætoris.

Ad L. Quæ pater L.

Quæ pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministrauit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur.

IN hac l. hoc ostenditur: pater filio cui postea heres extitit pro parte, peregre agenti studiorum causa necessaria subministrauit. lex ita distinguit: aut id facit credendi animo, aut pietatis studio. si credendi animo: rursus aut filius est in potestate, aut emancipatus. lex loquitur tantum de emancipato, sed tamen tractatur de vtroque: si filius est in potestate cui credidit pecuniam studiorum causa, obligatio naturalis confunditur partim acquisitione hereditatis pro parte filii. partim obuentione peculii pro parte coheredis, nisi totum peculium sit prælegatum filio, *l. frater, de condict. indeb.* si filius est emancipatus, obligatio ciuilis confunditur pro parte filii tantum, durat pro parte coheredis, *l. debitori, de fideiuss.* At si pater pietate ductus non credendi animo filiof. vel filio emancipato studiorum causa necessaria subministrauerit, ea in rationem hereditatis ab arbitrio famil. erciscundæ non admittuntur, non imputantur filio in portionem hereditariam, siue debitam non conferuntur fratri. Donatio simplex confertur ab intestato, & etiam ex testamento hodie, *l. vt cæteris in fi. C. de collationibus.* Quod Accurs. negauit perperam. Separanda est donatio simplex à viatico. viaticum, quod pater filio subministrat, non confertur, nec imputatur filio in portionem. placet Accursio etiam non imputari libros, non conferri. meretur studiorum ratio hunc fauorem. placet etiam Accursio non conferri arma, quæ filio emit in militiam, quæ dedit pater. meretur etiam militia hunc fauorem. arma quę dedit filiofamil. deputantur castrensi peculio, quod non confertur, *l. 1. §. nec castrensi, de collat. bon.* Iis addi debent ea quæ diximus in *l. 20. § idem scribit, sup. hoc tit.* notandum quod ait, *æquitas*, huius arbitrij scilicet, ne hæc l. sit ἀντινόμος, tit. initium *l. 52.* exposui in *l. 20. §. hoc amplius. §. si ego,* exposui in *l. 1. fin. reg. & l. 1. & 2. §. vlt. hoc tit.*

Ad L. LII. Mæuius §. Seruus.

Mæuius qui nos heredes fecit, rem communem habuit cum Attio. si cum Attio communi diuidundo egissemus, & nobis ea res adiudicata essent venturam eam in familiæ erciscundæ iudicio, Proculus ait.

1. §. Seruus liber & heres esse iussus, id quod ex rationibus, quas patrifamilias gessisset, & penes se retineret, iudicio famil. ercisc. coheredibus suis præstabit.

SEruus gessit actum domini, fuit actor rerum domini, & testamento manumissus est, adscripta etiam hereditate. reliqua rationum quas gessit in seruitute venient in hanc actionem. obstat lex *prox. §. vlt. sup.* quæ dicit ea quæ heres defuncto debuit, non venire in hanc actionem. respondeo hunc seruum qui testamento heres, & liber scriptus esset, non debere reliqua, id est, non teneri ex antegesto, quod gessit in seruitute, *l. eum actum, sup. de neg. gest.* & ea etiam reliqua non veniunt in actionem fam. ercisc. quasi debita, sed quasi extantia in hereditate: nam ponitur ea seruum apud se habere.

Ad §. Arbiter.

2. § Arbiter familiæ erciscundæ inter me, & te sumptus, quædam mihi, quædam tibi adiudicare volebat: pro his rebus alterum alteri condemnandum esse intelligebat. quæsitum A *est, an possit pensatione vltro citroque condemnationis facta, eum solum, cuius summa excederet, eius dumtaxat summæ, qua ita excederet, damnare. & placuit, posse id arbitrum facere.*

3. §. Cum fam. ercisc. vel com. diuid. agitur: vniuersæ res æstimari debent, non singularum rerum partes.

FInge: duo sunt heredes, ego & tu. iudex familiæ erciscundæ mihi adiudicauit rem dignam quadringentis, me tibi condemnari oportet in 200. tibi porro adiudicauit rem dignam ducentis, te in centum condemnari oportet. imo vero compensatio fiet summarum vltro citroque. Sic ego tibi solus condemnabor in 100. *l. 3. C. com. diuid. §. vlt.* exposui in *l. 34.*

B

Ad L. pecuniam quam LIII.

Pecuniam, quam filius emancipatus ita credidit, vt patri solueretur, ita demum in hereditatem patris numerari, si patri aduersus filium eiusdem quantitatis nomine actio competebat.

SEntentia est: quod mihi non debetur, tamen mihi solui potest, quasi adiecto solutionis gratia, quia scilicet ego non sum in obligatione, sed sum in solutione. non est in mea hereditate, & ideo non venit in hanc actionem. dubitabis & dices primo etsi patri deberetur non veniret in hanc actionem, quia nomina non veniunt. Dicam, nomina venire remediis, *l. 3. hoc tit.* & ita explicanda est dubitatio hæc. Accurs. actionem accepit pro rei vindicatione, C cur ita interpretatur non dicit, vt quia est pecunia patris: mouet eum superior dubitatio, quod nomina veniant: sed verum est ea non venire ipso iure, sed venire remediis, & apertum est actionem hic significare condictionem certæ pecuniæ: & vero cum actionem dicimus, intelligimus actionem in personam, actio in rem dicitur petitio proprie, *l. 27. inf. de obligat. & action. l. 54.* exposui in lege 25. *§. si testator, & §. item scribit.* lex 55. est de adiudicationibus apertissima, vt ad eam nihil notari necesse sit. ait, *& diuisio tam difficilis sit, vt pæne impossibilis esse videatur.* est similis loquutio in *l. 4. §. 1. de statu lib. l. 56.* explicui in *l. 1. sup. fin. regund.*

D

Ad Leg. vlt.

Arbitro quoque accepto, fratres communem hereditatem consensu diuidentes, pietatis officio funguntur, quam reuocari non oportet, licet arbiter sententiam iurgio perempto non dixerit, si non intercedat ætatis auxilium.

DIuisio hereditatis aut fit consensu, aut arbitrio iudicis. Finge: fratres consortes petierunt arbitrum diuisionis, & priusquam arbiter diuisisset, ipsi consensu diuiserunt hereditatem, pietatis officio funguntur, inquit, & ita *Ambros. lib. 5. de fide. Bona pietas refugit arbitros, etiam in diuisione patrimonii.* lex autem ait, hanc diuisionem consensu factam non ideo rescindi, quod ab arbitro recesserint, E quodque arbiter sententiam non dixit, quia nec debuit dicere, iurgio perempto per diuisionem consensu factam. recte iurgio, cum iurgium sit potius inter fratres, quam lis, vt inter vicinos & coniuges. Hic igitur dicemus, ratam esse diuisionem consensu factam, dum res erat in arbitrio, & vtemur ratione *l. 1. §. inde quæritur, inf. de nou. op. nunt.* quid aliud agebat arbiter, inquit lex, *quam hoc vt controuersias dirimeret?* addit tamen lex exceptionem: nisi ætatis auxilium intercedat: nam beneficio ætatis si manifesta circumscriptio intercedat, rescinditur diuisio consensu facta, cum & ab arbitro facta eodem beneficio ætatis rescindatur per restitutionem in integrum, *l. 4. C. comm. diuid.* Ergo rescindetur quidem diuisio ætatis auxilio, non quod recessum

recessum sit ab arbitro, quinimo ita possumus generaliter constituere: si pendente lite de tota re conueniat inter litigatores, vel sententia non fertur vt hoc loco, vel reus absoluitur, quod est vetus verbum iuris, omnia iudicia esse absolutoria, §. *pen. de perpet. & temp. act.* id est, omnem reum absolui, si pendente lite ei cum actore bene de re tota conuenerit. inuito actore non absoluitur, etiam si rem de qua agitur principaliter offerat: vt si quis rem alteri vi eripuerit, & agatur cum eo vi bonorum raptorum, quæ est actio mixta in quadruplum, & pendente lite offerat rem raptam, an absoluetur inuito actore? minime: non ideo euitabit pœnam tripli, *l. pen. inf. vi bonor. rapt. Seneca 4. declamat. Tam teneri*, inquit, *eum qui vulnerauit, licet vulnus sanauerit, quam qui surripuit, licet deprehensus reddiderit.* Igitur volente actore omnia iudicia sunt absolutoria: inuito & non contento actore, siue non impleto actore, non sunt absolutoria, nisi scilicet sint arbitraria iudicia: vt si egerit actor quod metus causa, quæ est actio mixta in quadruplum, sicut vi bon. raptorum, sed vi bon. rapt. est stricta; quod metus causa, est arbitraria. Si igitur egerit quod metus causa, & reus offerat rem metu abreptam, absoluitur, etiamsi actor perseuerat triplum petere. natura actionum arbitrariarum est, vt sint absolutoriæ re restituta arbitrio iudicis, id est, vt pœna non inferatur, vel id quod interest, §. *præterea, Institut. de act.*



AD TITVLVM III.

Communi diuidundo.

HÆc actio est simillima superiori: est enim ex 12. tab. est bonæ fidei mixta, duplex, tricennalis, quasi ex contractu, de diuisione, idem in vtraque officium iudicis, *l. 6. §. pen. hoc tit.* Est enim eadem ratio hereditatis, & cuiuslibet alterius rei communis. Cic. in orat. pro Roscio Com. *simillima & germana societas hereditatis est.* vt enim heres sibi soli non coheredibus petit, sic etiam socius vterque pro sua parte petit. Sunt autem paucæ differentiæ, quas exposuimus in *l. 1. sup. familiæ ercisc.* Actio comm. diuidundo datur inter socios: familiæ ercisc. inter coheredes. Sociorum sunt duo genera, alij sunt socij consensu, vt qui pariter eandem rem emerunt, qui societatem fecerunt ad eandem rem emendam, & communiter possidendam *l. 2. hoc tit.* & hi proprie socij sunt: Societas nihil est aliud, quam consensio vtilitatum communicationis inter aliquos: Alij socij sunt re, non consensu. *l. 25. §. non tantum, sup. familiæ ercisc.* vt sunt coheredes & collegatarij, & hi quibus eadem res donata est, & qui separatim à duobus qui rem sciebant communem, emerunt partem eorum, & qui simul eandem rem emerunt in commune per nuntium, dum scilicet nolunt inter se contendere de pretio, mittunt nuntium qui pretium faciat, & emat eis rem in commune, societate tamen non contracta *l. vt in conductionibus, & duabus seq. inf. pro soc.* Et inter omnes hos socios siue sint re socij, siue consensu, redditur actio comm. diuid. *d. l. 2. hoc tit.* ergo & inter coheredes, *l. inter, sup. tit. prox.* Actio autem familiæ ercisc. redditur tantum inter coheredes. actio communi diuidundo iteratur, familiæ erciscundæ non iteratur. Actio communi diuidundo datur de vna re ex pluribus, familiæ erciscundæ non datur de vna re ex pluribus. in actione communi diuidundo non veniunt res depositæ, commodatæ, in actione familiæ erciscundæ veniunt. Nunc videamus quod tractatur in l. 1. quid distet hæc actio ab actione pro socio. actio communi diu. est quasi ex contractu, pro socio est ex contractu: communi diuidundo est mixta, id est, in rem & in personam: pro socio, est in per-

Digest.

A sonam tantum: & hoc est quod ait Lex, *magis*, id est, pro socio actio non est in rem: nam magis, vt Accurs. ait, accipitur electiue. Græci dicunt ἧττον, Diog. Laert. in Pyrthone, virtus magis prodest, quam nocet, id est, non nocet. Sic actio pro socio magis pertinet, id est, mere personalis est. communi diuidundo datur principaliter ad rerum communium diuisionem: nam est etiam in personam: ideoque cessat, si res non sit communis. Et hoc est quod subiicit, dum ait, *denique*, id est, proinde, quia colligit ex superiori sententia. ait præterea, *si res communis non sit*, quia scilicet principaliter intenditur ad rei communis diuisionem. Sunt & aliæ differentiæ: actio communi diuidundo non est famosa, pro socio est famosa. communi diuid. adiudicationem admittit, nomina & iura non admittit: pro
B socio nomina admittit, non adiudicationes, *l. si actum sit, inf. pro soc.* Item in actione pro socio, id venit quod pro socio communiterve gestum est. in actione communi diuid. venit id etiam quod pro socio gestum non est, vt si post distractam societatem veluti renuntiatione, communione nondum distracta socius aliquid impenderit in rem communem, de eo non est actio pro socio, quia finita est societas, sed communi diuid. quia communio manet, *l. actione §. si post, inf. pro soc.* Vbi lex ait, ideo non esse actionem pro socio, quia non est verum pro socio, communiterve id gestum esse, finita scil. societate. ex quibus intelligitur hanc fuisse formulam actionis pro socio, *Quod pro socio communiterve gessit.* Ideoque in eo tit. Iurisconsl. explicant, quid proprie sit societas, & quid communiter gestum: nam formula videtur differentiam facere inter hæc duo: Et
C ita definiunt, societatem esse communionem, quæ tractatu habito contrahitur: communionem, quæ sine tractatu re ipsa coaluit, vt cum duobus res legata est. Græci vt hoc distinguant, vocant societatem κοινωνίαν, communiter gestum, κοινοπραξίαν: Igitur duo significat communiter gestum sine societate, & societatem omnium bonorum: intelligimus quid proprie societas, quid communiter gestum. Sed in illa formula actionis pro socio, disiuncta sunt accipienda pro coniunctis, vt sæpe fit in iure, *l. sæpe, ff. de verb sig.* quia de communiter gesto non agitur separatim in personam, sed est actio mixta communi diuid. id est, de communiter gesto, & pro socio competit actio contracta societate, hoc est, de communiter gesto pro socio ex contractu societatis: Nam vt est actio pro socio, ita non est separata
D actio communiter gesti, nec poteris de communiter gesto agere, nisi gesseris communiter pro socio. Vltima differentia est: actio pro socio datur etiam sublata communione, *d. l. si actum*, actio com. diuid. non datur sublata communione, *l. 1. hoc tit. l. 9. C. eod.* Sane communi diuidundo nunquam datur sublata communione per diuisionem, sed alio modo sublata communione duobus casibus datur actio communi diuid. vtilis. Vnus casus est, si interitu rei sublata sit communio: nam eo casu de eo quod impensum est in rem communem antequam interiret, est actio communi diuid. licet sit sublata communio, quia sufficit quæ præcessit, quaque manente nata est actio impensarum nomine, & quæ duraret hodie; si res non interiisset, *l. 24. sup. famil. ercisc. l. 9. & 11. hoc tit.* Alter casus est, si sublata sit communio, alienatione partis mutato pretio: nam hoc e-
E tiam casu de eo quod ante alienationem expensum est in rem communem competit vtilis actio communi diuidundo, *l. 6. in pr. hoc tit.* Tota hæc quæstio continetur tribus legibus *l. 6. in prin. l. 14. & 29. hoc tit.* quæ simul nunc explicabuntur. Finge: ego scio me socium habere, sed nescio qualem: puto esse Titium cum sit Mæuius. error est in persona socij, non in re, quam scio esse communem: sumptum feci in rem communem. quæro errore comperto, an possim agere cum Mæuio communi diuid. sumptuum nomine: l. 6. ait, mihi dari vtilem actionem communi diuidundo. vtile iudicium dicit, ad differentiam directi, non vtilis vt putauit Accurs. sic etiam dixit vtile iudicium dari in *l. 14. §. 1. vers. quæ cum ita sint. l. 29.* ait, hoc casu sufficere actionem com. diuid. id est, posse agi communi diuidun-

Cc

do vtiliter, non esse necessariam actionem negotiorum gestorum, quia nolui gerere negotium socii, sed meum, id est, propter partem meam in commune sumptum feci. Nec obstat, quod errabam in persona: nam vt ait *d. l. 29. hac actio communi diuidundo magis nascitur ex re, quam ex persona*. Omnes actiones mixtæ constant ex re & ex persona, sed magis ex re, quia non nascuntur ex contractu: & ideo pupillus, qui non potest obligari ex contractu sine auctoritate tutoris, his iudiciis obligatur etiam sine tutoris auctoritate, quoniam ex re ipsa actio nascitur, non ex conuentione, *l. furiosus, inf. de obligat. & act.* quæ explicatur ex *d. l. 29. l. Marcellus, inf. de fideiuss.* Igitur ita concludamus: actionem com. diuid. vtilem dari ei qui sumptum fecit in rem communem, licet errauerit in persona socii. Et eodem modo actio negotiorum gestorum, datur ei qui sumptum fecit in rem alienam, veluti Mæuii, cum tamen putaret se gerere rem Titii, & Mæuius ei tenetur, *l. 5. in fi. sup. de negot. gest.* & vtilem dari negotiorum gestorum significat *d. l. quæ vtiliter,* dum ait, *ne in damno versetur*, quæ est ratio vtilitatis, *l. qui heres erat sup. tit. prox.* Porro additur in *l. 6. in princ. hoc tit.* actionem vtilem com. diuid. quæ datur sumptum facienti in rem communem, licet errauerit in persona, durare, etiamsi postea quam sumptum eum fecit in rem communem, errans in persona partem suam alienauerit: nam actio semel nata temere non extinguitur, & alienatione partis tollitur quidem communio inter eum & Mæuium, sed non tollitur actio com. diuid. iam nata, sumptuum nomine factorum ante alienationem, quia sufficit communio quæ præcessit, & qua manente sumptus fecit. Et hoc est quod sequitur in *l. 6. quare & si fundum Titius alienauerit (quare)* id est, cum iam sit nata actio com. diuid. delenda est hæc vox *(Titius)* necessaria ratione: nam cum Titio non fuit fundus communis, sed putabat tantum esse cum Titio communem, vt proposuit initio: Et ideo Titius non habuit ius fundi alienandi. est quidem venditio rei alienæ, at non alienatio. Nam alienatio est dominii translatio. Interpretes heic non accipiunt Titium pro illo Titio de quo dixit initio, sed pro eo cum quo habebat rem communem, quem fingunt fuisse eiusdem nominis, & fundum alienasse. Ego dico, eum qui sumptum fecit, alienasse, non socium eius, quia id res exigit vt dubitatio augeatur, & vt inde constituamus, eum qui sumptum fecit habere actionem com. diuid. licet in persona errauerit, & licet facto suo, alienato postea fundo, is qui tum socius erat, socius esse desierit, & per alienationem sublata sit communio: Nam actio semel nata sumptuum nomine, diremptione communionis non perimitur, atque ita proponitur in *l. 14. §. 1. versic. igitur.* Eum scilicet qui sumptum fecit alienasse: ideoque vt in illo loco, sic etiam hic legamus, *quare etsi fundum alienauerit*, ille scilicet qui sumptum fecit, actio perdurat. Quid dicendum est de eo qui errauit in re? Finge: ego feci sumptum in rem communem putans me facere in rem propriam, erro in re, an hoc nomine erit mihi actio communi diuidundo? lex 29. ait, ne vtilem quidem esse, quoniam actio vtilis non datur in casu absimili, *l. si mensor, inf. si mensor fals. mod. dix. l. si vero §. de viro, inf. sol. matr. §. vlt. Instit. de lege Aquil.* Directa actio communi diuidundo datur, si quasi socius in rem communem sumptum feci socii mei non ignarus. Vtilis autem datur si quasi socius in rem communem sumptum feci errans in socio: hic casus non est valde dissimilis priori, quoniam in re non erraui, quæ caput est in hoc iudicio: constat enim magis ex re, quam ex persona. At si quasi socius non gessi, sed quasi dominus in solidum, id est, si in re erraui, ne vtilis quidem communi diuidundo mihi datur, quia in eo quod caput est, erraui, hoc est in re, & neminem obligare mihi volui sumptum faciendo, quia putabam in rem meam me impendere, sed dabitur mihi retentio sumptuum, vel ei, qui a me eam rem emerit, id est, si mecum agatur communi diuidundo, retinebo sumptum per exceptionem doli, *l. 14. hoc tit.* petitionem non habeo: sicut fit in negotiis gest.

A si impendi in rem alienam, quam putabam propriam, non habeo actionem negotiorum gestorum ne vtilem quidem, sed habeo retentionem sumptuum, si mecum agatur vindicatione, *l. Paulus, inf. de doli except. l. idque §. 1. inf. de action. empt.* Priore casu erraui in persona tantum, quo datur actio vtilis, posteriore, quo ne vtilis quidem datur, erraui in re, & neminem mihi obligare volui. in *l. 29. recte dicitur etiam communi diuidundo iudicium ei sufficere.* Sufficere, id est, posse accommodari vtiliter: Et paulo post: *neque enim negotia socij gero, sed propriam rem tueor,* id est, propter partem meam impendo. Deinde ait: *diuersa causa est eius qui putat se in rem propriam impendere, cum sit communis, huic enim nec communi diuidundo iudicium competit, nec vtile dandum est.* idem est, si putet in rem propriam impendere, cum sit aliena, quia
B hoc casu ne vtilis quidem negotiorum gestorum ei dabitur, retentio dabitur vtroque casu, d. l. 14. postremo subiicit rationem differentiæ inter errantem in re, & errantem in persona in *§ pen. l. 29.* vbi ita legendum est: *ille enim qui scit rem esse communem,* errat tamen in socio, *vel alienam.* deinde est interpungendum. hoc pertinet ad negot. gest. actionem, & errat tamen in domino, *negotia eo animo gerit, vt aliquem sibi obliget, & in persona labitur.* Addendum, non in re, non in eo quod caput est: Nam hæc actio est magis ex re, & ideo datur vtilis negot. gest. vel com. diuid. prior in re labitur, & ideo ne vtilis quidem actio ei dabitur. Nunc restat vt ostendamus hæc omnia conuenire cum *l. 14.* in qua Accurs. tres casus facit. Si non erro, primus, si erro in re, secundus, si erro in per-
C sona, tertius: Et de primo agit statim initio. Ego duos tantum facio: nam sicut idem Paulus in *l. 29. hoc tit.* duos tantum casus tractat, ita idem in hac *l. 14.* duos tantum facit, de errante in re, & errante in persona, & statim initio loquitur de errante in persona. ait *(ab eo qui scit se socium habere)* id est, qui scit rem esse communem, & non labitur in re, sed nescit qualem socium habeat: hic habet actionem communi diuidundo cum vero socio, & vicissim ei tenetur eadem actione, si quid in re communi fecerit, contra quod deberet, & negligentia eius quid deperierit. Igitur prior sententia legis est intelligenda de errante in persona. Quod sequitur *(impendia autem)* est de errante in re. Et sententia est eiusmodi: si quis nescierit se socium habere in fundo, vt si fundum suum esse existimauerit, atque adeo si errauerit in re, ei actio communi diui-
D dundo, vel repetitio sumptuum non dabitur: sed retentio tantum, siue cum eo agatur communi diuidundo, siue vindicatione partis indiuisæ: nam vindicatione agitur etiam de parte indiuisa & incerta. Per retentionem igitur seruabit sumptus, actione non repetet. Itemque retentio erit siue cum eo agatur, siue cum successore eius in rem, id est, emptore cui ipse fundum vendiderit: nam vt emptori licet vti exceptione pacti ex persona venditoris, *l. si tibi §. pactum, inf. de pact.* Ita etiam licet emptori vti exceptione doli retentionis causa ex persona auctoris sui, quod traditur aperte hic in lege 14. Dixi retentionem esse impensarum, siue agatur communi diuidundo, siue vindicatione. Est tamen in hoc differentia: nam si agatur communi diuidundo, retinebuntur sumptus æquitate huius
E arbitrii, quod est bonæ fidei: hoc est ipso iure etiam non opposita exceptione doli, vel in factum. Sed si agatur rei vindicatione, quæ non est bonæ fidei, retinebuntur per exceptionem doli, quæ si non opponatur, non retinebuntur: retentio alias fit ipso iure, vt in iudiciis bonæ fidei, alias exceptione tantum, vt in aliis iudiciis. Verum addendum est, quod si est retentio, potest etiam esse actio non communi diuidundo, non negotiorum gestorum, sed indebiti soluti, vt si ignorantia facti non sit vsus retentione cum ab eo res vindicaretur, vel cum in eum ageretur communi diuidundo, si fundum restituerit sine deductione sumptuum, quos bona fide fecerat, & quos deducere poterat retentionis iure ignorans factum: dabitur ei condictio incerti i. possessionis, quam poterat retinere, sed

ignorantia facti non retinuit, *l. qui exceptionem, §. si pars, inf. de condict. indeb. l. heres, ad Trebellian.* Nec obstat lex *si in area*, & lex, *ex quibus, inf. de condict. indeb.* quæ dicunt, ei qui retentionem habet, petitionem non habet, si soluerit non dari condictionem : loquuntur enim de condictione certi. dabitur ergo condictio incerti, id est, possessionis quam retinere poterat, sed errore non retinuerat. Sequitur in hac *l. 14. qua cum ita sint*, id est, quia erranti in re non datur communi diuidundo vtilis, quia hoc ita est vt proposuit, *rectissime dicitur*, ab Vlpiano scilicet in *l. 6. hoc tit.* & ita idem Paulus in *l. 29. recte*, inquit, *dicitur etiam com. diuid. iudicium ei sufficere.* deinde sequitur in *l. 14. vtile iudicium dari debere mihi in socium*, qui erraui in persona, non in re, *etiam manente rei communione*. hoc est obscurum : nam *etiam* iteratum plus adiicit, imo vero nihil adiicit si legas affirmate. Nam hoc est vulgare : actionem communi diuidundo dari manente communione, vt distrahatur. legendum est ex *d. l. 6.* & ex eo quod repetitur in hac ipsa lege vers. *igitur, etiam non manente rei communione*, id est, etiam sublata communione, puta alienatione fundi. significat actionem communi diuidundo semel natam & quæsitam non amitti, etiam si communio tollatur : actionem communi diuidundo, quæ fuit in ea causa vt dari deberet ante alienationem manente communione, durare etiam post alienationem non manente communione, & dandam esse ei, atque in eum, vt comprobat *l. 17. in pr. inf. pro soc.* Errat Accurs. qui existimat in *l. 8. §. venit, hoc tit.* actionem communi diuidundo dari etiam non agenti de diuisione, quod est absurdum, sed agenti de personalibus præstationibus tantum, id est, posse agi communi diuidundo integra communione de præstationibus tantum hoc non probatur, quia non agitur communi diuidundo quin agatur vt diuisio fiat : est enim principaliter de diuisione, *l. 1. hoc tit. l. in re, sup. de seruit. vrb. præd.* Præstationes consequentiæ sunt huius iudicii. Igitur manente communione, agere non poteris de præstationibus hoc iudicio, nisi agas & de diuisione. Sublata tamen communione, duobus casibus agitur communi diuidundo de præstationibus, si diuisione, & alienatione, vel interitu sublata sit communio. Igitur quasi adhuc maneat communio, cum diuisio non intercesserit, agitur communi diuidundo, & in eam deducitur, quod status rei deduci patitur : deduceretur diuisio si res extaret, quia interiit. non ideo personales præstationes deducentur, ait : *diuersum est enim.* Superius docuit, differentiam esse inter errantem in re, & errantem in persona : Incipit hic docere quæ sit ratio differentiæ. ait, diuersum est, cum erro in re, quia scilicet tunc ne vtilis quidem actio, mihi datur : cum erro in persona, vtile iudicium datur, *l. 29.* Nunc de errore in persona. *at cum puto*, id est, cum erro in persona, volo aliquem mihi obligare, ita ago vt aliquem mihi obligem, *ita & in proposito*, dabitur communi diuidundo in verum socium. deinde Paulus colligit : *Igitur si abalienauero prædium.* Ita colligit : Nata est mihi actio vtilis in verum socium, ergo durabit, licet alienauero meam partem, quod etiam colligit in *l. 6. §. 1 sup. eod. Quare etsi fundum alienauerit.* ait igitur, & si, id est, etiam non manente rei communione : nam repetit quod dixerat sup. *quia in ea causa fuit*, quia semel mihi quoque quæsita est, delenda est parenthesis quia includit verba, *Iulianus quoque scribit.* delenda sunt etiam postrema verba, *negotiorum gestorum.* Nam Iureconsultus loquitur de eo, qui rem communem alienauit, non alienam : nam rei alienæ alienatio non est & hunc nodum agnoscens Accurs. vt soluat, ait, *cum potuit expediri pro parte*, quod sumit ex eo quod proditum est, actionem communi diuidundo ita dari, si quis gesserit aliquid pro sua parte, & pro parte socii, cum non potuerit gerere pro sua parte tantum. sed si potuit pro sua parte tantum, & gesserit etiam pro parte socii, tunc non est actio communi diuidundo, sed negot. gest. *d. l. 6. §. hoc autem* : sed considerandum est, heic agi de sumptibus factis in rem communem, quorum nomine constat semper esse actionem com.

Digest.

A diuidundo, non negotior. gestor. vt diximus in *l. ex parte, sup. famil. ercisc.* vnde arbitror statim Accurs. mutauisse sententiam : nam aliam rationem adfert : ait *vel dic.* danda erit communi diuid. actio. vt daretur in prædicto casu negotior. gestorum. Accurs. maluit inepte verba contorquere, quam quod verum est fateri, hæc verba *negotiorum gestorum*, non esse Pauli, sed pessimi interpretis : nam Iurisconsulti ita finiunt suas sententias, *vt Sabinus quoque scribit, vt Pomponius scribit*, sic in hac *l. vt Iulianus quoque scribit*, id est, non Vlp. tantum quem tacite nominauerat supra. Igitur danda mihi erit actio com. diuid. iam mihi quæsita, licet postea res communis esse desierit alienatione, vt dicitur in *d. l. 6.* Hæc explicari necesse erat propterea quod dicitur in *l. 1. cessare actionem communi diuidundo, si res non sit communis.*

B Legem 2. exposuimus partim in *l. 10. fin. reg. sup.* partim in *prin. huius tituli.*

Ad legem III. In communi diuidundo iudicio.

In communi diuidundo iudicio nihil peruenit vltra diuisionem rerum ipsarum, quæ communes sint : & si quid in his damni datum, factumve est : siue quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum peruenit ex re communi.

C *1. §. Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt : id in primis & familiæ ercis cundæ, & communi diuidundo iudex seruare debet.*

HÆc actio est mixta : constat enim ex rebus & præstationibus personalibus. ait, *ipsarum quæ communes sint*, & post, *datum factumve est.* hæc est personalis præstatio. est autem coniunctio vt in edicto, *de his qui deiec vel effud.* duo sunt verba pro vno. Adnotandum, id procedere, siue agatur cum socio, siue cum herede eius : veniunt etiam præstationes personales, *l. 4. §. sicut, inf. eod.* vt si quid socius deterius fecerit, forte seruum vulnerando, aut animum eius corrumpendo, aut arbores ex fundo communi excidendo, *l 8. §. venit, hoc tit. & l 10. in pr.* quæ ostendit esse differentiam inter actionem l. Aquiliæ &

D communi diuidundo. l. Aquilia est de damno dato, actio l. Aquiliæ non datur in heredem, quia est pœnalis. actio communi diuidundo datur in heredem socii, damni à defuncto illati nomine. Postremo adiicitur, iudicem communi diuidundo seruare pactiones sociorum. hoc est quod sequitur, *si quid ipsi inter se sine dolo malo pepigerunt*, quod arbitror esse ex 12. *tab. & l. Solonis*, vt ea pacta seruentur, quæ inter se pacti sunt socij. & eorum pacta seruari 12. tab. probat, *l. vltima infr. de colleg. illic.* quæ lex probat, ex 12. tab. & lege Solonis, rata esse pacta sociorum, qui scilicet coierunt societatem ad nundinas, ad negotiationem aliquam, probat pacta, εἰς ἐμπορίαν ἰεχομένων. id est, sociorum qui contraxerunt societatem negotiationis. Iudex probauit primum pactum diuisionis, si quod fecerint, & iudicem adierint vt iudicaret res nondum

E traditas, quia pactum tantum fecerant diuisionis, non permutandi animo, vt perficeret diuisionem, vel ob rem aliquam indiuisam relictam, iudex omnino tuebitur pactum diuisionis, *l. si diuisionem, C. famil. ercisc.* Species est : diuisio facta est consensu, sequuta est traditio, aut non sequuta est. si sequuta, est contractus & dominium translatum. Sed qui fiet si res vsque ad pactum steterit, id est, interuenerit nudum pactum diuisionis. Pactum nudum est conuentio quæ placiti fine stetit, *l. si tibi, C. de loc.* i. quæ traditione vel stipulatione non sumpsit effectum : Nam si sequuta est traditio, permutatio est non pactum. Quid igitur fiet ? lex ait, arbitrum debere finire communionem. Græci adiiciunt κατὰ τὰ δόξαντα, i. *secundum placitum diuisionis.* Accurs. male, *non ex pacto.* imo vero ex pa-

cto finiet communionem. Est aliud exemplum in *l.* 13. *hoc tit.* lex ait, *communes res omnes venire in actionem communi diuidundo*, nisi quid pacto exceptum sit ne veniret: nam non diuidetur, sequetur iudex consensum sociorum. Et ita etiam in *l.* 21. *hoc tit.* ait, *Iudicem communi diuidundo sequi, quod omnibus vtilissimum est*, non quod vni tantum: nam fieri potest, vt vni expediat communionem dirimi, alteri nondum expediat, quo casu arbiter nondum diuidet, quoniam non est diuisio ex vtilitate omnium, *l. actione* §. *Labeo, inf. pro soc.* & adiicit, *sequi eum debere, quod malint litigatores*, vbi quærit Accurs. an duo possint communione inter se retenta tertium prouocare ad communionem, & recte concludit, posse, quod probat arg. *l.* 2. §. 1. *sup. famil. ercisc.* aliud exemplum est in *l. si conuenerit, & l idemque est, pro soc.* Vt si conueniat ne intra certum tempus diuisio fiat, conuentio est rata, eamque seruabit iudex. Ideoque si ante tempus agat communi diuid. vel si is, cui vendidit suam partem, agat com. diuid. repelletur exceptione pacti, vt in *l.* 14. potestas huius pacti hæc est, vt non agatur communi diuidundo, non vt ne alio quouis modo communio dissoluatur: nam poterit quis eorum intra illud tempus vendere suam partem, quo genere dissoluet suam communionem, & non plane videbitur facere contra pactum: facit contra pactum vere, sed venditio rata est. verum si emptor agat de diuisione intra illud tempus, repellitur exceptione pacti: Valet hæc pactio ne socius suam partem petat, quo pacto tollitur actio com. diuid. effectu, non ipso iure, *d. l.* 14. §. *vlt.* non valet tamen hæc conuentio si conueniat inter socios, ne à communione vnquam discedatur. hæc est contra bonos mores, maxime cum soleat communio parere discordiam, *l. cum pater* §. *dulcissimis, de leg.* 2. Quo argumento vtuntur philosophi, dum improbant communionem rerum omnium: nam communes serui difficilius habentur, qua de causa nemo adstringetur perpetuæ communioni, & hanc pactionem iudex non admittet.

Ad L. IV. Per hoc iudicium, & V. Sed si res.

Per hoc iudicium corporalium rerum fit diuisio, quarum rerum dominium habemus: non etiam hereditatis.

§. 1. *De puteo quæritur, an communi diuidundo iudicio agi possit, & ait Mela, ita demum posse, si solum eius commune sit.*

§. 2. *Hoc iudicium bonæ fidei est: quare, si vna res indiuisa relicta sit, valebit vtique & ceterarum diuisio, & poterit iterum communi diuidundo agi de ea, quæ indiuisa mansit.*

§. 3. *Sicut autem ipsius rei diuisio venit in communi diuidundo iudicio, ita etiam præstationes veniunt: & ideo si quis impensas fecerit, consequatur, sed si non cum ipso socio agat, sed cum herede socij: Labeo recte existimat, impensas, & fructus à defuncto perceptos venire. Plane fructus ante percepti, quam res communis esset, vel sumptus ante facti, in communi diuidundo iudicium non veniunt.*

§. 4. *Eapropter scribit Iulianus, si missi in possessionem damni infecti simus, & antequam possidere iuberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi diuidundo iudicio consequi me non posse.*

L. 5. *Sed si res non defenderetur, & ideo iussi sumus à prætore eas ædes possidere, & ex hoc dominium earum nancisceremur: respondit Proculus, communi diuidundo iudicio partem eius impensæ me seruaturum esse.*

IN l. 4. ait, *Per hanc actionem rerum corporalium diuisionem fieri.* Nomina non sunt res corporales, & nominum etiam diuisio per hoc iudicium non fit, *l. si actum, inf. pro soc.* nam vt nominum hereditariorum diuisio fit ipso iure, non per arbitrium, ita etiam nominum communium, *ipso iure*, id est, ex duodecim tabulis, non sumpto arbitro. Cic. A pro Roscio Comœdo: *Vterque pro sua parte soluit æs alienum.* Nomina igitur inter coheredes & socios ipso iure diuisa sunt. hereditatis quoque communis diuisio non fit, quod exposuimus in *l.* 1 *sup. famil. ercisc.* Sed adiicit in hac lege: *Earum rerum corporalium diuisionem fieri quarum dominium habemus*, imo vero hoc latius est porrigendum, & dicendum, *quarum vindicationem habemus*: nam omnium rerum & iurium quorum vindicationem habemus, licet dominium non habeamus, diuisio fit hoc iudicio, *l.* 7. *hoc tit.* De puteo in §. 1. quæritur, an veniat in hoc iudicium, & sane si puteus communis est, venit in hoc iudicium. Communis autem puteus is est cuius solum est commune. is igitur puteus venit tantum in hanc actionem, cuius solum est commune: nam quorum solum est commune, eorum etiam puteus, qui ibi effossus & ædificatus est, est B communis. Superficies soli conditionem sequitur, & agent de diuidundo inter se. Quid tamen fiet si vnius sit puteus, alterius aquæ haustus, id est, si solum non sit commune? Alter habeat ius aquæ hauriendæ ex puteo alieno, quod potest constitui, si modo puteus aquam viuam habeat, *l. vn.* §. *hoc interdictum, inf. de fonte.* Aquæ haustus non potest constitui ex cisterna, quia non habet aquam viuam: concipitur enim imbribus. omnis seruitus debet habere perpetuam causam, *l. foramen, sup. de seruit. vrb. prad.* Ex lacuna non potest constitui aquæ haustus: ex puteo potest, & lacu, & piscina, si modo aquam viuam habeant, vt ex fonte. Quid igitur si vnius sit puteus, alterius aquæ haustus? inter eos nihil est commune. Ergo inter eos non est hoc iudicium. Inter eos non est communis puteus, non aquæ C haustus: nam in puteo meo non habeo aquæ haustum, sicut in fundo meo non habeo vsumfructum. Vsusfructus est seruitus, aquæ haustus est seruitus. Seruitus est ius in re aliena, res sua nemini seruit, *l. in re, sup. de seruit. vrb. prad.* Sed hic est alius casus. Si plures sint qui habeant aquæ haustum in alieno puteo, inter eos potest hoc iudicium reddi, vt aquæ vsus secernatur temporibus, sicut inter corriuales, *l. arbor* §. *vlt. inf. eod.* Alia est quæstio de puteo, alia de aquæ haustu: male hic Acc. negat hanc actionem dari inter duos pluresve, qui habent aquæ haustum: nam cum detur de aquæductu inter riuales, cur non dabitur de aquæ haustu? Sequitur in hac *l.* 14. quæ ait, huic iudicio inesse exceptionem doli, & in eo retentionem fieri æquitate iudicis sine allegatione exceptionis, quia est iudicium bonæ fidei: hic quoque ait, ex hoc iudicio rem iudicatam D non ideo non valere, quia res vna indiuisa relicta sit, quia est iudicium bonæ fidei. Ergo mite & moderatum, & lenius accipiendum. Omnes quidem res communes in hoc iudicium veniunt, & venerunt, *l.* 13. *hoc tit.* nec debuit vlla indiuisa prætermitti: sed si sit vna prætermissa, non ideo minus valet cæterarum diuisio. Quod etiam seruatur in actione famil. ercisc. *l.* 20. §. *familia, sup. famil. ercisc.* In iudiciis strictis nihil agitur, nisi omnia, quæ in iudicium venerunt, sua sententia finierit iudex, & imitantur actiones personales, veluti de damno dato, quæ insunt iudicio famil. ercisc. vel com. diuid. *l.* 27. *sup. famil. ercisc.* quæ est de actionibus personalibus tantum: & quæ imitantur strictas actiones. Horum iudiciorum varia natura est: primum enim sunt tam in rem, quam in personam: & quandoque E in personam tantum, *l.* 6. *hoc tit.* sublata communione. hæc iudicia sunt tam directa, quam vtilia pro varietate rerum, vt diximus in *l. qui erat, sup. famil. ercisc.* familiæ ercis. actio est semper quasi ex contractu: quod attinet ad actionem personalem comm. diuid. videtur esse ex contractu si societas contracta sit: nam res potest esse communis inter aliquos sine societate, §. *item si inter aliquos, Instit. de oblig. quasi ex contractu.* Sic ergo actio communi diuidundo alias est ex contractu, alias quasi ex contractu. Consimili mobilitate in his iudiciis, alias res disceptatur ex bona fide, alias stricto iure. Ex bona fide fit diuisio, præstationes personales fiunt plerumque stricto iure. Doctores nostri faciunt actiones anomalas, veluti condictionem furtiuam, quam dicunt (non vere) partim videri esse ex

maleficio, vel quasi: partim ex contractu, vel quasi, *l. si pro fure §. vltimo inf. de condict. furt.* dicitur in hac *l. 4.* hanc actionem communi diuidundo iterati posse: & præterea mixtam esse in *§. sicut.* Ideoque in hanc venire fructus quos vnus ex sociis solus percepit iure præstationum personalium: venire etiam sumptus, quos vnus fecit in rem communem, vt eorum partem consequatur à sociis, & venire sumptus quos fecit, quasi socius: Nam si quid socius non quasi socius egerit, id non venit in hanc actionem, *l. 29. hoc tit.* Quod obseruatur etiam in actione famil. ercisc. excepto casu *l. 25. §. si filius & 39. sup. famil. ercisc.* & ideo fructus percepti ante aditam hereditatem non veniunt in iudicium famil. ercisc. *l. inter §. fructus, sup famil. ercisc.* Sumptus facti ante communionem non veniunt in actionem communi diuidundo: sumptus B facti post communionem veniunt, si modo communi nomine facti sunt. Exemplum proponitur in *§. vlt. huius l. 4. ea propter scribit Iulianus,* ad Vrseium Ferocem, vt indicat inscriptio *l. 5. inf. eod.* Finge: duo sumus qui damnum veremur ex ædibus vicini ruinosis, & vitiosis, desideramus nobis caueri damni infecti, vicinus non vult caueri, prætor interponit duo decreta. priori nos mittit in possessionem ædium, quæ non facit nos possessores, sed cautionis vice nos in possessionem constituit. Aliud est iuberi possidere, aliud in possessione esse. Denique eas ædes ex eo decreto non possidemus: sed sumus in earum possessione custodiæ causa. Et dominum non eiicimus de possessione, *l. si finita § si quis, inf. de dam infect. l. 3 & 10. de aq. poss.* Si vero nobis moratis aliquandiu in possessione ex primo decreto, C vicinus non velit caueri, tum prætor interponit secundum decretum, quo nos possessores facit, & tum dominum deiicimus de possessione, *d. l. si finita §. vbi autem.* Secundo decreto nos non facit dominos: nam neque heredem facere potest, sed facit nos possessores. Possidendo autem adquirimus dominium, quia iusta est causa possessionis, cuius auctor est prætor. Atqui dicitur quibusdam locis prætorem secundo decreto dominos facere, *d l. si finita §. Iulianus, & seq. l. 1. inf. de fun dot.* Dominos, id est, possessores, qui habent dominium possessionis, non proprietatis, & possessio est eius conditionis vt vsucapere possint, *l. 5. in pr. l. in quibus, l. damni §. non solum, inf. de dam. infec.* vt recte sensit Iacobus contra Ioannem. Finge: prætor misit nos in possessionem ædium vicinarum, ego ante secundum decretum eas ædes fulciui, & refeci. Quæritur, D an hunc sumptum consequar actione communi diuidundo: Iulianus ait me non consequuturum, quia ædes nondum erant communes, quia neque possessionem habebamus, neque dominium ædium: sed tamen eramus in possessione custodiæ causa. & est quod dicitur in fine huius *l. 4. antequam possidere iuberemur,* id est, ante secundum decretum. Secus dicendum, si secundo decreto Prætor nos fecerit possessores harum ædium, & adquisierimus dominium vsucapione: Nam sumptus postea facti veniunt in hoc iudicium. Sed existimant vulgo, *l. 5.* loqui de sumptibus factis post secundum decretum, vt hi veniant in hanc actionem: ait *l. 5. sed si res non defenderetur,* à vicino scilicet, vel præstita cautione, vel disceptando cur non debeat caueri damni infecti. ait *possidere,* secundo decreto scilicet. *dominium earum nansisceremur,* vsucapione biennii. Nam E delendum est, quod scribit Accurs. nimirum missum ex secundo decreto fieri dominum, si prior possessor erat dominus. Igitur ex his colligimus, in hoc iudicium non venire eam impensam, quæ facta est ante communionem, & ante secundum decretum. Obstat *d. l. si finita §. cum autem plures,* vbi ponitur eadem species. Plures missos primo decreto in possessionem ex causa damni infecti, & vnum fecisse impensas, vnum fulcisse ædes: deinde iussum possidere secundo decreto. ponitur ergo sumptus factus ante secundum decretum, & quæritur in ea l. an sumptus factus possit peti, & quo iudicio, respondet: & *placet, communi diuidundo consequi eum posse.* quidam adiecerunt, *vtili,* quod est spurium. Pugnat etiam *l. 8 sup. de nox act.* vbi hæc est

A species: seruus communis plurium tibi noxam nocuit singuli domini tenentur tibi in solidum noxali actione: nam si velint fungi noxæ deditione, non liberantur nisi totum seruum cedant post acceptum iudicium noxale: nam ante litem contestatam poterit vnus ex dominis partem suam cedere: atque euitatur ita noxalis actio, & transferetur ea pars in eum cui seruus noxam fecit. Sic igitur is cui nocuit seruus, fit dominus serui nociui cessione partis: ideoque iam non potest agere noxali actione aduersus socios, quia qui tenetur noxali actione alii cuidam, non potest ipse agere noxali actione. Ergo adquisitione partis amisit noxalem actionem. Quid ergo fiet? An erit noxa impune seruo? dices, dari actionem communi diuidundo aduersus socios damni nomine. recte si id amisisset post communionem: ergo non potest deduci in actionem communi diuidundo. Quid igitur? hic euidenti iniuria afficietur, si denegetur ei noxalis actio, & communi diuidundo: Ideoque melius est dicere, ei dari communi diuidundo. Datur ergo communi diuidundo de eo quod gestum est ante communionem. Sic respondeo ad *l. si finita § cum autem plures,* fuisse ius controuersum. Iulianus putabat non venire in actionem communi diuidundo sumptum factum ante secundum decretum. Hic porro Iulianus erat ex Sabinianis, & tamen retulit, vt explicat *l. 5.* sententiam Proculi, qui existimabat sumptum factum ante secundum decretum venire in actionem communi diuidundo, si modo postea interponeretur secundum decretum: quasi scilicet secundum decretum retrotrahatur ad primum, & quasi videatur à primo decreto intercessisse communio, & hæc sententia obtinuit. Ad l. 8. facile est respondere, in qua ideo datur actio communi diuidundo de gesto ante communionem, quia scilicet is cui damnum dedit seruus, serui dominium adquisiuit non sua sponte, sed necessitate coactus dum ei cederetur pars serui, ne iniuria afficiatur, & rem amittat: ex æquo & bono non recto iure accommodatur actio communi diuidundo. æquitatis ratio est euidens iniuria.

Ad legem VI. Si quis putans.

Si quis putans sibi cum Titio fundum communem esse, fructus perceperit, vel sumptum fecerit, cum esset cum alio communis, agi poterit vtili communi diuidundo iudicio.

§. 1. Quare & si fundum Titius alienauerit, licet hic communi diuidundo iudicio locus non sit, quia à communione discessum est, vtili tamen locum futurum, quod datur de præstationibus, quotiens communis esse desiit.

§. 2. Siue autem locando fundum communem, siue colendo, de fundo communi quid socius consecutus sit: communi diuidundo iudicio tenebitur, & si quidem communi nomine id fecit: neque lucrum, neque damnum sentire eum oportet: si vero non communi nomine, sed vt lucretur solus: magis esse oportet, vt & damnum ad ipsum respiciat. Hoc autem ideo præstat communi diuidundo iudicio: quia videtur partem suam, non potuisse expedite locare. Ceterum non alias communi diuidundo iudicio locus erit (vt & Papinianus scribit) nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem: eaque tenetur.

§ 3. Si quid post acceptum communi diuidundo iudicium, fuerit impensum: Nerua recte existimat, etiam hoc venire.

§. 4. Sed & partum venire, Sabinus & Atilicinus responderunt.

§. 5. Sed & accessionem, & decessionem hoc iudicium accipere, Idem existimauerunt.

INitium l. 6. exposui in *l. 1. sup. eod. §. siue autem locando* est de fructibus ex re communi perceptis & de sumptibus in rem communem factis: & generaliter de omni lucro ac damno societatis, communicari hic debere lu-

crum, quod socius fecit ex re communi, communicari semper damnum, quod socius accepit, & ita demum communicari, si bona fide communi nomine rem gessit. Nam hoc casu partem damni sentiet alter socius, & eam inuitus agnoscet. Sed si vnus ex sociis suo nomine mala fide rem communem gessit, damnum non communicari, sed ad eum solum pertinere, qui rem improbe gessit vt lucrum faceret solus. Accurs. citat casum similem §. *manet, Instit. de societ.* cuius species videtur esse dissimilis, non est tamen, quia in *hoc* §. *siue autem*, agitur de lucro quod obuenit manente communione. §. *manet* loquitur de lucro quod obuenit sublata societate per renuntiationem, sed idem non est societas & communio. potest manere communio sublata societate, *l. actiones* §. *si post, inf. pro soc.* & interim manente communione, licet sublata sit societas, communicabitur lucrum, vt ait §. *manet*, quod captauit is qui societati callide renuntiauit, vt scilicet, quam prospiciebat sibi aduenire hereditatem haberet solus, & omnino ita res contigit. Vnus ex sociis videns futurum breui, vt sibi deferatur cuiusdam hereditas, renuntiauit societati, vt hoc lucrum solus caperet, nec in communionem redigeret, cum esset contracta societas omnium bonorum. finita est societas renuntiatione, manet communio rerum: in communionem deducetur lucrum, quod accessit post renuntiationem societatis, manente communione, quia callide renuntiauit societati, & lucrum semper communicari oportet siue quis bona fide, siue mala rem communem gerat. Deinde citat, *l. si contra quem, C. de adif. priuat.* quæ ait eum qui ædificat in solo communi mala fide .i. non communi nomine, sed sui lucri causa, vt solus habeat ædificium, non repetere impensas ædificij: nam ædificanti mala fide impensæ repetitio non est. Igitur superficies inædificata erit communis, cum solum sit commune, & superficies solo cedat, impensæ damnum ad eum solum pertinebit, qui impensam fecit, & ipse quidem tenebitur actione communi diuidundo, vt ædificii partem tradat socio: agere communi diuidundo non poterit vt à socio impensæ portionem recipiat, sicut in specie *l. 4. hoc tit.* Is qui errans in re sumptum fecit, conueniri potest communi diuidundo, agere communi diuidundo non potest. His duabus legibus quas citauit Accurs. addo *l. si pupilli* §. *sed & si quis, sup. de negot. gest.* Est ille §. de actione negotiorum gestorum, sed frequenter solet conferri actio negotiorum gestorum cum actione communi diuidundo, vt in *l. 14. & 29. hoc tit.* Itaque hic non male adplicabimus exemplum negotiorum gestorum. Species: ego tua negotia gessi, non tui contemplatione, id est, non tuo nomine, sed mei lucri causa, vt tibi rem tuam eriperem. Non vt illic Ioannes interpretatur, *non tuo commodo.* Ego quidem teneor tibi negotiorum gestorum, quia re vera tuum negotium fuit, tu non teneris nisi negotiorum gestorum sumptuum nomine, quos mala fide feci, impendia ad me solum respiciunt. Sed hic generaliter videamus, quid in hac re distet possessor bonæ fidei à malæ fidei possessore, quæ quæstio est quotidiana. de impensis, quas fecit bonæ fidei possessor in rem alienam, vel malæ fidei possessor, neutri repetitio datur, sed retentio. Est tamen in hoc differentia, quia bonæ fidei possessori datur retentio omnium impensarum in omnibus iudiciis, malæ fidei possessori datur tantum retentio impensarum necessariarum, & vtilium in iudiciis bonæ fidei, quia æquitas horum iudiciorum non patitur, vt quis ex aliena iactura lucrum faciat, *l. plane & seq. sup. de petit. hered.* in aliis autem iudiciis datur tantum retentio necessariarum, *l. domum, C. de rei vindic.* Hæc est generalis definitio. cui obstant quædam: Primum *l. si seruus* §. *si oliuam, sup. ad leg. Aquil.* Quidam vuas maturas decerpsit. quæritur an domino teneatur *l.* Aquilia, minime: quia damnum non dedit, damnum non dat, maturam vindemiam colligit: Quinimo, inquit, videtur donasse impensas quæ fieri solent in collectione fructuum, dum scilicet temere vindemiam colligit, sciens eam esse alienam: Si videtur donasse, non ergo est ei retentio, impensæ rei donatæ non est retentio,

A neque repetitio. Donatio non potest reuocari, non potest etiamsi ad nos casu redierit, retineri. Videtur malæ fidei possessori non esse retentio impensarum, quia sciens donauit. Sic respondeo: nos loquimur de impensis necessariis & vtilibus, quæ ad rem ipsam conseruandam pertinent à quibus separandæ sunt, quę tantum ad colligendos præsentis anni fructus pertinent, *l. 7. & vlt. inf. de impens. in reb. dotal. fact.* Has impensas quæ ad fructus præsentis anni pertinent vterque possessor deducit, si fructus ab eo petantur, *l. si à domino* §. *vlt. sup. de petit. hered.* Bonæ fidei possessor has impensas deducit, etiamsi nulli fructus obuenerint, *l. quod si sumptus, eod tit.* Malæ fidei possessor non deducit, si fructus ab eo non petantur, quia videtur donasse & ita accipio *d.* §. *si oliuam.* Sed si quis petat fructus etiam

B à malæ fidei possessore, ęquum est, vt sumptum fructuum percipiendorum causa factum agnoscat. Et generaliter verum est in iure fructus intelligi deductis impensis eorum causa factis. verum si fructus non retinuerit malæ fidei possessor, non est ei deductio horum sumptuum. Præterea opponitur *l. domum, C. de rei vindic.* quæ loquitur de rei vindicatione, qua agitur cum malæ fidei possessore, & quærit de sumptibus ab eo factis in rem alienam, & ait, seruum non habere petitionem impensarum, nisi necessarios sumptus fecerit. Ex eo colligunt eum habere repetitionem si necessarios sumptus fecerit, quod negauimus supra, & non est admittenda ea argumentario, cum sit vitiosa: quoniam dat actionem malæ fidei possessori impensarum nomine, quod nec possessor bonæ fidei habet. Omnes ita interpretantur illa verba: *Quos non repetunt quidem, sed retinent*

C *per exceptionem doli, vel officio iudicis, æquitatis ratione:* nam rei vindicatio est arbitraria. Postremo obstat *d. l. si pupilli* §. *sed & si quis,* quoniam ponit lex me fecisse impensam in rem alienam mala fide, mei lucri causa, prædonis more, non gestoris, & ait mihi quidem non dari actionem, impensarum nomine, in id quod mihi abest, quia improbe gessi, sed dari actionem, in id quo dominus locupletior factus est. Dabitur ergo actio impensarum nomine: Nam lex aperte ait, ei esse actionem in id quo alter locupletior factus est. Denique probat aliquo modo malæ fidei possessori dari repetitionem sumptuum. Res est difficilis. Constituit in hoc §. Iureconsultus primum denegari actionem negotiorum gestorum ei qui gessit mala fide. ait, *ei non esse actionem in id quod ei abest, l. 2. eod. tit.* denegatur ergo

D actio negotiorum gestorum, qua denegata cum subiiciat dari actionem in id quod alter locupletior factus est, de alia actione intelligit, vel de reputatione, & compensatione, quam patitur qui agit directa negot. gest. vel potius de condictione, quod retentionem habuerit vtilium impensarum & necessariarum ex negotiis gestis: Nam vbi est retentio, ibi est & retentionis condictio, vt diximus in *l. 14. hoc tit.* & ideo ait, dari actionem in id quo locupletior factus est dominus rei. Nam condictio semper datur in id tantum, quo locupletior factus est, *l. cũ ij* §. *sane cum is, sup. de transact.* & ita actio pro condictione indebiti accipitur in *l. 1.* §. *si legatarius, inf. ad l. Falc.* Vnde & in proposita specie huius §. dicemus, socio qui mala fide sumptum fecit in rem communem, dari condictionem in id quo res melior facta erit pro parte socii, vel eius impensæ eatenus

E rationem haberi officio iudicis communi diuidundo. Nam *l.* ait, damnum solummodo ad eum respicere, damnum intelligit deducto lucro, *l. Mutius, inf. pro socio*, igitur lucri ratio habebitur eo deducto, quod superererit damni, id solus agnoscet, quia mala fide rem gessit. Deinde in §. *siue autem* hac *l.* hoc ostenditur, actionem communi diuidundo dari de eo quod gestum est in solidum, id est, quod vnus ex sociis gessit in solidum, si id pro parte commode expediri non potuit. Nam ex gesto in solidum, quod pro parte expediri potuit, non datur actio communi diuidundo, sed negot. gestorum, vt si pro ædibus communibus cauerit damni infecti, in solidum aget negot. gest. quia necesse non habuit cauere in solidum: potuit pro sua parte rem defendere, *l. si communes, sup. de neg. gest.* §. *si*

damni hac lege, quod exposui *sup. l. 17. & l. 18. sup. famil. ercisc.* denique secundum hanc definitionem, culturæ sumptus venit in actionem com. diuid. vel culturæ fructus, quem vnus percepit solus, quia non videntur hæc expedite pro parte geri posse. Eademque ratione sumptus communis litis venit in actionem com. diuid. & famil. ercisc. *l. ex parte, sup. famil. ercisc* Obstat *l. qua alia §. vlt. sup de negot. gest.* Species est. Prędium Titii debet aquam prędio communi inter me & te. Titius agit negatoria, ego rem defendo te cessante, & vinco. Sententia, inquit, prędio datur, id est, mea victoria tibi proficit, qui causam non defendisti, quia sententia non est dicta personæ, sed prædio. Ergo mea victoria tibi proficit, sed refundes mihi partem sumptus facti in rem communem. qua actione? negot. gestorum, inquit. imo vero com. diuid. quia non potuit seruitutem defendere pro parte. Seruitus est indiuidua & vindicatur, & defenditur in solidum: quia ergo necesse habui defendere in solidum, videtur mihi competere com. diuid. non neg. gest. Pro hac sententia facit, quod ait *l. cum in duobus §. item, inf. pro soc.* qui §. loquitur de aqua, cum loquatur de riuo, quem vnus ex sociis refecit sua pecunia, cui Cassius ait dari actionem pro socio. Ergo est communi diuidundo. eodem modo Pomponius, qui fuit ex Cassianis, non in aqua, sed etiam in via dedit actionem com. diuid. & pro socio, cum scilicet via est communis inter duos, & vnus aliquid in locum viæ impendit, *l. arbor §. si per eundem, inf.* Sed in eo §. reprehenditur Pompon. hac ratione: *Quæ enim communio iuris separatim intelligi potest?* id est, cum via competit duobus vel aqua debetur duobus, nulla est communio, non potest esse communio, vbi est separatio, quia vnusquisque suo iure viam sibi vindicat in solidum, nec vnius est ius, vnusquisque habet idem. cur non dixero in aqua, vniuscuiusque esse in solidum. nec quidquam mutat causa riui, vel fistularum plumbearum in quibus posset videri esse communio. Riuus cedit solo, sicut in corpore loci, per quem via constituta est, non est communio, *l. loci, inf. si seruit vind.* ergo non est actio com. diuid. Et durius est quod Pompon. ait, esse com. diuid. & ideo concluditur potius esse agendum com. diuid. *d. l. qui aliena §. vlt.* Constituo, seruitutem communem venire in actionem com. diuid. vt vsus huius secernatur mensura, aut temporibus, *l. arbor, infi. h. t.* veluti viam aut aquam quæ mihi soli non competit, sed etiam alteri: & hanc tamen proprie communem non esse. quod est mihi in solidum, & alteri in solidum competit. Res aliæ communes dominii cuiusque sunt pro parte. Seruitus est singulorum in solidum, ea propter impensa facta in seruitutem communem, non venit in actionem com. diuid. quia nulla videtur esse communio seruitutis, quę cuique in solidum competit: venire tamen eam in actionem negotiorum gestorum: quia etsi seruitus mihi qui sumptum feci, in solidum competat, non tamen quasi mihi soli competeret, sumptum feci, sed collegam etiam obligare volui, *l. arbor § si per eundem, hoc tit. l. qua aliena §. vlt. sup. de negot. gest.*

Explicui § *si quis post acceptum* in *l.* 10. & 11. *sup. famil. ercisc.*

Ad §. Si quis in communem.

§. 6. Si quis in communem locum mortuum intulerit: an religiosum fecerit, videndum est. sane ius quidem inferendi in sepulchrum vnicuique in solidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem, & Labeo, quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum.

§. 7. Si damni infecti in solidum prædibus caueris: Labeo ait, communi diuidundo iudicium tibi non esse: cum necesse tibi non fuerit in solidum cauere, sed sufficere pro parte tua. quæ sententia vera est.

A Sciendum est, eum qui infert mortuum in alienum locum non facere locum religiosum, & teneri actione in factum, quæ est prætoria, vt tollat mortuum, vel loci pretium præstet, *l. 7. inf. de relig.* Quæritur, an etiam is qui mortuum infert in communem locum, teneatur, & qua actione. locus communis, aut est religiosus, aut purus, id est, profanus, quem nondum occupauit religio. in communem locum religiosum, veluti in commune sepulchrum est ius inferre etiam inuito socio, *l. cum tamen §. pen. de rer. diuis. sup.* & religiosus ille locus non venit in actionem com. diuid. nec famil. ercisc. *l. fundus sup tit. prox.* in locum autem communem purum, non licet mortuum inferre nisi consentiente socio, & qui infert non facit locum religiosum. sed qua actione tenetur? Vlp. ait, verius est, vt teneatur com. diuid. vel famil. erc. *l. 2. §. an &* B *socius, inf. de relig.* Quia cum locus non sit factus religiosus, consequens est manere communionem, & ideo id posse deduci in actionem com. diuid. vt tollatur corpus, vel præstetur loci pretium, neque necessaria est actio illa in factum. Aliud tamen iudicium fuit Trebatio & Labeoni, qui putant locum non esse religiosum, si socius in eum mortuum intulerit inuito socio, & tamen putant socium qui intulit teneri actione in factum. male: nam si locus non est religiosus, communio manet, & sufficit actio com. diuid. quæ est ciuilis, & ideo superuacua est in factum Prætoria, *l. 1. in pr. sup. de Public. in rem. act.* maxime cum actio ciuilis semper sit melior prætoria, *l. si creditori, de legat. 1.* atque ideo tacite hic reprehenduntur Trebatius & Labeo. Nam his verbis: *Trebatius autem & Labeo quamquam putant,* Vlp. deridet eorum sententiam, & alioquin C obstaret *d. l. 2. §. cum & socius, inf. de relig. & sumpt. fun.*

Ad §. Si fundus communis.

§. 8. Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus à me: venit quidem in communi diuidundo, sed ius pignoris creditori manebit etiamsi adiudicatus fuerit: nam & si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi diuidundo hoc minoris partem æstimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait.

D *§. 9. Idem Iulianus scribit, si is, cum quo seruum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit, & communi diuidundo agere cœperit, pigneratitia exceptione eum summoueri debere: sed si exceptione vsus non fuero, officium iudicis erit, vt cum debitori totum hominem adiudicauerit, partis æstimatione eum condemnet: manere enim interim ius pignoris. quod si adiudicauerit iudex mihi: tanti dumtaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit, quam pecunia credita: & debitorem à me iubeat liberari.*

§. 10. Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, vt alteri fundum, alteri vsumfructum adiudicet.

§. 11. Cætera eadem sunt, quæ in familiæ erciscundæ iudicio tractauimus.

§. 12. Vrseius ait, cum in communi ædificio vicinus nun- E *ciauit, ne quid operis fieret, si vnus ex sociis ex hac causa damnatus fuisset, posse eam pœnam à socio pro parte seruare. Iulianus autem recte notat, ita demum hoc verum esse, si intersit ædium hoc fieri.*

Fundus est communis inter duos: vnus ex sociis eum pignori obligauit creditori suo, obligauit partem suam pro indiuiso: Nam alienæ partis pignus non contrahitur. Actum est inter eos iudicio com. diuid. & fundus diuisus est, vel vni adiudicatus totus. Quæritur an sit peremptum pignus? minime, sed integra est creditori persequutio pignoris, & res diuiditur cum sua causa; sicut statuliber, qui interim est hereditatis, existente autem conditione ad libertatem peruenit, *l. 22. § res sup. famil. ercisc.* Igitur

diuiso fundo pignerato ab vno ex sociis, pignori erit post diuisionem non ea pars, quæ obtigit ei, qui pignus contraxit, sed vtraque pro indiuiso. Non socius partem, quam nunc habet obligauit, sed partem quam habuit ante diuisionem: Tum vero etiam habuit partem in socii parte, quæ nunc est, & ideo vtraque pars tenetur pro dimidia, *l. si consenserit §. vlt. inf. quibus mod. pig. vel hyp. sol. l. 15. inf. de vsufr. leg.* quod si fundus pigneratus ab vno ex sociis vni totus adiudicetur, constat hoc casu ius pignoris manere creditori indiuisum: nihil commune habet pignus cum dominio, *l. iusto §. non mutat. inf. de vsurpat.* & sic vsucapione dominium mutatur, pignus non mutatur. Sic etiam diuisione & adiudicatione dominium mutatur, non pignus. Sed vt docet Vlp. in hoc §. dum rem pigneratam ei, qui pignus non contraxit, adiudicat iudex com. diuid. qui omnia debet æstimare iusto pretio, *l. 10. in fine, hoc tit.* partem fundi obligatam eo minus æstimabit, quod lege pignoris auocari possit, & etiam distrahi à creditore & adiicit, *ex pacto*: nam sine pacto distrahi non potest, *l. 4. inf. de pig. act.* & ad hæc Accurs. hic quærit satis superuacuo, an si totus fundus ei adiudicetur qui pignus contraxit pro sua parte pro indiuiso, post adiudicationem sit obligatus creditori totus fundus, & respondet non totum esse obligatum, quia non ita pignus contractum est, sed partem tantum dimidiam pro indiuiso. Itaque nihil refert cui sociorum totus fundus adiudicetur: nam semper manet ius pignoris interim. sed Accurs. obiicit *l. Iulianus §. idem Celsus, inf. de action. empt. l. 7. §. vlt. hoc tit.* Si ego vendidi tibi partem meam pro indiuiso, & ante traditionem tota res mihi adiudicetur, cogam te vt totam rem accipias & mihi reddas quod ob eam rem socio condemnatus sum. Simili modo, si tibi obligaui partem fundi & interim mihi adiudicetur totus, videtur tibi totus fundus esse pignori. Priori specie agitur, vt exoneretur qui vendidit partem meam, vt scilicet emptor totam rem accipiat, vel nullam partem. Idem si dixeris in posteriori specie non exonerabis debitorem aucta pignoris causa. IC. proponit speciem. seruus est communis inter me & te. ego partem meam pro indiuiso tibi obligaui, deinde ago com. diuid. repelles me exceptione pigneratitia his verbis: *Si non conuenit vt pars tua mihi obligata esset.* non recte agis com. diuid. quia seruus totus quodammodo meus est, vna pars iure dominii, altera iure pignoris. debes igitur prius partem tuam luere, deinde agere com. diuid. id alias contigit in hac specie. Duo erant fratres consortes qui habebant hereditatem patris: vnus sumpsit ab altero mutuam pecuniam, & obligauit omnia sua bona, deinde nondum reddita pecunia agit com. diuid. an recte agit? Minime, quia non luit suam partem, & omnis hereditas paterna pertinet ad fratrem, pars iure dominii, pars iure pignoris; sed quid dicemus, si omiserit hanc exceptionem pigneratitiam, quale erit officium iudicis com. diuid. in actionibus bonæ fidei omissæ exceptiones supplentur officio iudicis, & ideo non desideratur exceptio doli, *l. ex parte, sup. tit. prox. l. 14. hoc tit.* non desideratur exceptio pacti, *l. 3. inf. de resc. vendit.* omissio exceptionis nihil nocet in iudiciis bonæ fidei, quæ nocet in cæteris iudiciis: in proposito autem tale est officium iudicis, vt hominem de quo agitur vel mihi, vel tibi adiudicet, quia homo diuisionem non recipit, & si mihi adiudicet qui sum debitor sub pignore partis meæ, officium iudicis est, vt me vicissim condemnet non tantum in æstimationem tuæ partis, sed etiam in æstimationem partis obligatæ vsque ad quantitatem quæ debetur: Et ita sunt accipienda hæc verba, *partis æstimatione*, partis obligatæ, ne dum partis creditoris. Accurs. accipit male de parte tantum creditoris. Nam æstimabitur vtraque pars. sed si iudex hominem adiudicet creditori, officium eius erit vt te non condemnet, sicut fit in aliis causis, præstare mihi æstimationem partis meæ, nisi quid sit pluris in pretio partis meæ, quam in pecunia debita. quia te in superfluum condemnare debet, quia & si tu pignus distraxisses, de superfluo mihi tecum actio esset, *l. 6.*

A *§. vlt. de pigner. act.* atque ita siue mihi, siue tibi adiudicetur homo quem tibi obligaui pro parte mea, iudex com. diuid. supplebit pigneratitiam actionem, & efficiet vt debitor & pignus liberentur. In fine huius *l.* proponitur hæc species. Communes sunt ædes inter me & te. in eis aliquid noui operis molimur, vicinus prohibet nouum opus, & nuntiat in communi ædificio, vt ait lex, recte. Nam nuntiatio noui operis fit in rem, non in personam, *l. vlt. de noui op. nunt.* adeo vt si nuntietur vni, qui sit in ædibus, videatur nuntiatum omnibus: debet fieri nuntiatio in rem præsentem, in foro si fiat inuento domino ædium, non fit recte, debet fieri in ipso opere, *l. de pupillo §. si quis forte, inf. de noui op. nunt.* igitur vicinus nuntiauit nouum opus, ego feci contra nuntiationem, quia opus peregi, & ob id B condemnatus sum interdicto quod vi aut clam, quo ipse tenebar solus, socius non tenebatur, *d. l. de pupillo § si plurium res*, & præstiti vicino id quod interest: quæritur an possim à socio id quod præstiterim consequi pro parte. Vrseius ferox adhibita nota Iuliani, qui scripsit libros ad Vrseium Ferocem, ait, me consequi posse partem à socio, si interfuit ædium communium contra nuntiationem fieri, vt quia instituerámus eas reficere, & res exigebat celeritatem: sed si culpa mea arguatur, quod fecerim contra nuntiationem, cum id vtilitas ædium non exigeret, tum nihil consequar à socio actione com. diuid. quia in ea actione doli & culpæ ratio habetur, vt damnum sarciatur quod accepi culpa socii, non quod accepi mea culpa: nam facti mei pœnam merui, *l. 9. sup. de noxal. actio, l. inter §. quod ex facto, sup. tit. prox. §. pen.* exposui in *l. 16. sup. tit.* C *prox.*

Ad L. VII. Communi diuidundo iudicium.

Communi diuidundo iudicium locum habet & in vectigali agro. Vectigalis ager an regionibus diuidi possit, videndum. magis autem debet iudex abstinere huiusmodi diuisione, alioquin præstatio vectigalis confundetur.

§. 1. Neratius scribit, arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem diuisum duobus adiudicauerit, posse, quasi in duobus fundis, seruitutem imponere.

§. 2. Qui in rem Publicianam habent, etiam communi diuidundo iudicium possunt exercere.

D *§. 3. Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat: si tamen iusta causa est possidendi, vtile communi diuidundo competit, vtputa si ex causa indebiti soluti res possideatur.*

IN hac *l.* tractatur inter quos reddi debeat iudicium com. diuid. cuius tractationis summam statim initio dicam. alii habent vindicationem rei siue proprietatis, alii vindicationem pignoris, alii vindicationem seruitutis, alii non habent vindicationem, sed possessionem & retentionem: & hi vel iustam possessionem habent vel iniustam, ciuilem vel naturalem: ciuilis est quæ possidetur animo domini. naturalis, quæ actu & corpore possidetur, non animo domini. Rursus hi qui rei vindicationem habent, vel ciuilem habent, vt domini rerum: vel prætoriam, vt E superficiarii, vel Publicianam, vt bonæ fidei possessores, vel vectigalem, vt emphyteuticarii: & inter hos omnes redditur actio com. diuid. directa, vel famil. ercisc. *l. 10. sup. tit. prox.* qui habent vindicationem pignoris, inter eos non redditur directum iudicium, sed vtile, *l. si pignori, sup. tit. prox.* item inter eos qui habent vindicationem seruitutis, *l. sed & si, sup. de vsufr. & §. cum de vsufr. hac lege,* quod tractatum est latius in *l. 14. tit. prox. sup.* qui autem possessionem habent, si iniustam habent, ne inter eos vtile quidem com. diuid. iudicium datur. Itemque si naturalem possessionem habent, qui ciuilem habent, & iustam possidendi causam, inter eos datur vtilis com. diuid. actio, licet vindicationem non habeant, sed iustam possessionem tantum: hæc est huius quæstionis summa. Nunc singulas partes excutiamus. Initio l. ostenditur, hanc actionem

com. diuid. dari de agro vectigali inter emphyteuticarios, sed dicit tamen, melius facturum iudicem si abstinuerit diuisione fundi. venit ergo in hoc iudicium ager vectigalis, non vt diuidatur, sed adiudicetur vni, alioquin vt dicitur in hac lege, *Præstatio vectigalis confundetur,* qui locus est singularis de agro vectigali. Confundetur, id est, perturbabitur & permiscebitur, vt *l. arbor, hoc tit.* Liuius 5. *Aurum quod Gallis ereptum erat, cum in qua referri oporteret, confusa memoria esset.* confundetur, inquam, præstatio vect. quia vect. quod vnus fundus debebat, fundi duo debebunt, quod vnius præstationem plerumque conturbat: & ob id melius est agrum vectigalem non diuidi, quod etiam indicat §. 1. huius legis his verbis, *fundum vectigalem non diuisum,* quem omittam, quod de eo dixerim in *l. 29. inf. eod.* Ex initio huius legis Accurs. definit quæstionem, quam vocat Sabbatinam. Solebant olim studiosi in Italiæ Scholis publice tractare disputationem aliquam. Vnus est emphyteuticarius cum quo dominus contraxit. is plures reliquit heredes. quæritur, an possint fundum regionibus diuidere. & ex hac l. definit Accurs. eos quidem posse diuidere, sed melius facturos si abstinuerint diuisione, ne vectigal confundatur. quo iure vtimur: vt scilicet heredes abstineant diuisione, & vni assignent totum fundum, vel vnum constituant, qui domino quotannis inferat solidum vectigal, ne dominus qui cum vno contraxit, distringatur in plures. Accurs. idem hoc loco transfert ad feudum, vt non diuidatur inter vassallos, male: nam vassalli fidem tantum dant, non vectigal, & quo plures sunt in fide domini, melior est eius conditio. & ita recte Fulgosius in *l. mihi §. si vis, de transact.* Præter Accurs. hic quæro, cum demonstretur hæc duo iudicia reddi inter emphyteuticarios, cur etiam non sit tractatum in hoc loco de dominis quibus vectigal debetur, an possint inter se agere de diuidendo vectigali. & Respond. olim priuatos non habuisse vectig. prædia, sed Remp. communitatem, fiscum, *l. 1. sup. si ager vectig. l. si domus §. 1. de legat. 1.* Respublica autem vna est semper, vna ciuitas, vnus fiscus: ideoque non potest quæri an inter eos, quibus debetur vectigal, diuisionis iudicia reddantur, cum non possint esse plures. Habuere etiam templa huiusmodi prædia, sed templa vnius personæ vicem sustinent. verum hodie etiam priuati contrahunt emphyteusim. vnde si quæratur hodie, an inter priuatos qui fundum dederunt in emphyteusim agi possit communi diuidundo vel familiæ erciscundæ: dicam, agi quidem posse; sed adiudicatione potius, quam diuisione rem esse finiendam: Nam pluribus soluere incommodum est, *l. 3. sup. famil. ercisc.* Itaque adiudicatio vtilior est omnibus, licet diuisio non inhibeatur omnino. Alius est locus in hac *l.* in §. *ex quibusdam*. dixit supra de emphyteuticariis, qui habent vindicationem. dixit de bonæ fidei possessoribus, qui etiam habent vindicationem, quæ dicitur Publiciana: & his omnibus dari actionem communi diuidundo. Nunc tractat de his qui non habent vindicationem, & tamen habent communi diuidundo, si modo habeant iustam causam possidendi, sed vtile iudicium tantum habent. Priores habent directum iudicium, id est, emphyteuticarii & bonæ fidei possessores. Ideoque male quidam existimant hunc §. esse explicationem præcedentis §. vbi dixit communi diuidundo actionem dari inter eos qui Publicianam habent, quod falsum est. Primum: qui Publicianam habent, vindicationem habent. in hoc §. *ex quibusdam*, ponit cessare vindicationem. deinde qui Publicianam habent, habent directum communi diuidundo iudicium, §. *plane si iam, inf. hac lege.* hic §. loquitur tantum de his qui vtile habent. Itaque non potest coaptari §. superiori. Et Iurisconsultus sententiam mutat in his verbis: *Ex quibusdam autem.* Si vera est illorum sententia, ita debemus scribere: *ex quibusdam enim*, vt recte ait Accurs. Hi qui habent vindicationem rei, habent directam actionem communi diuidundo. qui non habent vindicationem, sed tantum iustam causam possidendi, habent vtilem. Exemplum est obscurum, nec conuenit: nam qui possident ex causa indebiti soluti, si acceperint à domino, ciuilem vindicationem habent, quasi dominio translato solutione: alioqui dominus qui soluit, non habet condictionem indebiti, si res sua esse non desiit, quia rei suæ condictio non est. condicit rem indebite solutam, ergo alienauerat. si alienauerat, competebat vindicatio ciuilis iis qui acceperant à domino in solutum, *l. 4. sup. de Pub. in rem act.* quia & vsucapere possunt, *l. 7. inf pro suo*, & qui vsucapere potest habet Publicianam, *l. 2. §. Marcellus, sup. de Publ.* qui autem habent ciuilem vindicationem, vel Publicianam, inter eos non est locus iudicio vtili, sed directo, §. *plane suam, inf. hac l.* Vbi loquitur de his qui ex causa damni infecti iussi sunt possidere ex secundo decreto. cur? quia vindicationem habere possunt, Publicianam scilicet antequam vsuceperint, *l. quacunque, in pr. sup. de Public.* Nam secundum decretum non facit nos dominos, sed præstat tantum occasionem vsucapiendi. Igitur ex eo §. intelligimus, inter eos qui habent Publicianam non esse vtili iudicio locum. Vnde sequitur, hoc exemplum de his qui ex causa indebiti soluti possident, non conuenire propositioni: Nam hi vindicationem habent. propositio est de non vindicantibus. Scio Iurisconsultum ita scripsisse: *Vt puta, si ex causa iurisiurandi res possideatur:* Sic habent Basilica. notas Tribonianus explanauit male. non debemus moueri tanto errore: nam omnes hoc probauerunt, alio loco, vbi est scriptum, *fideicommissum*, esse legendum, *fraudandorum creditorum.* De his autem qui possident ex causa Iurisiurandi certum est cum iurauerint rem petitoris non esse, eos retentionem habere, vindicationem non habere, *l. & non tantum §. veniunt, sup. de petit. heredit. l. 7. §. si petenti, sup. de Public. l. sed & si possessori, inf. de iureiur.* quibus adiungendi sunt hi qui mittuntur in possessionem legatorum causa, qui iustam causam habent possidendi. Sicut etiam duo ventres, qui mittuntur in possessionem, mortuo communi parente, §. *item si duo, hac lege*, vt in specie *l. 1. §. si quis prima, de ventre in poss. mitt.* Si quis primam vxorem reliquerit prægnantem, & statim duxerit secundam, eamque etiam prægnantem reliquerit, & decesserit, duo ventres mittentur in possessionem, & inter se agent communi diuidundo, licet vindicationem non habeant, quia nec possessores sunt, sed iusta ex causa sunt in possessione, & ob id accommodabitur vtilis communi diuidundo.

§. 4. *Inter prædones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant, locum habebit: nec si clam: quia iniusta est possessio ista: precaria vero iusta quidem, sed quæ non pergat ad iudicij vigorem.*

§. 5. *Iulianus scribit, si alter possessor prouocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari, nec post annum quidem: quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi, &, si precario (inquit) dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium: quia & de precario interdictum datur. Sed & si clam dicatur possidere, qui prouocat: dicendum ait, cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum, inquit.*

§. 6. *Si duo sint qui rem pignori acceperunt: æquissimum esse: vtile communi diuidundo iudicium dari.*

§. 7. *Sed & si de vsufructu sit inter duos controuersia, dari debet.*

§. 8. *Item si duo à Pratore missi sint in possessionem legatorum: est enim iusta causa possidendi custodiæ gratia. Ergo, & si duo ventres, idem erit dicendum. quod habet rationem.*

§. 9. *Plane si iam damni infecti missus, iussus sit possidere: non erit huic vtili iudicio locus, cum vindicationem habere possit.*

10. §. *Cum de vsufructu communi diuidundo iudicium agitur: iudex officium suum ita diriget, vt vel regionibus eis vti frui permittat, vel locet vsumfructum vni ex illis, vel tertiæ personæ, vt hi pensiones sine vlla controuersia perci-*

piant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, vt inter eos conueniant, caueantque, per tempora se vsuros & fruituros: hoc est, vt apud singulos mutua vice certo tempore sit vsusfructus.

11. §. *Neque colonis, neque eis, qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quamuis naturaliter possideant.*

12. §. *Inter eos, qui pignori acceperunt, talis diuisio fieri debet, vt non vero pretio æstimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur, & adsignetur quidem pignus vni ex creditoribus: licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre, & pignus suum luere. Idemque dicitur, & si possessor pignoris æstimationem pigneratitiam in re agenti offerat.*

13. §. *Si debitor communis prædij partem pignori dedit, & à domino alterius partis prouocatus creditor eius, aut ab alio creditore alterius debitoris, licendo superauit, & debitor eius, cui res fuit adiudicata velit partem suam prædij reciperare soluto eo, quod ipse debuit: eleganter dicitur, non esse audiendum, nisi & eam partem paratus sit reciperare, quam creditor per adiudicationem emit. Nam & si partem vendideris rei, & prius, quam traderes emptori, communi diuidundo iudicio prouocatus fueris, aliaque pars tibi adiudicata sit: consequenter dicitur, ex empto agi non posse: nisi totam rem suscipere fuerit paratus: quia hac pars beneficio alterius venditori accessit. quinimo etiam ex vendito posse conueniri emptorem, vt recipiat totum. solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris interuenit. Sed & si distracta parte, cesserit victus licitatione venditor: æque pretium vt restituat, ex empto tenebitur. Hæc eadem & in mandato, cæterisque huius generis iudiciis seruantur.*

AIt, hoc iudicium non dari inter prædones, quia iusta non est possidendi causa, & ne vtile quidem iudicium datur. Prędones sunt qui vi possident rem alienam. Idem ait de his qui possident clam rem alienam, quia maleficii nulla communio esse intelligitur, iniusta est causa si clam possideat, aut vi. horum autem qui precario possident, iusta est causa possidendi, quia possident voluntate domini: sed quæ non pergat ad iudicii vigorem, id est, quæ non cadat in actionem comm. diuid. quia non possident ciuiliter animo domini, *l. 6. §. is qui, l. vlt. de precar.* Ciuiliter non possident, naturaliter possident, id est, actu solo, & nihil etiam attinet in eo contendere de diuisione quod mox domino redditurí sunt: nam precarium reuocatur quandocumque dominus voluerit, *l. quæsitum §. pen. eod.* Eadem ratione colonis, vel depositariis hoc iudicium non datur, quia naturaliter tantum possident, *§. neque, hac l.* Ibidem ex Iuliano traditur, eum qui precario possidet, si agat communi diuid. esse repellendum, etiam post annum, quia interdictum de precario est perpetuum, quod est restitutorium: ergo non aget vtiliter comm. diuid. sicut etiam, vt ait in *§. Iulianus*, is qui vi possidet, si agat communi diuid. repelletur ab eo, à quo vi possidet, & repelletur (inquit) etiam post annum, quoniam perpetuo tenetur interdicto de vi armata: interdicta solent esse annua. Sed interdictum de precario, & de vi armata sunt perpetua. M. Tullius in 15. Epistolarum epistola quæ incipit, *Puto te iam supputare*, & Iureconsultus docuerat in *l. 3. §. hoc interdictum, inf. de vi arm.* cui manus attulit Tribon. Et hic Iurisconsultus ait in *§. Iulian.* interdictum de vi reddi post annum, de vi armata scilicet: nam interdictum vnde vi, est annuum, *l. 1. inf. de vi & vi arm.* Eodemmodo si is qui clam possidet, agat communi diuidundo cum eo à quo clam possidet, repelletur, quod teneatur interdicto de clandestina possessione. qui locus est singularis, nec vllus est alius similis. speciale est interdictum de vi, de precario, speciale etiam fuit interdictum de clandestina possessione, & omnia restitutoria. Tribus modis aliquid mala fide possidetur. *vi, clam, precario*, & ob id tria etiam interdicta sunt proposita, *de vi, clam, de precario.*

A Speciale est interdictum de clandestina possessione *non vi*, aut *clam*. vt ait Accurs. Cætera explicuimus in *l. si pignori, sup. tit. prox.*

Ad Leg. VIII. Et si non omnes, & Leg. IX. Sed postquam.

Et si non omnes qui rem communem habent, sed certi ex his diuidere desiderant: hoc iudicium inter eos accipi potest.

§. 1. *Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat inter legatarium, & heredem, communi diuidundo agi potest: aut incertæ partis vindicatio datur. Similiter fit, & si peculium legatum sit: quia, in quantum res peculiares deminuit,* B *id quod domino debetur, incertum est.*

§. 2. *Venit in communi diuidundo iudicium, etiam si quis rem communem deteriorem fecerit: forte seruum vulnerando, aut animum eius corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo.*

§. 3. *Si communis serui gratia, noxæ nomine plus præstiterit: æstimabitur seruus, & eius partem consequetur.*

§. 4. *Item si vnus in solidum de peculio conuentus, & damnatus sit: est cum socio communi diuidundo actio, vt partem peculij consequatur.*

L. 9. *Sed postquam socius, serui communis nomine, de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium rei peculiares intercidunt, nihilominus vtile erit iudicium communi diuidundo ad reciperandam partem pecuniæ: alioquin iniquum fore, si tota ea res ad damnum eius, qui iudicium acceperit,* C *pertineat, cum vtriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat. Nam & eum, qui mandatu domini defensionem serui suscepit, omne, quod bona fide præstiterit, seruaturum: quamuis peculium postea interciderit. Hæc ita si neutrius culpa interuenerit. Etenim dominum, cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus peculiaribus petitori cedere, ex causa audiendum putauit: scilicet si sine dolo malo & frustratione id faciat.*

INitio l. 8. hoc ostenditur, inter portiones ex pluribus sociis dari posse actionem communi diuidundo. Ita scilicet, vt communio soluatur, inter eos maneat cum cæteris. Quod etiam de actione familiæ erciscundæ est proditum in *l. 2. §. pen. sup. tit. prox.* ait in hac lege: *Diuidere* D *desiderant*, societatem scilicet: nam res communes non possunt partiri, nisi consentiant omnes, qua de causa Accurs. recte notat hoc loco, paucioribus agentibus communi diuidundo, rem esse finiendam adiudicatione, & citat *l. 25. si testator, sup. tit. prox.* Et ex hoc loco præterea definiri potest quæstio proposita ab Accurs. in *l. 21. inf. hoc tit.* an ex tribus sociis duo retenta inter se communione possint prouocare tertium ad diuisionem. qui respondet posse. quæ sententia comprobari potest hoc arg. Si ex tribus sociis duo possint inter se agere comm. diuid. & non agere cum 3. vt in hac l. 8. ait, cur etiam duo non poterunt non inter se agere communi diuid. & agere cum tertio. Sequitur in hac lege. *Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat.* Constat actionem familiæ ercisc. dari inter here- E dem & fideicommissarium, cui rogatus est heres restituere partem hereditatis, *l. 48. sup. famil. ercisc.* Inter heredem autem & legatarium, vel fideicommissarium rerum singularium non potest agi famil. ercisc. quia nec coheres est, nec coheredem imitatur: fideicommissarius vniuersalis coheredem imitatur. Verum inter heredem & legatarium potest agi communi diuidundo, si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat: hoc est, si æs alienum, quo demum deducto Falcidia locum habet, incertum sit, vt si de ære alieno lis cœpta sit nec finita, *l. 1. §. si autem, inf. Si cui plus quam per leg. Falcid.* Legatarius potest petere arbitrum communi diuidundo, quia interueniente lege Falcidia communio est inter heredem & legatarium, *l. Plautius, inf. ad leg. Falcid.* Arbiter constituet partem heredi & le-

gatario, nec vni adiudicabit rem totam. Potest etiam legatarius, si nolit agere communi diuidundo, vti vindicatione incertæ partis, *l. 1. in fine, sup si pars hered. pet. l. quæ de tota §. si incerta, sup. de rei vindic.* Ait in eo §. incertæ partis vindicationem dari, si iusta sit causa. quæ verba videntur esse edicti quo Prætor pollicetur vindicationem incertæ partis ex iusta causa, vt actor effugiat periculum plus petitionis. iustam causam interpretatur, si lex Falcidia interueniat, quæ vix apud iudicem examinatur. vix, significat difficultatem rei. non est ergo mirum si propter difficultatem rei detur incerta petitio: nam iustam ignorantiam habet legatarius, cui legatus est seruus, si hæsitet quotam partem vindicare debeat. ergo datur vel communi diuidundo, vel vindicatio incertę partis: & proprie communi diuidundo datur, si non negetur esse legatarius. vindicatio datur si negetur esse legatarius, quomodo etiam actio familiæ erciscundę distingui solet à petitione hereditatis. cõmuni diuidundo datur legatario tantum, heredi non datur, argum. *l. 14. hoc tit.* quia heres Falcidiæ retentionem habet, non vindicationem: & ideo habet communi diuidundo. legatarius habet vindicationem legati, aut portionis quę remanet in legato. & hoc si incertum sit de Falcidia, si incertus sit modus æris alieni. è contrario quid fiet, si certum sit locum habere Falcidiam? si certa sit quantitas legatorum, si certum sit quota pars legatario competat, statim ei dabitur vindicatio certæ partis: neque enim partem habent pro indiuiso, sed pro diuiso, quia lege Falcidia ipso iure fit diuisio singularum rerum diuisarum in quadrantem, vel dodrantem: vbi autem sunt certæ partes, cessat actio communi diuidundo, cessante Falcidia. Eadem est ratio legati peculii. Falcidia minuit legata, legatum peculij, etiamsi non interueniat Falcidia, minuit id quod domino debetur, vel conseruis vel liberis domini: Nam peculium intelligitur deducto quod domino debetur, vel conseruis, vel liberis domini: & si certum sit quod debeatur domino, vtique cessat actio communi diuidundo, quia certæ sunt partes: scilicet si incertum sit quod debeatur, heredi non datur actio communi diuidundo, quia retentionem & deductionem tantum debiti habet, non petitionem. legatario datur actio communi diuidundo, vt certæ partes constituantur, & vt in singulis rebus legatis legis Falcidiæ ratio deminutionem inducit, id est, ex singulis sumit quadrantem, *d. l. Plautius, d. l. quæ de tota §. si incerta, l. 2. C. ad leg. Falcid.* Ita legato peculio singulæ res peculiares pro rata minuuntur ob id quod domino debetur, vel conseruis, vel liberis domini, *l. 6. in prin. inf. de pecul. leg.* in §. *venit*, ostenditur, in actionem communi diuidundo venire præstationes personales, de quibus dixi in *l. 3 sup.* sed subiiciuntur aliæ in §. *vlt.* Species est: Seruus est communis inter duos, vnus ex sociis conuentus est in solidum actione noxali ex delicto serui communis, & æstimata lite, & damno plus præstitit. lex ait, æstimari seruum communem, & eum qui plus præstitit eius serui nomine, à socio consequi partem tantum serui, non partem totius æstimationis litis, quam soluit: & hoc si plus præstiterit, quam scilicet quanti est seruus: Nam cum litis siue noxæ æstimatio superat pretium serui, debuit socius noxæ dedere seruum, non plus præstare. quod si non fecerit, non consequetur partem eius quod plus soluerit, quam est in pretio serui: in eo enim culpa eius arguitur, quod non potius functus sit noxæ deditione. Sed si seruus pluris erat quam noxa, & sarcierit noxam, æstimata lite, tum solutæ æstimationis litis partem consequetur à socio, *l. 25. §. si vnus, inf. tit. prox.* quia rem pro te gessit. Idem seruatur in actione de peculio, si vnus ex dominis conuentus sit in solidum de peculio communi ex contractu serui communis, & damnatus soluerit: nam actione communi diuidundo consequetur partem pecuniæ solutæ, quod demonstratur in *l. Et ancillarum, §. vlt. inf. de pecul.* vbi id traditur ex Iuliano, vt indicat lex quæ sequitur, & lex *si Stichus, inf. eod.* quæ omnes leges sunt coniungendæ. Hæc autem actio communi diuidundo de recipienda parte pecuniæ solutæ durat vtiliter, etiam si res peculiares

A quæ erant apud alterum socium, postea interciderint: quia sufficit quod verum est, apud alterum dominum peculium fuisse: quin imo etiam nisi totum peculium interierit, & ideo etiamsi sublata sit cõmunio peculij, hæc actio manebit, *l. 31. sup. tit. prox. l. 21. & l. si Stichus, hoc tit.* §. in lege *si Stichus*, hoc proponitur. Stichus est communis inter me & te. Stichus habet Pamphilum seruum vicarium, id est, peculiarem, & nihil præterea habet in peculio, & hic Pamphilus est aureorum decem. ego conuentus sum actione de peculio: Stichi nomine solui decem, quia tantum erat in peculio, neque teneor vltra modum peculij: deinde Pamphilus decessit, & ita seruus peculiaris interiit: tu mihi præstabis quinque actione communi diuidundo, quia sufficit communio quæ præcessit, & sufficit quod æs alienum
B peculiare fuit commune. debes ergo mihi refundere quinque, & multo magis si Stichus postea alium seruum peculiarem acquisierit, *l. si Stichus, inf. hoc tit.* Eodemque modo vt proponitur in *l. 9.* si quis mandato domini defensionem serui susceperit in iudicio de peculio, repetet sumptus bona fide factos actione mandati, licet postea peculium interierit: nam euentus non spectatur vbi negotium vtiliter cœpit, *l. sed an vltro, in fine, sup. de negot. gest.* Et quod dixi de duobus dominis, vt si vnus conuentus in solidum de peculio solidum soluerit, partem pecuniæ quærat à socio actione communi diuidundo, id lex 9. declarat ita procedere, si nullius culpa interuenerit, id est, neutrius domini: quam legem in fine male explicat Accursius. Id autem est, si rem ita geri expediat, id est, solui eam pecuniam ex contractu serui ad finem & modum peculij. At quid dice-
C mus si expediat non solui pro seruo? Nam plerumque dominus qui conuenitur de peculio, effugere potest solutionem pecuniæ, si modo sit paratus cedere peculio: & audietur ex causa si desideret se liberari iudicio de peculio, cessis peculiaribus rebus: atque si ita rem geri expediebat, potius quam pecuniam solui ei, non ita gesserit, hæc culpa ei imputabitur, & quod plus soluerit, eius partem à socio non consequetur. Vnde colligitur audiri quandoque dominum ex iusta causa qui paratus est cedere rebus peculiaribus, & auditur, inquit, si sine dolo malo, & frustratione id desideret. videtur esse legendum *fraudatione*, & quod in actione de peculio hæc adiicitur clausula, *& si quid culpa domini captus fraudatusve sit actor, l. in bonæ fidei, inf. de pecul.* quæ similis fuit formulæ tutelæ & de circumscriptione
D adolescentium ex l. Lætoria, Cic. 3. de officiis, quæ fuit huiusmodi: *vti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.* Sed hic nihil mutandum est. *sine dolo & frustratione*, id est, non mutandi iudicij causa, vt in *l. Diui, inf. ad l. Falcid.* coniuncta *l. 2. C. de vsur. legat.* in vna frustrationem dicit, in altera moram. frustratio nihil est aliud quam mora, & plerumque litigatores dum volunt morari iudicium, multas rationes adferunt in iudicium. Recte ergo exigit, vt id fiat sine frustratione.

L. X. exposui partim in l. 3. partim in l. 14. hoc tit.

L. XI. exposui in l. 1.

Ad Leg. XII. Si ædes.

E *Si ædes communes sint, aut paries communis: & eum reficere, vel demoliri, vel in eum immittere quid opus sit: communi diuidundo iudicio erit agendum, aut interdicto vti possidetis experimur.*

AEdes vicinorum plerumque communibus parietibus distinguntur, *l. 4. §. vlt. sup. fin. reg.* & vt de alia re communi, ita etiam de pariete est actio communi diuidundo, *l. 4. inf. de seruit. leg.* communis autem paries est, si ex collatione vicinorum in loco communi ædificatus sit, & hoc genere censetur esse communis naturali ratione, *l. parietem, sup. de seruit. vrb. præd.* ratio naturalis hæc est, superficiem solo cedere, quæ ratio est perpetua, & valet semper *l. 8. § sed si, inf. vti possid.* Et quemadmodum si

solum commune est, & puteus superædificatus communis est, *l. 4. §. 1. sup. hoc tit.* & communis naturali ratione: ita paries loco communi ædificatus communis est naturali ratione: & de hoc genere parietis agitur in *l. cum duobus §. item Mela, inf. pro soc.* Lex ait, vicinos inter se semipedes contulisse, vt ibi cratitium parietem ædificarent ad onera vtriusque sustinenda: ita factus paries collatione vicinorum sane ratione naturali communis est. Cratitius paries est qui fit ex ligneis cratibus, vel cannis & luto. Hi autem parietes sunt maxime periculosi propter incendia, sed prosunt celeritate, prosunt etiam, vt Vitruuius ait, *loci laxamento*, quia minus spatij occupant: qua de causa cum legibus nostris cæteri parietes essent sesquipedales, id est, sesquipedali crassitudine, videntur cratitij fuisse pedales tantum: & ideo narrat vicinos semipedes contulisse. in aliis parietibus extruendis contulissent semipedem & palmum: nam pes diuiditur in duos semipedes, & palmos quatuor. Vitruuius *lib. 2. cap. 8. leges publicæ non patiuntur communem parietẽ crassiorem esse sesquipede.* Plin. 35. capit. 14. *cautum est ne communis paries crassior sit sesquipede.* qua de causa etiam idem narrat, in vrbe non fuisse lateritios parietes, quia non sustinent nisi vnam contignationem, & in ea maiestate vrbis, ideoque vtebantur lapideis vel testaceis vel cæmentitiis. In quibus definita erat legibus crassitudo sesquipedis, in cratitiis pedis: Cratitius paries vtilior est alio, quia minus occupat spatij. Communis etiam paries intelligitur esse si ab vno ex vicinis sit ædificatus communi nomine. si vnus ædificauerit, vel est repetiturus partem impensæ vel donationis causa non repetiturus, & hoc ait *l. 22. inf. hoc tit.* Communis etiam paries fit interdum legati iure, vt in specie *l. 4. de seruit. leg.* Si dominus binarum ædium vnas legauerit vni, alteras alteri, paries quo distinguebantur ædes, fiet communis inter legatarios. Quæramus an alterutri vicinorum ius sit demoliendi parietis communis vel reficiendi inuito altero. & *l. parietem, sup. de seruit. vrb. præd.* ait, non esse: quia, inquit, non solus dominus est: quod congruit regulæ à Sabino compositæ quæ proponitur in *l. Sabinus, inf. eod.* in re communi neminem dominorum quicquam facere inuito altero, & in ea l. inuitus definitur esse non tantum qui contrahit, & prohibet, sed & qui non consentit, vt qui tacet, vel qui abest, dum quid fit in re communi. Sed in hoc differentia est, quod si vnus ex sociis fecerit aliquid absente altero, tolli opus debet: id qualiter consequetur? actione communi diuidundo, si opus tolli societatis interfit. quod si fecerit præsente & tacente altero, opus non debet tolli, sed damnum sarcitur eadem actione communi diuidundo. si fecerit altero consentiente, certum est cessare omnino actionem communi diuidundo: & hæc est sententia *l. Sabinus, inf. eod.* Verum *d. l. Sabinus & d. l. parietem* solent opponi huic l. 22. propterea quod hæc l. ait, agi posse communi diuidundo vel interdicto vti possidetis, si opus sit parietem communem demoliri, aut reficere. Est ergo ius demoliendi & reficiendi & cogendi socii per actionem communi diuidundo, vel interdictum vti possidetis, vt sinat demoliri vel reficere, aut immittere aliquid aut proiicere in parietẽ communem. Res non est difficilis explicatu, ita constituo: vnus ex sociis si aliquid faciat in re communi inuito altero, non iure facit, videlicet si quasi solus dominus ad suum arbitrium vti re communi velit: quia præripit socio ius suum, & non est ius ei agendi confessoria hoc modo: *ius sibi esse faciendi in re communi, l. & an vnus, sup. si seruit. vind.* quia nemini res sua seruit, *l. in re com. sup. de seruit. vrb. præd.* Cæterum non opus est: & ita societati expedit agere per socium communi diuid. vel pro socio, si contracta sit societas, vel interdicto vti possidetis, quibus iudiciis consequitur, vt sibi facere liceat, quia res exigit. confessoria actione hic consequi tentabit frustra, quod voluit, *d. l. parietem,* & fuit eadem sententia Accurs. in hac lege, qui ait, agi de necessitate voluntaria, in aliis de necessitate necessaria: & sic fuisse conuentum vt liceat facere: in aliis non fuisse conuentum, quæ opiniones sunt vaticinantis. Tertio

A ait, hic in rem societatis fuisse, quod vnus agebat in re communi, & hoc est verum. Cæterum in aliis legibus non fuisse, in rem societatis fieri aliquid in re communi. postremo ait, iure seruitutis non posse socium in re communi aliquid facere, & non posse agere confessoria, sed alia esse remedia, veluti commun. diuid. vel vti possidetis. magis obstat *l. in re comm. de seru. vrb. prædior.* Colligit, socio ius esse prohibendi. quia Sabinus ait, ius non esse faciendi, inuito altero, significat, ius esse alteri prohibendi, & in pari causa potiorem esse eum qui prohibet. Idemque Pomp. scribit ad Sabinum in *l. sed si inter me §. vlt. sup. de seruit. vrb.* Paulus tamen in *d. l. in re comm.* adiicit ad Sabinum, nec ius esse prohibẽdi quo minus socius faciat aliquid in re communi. Respond. Paulus ait, non esse ius prohibendi per actionem negotiorum, sicut non est ius faciendi per

B confessoriam. hoc tamen Marcellus admittere videtur, ius esse prohibendi per negatoriam in *d. l. an vnus* sed id non admittit incunctanter, sed ait, non esse ius faciendi: nam plus facit qui facit, quam qui prohibet facere: nam ad suum arbitrium vtitur re non sua. Ideoque videtur potius ius esse prohibendi, quam faciendi: sed non adfirmat ius esse prohibendi per negatoriam: nam possumus tantum prohibere iudicio communi diuidundo, vel per Prætorem, *l. in prouinciali §. plane & §. seq. inf. de no. op. nunt.* quoniam, inquit, alia ratione prohiberi potest socius, ergo non potest prohiberi superiorib. actionib. veluti negatoria, aut noui operis nuntiatione, sed per arbitrum com. diu. aut per Prætorem, puta interdicto vti possidetis, vel quod vi aut clam, *l. de pupillo §. meminisse, inf. de noui oper. nunt.* Igitur ita concludamus: remedia dantur ei qui cum res exigit, vult re-

C ficere vel demoliri, vel immittere aliquid in ædes communes. ea autem remedia sunt actio communi diuid. & interdictum vti possidetis. eadem etiam dantur ei qui iustam causam habet prohibendi quo minus id fiat, *d. l. in re com.* Et ideo datur interdictum vti possidetis, quod vnus faciendo, vel prohibendo non iuste, videtur totius parietis communis sibi possessionem vindicare, id est, alter videtur alterum inquietare in possessione rei communis: quo nomine comparatum est interdictum vti possidetis, *l. 3. §. si vicinus, inf. vti possid.* Sed ad hæc rursus quæritur, quale sit officium iudicis in actione communi diuidundo de pariete communi diuid. non quale sit in actionibus personalibus, quarum nomine certum est condemnationem, vel absolutionem fieri debere: & sane quia communis paries expe-

D dite diuidi non potest, necesse est rem finiri adiudicatione, & æstimatione parietis, vt scribit etiam Vitruuius in *li. 2. ca. 8. Cum arbitria communium parietum sumuntur*, id est, cum sumitur arbiter *communi diuid.* lateritios parietes ad perpendiculum stantes tanti æstimari, quanti olim facti fuerint, id est, quanti locati fuerint. Cœmentitios autem parietes non æstimari tanti quanti fuerint, sed sententiam pronuntiari ab arbitro; eos non posse plus durare quam annos 80. & quolibet anno ex pretio deduci octogesimam partem. Atque ita in æstimatione cœmentitij parietis præteritorum singulorum annorum octogesimas pretio deduci, & ex reliqua summa partem reddere vicino eum cui totus paries adiudicatus est. *lateritios* sic accipit, ac si perpetuo sint duraturi, vt narratur etiam hodie extare illud sepul-

E chrum lateritium, quod dicitur *Mausoleum,* & ideo semper æstimari quanti locati sunt. Igitur in eo apparet rem finiri adiudicatione: nam non fit æstimatio nisi cum adiudicandum est. Legem 13. explicui in *l. 3. sup. eod.* Legem 14. exposui partim in *l. 1.* partim in *l. 3. sup. eod.*

Ad Leg. XV. Si socius serui communis.

Si socius serui communis nomine conuentus, & condemnatus sit, aget communi diuidundo, & antequam præstet: nam, & si noxali iudicio cum vno actum sit, statim aget cum socio, vt ei pars traderetur: cautionibus interpositis, vt si non dederit, reddet.

Sciendum

A Sciendum est quod diximus in *l. 8. sup.* Vnum ex sociis deducere in actionem communi diuidundo, quod seruus communis nomine conuentus noxali iudicio, vel de peculio ei condemnatus soluit, id est, recipit hac actione partem à socio. hoc amplius adiicitur in hac *l.* vnum ex sociis conuentum hoc, vel illo iudicio serui communis nomine, post condemnationem antequam soluerit, agere communi diuidundo, vt socius soluat pro sua parte. quod congruit cum *l. 18. §. Celsus, sup. tit. prox.* Imo vero, vt ait hac lege, etiam ante condemnationem, statim atque actum est cum eo noxali iudicio, potest agere communi diuidundo, vt socius tradat partem socii, quo possit eum seruum noxæ dedere, si ita expediat: Nam iubetur noxæ dedere sub disiunctione, hoc modo: *Noxæ dedere, vel damnum sarcire.* scilicet, si velit sibi partem serui tradi ante condemnatio-B nem, debet cauere socio de reddenda parte serui, *si non dederit,* sic Flor. vulgo, si non dediderit. id idem est, vt in *l. 8. & 19 & 28. sup. de noxal. actio.* id est, si non dederit in noxam, puta si absolutus fuerit, vel litis æstimationem præstare maluerit. quo casu agente socio ex cautione de recipiendo seruo repelletur, nisi offerat partem æstimationis litis.

Ad L. XVI. Cum socii diuidunt.

Cum socij diuidunt societatem: de eo, quod sub conditione deberetur, cautiones interuenire solent.

INscriptionem huius l. puto esse corruptam; & legendum esse, *idem libro 6. ad Sabinum,* ex quo libro est *l.* C *19. hoc tit.* & confirmor *l. omne æs alienum, inf pro soc.* In qua hæc sententia reperitur vt æs alienum quod debent socii aliis, dissoluatur de communi, etiam si fuerit debitum conditionale, & conditio extiterit post diuisionem societatis. Igitur ponendum, manente societate nondum venisse diem eius pecuniæ, quia pendebat ex conditione, diem venisse post finitam societatem, & tamen soluendum de communi. Ideoque in dirimenda societate cauent inter se de dissoluendo illo debito communiter post societatem finitam, si conditio extiterit. At in hac l. *Cum diuidunt societatem,* vt in *l. 14. §. vlt. divideretur,* & in *l. 28. si socij sumus, inf. pro soc. & diuidatur societas,* fit ea diuisio societatis interdum sine petitione rerum, vt si vni adiudicentur res omnes, & diuidere non semper significat partiri, sed diuidere societatem, vt in *l. 8. sup. hoc tit. Diuidere desiderant,* societatem scilicet.

Ad L. XVII. Qui coheredes.

Qui coheredes habet, si fundum pignori datum à testatore suo, comparauerit à creditore, non debet à coheredibus iudicio communi diuidundo conueniri.

IN hac l. proponitur, coheredem emisse à creditore fundum pignoratum creditori à defuncto: quæritur an fundus veniat in famil. ercisc. vel communi diuid. certe non venit in actionem famil. ercisc. quia id possidet pro emptore, *l. 25. §. quod pro emptore, sup. tit. prox.* nisi ex causa fideicommissi, *l. vlt. §. quatuor, inf. de legat. 2.* non venit in actionem communi diuid. post diuisionem hereditatis, cum possideatur proprio iure. cur tamen secus est in *fideiussore?* & probat id *l. si mandato 2. §. 1. inf. mand.* fideiussor emit pignus à creditore, an potest petere debitor? l. ait posse petere actione mandati, oblato debito, & repetere eam rem cum fructibus, quia in omni contractu bonam fidem præstare debet fideiussor, & tenetur iudicio bonę fidei, nempe mandati. hæc etiam iudicia sunt bonæ fidei, famil. ercisc. & communi diuid. Cur ergo tam varie? an coheres est pro sua parte debitor, & ideo habetur pro extraneo emptore, & exigit bona fides, vt rem emptam à creditore iure pignoris vendente, reddat debitori offerenti debitum.

Digest.

Ad Leg. XVIII. Vt fundus hereditarius.

Vt fundus hereditarius fundo non hereditario seruiat, arbiter disponere non potest: quia vltra id, quod in indicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest.

DIcitur in hac l. iudicem vltra id quod in iudicium deductum est, potestatem suam exercere non posse, *l. factum, de reg. iur. l. 10. sup. vsufr. quemadm. caueat,* iudex communi diuidundo de proprietate hominis, qui est communis, non potest cognoscere, de vsufructu alterius proprio in solidum, cum nuda proprietas est communis, *l. item Labeo §. 1. sup. tit. prox.* Iudex famil. ercisc. non cognoscet de fundo communi ex legati causa: iudex communi diuidundo & famil. ercisc. non statuet vt fundus hereditarius seruiat non hereditario, id est, communi ex alia causa vel proprio vni ex sociis.

Ad L. XIX. Arbor.

Arbor quæ in confinio nata est, item lapis, qui per vtrumque fundum extenditur, quamdiu cohæret fundo, è regione cuiusque finium vtriusque fuit: nec in communi diuidundo iudicium veniunt, sed cum aut lapis exemptus, aut arbor eruta, vel succisa est, communis pro indiuiso fiet: & veniet in communi diuidundo iudicium: nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur. Quare duobus massis duorum dominorum conflatis, tota massa communis est, etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat: ita arbor, & lapis separatus à fundo confundit ius dominii.

§. 1. De vestibulo communi binarum ædium arbiter communi diuidundo, inuito vtrolibet, dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogitur, necesse habeat interdum totarum ædium pretium facere, si alias aditum non habeat.

§. 2. Si per eundem locum via nobis debeatur, & in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius, communi diuidundo, vel pro socio agi posse. quæ enim communio iuris separatim intelligi potest? sed negotiorum gestorum agendum.

SEntentia huius l. talis est: arborem finalem, id est, in confinio natam, & lapidem in confinio natum, quandiu cohæret solo, non venire in actionem communi diui-D dundo, quia communis non est pro indiuiso, sed pro indiuiso certas & finitas partes habet: pro regione cuiusque fundi diuisa quæ sunt, in hoc iudicium non veniunt. Eruta tamen arbor, vel succisa, item lapis exemptus & terra separatus communis fit pro indiuiso, quia partes quę erant certæ & finitæ, non cohærebant solo, confunduntur euulsione, cæsione, exemptione: & ideo tum arbor, vel lapis veniet in actione communi diuidundo, quod confirmatur, *l. 7. §. vlt. & l. 8. inf. de aq. rer. dom.* l. ait, arborem positam, siue natam prope confinium, si etiam radices agat in fundum vicini, esse communem pro regione cuiusque fundi, vt subiicit l. 8. ergo totum pro diuiso. sed si tollatur arbor, vel lapis eximatur, fit communis pro indiuiso. Nam ea l. 8. subiicit, idem esse in lapide, quæ in confinio nascitur: nam, inquit, si sint pro indiuiso communia præ-E dia, tunc lapis natus in confinio erit pro indiuiso communis: si terra exemptus sit, hoc est falsum. Nam si prædia sint pro indiuiso communia, necesse est vt etiam lapis, licet nondum exemptus sit, pro indiuiso communis sit. Itaque eo loco vitium subesse Rogerius dicit, & legendum: *Et sunt pro diuiso communia prædia,* hoc sensu, vt si prædia confinia sunt diuisa inter duos, & separata, vt lapis natus in confinio sit etiam communis pro diuiso, sicut prædia sunt communia pro diuiso: nec aliter fiat communis pro indiuiso, quam si terra separetur: quod & hæc l. demonstrat. Igitur lapis exemptione, arbor cæsione fit communis pro indiuiso, quæ communis antea erat pro diuiso, quod demonstratur hoc loco exemplo duarum massarum auri, vel argenti. Duæ sunt massæ duorum dominorum, diuisim

rediguntur in vnam massam conflatione vel dominorum voluntate, vel casu, tunc conflata massa ex duobus erit pro indiuiso, *l.* 7. §. *voluntate*, *l. quicquid* §. *vlt. inf. de acq. rer. dom.* sed facilius, vt ait *l. pen. inf. pro soc.* arbor succisa communis fit pro indiuiso, quam massa conflata ex duabus, quia arbor succisa propriam substantiam accipit in vnum corpus redactam: massis conflatis non videtur retineri propria substantia, quod mistio fiat vtriusque materię: sed etiam fit communis massa pro indiuiso, & si aliquid ex prima specie separatum maneat, vt dicitur in hac l. materia à prima specie separatur. neque tamen ideo minus dicitur aliquatenus manere materia quæ fuit ante, *l.* 5. §. *sed si plumbum*, *sup. de rei vind.* materia etsi confusa sit, manet tamen. hoc ergo vult, quod etsi eadem materia quodammodo maneat post, conflata tamen massa fit communis pro indiuiso, propterea quod materia cuiusque separari non potest. Nam si posset diduci, non fieret communio. Sed si duæ massæ argenti duorum conflatæ sint, vel si æs vnius cum auro alterius conflatum sit, quod veteres existimabant non posse diduci, cum tamen hodie diducatur aqua chrysulca, necesse est massam fieri communem pro indiuiso. vt autem massa conflata ex duabus non fit communis ex æquis partibus pro indiuiso, sed pro rata ponderis, quod in massa dominorum fuisse apparet, & bonitate materiæ cuiusque: fieri enim potest vt argentum pretiosius admistum sit viliori, & eo modo fieri communem massam pro indiuiso indicat *l.* 4. *sup. de rei vindicat.* & ita arbor succisa, lapisve exemptus, non fit communis pro indiuiso ex æquis partibus, sed ex eis partibus quas confines habebant in ea arbore, vel lapide, cum terræ cohærebant. Et hęc est sententia *l. pen. in fine inf. pro soc.* Sed hactenus de arbore nondum succisa. arbor nondum succisa, aut est in confinio, aut non. si est in confinio nondum succisa est communis pro diuiso, si ex vtraque parte radices egerit, d. l. 7. in fine coniuncta *l.* 8. in pr. Si in vnam tantum partem radices omnes egerit, cedet ei fundo tota, etiamsi nascatur in confinio: nam oritur quidem in confinio, sed alitur tota in fundo vicini, quia radices omnes in eius fundum immisit, *& alimenti quam originis potior est causa*: si arbor non est posita in confinio, neque est communis pro indiuiso, sed vel tota est eius partis in qua oritur, vel tota eius in qua alitur: tota eius partis in qua oritur, si vtraque parte radices egerit: nam origini iure accessionis cedunt radices porrectæ in agrum vicini, *l. si plures, inf. arb. furt. cæs.* Radicibus vicini arbor mea alitur, arbor mea, id est, quæ oritur in fundo meo & alitur radicibus porrectis etiam in agrum vicinum. Ergo radices vtrimque habet, & nihilominus mea manet tota, quia in fundo meo origo est, & radices porrectæ in fundum vicini, meę sunt, nec eas vicinus rescindere potest, sed aget mecum negatoria hoc modo: *Ius mihi non esse ita radices habere*, & consequetur, vt eas rescindam, arg. *l. vlt. inf. de arb. cadend. l. vlt. in pr. inf. quod vi aut clam*. quæ l. ait, si vitem ex meo fundo in tuum fundum deprehendas, *vitem constat esse arborem*, id est, si eripueris & quasi demerseris in tuum fundum scrobe facta, & terra operta deprehenderis, non est propagaueris, sed quasi demerseris, & vt Græcis δεῤῥᾶν. siue δεῤῥαίσαι. est eripere. Si ergo hæc feceris & vitis in tuo fundo coaluerit, id est, radices egerit, sic habebit radices in tuo, & in meo fundo, atque etiam paulatim in tuo fundo exorietur, in quantum eam demersisti: fiet ergo tua vitis quia eius origo nunc sit in tuo fundo, & radices quæ sunt in meo fundo, erunt tuæ accessionis iure, *quia radicum portio accedit origini*, sed quod ita mihi vitem subripueris, teneberis mihi interdicto quod vi aut clam intra annum: & hæc est sententia *d. l. vlt.* Nunc de altera parte dicamus. Tota est arbor nondum succisa eius partis in qua alitur, si ex vna tantum parte alatur tota, id est, si omnes radices egerit in vnam partem, ei parti cedit tota, & origini nihil competit, & ita est accipienda lex 7. §. *vlt. inf. de acq. rer. dom.* quæ ait, si arborem vicini ita terra presserit, vt in meum fundum radices egerit, omnes scilicet, nulla vi adhibita, mea fit arbor,

A quia æquum est, vt cedat ei parti, vnde alitur tota potius quam vnde oritur, & effert caput tantum. Scio in pandectis Florentinis legi, *si vicini arborem ita presserim*, sed nihil refert siue presserim ego, siue arbor terram presserit, siue terra arborem; nam his casibus fiet mea arbor. Et hanc etiam fuisse veterem legem Theophylactus Rhetor scribit, in Epistola 56. quæ incipit, Αἱ συκαῖ σου 1. *ficus tua in agrum meum radices porrexerunt, & iam non sunt tui domini & à te deficiunt, vt mihi fructum largiantur, hæc est agricolis lex vetus, cui te inuitum parere conuenit quod si non feceris, & moribus nostris aduersatus fueris, teque nouum & recentem rerum rusticarum legislatorem eiiciemus, & finibus nostris te peregrinum & extorrem faciemus.* Denique summa definitionis hæc est, arborem origini cedere

B quæ vtriusque terræ alimento alitur, arborem quæ vnius tantum terræ alimento alitur, alimento cedere potius quam origini, & hoc si non posita sit in confinio. Arborem finalem si vnius tantum terrę alimento alatur, ei terrę cedere totam, si vtriusque terrę alimento alatur arbor, cedere plane origini. 1. cedere vtrique pro regione finium, qua de causa & honoraria finitorum soluent de communi, *l.* 4. §. *sed si mensor, sup. fin. reg.* in definitione huius quæstionis contigit mihi vt duo homines eam non intelligerent; eorum vnus dum rem aliter explicandam esse censet, scribit pugnare *l.* 7. §. *vlt.* cum *l. si plures, arbor. furt. cæs.* non animaduertens *l.* 7. loqui de omnibus radicibus protensis in agrum meum, *l. si plures*, de protensis in vtrumque agrum. Alter miratur quod dixerim arborem non positam in confinio, non esse communem, sed totam esse vel

C vnius, vel alterius partis, cum tamen *l.* 7. dicat arborem positam prope confinium, non esse communem pro diuiso, non existimat arborem positam prope confinium non esse in confinio & errauit: nam prope confinium, & in confinio idem est, vt Theoph. interpretatur in tit. *de rer. diuis.* §. *si Titius*, ἐν τῷ ὅρῳ, & l. 7. ait, *prope confinium*, & l. 18. *in confinio*, & verum est arborem non positam in confinio, nullo casu esse communem, arborem positam in confinio, esse communem pro diuiso, si ex vtraque parte coaluerit.

§. *de vestibulo* explicui *l.* 1. *sup. tit. prox.* & §. *si per eundem*, in *l.* 6.

Ad §. Iudex.

D *Iudex communi diuidundo, item familiæ erciscundæ, de seruo, qui in fuga est, iubere debet liceri eos inter quos iudex est: & tunc eum adiudicare penes quem licitatio remansit, nec erit periculum, ne ex senatusconsulto pœna legis Fabiæ committatur.*

Est quidam seruus communis, qui est in fuga: iudex curare debet vt de eo seruo communi, qui est in fuga coheredes liceantur, & pretium faciant: atque ita debet eum vni adiudicare, & condemnare vt partem pretii socio præstet, & non ideo incidet in pœnam l. Fabiæ introductam senatusconsulto, quod factum est Alexandri temporibus, Modesto & Probo Coss. *l.* 1. *inf. de seru. fugit.* de quo *l.* 2. *inf. ad l. Fab.* & *l.* 6. *C. eo tit. l. quod sæpe* §. 1. *inf. de contrah. empt.* Eo SC. cauetur vt pœna l. Fabiæ tenea-

E tur qui seruos qui sunt in fuga, vendunt, vel donant. pœna l. Fabiæ erat pecuniaria, & ea tenebantur qui fecerant plagium, qui suppresserant alienum seruum, vel liberum hominem: & prohibetur tantum venditio voluntaria, non necessaria, quæ authoritate iudicis fit, & ideo iudex etsi iubeat liceri de seruo qui est in fuga, non committet contra Senatusconsultum.

§. vltimum exposuimus in *l.* 4. *sup.* tit. prox.

Ad L. XX. Si is cum quo fundum.

Si is, cum quo fundum commun. habes ad dilectum non respondit, & ob id motu iudicis villa diruta est, aut arbusta succisa sunt: præstabitur tibi detrimentum iudicio communi di-

diuidundo: quidquid enim culpa socij amissum est eo iudicio continetur.

SI is cum quo fundum communem habes ad delectum non respondit: nam quod scribimus dilectum militum, id est certissimum, veteres scripsisse modo delectum, modo dilectum *l. 36. de statulib. l. 4. §. qui post, de re milit.* quod etiam Festus indicat: is autem qui ad dilectum non respondebat citatus, iure antiquo in seruitutem redigebatur, *l. 4. §. qui post, dicto* & Cic. in orat. pro Cæcinna ad finẽ: vel bona eius omnia vendebantur, vel etiam villæ, aut ædes eius diruebantur, arbusta succidebantur: sed id fiebat non iure: ideoque scribit hic id factum fuisse motu iudicis, id est, iracundia. motus est iracundia minus rationi obtemperans. quomodo etiam olim & contumacia plectebatur, vt in Philippica prima, cum non venisset Cicero ad Senatum. Contumacia iure coercetur pignoribus captis, vel mulcta, non dirutis ædibus. Igitur vno ex sociis non respondente cum ad dilectum citatur, si iudex iracunde arbusta succiderit, vel villam diruerit, hoc ei detrimentum imputabitur iudicio communi diuidundo, quoniam contigit eius vitio: nam culpæ ratio venit in hoc iudicium, *l. pen. C. eod. tit.*

Legem 21. exposui in l. 3. sup. eod.
Legem 22. exposui in l. 12. sup. eod.

Ad L. XXIII. Si conuenerit inter te.

Si conuenerit inter te & socium tuum, vt alternis annis fructum perciperetis, & non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum vtrum ex conducto sit actio, an vero communi diuidundo. Eadem quæstio est, & si socius, qui conuenerat vt alternis annis frueretur, pecus immisit, & effecit, vt futuri anni fructus, quos socium percipere oportuit, corrumperentur: & puto, magis communi diuidundo iudicium, quam ex conducto, locum habere: quæ enim locatio est, cum merces non interuenisset? aut certe actionem incerti ciuilem reddendam.

SPecies hæc est. Fundus est communis inter te & Titium: debetis ergo quotannis fructum percipere in commune: sed non ita vultis, quinimo conuenit inter vos, vt alternis annis fructus perciperetis. Titius quidem sui anni fructus percepit, sed te tui anni fructus percipere non patitur, vel etiam immisso pecore tui anni fructus corrumpit: quæritur qua actione tibi Titius teneatur? an quasi locauerit tibi fundum fruendum, tenebitur tibi ex conducto, vt tibi frui liceat tuo anno: nam ex conducto hoc agitur vt præstetur conductori frui, quod constituit frui, *l. si in lege §. colonus, l. si fundus, in pr. inf. loc. l. vlt. inf. de iure fisci.* in hoc casu puto Titium non teneri ex conducto, quia non locauit, cum nulla merces intercesserit. sine pretio certo venditio nulla est, sic etiam locatio sine pretio nulla est. pretium non intercessit, ergo non est locatio, proinde cessat actio ex conducto. Videtur potius teneri actione communi diuidundo, sed verius est etiam huic actioni locum non esse: nam si quid inter se pepigerũt socij, est de eo actio communi diuidundo, *l. 3. sup. eod.* hæc conuentio de qua hic agimus non vsque ad pactum stetit: id est, non stetit in nudo nomine pacti, sed fructibus perceptis à Titio transiit in contractum: & ideo melius est quasi negotio quodam contracto proprij generis, & separato à societate in Titium, qui tui anni fructus corrumpit, cum tamen ipse fructus perceperit, dari actionem ciuilem, id est, præscriptis verbis, & hoc probat magis Vlpian. in hac l. dum ait, *Aut certe actionem incerti ciuilem reddendam*, vt etiam Marcellus in *l. an vnus, sup. si seruit. vind.* non quod dicat magis ius esse prohibendi quam faciendi: admittit ius esse prohibendi, & Iustinian. in *§. igitur, Inst. de pupill. substi.* in pupillari substitutione duo sunt testamenta, vnum patris, alterum filij, aut certe vnum testamentum est duarum causarum. Opponitur huic legi lex *& hac distinctio §. cum fundum, inf.* Digest.

A *loc.* quæ ait in eadem specie: Cum inter se duo socij conuenerunt qui habebant fundum communem, vt fruerentur alternis annis, si vnus corrupit fructus obuenientes, alteri esse actionem ex conducto locato: sed ibi intercessit merces certa, & est vera locatio; & ideo est actio ex conducto locato. hic non est conuentum de pretio certo: quia tamen in hac specie actum videtur vt fructus vnius anni compensarentur cum fructibus alterius anni quasi mercedis vice, videtur contractum negotium simile locato & conducto, non locatum conductum, quia de pecunia non est conuentum: & ideo datur ex eo actio præscriptis verbis, quæ nunquam datur nisi ex contractu qui nomine vacat: similis est tamen, & proximus ei qui nomen habet. & eius rei argumentum est in *l. 1. §. si quis seruum, inf. depos.* Species est:

B ego seruum tradidi custodiendum pistrinario, ita vt eius opera vteretur in pistrino, & dedi mercedem pro custodia serui. hoc casu aduersus pistrinarium est mihi actio ex conducto: è contrario si mercedem non dedi, sed pistrinarius mihi dedit pro opera serui, tum est mihi actio ex locato: priore casu, sum conductor, hoc, sum locator. Sed si nihil conuenit de mercede, sed actum tantum est vt operæ serui cum custodia compensarentur, non est locatio, quia pecunia non intercessit: sed est negotium quasi simile locationi. Notandum est etiam, quod etsi hic contractus in hac specie ex quo datur præscriptis verbis, non veniat in actionem communi diuidundo, quod sit separatum à societate, tamen potest dici partem tuam venire in actionem communi diuidundo: videlicet si socius tui anni fructus

C corrupit immisso pecore, quia pro ea parte tibi, & societati detrimentum attulit, arg. *d. l. & hac distinctio §. cum fundum* in illo loco, *deinde ita notat:* ideoque quantum ad tuam partem attinet quam corrupit socius, simul ad fructum totius anni est actio de pastu pecoris ex 12. tabulis, quæ inerit actioni communi diuidundo. Cur non? cum etiam in actione communi diuidundo veniat actio l. Aquiliæ, & in actione famil. erciscundæ, *l. 16. & 17. sup. tit. prox.* Sed actio de pastu pecoris in actionem communi diuidundo non veniet secundum naturam suam: est enim noxalis, *l. qui seruandorum §. vlt. inf. de præscript. verb.* In actione communi diuidundo habebitur tantum æstimatio damni in simplum, *d. l.* 17. Quinetiam quantum ad tuam partem attinet, tibi dabitur actio de pastu pecoris noxalis, si pecus commune non fuit: nam si pecus fuit com-

D mune, constat noxali actione agere non posse eum qui subiicitur noxalibus actionibus, *l. apud, C. de furt.*

Ad L. XXIV. Communis seruus.

Communis seruus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilominus commune id erit, sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi diuidundo iudicio eam summam percipere potest: quia fidei bonæ conuenit, vt vnusquisque præcipuum habeat, quod ex re eius seruus adquisierit.

§. 1. Cum agere tecum communi diuidundo vellem, partem tuam Titio tradidisti, mutandi iudicij causa: teneris mihi prætoria actione, quod fecisses, ne tecum communi diuidundo agetur.

E SEruus communis qui acquirit, omnib. sociis acquirit, etiamsi id acquisierit ex re vnius propria: sed is cuius res est, cuiusque ex re seruus communis adquisiuit, æquum est vt id quod paratum est ex re sua, præcipiat communi diuidundo iudicio: nam id bona fides exigit, vt quod est ex re mea, maneat apud me. ait, *eam summam percipere potest*, legendum est *præcipere*, vt in *l. com. seruus, inf. de aq. rer. dom.* hæc lex 24. est Iuliani, illa, Caii: nam Caius vsurpat eadem verba Iuliani: fuere ambo Adriani temporibus: & in ea legitur præcipere, quod exigunt sequentia verba: *nam fidei bonæ conuenit, vt vnusquisque præcipuum habeat, quod ex re eius seruus acquisiuit:* idem vero seruatur, etiamsi seruus communis ex operis suis vni ex sociis acquisierit, quod scilicet fit nominatim ei stipulando mercedem

operarum, quas præstat extraneo: nam id ei soli debetur, A cui stipulatus est nominatim, & id præcipiet hoc iudicio, *l. si ex re §. 1. inf. de stipul. seru.* idem seruatur inter duos fructuarios, qui in vno seruo habent vsumfructum: sed tamen inter eos redditur vtilis communi diuidundo *l. si cum duorum, inf. de stipul. seruor.* cur non datur directa? quia nulla communio iuris est. corpora admittunt communionem, ius non admittit, arg. *l. arbor §. si per eundem, sup. hoc tit.* cur datur vtilis? quia etsi si non sit communio in iure, est tamen in fructibus, siue in iis, quæ ex re eorum, vel operis serui obueniunt: & ob id vsusfructus censetur esse diuiduus. alia est ratio viæ, quæ omnino censetur indiuidua: consistit enim in vsu: vsus autem indiuiduus est. fructus sunt corpora, ergo diuidua. *d. §. si per eundem,* ne vtilis quidem communi diuidundo datur. Alia est conditio viæ, alia vsusfructus. B

Ad §. Cum agere tecum.

Hunc §. exposui in *l. 1. sup. tit. prox. l. 25. si Stichus communis,* exposui in *l. 8. sup. eod.*

Ad L. XXVI. Communis seruus.

Communis seruus, cum apud alterum esset, crus fregit in opere. quærebatur, alter dominus quid cum eo, penes quem fuisset, ageret. respondi, si quidem culpa illius magis, quam casu res communis damni cepisset, per arbitrium communi diuidundo posse reciperare.

Certum est, in actionem communi diuidundo venire culpam socii, *l. 20. sup. eod.* casum fortuitum non venire; detrimentum quod contigit casu, est commune: quod autem contigit culpa vnius, non est commune, sed ei totum imputatur qui culpam admisit: & inde dirimetur quæstio huius l. de seruo communi, qui crus fregit in opere. si casu fregit, commune est damnum, si culpa socii, non est commune. Sumitur exemplum ex *l. pen. inf de act. emp.* in qua est quæstio de seruo, qui crus fregit in opere, & culpa esse existimatur venditoris, qui quid forte iusserit seruum facere, quod non potest fieri sine periculo, vt per κατάδρομον descendere, vel in cloacam se immittere: & idem si in eo opere crus fregerit, id culpæ vertitur ei qui iussit, D quia id imperauit in fraudem serui vel emptoris. vulgo etiam docti homines antea existimarunt καταδρόμων, esse stadium, Gallice *des Lices,* male: cum per stadium non descendamus. κατάδρομος est funis extensus per quem descendunt funambuli, & simili forma παράδρομος & ἐπίδρομος: Notus est locus Suetonii in Nerone: *eques Romanus supersedens elephanto per catadromum decurrit,* id est, per funem: Nam Elephanti adeo sunt dociles, vt discant incedere per funes. Dio idem narrans dicit, ἐπὶ σχοίνων, idque explicauit Ioannes Brodæus Miscell. 20. *cap. 3.* & narrat ex Vegetio & Festo quid sit Tollenon ex *l. 23. de homicidio liberi hominis in Constit. Longobard.* ea hæc explicatur species quæ ea ætate ex facto contigit. Est Tollenon machina iuxta puteum ad hauriendam aquam, quales sunt multæ his regionibus, iuxta puteum in terram figitur altissima trabes, & in E eius summo vertice alia trabes longior, vni capiti adiicitur vas haustorium, alteri ponderosus lapis, *Gall. Grue.* Species est: quidam cum staret sub tollenone non longe à puteo, ea scilicet parte qua præponderat lapis, sublato in altum lapide, quidam alius venit subito & hausit aquam, & imprudens demisit tollenonem, & fregit caput alterius qui sub tollenone erat. quæritur an sit reus l. Corneliæ de sicariis, minime, sed alia ratione coercebitur culpę nomine.

Ad Leg. XXVII. De communi seruo.

De communi seruo vnus ex sociis quæstionem habere, nisi communis negotij causa, iure non potest.

A Hæc l. est etiam de seruo communi & congruit sententiæ Sabini, quæ est in leg. seq. vt socius non possit de communi seruo habere quæstionem iure, nisi communis negotii causa, vt si rationes societatis gesserit, & vt communis negotii causa de eo quæstio habeatur venit in actionem communi diuidundo, *l. his consequenter, sup. tit prox.*

Legem 28. exposui in *l. 12. sup. eod.*

Legem 29. exposui in *l. 1. sup. eod.*

§. vlt. l. 29. & legem 30. exposui in *l. 1. sup. famil. ercisc.*

Ad Leg. vltimam.

B *Bina mancipia, quæ ex hereditate paterna, iussu prætoris, pupillis, ministerij causa, reseruata essent, diuersa non videri, sed omnium communia permansisse.*

Ait Accurs. *reseruata essent,* à iudice communi diuidundo. male: nam res ita explicanda est. vt pupillis Prætor solet decernere alimenta, *l. Lucius, sup. tit. prox.* Ita solet eis decernere ministeria, i. seruos. Finge. Arbiter fam. ercisc. cum ageretur de hereditate paterna sequutus decretum prætoris, qui duos seruos ministerii causa decreuerat pupillis in diuisione hereditatis, eos seruos pupillis reseruauit, quæritur an videatur eos eis reseruasse iure diuisionis. minime: & ideo mancipia indiuisa manent, neque quicquam vetat aliquid indiuisum relinqui in iudicio famil. ercisc. Sed post pupillarem ætatem venient in actionem comm. diuidundo, non venient in actionem famil. ercisc. quia non potest iterari.

C

AD TITVLVM IV.

Ad exhibendum, lib. 10. Digest.

Commendat hunc titulum l. 1. quæ ait, hanc actionem esse perquam necessariam, & vim eius in vsu quotidiano esse, & maxime propter vindicationes inductam esse. Tria explicat, an sit necessaria, an sit vtitata, & qua de causa prodita sit, & ait, maxime inductam esse propter vindicationes. Cur ait maxime? nempe quia non tantum vindicaturo hæc actio datur, sed etiam interdicturo Vtrubi interdicto, *l. 3. §. sed & vsumfructum, & §. sed & si quis, h. t.* Datur hæc actio optaturo seruum, & ducturo seruum, qui tamen vindicaturus est: imo agitur etiam ad exhibendum quæstionis habendæ causa, *l. vlt. inf. hoc tit.* agitur de exhibendo seruo noxio, vt quæstio de eo habeatur, ad indicandos conscios suos, sic legendum in *l. vlt. hoc tit.* Sed hic etiam forsitan seruum noxium ducturus est, vel habiturus. maxime autem hæc actio vindicaturo datur, vindicaturus exhiberi desiderat, *l. 3. §. si ipse testator, inf. de lib. exhib l. 3. §. est autem, h. t.* Adiicit eadem *l. 3.* in *§. si mecum. Cum neque vindicaturus, neque interdicturus sit,* vtrubi scilicet. prior est exhibitio vindicatione, prior est exhibitio interdicto vtrubi, & ait *l. 2. hoc tit.* exhibere est facere in publico potestatem, vt ei qui agit experiundi sit copia, i. in propatulo habere, vt postea vindicatione experiri possit, propter quam actio ad exhibendum potissimum inducta est. & sicut interdictum de liberis exhibendis est interdictum præparatorium de liberis ducendis, *l. 3. §. 1. inf. de lib. exhib.* Ita etiam hæc actio est præparatoria vindicationis. Et ideo actio ad exhibendum non est principale iudicium, sed eam sequitur principale iudiciū, puta vindicatio, quæ ob id dicitur directum iudicium, *l. 3. §. ibidem, l. si quis hominem, hoc tit.* directum iudicium i. principale, quod Rhetoribus εὐθυδικία. vindicat autem pronomine demonstratiuo: *Vti oportebat, hanc ego rem meam esse aio.* Actio ad exhibendum prius petit præsentiam rei & rem designat, quoties

fieri potest. nam vt ait l. 3. in principio, hoc tit. actor omnia nosse debet & discere omnia argumenta rei. 1. notas; hanc actionem Plinius *lib. 5. Epist.* vocat *formulam ad exhibendum*: nam actio nihil est aliud quam formula. Græci vno verbo appellant, πεἐγαν: lex 1. ait, *Et maxime propter vindicationes inducta est.* hoc verbum in dubium vocatur: inducta scilicet legibus an edictis, an auctoritate prudentum: nam etiam leges dicuntur inducere & prætores & prudentes, *l. Gallus, inf. de lib. & post.* & idem valet inducere quod introducere. Sed & prudentes introducebant, §. *optionis, Instit. de legat. l. & hæc distinctio, in pr. inf. loc.* itemque Prætores introducere dicuntur actiones, *l. 43. inf. ex quib. caus. mai.* §. *introduxit, & §. præterea, Inst. quod cum eo.* ego vero existimo actionem hanc esse introductam legib. 12. tab. nam in *l. pen. h. t.* tribuitur hæc actio iuri ciuili, quod est 12. tab. Et sane si vindicatio est ex 12. tab. quod verum est, consequens est, & actionem ad exhibendum, sine qua constitui non potest vindicatio, esse ex 12. tab. Etenim 12. tabulæ vetant solui tignum iniunctum ædibus, vetant agi ad exhibendum, *l. 6. h. t.* Igitur quatuor hæ actiones quæ hoc x. libro continentur, sunt omnes legitimæ. 1. ex 12. tab. Sed superiores tres sunt mixtæ, hæc autem est in personam, *l. 3. §. est autem, h. t.* est in personam τῇ δυνάμει vi ipsa, in rem est scriptura, siue figura verborum. Ex actionibus quædam sunt in personam vi ipsa & ratione intentionis, quædam sunt in personam, in rem tamen scriptæ: & hæc actio ad exhibendum est in rem scripta: nam actor non intendit Titium exhibere oportere, non notat personam, & ob rem non datur semper hæc actio aduersus eundem, & datur aduersus quoslibet possessores, *l. 4. & 5. h. t.* sed scribitur generaliter de re exhibenda, & rem notat non personam. qua de causa, & appellatio eius quodammodo noua est, & singularis. Cur ad exhibendum appellatur? quia scribitur in rem, vi tamen ipsa est in personam. Præterea hæc actio est arbitraria, §. *præterea, Inst. de act. l. 3. §. idem ibidem h. t.* superiores sunt bonæ fidei excepta fin. regund. & ideo in hac actione iudex priusquam sententiam dicat, & condemnet reum, vel absoluat, iubet rem exhiberi, quod non est litem finire: & iussum illud appellatur arbitrium, & arbitratum, & præceptum, *l. 7. C. ad exhib.* Si ei arbitrio non pareatur, iudex condemnat reum in id quod interest, *l. Iul. §. vlt. inf. h. t.* in hac actione prima sententia definitiua fit condemnatio in id quod interest, & dicitur actio incerti, *l. pen. inf. depos.* quia incerta est æstimatio eius quod interest, cum consistat in facto, non in iure: & quanti interfit actoris æstimatur actoris iureiurando in litem, adhibita taxatione iudicis, vt ait *l. 3. §. præterea, hoc tit. l. 2. in actionib. l. pen. inf. de in lit. iur.* Diximus, hanc actionem vindicaturo dari, id nunc latius exponamus. multiplex est vindicatio, alia est rei siue proprietatis, alia vsusfructus, alia pignoris, quæ dicitur hypothecaria, & propter has omnes vindicationes datur actio ad exhibendum: ideoque necesse non est, eum qui agit ad exhibendum, docere rem suam esse, cum & de re non sua exhibenda agere possit, quod declarat *l. 3. §. 1. hoc tit. & §. est autem*, in quo §. sunt notanda hæc verba: *Etiam pigneratitia Seruiana.* dixit in *l. 7. §. inter eos, sup. tit. prox. Pigneratitia in rem,* quod vix alibi reperietur. hoc loco dixit etiam nouè *pigneratitia Seruiana*, id est, pigneratitia in rem introducta ad differentiam pigneratitiæ in personam, de qua agitur *inf. de pig. act.* Et adiicit, *siue hypothecaria.* qua de causa sicut aliud est pignus, aliud hypotheca, ita est alia Seruiana pigneratitia, alia Seruiana hypothecaria. lex 4. §. *si quis autem, de doli except.* non videtur omnino dicere ἰκανῶς, *Seruiana, vel hypothecaria:* nam potest intelligi Seruiana pigneratitia. Est & vindicatio seruitutis prædiorum: sed propter hanc non est introducta actio ad exhibendum, quoniam seruitutis nullum subest corpus quod exhiberi possit. est quidem inducta propter vindicationem vsusfructus. aliæ seruitutes prædiorum constant ex vsu, qui est indiuiduus. est alia vindicatio possessionis, non per actionem, sed per interdictum

Digest.

A vti possidetis, vel vtrubi: nam is qui possidet, non habet vindicationem rei nisi in causa seruitutum, in qua possessori datur negatoria: sed habet interdictum quo possessionem suam esse dicit: interdictum vti possidetis, si res sit immobilis, interdictum vtrubi, si sit mobilis, vt actio ad exhibendum non datur propter interdictum vti possidetis: quoniam est de rebus immobilibus, quæ se satis exhibent: sed datur propter interdictum vtrubi, quod est de rebus mobilibus quæ occultari possunt: & ideo dum dicit in §. *sed & vsumfr. & §. si mecum, cum neque interdicturus sit,* intelligit interdictum vtrubi, quo vindicatur ei possessio mobilis, non interdicto de precario, vt interpretatur Accurs. hic etiam addendum est, hanc actionem dari legatario optaturo seruum, vt si cui sit legata optio vnius serui, is

B aget ad exhibendum cum herede, vt sibi exhibeatur tota familia, vt vnum possit eligere; sed mirum non est, si ei detur hæc actio optionis nomine, cum eum quem optauerit, vindicaturus sit: nam optio relinquitur per vindicationem, & statim vindicatio competit, *l. 11. in princ. sup famil. ercisc. l. 3. §. item si optare, hoc tit.* Datur & hæc actio acturo noxali iudicio. forsitan ducturus est seruum noxium iussu Prætoris, & accepturus in noxam: & ideo non male de eo exhibendo agit. imo recte agit de tota familia exhibenda, quod fiet si non possit destinare seruum noxium, id est, designare, vt quia nomen eius non tenet, vel quia eum non recognoscit: reminiscendo scilicet. quem absentem non recognoscimus, recognoscimus sæpe præsentē: ideoq; si dicat, se non posse seruum recognoscere nisi ex præsentib. iure desiderabit totam famil. exhiberi, & fiet recensio omnium

C seruorum, sicut fit in optione serui, & ob id optio serui est actus legitimus, *l. actus, inf. de reg. iur.* Illud certum est, heredem agere ad exhibendum nomine tabularum instrumenti, quia vindicationem habet tabularum, *l. 3. inf. quemadm. test. aper.* extra heredem cæteri non agunt de tab. exhibendis hac actione, quia scilicet nec vindicationem habent tabularum, nec interdictum vtrubi, *l. 3. §. si quis extra, hoc tit.* Et ideo prætor necesse habuit proponere cæteris interdictum de tabulis exhibendis, quia deficiebat hæc actio: & eodem modo hæc actio non datur de libero homine exhibendo, *l. si liber, inf. hoc tit.* quia vindicatio liberi hominis non est. hæc actio vindicaturis datur, vel interdicturis: & his quorum pecuniariter interest, id est, propter rem suam familiarem: pecuniariter mea non

D interest liberum hominem exhiberi, quia non ideo minuitur res mea familiaris, si non exhibeatur; sed ad publicam tutelam pertinet solui liberum hominem, qui inuitus retinetur: & ideo patet omnibus interdictum de libero homine exhibendo tuendæ libertatis causa: actionis ad exhibendum natura id non patitur: quæ eo nomine est inutilis, qua de causa necesse fuit Prætorem componere interdictum de libero homine exhibendo. Interdum fieri potest, vt de libero homine exhibendo hac actione agatur, vt si dicatur esse seruus, & aliquis velit eum vindicare in libertatem, is prius aget hac actione, *l. de eo, in princ. inf. eod.* quæ est concilianda cum *d. si liber,* in qua pro certo erat liber. & ideo cessat hæc actio, & competit interdictum de libero homine exhibendo. in *d. l. de eo,* fiebat controuersia status, & ideo in ea specie cessat interdictum de li-

E bero homine exhibendo, & est agenda causa libertatis, *l. 3. §. plane si, inf. de lib. hom. exhib.* competit tamen actio ad exhibendum quasi vindicaturo, & hæc est aliud genus vindicationis libertatis: adserturo hominem in libertatem datur hæc actio. eodem modo hæc actio non datur exhibendis liberis vel exhibenda vxore, quia & vindicatio non est: & ob id introducta sunt interdicta de liberis exhibendis & de vxore: hæc enim actio cessabat: vt autem diximus de libero homine, fieri potest, vt de liberis nostris agamus hac actione: vt si filii nostri esse negentur, quo casu vindicatio competit, non quidem simplex, sed cum causa ex iure *Quiritium*, id est, non vindicas recte actione in rem si dicas, *hunc hominem meum esse aio:* debes dicere iure *Quiritium, l. 1. §. per hanc, sup. de rei vindic.* ex his intelli-

Dd iij

gimus quib. detur hæc actio, & propter quod introducta sit.

Ad §. Sciendum est autem.

9. §. *Sciendum est autem non solum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque cuius interest exhiberi. iudex igitur summatim debebit cognoscere, an eius intersit: non, an eius res sit, & iubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest.*

ADducitur in §. *sciendum*, hanc actionem non tantum illis dari quos diximus, sed & omnibus quorum interest. Ponatur exemplum ex *l. vlt. inf. eod.* quæ dicit eum recte agere ad exhibendum cuius interest seruum subiici quæstioni, qui sibi noxam attulit, ad indicandos conscios suos. Igitur aget ad exhibendum, quod sua intersit, quæstione habita de seruo noxio indicare conscios suos: non ponatur sic exemplum de interdicto vtrubi, cum iam satis dictum sit in §. *sed & vsumf.* neque, quod metus causa, ne explicetur etiam sententia huius §. latius quam oporteat, quia non quacunque ex causa interest, hæc actio datur, *l. pen. inf. hoc tit.* an agam hac actione desiderans mihi exhiberi rationes aduersarij mei, quod magni intersit mea eas inspicere? an agam aduersus studiosum aliquem aut bibliopolam, vt mihi exhibeat certos libros, quod mea intersit eos perlegere? minime. hæc actio non datur nisi quando sequitur alia. si aduersarius tibi exhibuerit suas rationes, nec vlla tamen actione cum eo postea acturus sis, frustra id postulas. nec moueri debemus, quod *l. penul.* dicat, hanc actionem dari omnibus, quorum interest, quia non oportet ius ciuile calumniari, neque verba captari, i. e. συκοφαντεῖν, lex autem ait, de eo quod interest pecuniariter, *l. si liber, inf. eod.* id est, de eo quod interest ratione familiæ nostræ, non si quid aliter intersit. Igitur hæc actio non datur nisi intersit ob causam futuræ actionis: est enim præparatoria. non est autem præparatoria sine aliqua re principali quæ sequatur, quæve existat. Est etiam aliud exemplum in §. *si mecum, l. 3. hoc tit.* Tu agis mecum ad exhibendum quasi cum fure, vel quasi cum raptore, & ego nunc non possideo rem furtiuam, vel vi ereptam, quia transtuli possessionem in alium, vel mecum agis quod possederim rem tuam qualibet alia ratione, & dolo desierim possidere, recte agis: quia hoc est perpetuum in iure nostro, eum qui dolo desiit possidere, pro possessore haberi. Regula est, ad exhibendum teneri possessorem, non eum qui desiit possidere, recte, si dolo non desierit possidere: nam si dolo desierit possidere actionis frustrandæ causa, videtur adhuc possidere: ergo tu mecum recte agis ad exhibendum qui rem non possideo. an etiam ego agam ad exhibendum cum eo qui rem possidet, & dicam mea interesse vt exhibeat? hæc causa non est idonea. non agam ad exhibendum, quod mecum eadem actione agatur: nam si egero & res exhibeatur, an sum vindicaturus, an acturus noxali iudicio? minime. Et in summa, hæc actio non datur nisi propter futuram actionem, §. *si mecum l. 3. hoc tit.* Valde etiam notandum est, ex eo §. *si mecum*, quod ait, eum qui tenetur ad exhibendum, teneri ad restituendum, cum tamen hæc verba sint admodum diuersa. minus est exhibere quam restituere. Exhibere est tantum facere copiam in publico. Restituere multa continet: nam qui restituere tenetur possessionem, restituere tenetur fructus & partus, & omnem causam quæ fuit litis contestatæ tempore, *l. plus, de verb. sign.* Quid est ergo quod ait, actionem ad exhibendum esse actionem ad restituendum? Dico actionem ad exhibendum effectu esse ad restituendum, non scriptura, quoniam scriptura de exhibendo concipitur, *l. Iulianus §. quantum, hoc tit.* cui necessario adiungi solet hic §. *si mecum.* Dicitur in §. *quantum, exhibendi* verbum ita accipi, vt reus præstet omnem causam in qua fuit tempore litis contestatæ, vt præstet fructus, quamuis sit de exhibendo, non de restituendo, secundum scripturam scilicet: nam vim restitutionis habent. quæcumque veniunt in actionem restitutoriam, & in hanc veniunt. Exhibere hic accipitur latissime

A & restituere. Hæc actio effectu est in personam, scriptura in rem, quia totum descendit ex lege, quæ hanc actionem introduxit: lex voluit omnem causam præstari, licet vsa sit verbo exhibendi. lex in rem fuit scripta, non in personam. lex est in rem scripta, ergo & actio. vt leges scribuntur, ita & actiones, & edicta, *l. ædiles §. vendendi, inf. de ædil. ed.* Edictum quod metus causa scribitur in rem hoc modo: *Quod metus causa gestum erit, ratum non haberi.* Eodem etiam modo actio concipitur, si dicam per metum rem mihi ablatam fuisse, nec notatur etiam persona: nam datur etiam in eum qui metum non intulit, dummodo possideat rem ab aliquo mihi metu extortam, *l. 9. §. vlt sup. de eo quod met.* Sed redeamus ad id quod diximus, actionem dari tantum ei cuius interest ob causam futuræ actionis. §. B *sciendum* ait, eius rei disquisitionem pertinere ad iudicem, vt videat an intersit ex ea causa: nam qualibet ex causa intersit, non est actio danda: non disquirit iudex an res sit actoris, sed disquirit an intersit, & cur intersit, & de ea re cognoscit summatim. Quinimo tota hæc actio peragitur summatim, quia viam præparat ad aliam actionem, §. *ibidem, l. 3. hoc tit.* vbi ostenditur, iudicem cognoscere summatim de exceptionib. quæ opponuntur actioni ad exhibendum, & si sint euidentes, & quæ perimant omnimodo, id est, præcise, eas excuti oportet, veluti exceptionem doli mali, rei iudicatæ, pacti conuenti, & exceptionem iurisiurandi. sed si sint obscuriores, & quę altiorem quęstionē habent veluti procuratoriæ, quę dicuntur esse de apicibus iuris, *l. si fideiussor §. quidam, sup. mand.* id est, de subtilitate iuris, eas iudex ad exhibendum excutere non debet, sed differre in C principale iudicium: Accurs. in §. *sciendum*, alia proponit exempla summariæ cognitionis, quę glossa est celeberrima, & ea exempla probo, exceptis duobus. primum, eo, quod sumit ex *l. 1. inf. de appell. recip.* Excepto etiam eo quod sumit ex *l. in lege Aquilia, sup ad l. Aquil.* nam in ea l. non loquitur de summaria cognitione, sed de re iudici exposita summatim, & quasi per indicem, vt quandoque causę agebantur per indicem, non diligentissime: & loquitur de probatione artificiali, id est, de argumentis quibus iudex adducitur ad suspicionem. Species hæc est: quidam deleuit chirographum in quo erat mihi pecunia debita sub conditione, non videtur mihi damnum dedisse, quia conditio nondum extitit: sunt quidam testes quibus probare possim mihi deberi eam pecuniam sub conditione, qui tamen futuri non sunt tempore existentis conditionis. ergo tum amisero D debitum, quia neque probauero chirographo, neque testibus, sed iudici rem exponam summatim, eumque adducam ad suspicionem, id est, probabo illi argumentis vix testes futuros superstites conditionis existentis tempore, & ideo mea interesse, vt nunc audiantur, atque ita recte agam & vincam & mihi condemnabitur qui deleuit chirographum: sed non fiet exactio antequam conditio extiterit. Greci recte in ea lege tractant de argumentis, quæ vocant τεκμήρια, non de summariis cognitionibus. pro *summatim* Iustinian. dicit in *Nouella* 53. κεφαλαιωδῶς translatione sumpta à rationum supputatione.

Ad §. Plus dicit Iulianus.

10. §. *Plus dicit Iulianus, etsi vindicationem non habeam,* E *interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi, vt puta si mihi seruus legatus sit, quem Titius optasset: agā enim ad exhibendū, quia mea interest exhiberi vt Titius optet, & sic vindicē: quamuis exhibitū ego optare non possim.*

11. §. *Si mecum fuerit actum ad exhibendū: ego ob hoc quod conuentus sum ad exhibendū actione, agere ad exhibendū non possum: quāuis videatur interesse mea ob hoc quod teneor ad restituendū sed hoc non sufficit: alioquin & qui dolo facit, quo minus possideret, poterit ad exhibendū agere, cum neque vindicatur, neque interdictur sit: & fur, vel raptor poterit, quod nequaquā verū est. Elegāter igitur definit Neratius, iudicem ad exhibendū hactenus cognoscere, an iustam, & probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desiderat.*

12. §. *Pomponius scribit, eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse: forte si homo primi sit, secundi in eo vsusfructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pigneratum sibi eum adfirmet. omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia domini interest exhiberi hominem.*

13. §. *Ibidem subiungit, iudicem per arbitrum sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obiicit: & si qua tam euidens sit, vt facile repellat agentem, debere possessorem absolui: si obscurior, vel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa. de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat: veluti pacti conuenti, doli mali, iurisiurandi, rei quae iudicata est.*

IN hoc §. adiicitur, hanc actionem dari etiam ei qui rem exhibitam statim vindicaturus non est, si modo postea sit vindicaturus. Species: Legatus est mihi seruus quem optaret Titius. agam ad exhibendum, licet ex familia omni exhibita ego non possim statim mihi vnum vindicare: nam optare prius Titium oportebat: nihilominus mihi dabitur actio ad exhibendum cum mea intersit ob futuram vindicationem post optionẽ Titii. ait, *Etiamsi vindicationem non habeam.* dicit *non*, pro *nondum*. In §. *Pomponius* traditur, hanc actionem dari posse pluribus, etiamsi eorum non intersit ex simili causa, sed ex diuersis, vt dabitur vindicaturo proprietatem, vindicaturo vsumfructum, & vindicaturo pignus, & vindicaturo possessionem interdicto vtrubi; nam §. *Pomponius* loquitur de eo qui suam possessionem esse contendit, quia non contenditur nisi interdicto vti possidetis. haec actio est inanis, quoniam interdictum vti possideris est de immobilibus, haec actio est de mobilibus. ergo interdicto vtrubi.

Ad §. Interdum aequitas.

14. §. *Interdum aequitas exhibitionis efficit, vt quamuis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, vt Iulianus tractat. Seruus (inquit) vxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur, desidero eas exhiberi. ait Iulianus, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni: quia & vindicare eas possum: nam, cum charta mea sit, & quod scriptum est, meum est sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri. in factum igitur mihi actionem competere.*

15. §. *Sciendum est, aduersus possessorem hac actione agendum: non solum eum, qui ciuiliter, sed & eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.*

IN hoc §. ostenditur, aequitatem interdicti efficere vt etiamsi cesset actio ad exhibendum, detur actio in factum exhibitionis causa. quae verba vsurpant Impp. *in l. 7. C. eod.* Exemplum tale proponitur. Seruus vxoris meae rationes meas conscripsit, & possidentur a te. distinguit: aut eas conscripsit in charta mea, aut in aliena. si in charta mea, agam ad exhibendum, quia eam vindicare possum. sed si scripsit in aliena, & tu eam possideas, non agam ad exhibendum, quia vindicaturus non sum, sed agam actionem in factum, id est, introducetur officio praetoris actio vtilis accommodata legibus, quę actionem ad exhibendum introduxerunt. Praetoris officium est introducere vtiles actiones, *l. 43. sup. ex quibus caus. mai.* & accommodare eas ad leges in casibus similibus, *l. quoties, inf. de praesc. verb.* Et hic est casus non dissimilis: nam ea quae litteris continentur, ad me pertinent. charta mea non est, meae litterae cesserunt chartae, *§. littera, Instit. de rer. diuis.* tamen quia rationes quodammodo sunt meae, aequum est mihi chartam exhiberi, & ideo dabitur vtilis actio ad exhibendum, aequitatis ratione. Huic actioni etiam est locus in specie *d. l. 7.* Quidam rem meam mihi exhibuit deteriorem, puta seruum debilitatum, vel luscum, vel etiam reddidit rem corruptam, aut transfiguratam, sine dolo malo, eius corruptione & transfiguratione mutatur forma rei, deterioratione non mutatur. qui deteriorem facit, non corrumpit: ergo si sit integra forma rei, quam exhibuit, licet sit deterior, non tenetur ad exhibendum, sed actione in factum, quod non videatur exhibuisse. Si mutata sit forma rei, dummodo id acciderit sine eius dolo malo, tenetur actione in factum, quia quodammodo non exhibuit: secus si dolo malo eius res sit mutata: tunc enim videtur dolo desiisse eam possidere, & tenetur ad exhibendum, *l. Iulianus §. si quis rem eod.* vt si quis dolo malo ex vase meo massam fecerit, licet massam exhibeat tenetur tamen ad exhibendum: nam qui mutat formam, prope tollit substantiam rei. forma est vis effectrix. materia ibi appellatur substantia, vt in *l. in venditionib. inf. de contr. empt. l. qui tabulas, inf. ad leg. Aquil.* is qui deleuit tabulas ita vt legi non possint, corrupisse videtur. ergo mutasse formam, *l. mulieris, inf. de verb. signif.* & tenetur ad exhibendum quasi possessor. sed si dolus non sit, tenetur tantum actione in factum, quae est subsidio huic actioni, *d. l. 7. l. Iulianus §. Marcellus, l. in rem §. item quaecunque, sup. de rei vindic.* duo loci hic proponuntur. vnus ex *l. Iulianus §. si tibi decem, hoc tit.* cuius hęc est species. Decem tibi legata sunt sub conditione, & eiusdem summae vsusfructus mihi legatus est pure. constat hodie ex Senatusconsulto omnium rerum vsumfructum legari posse, etiam earum quae non sunt in vsu, id est, quae vtendo consumuntur, velut pecuniae, vini, olei, *l. 1. sup. de vsuf. ear. rer. l. vsufr. inf. ad leg. Falcid.* Recte ergo proponimus legatum vsumfructum pecuniae mihi pure, tibi autem x. legata sub conditione non detracto vsufructu. ergo existente conditione inter nos communicabitur vsusfructus huius pecuniae, & quinque mihi, quinque tibi, numerabuntur, *l. 6. sup. de vsufr. ear. rer.* nam sicut si vni legetur fundus, alteri eiusdem fundi vsusfructus, concurrunt in vsumfructum, ita est de pecunia. at pendente conditione legati tibi relicti, tibi non est concursus: & ideo vsusfructus meus est, existente autem conditione, communicari debet. Finge: heres pendente conditione legati tui mihi soluit x. & non exegit cautionem de restituenda parte dimidia si conditio tui legati existeret, deinde extitit conditio, quid fiet? Finge enim pecuniam mihi solutam non extare, vt vindicari possit, qua ratione tibi consuletur, vt eius pecuniae partem feras? lex ita distinguit: aut heres omisit cautionem, aut non: si dolo malo omisit, tenetur ad exhibendum, quasi dolo desierit possidere, quia non debuit vsufructuario repraesentare integra x. sine cautione. tenetur etiam vulgari stipulatione legatorum si fuerit interposita: si non fuerit interposita, etiam est condictio incerti, *l. 1. inf. vt leg. no. cau.* sed si heres dolo caret, id est, si ignarus tui legati mihi soluit integra x. non exacta cautione, non tenetur ad exhibendum fructuarius. non teneor etiam ad exhibendum, quia non extat pecunia, vt vindicari possit: tenebor tamen Praetoria in factum actione, vt tibi partem eiusdem quantitatis conferam, ne ex iactura tua lucrum adquiram. Male Accurs. §. *Marcellus* accipit de nummis aureis vel argenteis quibus veteres pro gemmis vti solebant, *l. numismatum sup. de vsufr.* Cum eadem ratio sit in pecunia numerata post Senatusc. quo effectum est, vt omnium rerum vsusfructus constitueretur. Alter casus est in *l. rem §. item quaecumque, sup. de rei vindic.* Statuitur differentia inter ferruminationem & plumbaturam. Ferruminatio confusionem facit ex eadem materia, idest, aurum auro adglutinat, adhibito auro vel χρυσοκόλλα. Plumbatura fit ex plumbo, vt cum aurum auro adglutinatur adhibito plumbo. si exempli gratia meae statuae brachium tuae statuae coadunauero per ferruminationem, neque brachium vindicare potes, quia tuum esse desiit, & meum factum est accessio-

nis iure : neque agere potes ad exhibendum , quia etsi inde abrumpatur brachium, non redit in tuum dominium. Frustra ergo ageres ad exhibendum , sed est in factum actio in id quod interest. alia est ratio plumbaturæ ; nam si per plumbaturam meæ statuæ brachium tuæ iunxero , vel etiam si scypho meo adplumbauero ansam tuam, vel phialæ emblemata, aut crustas, non erit statim vindicationi locus , sed agere potes ad exhibendum vt separentur , & deinde separata vindicabis. Idemque erit , si vehiculo meo aptauero rotam tuam , si armario , vel naui tabulam tuam, si mensæ pedem, vel lecto fulcrum , vel candelabro sigillum , vel annulo gemmam tuam , vel etiam si purpuram tuam meo vestimento subsuero : nam rem tuam quæ rei meæ accessit, non potes statim vindicare , *l. 6 & 7. §. 1. inf. eod.* Igitur hæc omnia quamdiu cohærent , non potes vindicare , quia mea sunt accessionis iure. separata vindicare potes, quia videntur rediisse in tuum dominium. vt autem separentur impetrabis actione ad exhibendum: nam hæc separari facile possunt. quæ ferrumine iniuncta sunt separari non possunt : ferruminatio vnitatem facit, plumbatura cohærentiam. Igitur cum scypho ansam alienam ferrumine coadunaui , non est actio ad exhibendum, vt ansa separetur , quia nec potes , sed est actio in factum prætoria. Igitur in casu plumbaturæ , locus est actioni ad exhibendum. In casu ferruminationis locus est actioni in factum. Diuersa sunt corpora quæ ex distantibus corporibus constant , vt chorus seruorum , vt grex , armentum. si tuo choro admistus sit meus seruus, vel tuo gregi mea ouis , ego statim recte vindicabo meum seruum ex tuo choro , vel meam ouem ex tuo grege. tu quoque recte vindicas gregem, etiamsi quædam pecus sit mea. recte etiam vindicas chorum , etiamsi seruus quidam sit meus. nam aliud est vindicare gregem, aliud vindicare singula capita , quia singulæ partes gregis retinent propriam speciem : & vt ait Boëtius 1. Arithmetices, *gregis essentia est determinata partibus.* Superiora corpora veluti statua , scyphus , mensa , armarium , non constant ex distantibus corporibus, sed ex contingentibus, & vocantur συνημμένα , *l. rerum , ff. de vsurp. & vsuc.* & coherentia in *d. §. item quacunque.* Et quamuis prope vno spiritu contineri dicantur corpora singula vnitate naturali iuncta, quę vocantur ἡνωμένα. *d. l. rerum* , veluti homo, lapis , tignum : alia sunt constantia ex distantibus , vt populus, legio, grex : alia ex cohærentibus, vt statua , nauis, armarium , alia vnita vt corpora singula mundi huius quæ vocant proprias magnitudines. Et hæc corpora quæ dicimus ἡνωμένα proprie dicuntur contineri vno spiritu : cohęrentia tamen dicuntur contineri vno spiritu , *d. §. item quacunqae* , quod Iureconsultus sumit à Stoicis : hi dicebant rei cuiusque vim continuatricem esse spiritum : Alexander Aphrodiseus in lib. περὶ μίξεως *Chrysippus* , inquit, *docet contineri rem omnem spiritu quodam per eam vndique confuso.* & sic statua tota continetur vno spiritu : idemque illi philosophi cēsuerunt de vniuerso. nunc videamus quid Iurisconsulti ex Stoicis sumpserunt. Primum materiam esse substantiam : *quod est in vtero non esse animal : futura nec vera esse , nec falsa,* quid sit lex, quid iustitia, quid aceruus siue sorites , quid ἄποροι λόγοι ,quæ orationes disiunctiuæ, quæ subiunctiuæ : & tria corpora de quibus diximus quæ proponuntur in *d. l. rerum.*

Finis huius legis 3. docet, aduersus quos detur hæc actio: atque hactenus demonstratum est quibus competeret vel ipsa actio ad exhibendum ciuilis , vel Prætoria in factum. nunc docet eam competere aduersus possessorem quemlibet, quia scribitur in rem, id est generaliter, nec notat certam personam. mutato possessore, etiam mutatur actio, id est, in alium transfertur. Datur ergo aduersus possessorem, & aduersus omnem , id est , eum qui ciuiliter aut naturaliter possidet, quod etiam obtinet in rei vindicatione , *l. officium, sup. de rei vind.* ideoque hæc actio ad exhibendum datur etiam aduersus creditorem , qui rei pignora accepit, qui non possidet iure dominii , sed pignoris : si possideret ciuiliter , vsucaperet : quod ostenditur in *l. pignori, inf. de vsurp. & vsuc. l. si seruus, depos. §. 1. de noxal. act. l. quæcunque , sup. de Public.* & ideo male hic Accurs. dicit, eum possidere ciuiliter, nec probat illud *l. serui.* quin imo , *§. vlt. l. 3. hoc tit.* docet eum possidere naturaliter: nam cum dixisset , actionem hanc dari etiam in eum qui naturaliter possidet , subiicit exemplum : *Denique* , id est , proinde eadem ratione hac actione tenetur depositarius, commodatarius , & conductor , *l. 4. inf. eod.* quia hi naturaliter possident , *l. 7. §. neque, sup. commun. diuid.* & vt intelligamus qui possideant ciuiliter, & qui naturaliter, definiendum est , quid sit possessio ciuilis , & quid naturalis possessio: naturalis est, quæ actu & corpore consistit non iure, & animo domini, sed alio quodam iure, non iure affectio-

B neque dominij, quæ & corporalis dicitur. fructuarius possidet naturaliter , quia non vt dominus possidet. creditor naturaliter possidet, nempe iure pignoris. Possessio autem ciuilis est , quæ etiam iure & affectione domini consistit: nam ciuilis possessio exigit etiam factum , id est, vsum rei, nec adquiritur sine facto , sine apprehensione , retinetur tamen solo animo, sicut etiam naturalis, etiamsi perpetuo rei non incumbas , satis est si apprehendas initio rem vel quasi dominus. possessio igitur ciuilis præter factum exigit animum affectionemque domini. dominus possidet rem suam ciuiliter. sic etiam bonæ fidei possessor, licet non sit dominus, & quicunque rem quam possidet , suam esse contendit : & hæc possessio ciuilis parit vsucapionem. qui possidet naturaliter , nunquam vsucapit. & hinc intelligitur quod dicitur in *l. 7. §. 1. inf. eod.* eum qui rotam

C alienam suo vehiculo aptauit , teneri ad exhibendum , vt rotam excludat à vehiculo , quamuis, inquit, ciuiliter non possideat : nam hæc actio datur etiam aduersus eos , qui non possident ciuiliter, sed naturaliter : imo etiam aduersus eos qui nullo modo possident , dummodo habeant facultatem rei exhibendæ. In illo autem exemplo , si rotam tuam meo vehiculo aptauero, eam non possideo ciuiliter, sed vehiculum tantum, sicut si ex tuis cæmentis in solo meo ædificauero, non possideo cæmenta ciuiliter, possideo naturaliter. vniuersas ædes possideo ciuiliter, eapropter cæmenta non vsucapio ; & si forte diruatur ædificium, domino cæmentorum competit vindicatio , quia qui possidet, ædes , non possidet cœmenta, *l. eum qui, inf. de vsurp. & vsuc.* sed etiam is qui non possidet ciuiliter, hac actione te-

D netur, si vel possideat naturaliter, vel rei exhibendæ facultatem habeat, licet nullo modo possideat, vt ponitur exemplum in horreario , *l. 5. hoc tit.* Horrearius est is qui locat horrea sua , vel ea quæ ipse conduxit , *l. cum in plures §. vlt.* quem §. male Accurs. explicat. hæc est species : horrearius conduxit tota horrea à domino. Deinde ea locauit conductoribus quibusdam , qui in ea intulerunt res suas custodiendas. ipse horrearius debet præstare rerum custodiam suis conductoribus. horreario locator earum rerum custodiam non debet præstare , quoniam ipse non accepit custodiendas. in specie l. 5. proponitur hæc species : quidam conduxit merces vehendas certa mercede, deinde eas merces posuit in horreo conductitio custodiæ causa. dominus mercium cum eo qui conduxit merces vehendas, vel cum herede eius aget ad exhibendum, quia eas merces

E possidet, & quidem naturaliter, videlicet quasi creditor pignoris iure: nam merces sunt tacite pigneratæ pro vectura, *l. huius , inf. qui potior. in pign.* merito ergo tenetur ad exhibendum. sed quid si mortuus sit nullo herede relicto, quid si à nullo possideantur merces , cum quo agetur ad exhibendum? cum horreario , qui ei locauerat horrei partem , quia verum est eum possidere. sed mutat sententiam dum ait , *aut certe.* Sententia hæc est : horrearius non possidet merces, quia nec habet animum possidendi. Sed & si dixeris non possidere , tamen ille est qui exhibere potest, & tenetur igitur ad exhibendum.

Ad L. V.

Celsus scribit: Si quis merces, quas euehendas conduxit, in horreo posuit: cum conductore ad exhibendum agi potest. item, si mortuo conductore, heres existat, cum herede agendum, sed si nemo heres sit, cu n horreario agendum: nam si à nullo (inquit) possidentur, verum est, aut horrearium possidere, aut certe ille est, qui possit exhibere. Idem ait: Quomodo autem possidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? quæ species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

DVo colligenda sunt ex l. 5. vnum, vectori merces quas constituit vehendas pro vectura tacite obligatas esse iure pignoris, & à vectore possideri naturaliter: atque eum teneri ad exhibendum. & ita accipienda est *l. huius, in fine, qui pot. in pig. hab.* vt scilicet vectori merces sint obligatæ tacito pignoris iure, & vt potior sit creditoribus ceteris etiam antiquioribus, maxime cum in ea lege iungatur locator horrei, quem constat merces in horreo illatas retinere, *l. 3. inf. in quibus caus. pig. vel hyoet.* Igitur vt locatori horrei merces sunt tacite obligatæ, ita & vectori, & præferuntur cæteris creditoribus hypothecariis in eis mercibus persequendis. Solebant horrea locari mercium reponendarum causa, & ex eis non minus reditus ad dominum perueniebat, *l. si nauis, sup. de rei vind. & l. 3. M. Tullius 9. Epist.* scribens ad Pœtum in Epistola quæ incipit, *dupliciter. Non iam ex areis tantum habemus,* idem alio in loco ait, *callidos rerum æstimatores prata magni æstimare.* Cæterum notandum, merces alienas à vectore positas in horreo conducto, locatorem horrei nec possidere ciuiliter, neque naturaliter, teneri tamen ad exhibendum, quod etsi non possideat, exhibendarum tamen mercium facultatem habeat, vbi si dicas eas merces pignoris iure obligatas esse horreario pro mercede ex *d. l. 3.* dicam primum, eas merces alienas fuisse: Rei autem alienæ nullum esse pignus, *l. 2. inf. de pig. act.* Res inuectas in horreum si conductoris sint, esse pignori. Deinde dicam, inuecta, & illata à conductore non esse pignori, sed hypothecæ, quoniam non tradit in manum locatoris. Pignus quod traditione constituitur, possideri à creditore, hypothecam non possideri. ergo horrearius nec possidet merces ciuiliter nec naturaliter: tenetur tamen actione ad exhibendum, propterea quod exhibere eas potest.

Ad §. Iulianus autem.

1. §. *Iulianus autem ita scribit, ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum, vel legatorum seruandorum causa in possessione sit, sed & eum, qui vsufructus nomine rem teneat, quamuis nec hic vtique possideat. Inde Iulianus quærit, quatenus hoc oporteat exhibere: & ait, priorem quidem sic, vt actor possessionem habeat: is autem, cum quo agetur, rei seruandæ causa sit in possessione: eum vero qui vsumfructum habeat, sic vt actor rem possideat: is, cum quo agetur, vtatur fruatur.*

2. §. *Idem Iulianus scribit, emptorem, qui ruta cæsa non restituit, ad exhibendum teneri, in quantum in litem iurauero. sed ibi adycit, si emptor possideat, aut dolo fecit, quo minus possideat.*

3. §. *Item Celsus scribit, stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi, vt tollas: sic tamen, vt totum tollas: ceterum alias non posse.*

4. §. *Sed & si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius: posse eum conueniri ad exhibendum, Neratius scribit. Vnde quærit Neratius, vtrum de futuro dumtaxat damno: an & de præterito, domino agri cauendum sit: & ait, etiam de præterito caueri oportere.*

5. §. *Sed, & si de ruina aliquid in tuam areã, vel in tuas ædes deciderit: teneberis ad exhibendum, licet non possideas.*

6. §. *Item, si quis facilitatem restituendi non habeat: licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur, vt puta si in fuga seruus sit. ad hoc plane solum tenebitur, vt caueat se exhibiturum, si in potestatem eius peruenerit. sed & si non sit in fuga, permiseris autem ei vbi velit, morari: idem erit dicendum. aut peregre à te missus sit, vel in prædijs tuis agat: ad hoc solum teneberis, vt caueas.*

SI horrearius tenetur ad exhibendum, multo magis, is tenebitur qui in possess. missus erit custodiæ causa, quia is est in possessione. Horrearius autem neque possidet, neque est in possessione: *Qui rerum,* inquit, *vel legatorum seruandorum causa.* in vsu est dicere *rei seruandæ causa,* hoc loco dicit, rerum seruandarum causa. Et res in hac formula accipitur pro debito, id est, mutui seruandi causa, debiti seruandi causa, *l. 1. §. nunc quærimus, sup. quibus ex caus. in poss. ea. crediti seruandi causa.* His addendæ sunt aliæ similes missionum causæ, vt *indicati seruandi causa, l. 2. & 3. qui pot. in pig. & dotis seruandæ causa, l. officium, sup. de rei vind. l. pen. §. item danda, inf. de diuers. & temp. & ventris nomine vel damni infecti, l. 7. §. item si duo, sup. tit. prox. l. 1. sup. quibus ex caus. in poss. eatur.* Hi omnes non possident, sed sunt in possessione: & ita demonstratur *l. 3. §. vlt. & l. 10. de acquir. poss. l. pen. §. creditores, inf. Vti possid.* constat vero hos omnes teneri ad exhibendum, cum & hi, qui non sunt in possessione, teneantur, si rei exhibendæ facultatem habeât. Additur, fructuarium etiam, rei mobilis scilicet, teneri hac actione, quamuis non possideat: non possidet ciuiliter dominii iure: sed possidet naturaliter vsusfructus iure. Possessio ciuilis est, quæ dominii iure possidetur. id probat *l. 1. §. quod autem, inf. quod legat. l. naturaliter, l. possessio, inf. de acq. possess.* Cic. pro Cœcinna, quod etiam in hac l. demonstratur verbo *teneat,* quod verbum est proprium naturalis possessionis, *l. Pomponius, sup. famil. ercisc. & in prin.* huius leg. & in *d. l. 1. §.* quod ait *possidere* est proprium ciuilis possessionis, habere vtriusque commune. Pleræque sententię iuris increbuere paulatim, *l. fideicommissa §. si quis rem suam, de legat. 3.* in eum qui possidet ciuiliter in rem actionem dari, vel ad exhibendum. Idem fuit admissum in eum qui possideret naturaliter: tum idem in eum qui esset in possessione: tum idem etiam in eum, qui neque possideret, nec esset in possessione, si modo haberet facultatem exhibendi. Vnde quæritur in *§. idem Iulianus,* quatenus eos qui non possident ciuiliter, exhibere oporteat, & ait, missum in possessionem exhibere, saluo pignore prætorio: & si conueniatur ad exhibendum, non id agitur vt pignus exoluatur, sed vt rem exhibeat. ergo dicam creditorem exhibere saluo pignore conuento, fructuarium exhibere rem saluo vsufructu suo. Cæteri autem quos dictum est teneri hac actione, nihil sibi retinent. Ostenditur in §. *idem Iulianus* emptorem ædium, qui dolo desiit possidere, ruta cæsa quæ quidem in venditione ædium, vel fundi semper excepta esse intelliguntur, & ea si emptor possidebat, vel dolo fecerit quo minus possideat, eum lex ait teneri ad exhibendũ, *l. fundi §. si mea, de actio. emp.* & si nõ restituat, eum dãnari quantũ in litem iuratum fuerit, *l. 3. §. præterea, sup.* Est hic alius locus. *qui ruta cæsa non restituat.* quo probatur hanc actionẽ vi ipsa esse de restituendo, quod minus est quã restituere, *l. 3. §. si mecũ, sup. l. Iulianus §. quanti, inf. hoc tit.* Dices: in emptorẽ, qui ruta cæsa possidet, vel consũpsit dolo malo, esse actionẽ ex vendito, sed dicã, & nihilominus esse actionem ad exhibendũ, *l. sed & ad exhib. inf. de contrah. empt.* Ruta cæsa sunt quæ neque sunt ædium, neque fundi: Et vere si quis ita scribat, vt est in *l. in vendendo §. vlt. inf. de contr. empt. Ruta cæsa ædium fundiue non sunt;* nisi adscriptum est: Nam ruta cæsa ea sunt quæ neque ædium, neque fundi sunt, est ὀξύμωρον... Nam definitio rutorum cæsorum hæc est, quæ ædium non sunt, neque fundi, & in *l. in rutis, inf. de verb. signif.* ait, *in rutis & cæsis ea sunt, quæ terra non tenentur.* Hoc refertur ad fundum: Nam & contra fundi esse dicitur, quod terra se tenet, *l. fundi, in pr. inf.*

de act. ep. sequitur: *quaeque ope structili tectorioue non cötinentur.* Hoc refertur ad ædes: Nam quæ pro tectorio includuntur ædiú sunt *d. l. fundi §. quæ tabulæ.* rutis cæsis opponi solent iuncta, fixa, *l. si venditor §. vlt. inf. de act. emp.* secundum vulgarem scripturam, quæ e.t melior Florentina. Opponuntur etiam inædificata, & immolita. Liuius lib. 39. interpretantur Meniana. ego interpretor moles in fluuium publicum iactas, vt in *l. 2. §. aduersus, ne quid in loco pub.* id est, quæ inædificatur, vel quæ immolitur. Sequitur in hac l. qui etiam non possident, & tamen tenentur actione ad exhibendum, quia habent facultatem exhibendi: vt si ego fimum in tuam aream coniecero, & non patiaris me eum tollere, est mihi actió ad exhibendum, sed non aliter quam vt totum tollam: aliter summouebis me & repelles iure, *l. emptor §. vlt. l. hoc amplius §. Alphenus, inf. de ædil. edic.* quinino competit tibi interdictum, vt ego tollam, *l. 7. §. si quis acernum, inf. quod vi aut clam.* eodem modo si ratis mea vi fluminis delata sit in tuum fundum, competit mihi actio ad exhibendum, quia cum sit in tuo fundo facultatem habes exhibendi. quod tradit ex Neratio. & Neratij locus est in *l. ratis inf. de incend. rui.* In *l. ne quid, D. de incend. ru. & naufr.* fixa quæ dicuntur & infixa & adfixa, illo loco dicuntur non male, *infícta.* vide obseruat. lib. IX. 9. nam & Varro dixit fictus pro fixo. ille autem locus Neratii refertur iisdem verbis in *l. hoc amplius §. Neratius, de dam. infect.* Sed rate mea delata in tuum fundum, non ante dabitur mihi potestas eius auferendæ, quam tibi cauero de damno tam præterito quam futuro, id est, tam facto iam quam infecto, si quid scilicet ratis damni attulerit tuo fundo, vel si quid damni factura sit, debeo tibi cauere de omni damno, & tunc ratem tollere: ac similiter si ex ruina tuarum ædium in meam aream quædam deciderint, est tibi actio ad exhibendum, vt tibi ea tollere liceat *l. Iul. §. glans, inf. eod.* sed hoc casu tibi debeo cauere de damno tam præterito quam futuro, *l. Prætor §. vlt inf. de dam. inf.* Postremo ostenditur, interdum eum qui possidet non teneri hac actione, si modo rei exhibendæ facultatem non habeat. Igitur non est quærendum an possideat, sed an habeat facultatem exhibendi, vt si seruus sit in fuga quem possidebam: Nam & eum nunc possideo, serui fugitiui possessionem retineo animo: deinde si ab alio possideatur, aut se gerat pro libro, quibus modis possessionem amitto, *l. 1. §. per seruum qui in fuga, inf. de acq. poss.* eius exhibendi facultatem non habeo, quia retinetur possessio solo animo: non aquiritur solo animo. Ergo hac actione non tenebor, sed cauere debeo de eo exhibendo si in potestatem meam redierit. Idem erit si seruo permisero morari vbi velit, vel si seruum peregre misero, vel si degat in agro meo non circa me: nam his omnib. casib. sufficit cautio de exhibendo, *l. si vero. inf. de rei vind.* Quæritur an idem non sit in actione depositi, *l. si sua, inf. depos.* Si sine dolo molo depositarius desierit possidere, non tenetur depositi: sed an debet cauere? minime. Cur superioribus tantum casibus exigimus cautionem, ne scilicet depositarius pro beneficio habeat onus cautionis. Eodem modo, depositarius dolum tantum præstat, hi de quibus diximus supra etiam culpam præstant, & melior est actio depositi quam sit actio in rem.

Ad L. VI. Gemma, & L. VII. VIII. & IX.

L. 6. Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest, sed vt excludatur, ad exibendum agi potest. Aliter atque in tigno iuncto ædibus: de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solui vetabat, sed actione de tigno iuncto ex eadem in duplum agitur.

L. 7. *Tigni appellatione omnem materiam in l. 12. tab. accipimus, vt quibusdam recte videtur.*

1. §. Sed si rotam meam vehiculo aptaueris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit: quamuis tunc ciuiliter non possideas.

2. §. Idem & si armario, vel naui tabulam meam, vel ansam scipho iunxeris, vel emblemata phialæ, vel purpuram vestimento intexueris, aut brachium statuæ coadunaueris.

IN hac lege 6. & in 7. enumerantur alii quidam, qui etsi non possideant ciuiliter, tamen tenentur hac actione: enumerantur quædam quæ alienæ rei iure accessionis cedunt, veluti gemma auro, sigillum candelabro, &c. & quamuis statim vindicari non possint, nec possideantur ciuiliter, tamen ad exhibendum agi potest, vt separentur, & sic vindicentur, & de his omnibus dixi in *l. 3. § interdum sup. hoc tit.* Verum in hac l. 6. ostenditur præterea ab eis omnibus diuersam esse causam tigni alieni iuncti ædibus aut vineæ, quia lex 12. tabul. separari vetat: Nota est lex 12. tab. quam retulit Festus his verbis: *Tignum iniunctum ædibus vineæque & concaput ne soluito.* Ait lex tignum, quam vocem porrigendam esse longius vel lex ipsa demonstrat, quæ sub ea appellatione comprehendit ea quæ vineis iunguntur, veluti palos, perticas, pedamenta: proprie tigna sunt in contignationibus, *l. malũ §. 1. de verbor. signif.* At in l. 12. tabul. quam tractamus, tigna accipiuntur latissime pro omni materia lignea ex qua ædificia construuntur, veluti tignis, trabibus, testis. Sed & iurisconsulti quidam Tigni significationem auxerunt, vsque adeo vt porrexerint eam ad tegulam, & arenam, & lapidem, & testam, *l. 1. inf. de tigno iuncto*, vulgo cæmenta. Testa est lapis coctilis quasi tosta, Græci ὄστρακον, neque inscite porrexerunt ad tegulam, cum tigna, à tegendo dicantur, & horum interpretatio recepta est, vt tignum in hac lege sit omnis materia siue lignea, siue non lignea, ex qua ædificium constat. Quod auté est in ea lege, *& concaput*, id non caret mendo, quia lex 12. tab. tantum loquuta est de tigno iuncto ædibus, aut vineæ, vt ait aperte *l. 1. infr. de tigno iuncto.* Quæ & rationem explicat de tigno iuncto ædibus ne soluatur, vt ædificia non diruantur: de tigno iuncto vineæ, vt non soluatur, ne vinearum cultura deturbetur: De tertia quadam cui iniunctum sit tignum alienum, non est loquuta lex 12. tab. Videtur tamen tertia res quædam notari illis verbis, *& concaput*, & præterea si diligentissime quæsieris quid sit concaput, frustra fueris. Ranconetus ita legit: *Tignum iniunctum ædibus vineæque nec concipito, nec soluito.* Mallem dixisset, *nec concapito.* Nam ita 12. tab. loqui solent, vt alio loco, *Encapito antestari* Id est, incipito. Id vero quod excogitauit Ranconetus, si concipere est manu corripere, & vindicare, satis probabile est. Nam lex 1. *inf. de tigno iuncto* ait, domino caueri lege 12. tab. neque solui, neque vindicari, *l. 7. §. cum in suo, inf. de acq. rer. domi. l. in rem §. pen. sup. de rei vind.* sed vix est vindicandi verbum quod 12. tab. introduxerunt, mutari hoc loco in concipiendi: dixissent potius decemuiri, nec vindicato, nec soluito: & verius est etiam lege 12. tabul. hoc non caueri nominatim, ne soluatur tignum, ne vindicetur: sed per consequentiam quandam. erit parua literarum adiectio, hoc modo concepta: *Tignum iunctum ædibus vineæque & conceptũ ne soluito.* Concaptum, id est, conceptum, iunctum, deprehensum: vt lex vetet solui tignum iunctum ædibus, aut vineæ, & conceptum. Idque paulo inferius liquido approbaturus sum. Meminisse oportet, ea quæ statim vindicari non possunt, quod accessionis iure maiori parti cesserint, plerunque soluta vindicari, & vt soluantur ad exhibendum agi, vt gemma aliena meo auro inclusa non potest vindicari nisi exclusa; & vt excludatur est actio ad exhibendum: idem procedit in aliis similibus, quæ enumerantur in hac *l. 6. & 7. §. 1.* De quibus dixi in *l. 3. sup. eod.* Idem procederet consequenter, &

dicendum esset in tigno si posset solui & separari: Nam si de tigno iuncto ædibus, aut vineæ soluendo ad exhibendum agi posset, lex. 12. tabul. scit competituram vindicationem l. quæres in fine, *inf. de solut.* & sic ait lex *scit*, vt in *Nouella* 39. ..., sicut etiam dicunt: *lex putat.* igitur si de tigno iuncto soluendo agi posset ad exhibendum, *lex scit* competituram vindicationem. Et ideo prudenter ea lex tantisper manente ædificio tignum solui vetat actione scilicet ad exhibendum, quæ est etiam ex 12. tab. & per consequentiam vindicationem prohibet, quæ actionem ad exhibendum consequeretur. Inde quæritur qua ratione consulatur domino tigni: Nam æquum est, ei consuli ne sui tigni damnum faciat. Non est actio ad exhibendum. quæ ergo erit actio? id lex 12. tab. non prætermisit: Nam dedit actionem de tigno iuncto in duplum: sed videndum in quantum competat, & an alia competat, vtrum detur in scientem, an in nescientem. Primum de sciente. Constat, in scientem qui conuictus est iunxisse sciens prudensque, competere actionem de tigno iuncto in duplum: competit etiam actio ad exhibendum non quasi possessorem, vt tignum exhibeat & soluat, quia non potest solui: nam re vera qui possidet ædes, non possidet singula tigna, *l. qui vniuersas inf. de acquir. possess. eum qui. inf. de vsurp. & vsucap.* sed quasi dolo desierit possidere, re quodammodo extincta & consumpta iniunctione, & damnabitur in id quod interest, quod æstimabitur actoris iureiurando in litem, *l.* §. *vlt. inf. de tigno iuncto, l. in rem* §. *sup. de rei vindic.* Quod si præter actionem in duplum de tigno iuncto est in eum etiam ad exhibendum, quasi dolo desierit possidere, erit ergo etiam actio in rem eodem colore, quasi dolo desierit possidere. Nam vtraque actio comprehendit eum, qui dolo desiit possidere. Igitur qui sciens iunxit, tenetur in duplum, tenetur ad exhibendum, vel in rem. Addamus, actionem in duplum non consumere actionem in rem, vel ad exhibendum, *l. 2. inf. de tig. iuncto.* Quia actione in duplum præstatur mera pœna: Actio in rem vel ad exhibendum est de eo quod interest, vt ait lex 1. An, extrinsecus est rei vindicatio, id est, extra pœnam dupli, vt in §. *vlt. de obligation. quæ ex delicto.* Certe dubium non est, diruto ædificio in eum, qui sciens iunxit, esse vindicationem ipsius rei, sed & manente ædificio in eum est actio in rem, vel ad exhibendum, non quasi possessionem, vt soluat, sed quasi dolo desierit possidere. Denique actio de tigno iuncto in scientem est mera pœnalis, quoniam extra duplum, superest rei persequutio, *l. 1.* Illud notandum, hanc actionem de tigno iuncto non dari, nisi de tigno furtiuo, de non furtiuo non datur. Idque probat *lex 1. & 2. inf. de tigno iuncto, lex de eo, inf. de donation. inter vir. & vxor.* Et ideo in Digestis post. titulum *de furtis*, in quo proponitur actio generalis furti, datur actio de tigno iuncto, in quo proponitur actio de tigno furtiuo. Sunt multæ species furti, sed habent etiam specialia iudicia vt de tigno iuncto & de vi bon. raptorum: nam rapina furtum est, & arborum furtim cæsarum: de tigno non furtiuo non datur actio de tigno iniuncto, *d. l. de eo.* Cuius species hæc est: vir sciente & volente vxore, atque adeo donante vxore, suo ædificio iunxit tigna quædam vxoris propria, quæ quidem detracta vxori vsui futura sunt. Ea donatio non valet, quia inter virum & vxorem iure ciuili donatio est prohibita: ideo solutis tignis mulieri dabitur vindicatio, manente ædificio non dabitur, sed soluta tigna vindicabuntur, quia donatio est inutilis, & non competit, inquit, ex 12. tab. actio de tigno iuncto, quia non est furtum quod volente vxore iunctum est. Nunc dicamus; de nesciente in nescientem non est actio in rem, non est actio ad exhibendum, manente ædificio, quia dolo caret. casu aliquo diruto ædificio est vindicatio, *l. 7.* §. *cum in suo, de acquir. rer. dom. l. 7. in his, inf. de excep. rei iud.* In scientem illæ actiones competunt etiam

A manente ædificio, doli ratione. Et hæc est differentia vna inter scientem & nescientem. Sed quæritur an in nescientem sit actio in duplum de tigno iniuncto: & ita sentiunt omnes tam Græci quam Latini, & est verissimum: vnde ita statuamus: quia actio de tigno iuncto est tantum de tigno furtiuo, si non sit furtiuum, erit actio in factum Prætoria; in id quod interest: & cum meæ statuæ pes tuæ ferrumine adhæsit, quo casu cessat in rem, cessat ad exibendum: non cessat in factum, *l. in* §. *rem, qui cunque sup. de rei vindic.* Si sit furtiuum tignum, non erit Prætoria actio in factum, quoniam est ciuilis de tigno iuncto in duplum etiam in ignorantem: & quidem hæc actio in ignorantem est pro. pretio tigni, *d. l. 7.* §. *cum in suo.* dum ait, legem *noluisse solui tignum, sed duplum pro eo præstari*, Id est, pro tigni pretio, & *d. lex quæres*,
B in fine, pretium tigni dari voluit, pretium duplum, scilicet, Theophilus in §. *cum in suo Instit. de rer. diuis.* Et hæc quidem actio de tigno iuncto sola competit in ignorantem: Nam extra duplum non est in eum rei vindicatio, vel actio ad exhibendum, ne deposito quidem ædificio, si iam actor consequutus fuerit duplum, *d.* §. *cum in suo.* Igitur hæc actio de tigno iuncto in nescientem est mixta, quia consumit rei vindicationem: in scientem est mere pœnalis: & hæc est alia differentia inter scientem & nescientem. Merito interrogauerit quis, cur ignorans teneatur in duplum? quia scilicet apud eum conceptum est furtiuum tignum, id est, inuentum. *Concipere*, est, *inuenire*: est quædam actio furti concepti. Rursus hic dices actio furti concepti, quæ fuit olim ex 12.
C tabul. in eum apud quem inuenta esset res furtiua, ea fuit in id ipsum quod actio furti manifesti. persequitur iure ciuili, id est, iure ciuili eadem fuit pœna furti manifesti & furti concepti. iure prætorio furti concepti fuit in triplum, manifesti in quadruplum, Gellius *lib.* 11. c. 1. Sic respondeo: actio furti concepti, quæ iure prætorio est in triplum & iure ciuili eandem vim habet, quam actio furti manifesti, non datur nisi de furto concepto, cum lance & licio solemniter testib. præsentib. *Cum licio*, id est, per hominem qui eat quæsitum rem furtiuam in ędes alienas, cui resignari oportet omnia, quem oportebat nudum ingredi, licio tamen, siue lino transuerso cinctum, ab vmbilico ad pedes ad tegenda pudenda, propter matrumfamil. & virginum præsentiam, Nudus
D quærebat rem furtiuam, nequid in sinum reconderet cinctus licio propter pudorem. Cum lance autem, id est, indicii præmio in lance circumlato. Petronius Arbiter in Satyrico: *Qui furtum quærebat stabat, amictus discoloria veste & lance argentea indicium ferebat &c.* De lance hoc tantum scripsit Festus: *qui furtum ibat quæsitum, lancem ante oculos tenebat*, id est, proferebat. Et quod subiicit Festus *propter matrumfamilias, & virginum præsentiam*, id refertur ad licium, non ad lancem. eo genere inquirebantur tantum res quę occultari poterant. Tigna non sunt in oculto, & sunt inuentu facilia, & ob id etiam est specialis actio, tigni furtiui concepti in duplum tantum. Et hoc est quod ait lex, Tignum iunctum ædibus vineæque & concaptum; Nam loquitur tantum de tigno furtiuo, nec fit iniuria ignoranti apud quem concipiuntur ti-
E gna quę ipse iunxit imprudens, cum habeat regressum per actionem furti oblati aduersus eum à quo imprudens tignum accepit, §. *conceptum, Instit. de obligat. quæ ex del.* Et quia hodie hæ actiones cessant, manet tamen actio furti concepti, habebit in furem, actionem furti concepti, *l. 3.* §. *vlt. sup. nautæ, caupon.*

Ad §. Item municipes. L. 7.

3. §. *Item municipes ad exhibendum conueniri possunt: quia facultas est restituendi: nam & possidere, & vsucapere eos posse constat. Idem & in collegiis, cæterisque corporibus dicendum erit.*

4. §. *Si quis non possideat litis contestatæ tempore, sed postea ante sententiam possidere cœperit: oportere dici putamus debere condemnari, nisi restituat.*

5. §. *Si quis cum iudicij accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit: absolui eum oportet, quamuis sit (inquit Pomponius) quod ei imputetur cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.*

6. §. *Idem scribit: si quis litis contestatæ tempore possederit, deinde desierit possidere, mox cœperit siue ex eadem causa, siue ex alia: condemnari eum oportere, nisi restituat.*

AIt, hac actione teneri etiam municipes, id est, ciues cuiusque ciuitatis, non minus quam singulos homines, vel hac ratione quod sit facultas restituendi per actorem aut seruum publicum, siue Syndicum. Et notandum quod ait restituendi. hęc actio est exhibitoria nomine, restitutoria effectu, quia imitatur vindicationem, quam constat esse restitutoriam. Sequitur; *nam & possidere, & vsucapere eos posse constat.* Constat, id est, consentiunt omnes iuris auctores, *l. 1. §. vlt. & l. 2. inf. de acquir. possess. fine autem, §. vlt sup. de Publ. in rem act.* Subtili iure municipes siue ciues nihil possident, quia incertum est corpus, & vniuersorum non idem animus: Idque olim obtinuit. Subtiliora sunt iura vetera, confusiora noua, & confusissima sunt nouissima. Et sic etiam olim non erat cum Municipibus testamenti factio, sed alio iure vtimur. Et in summa fere, idem ius est Municipiorum quod singulorum hominum, & quod ius Municipiorum, idem & collegiorum & corporum. Sequitur in §. *si quis non possideat:* actione ad exhibendum damnari eum qui non possidet, vel qui rei exhibendæ facultatem non habet, litis contestatæ tempore, si modo habeat tempore rei iudicatæ: & si possideat, vel ipse vel heres eius, *l. 8. hoc tit.* Hęc actio formatur ex persona actoris, etiam si reus nihil possideat, vel teneat, vel facultatem exhibendi habeat. Condemnatio fit ex persona rei, quod seruatur ex sententia Proculianorum in omni vindicatione, & in petitione hereditatis, & in actione de peculio. Nam actione de peculio recte conuenitur pater, etiamsi nihil sit in peculio, modo sit aliquid rei iudicatæ tempore, *l. fin autem §. 1. sup. de rei vindic. l. item videndū §. si quis sup. de petit. hered. l. quæsitum inf. de pecul. l. Fulcinius §. si quis actione, inf quibus ex caus. in possession.* Et adiicit Accursius hoc loco, idem seruari in actione depositi, *l. 1. §. non tantum, & §. seq. inf. depos.* In his omnibus actionibus spectatur tempus rei iudicatæ. Alię sunt actiones quæ formantur ex persona rei in quibus spectatur tempus litis contestatæ, & de his est lex 23. *sup. de iudic.* quę ait, in iudicium non venire, quod post litem contestatam accidit, & opus esse alio iudicio. id est, accipiendū de actionibus quæ formantur statim ab initio, vt in actione pluuiæ arcendæ, quæ est de opere quod reus fecit. in ea actione non venit opus factum post litem contestatam, *l. Anteus §. vlt. inf. de aquapluuia arc.* In superioribus iudiciis non spectatur tempus litis contestatæ, nec formantur ex possessione rei; nam etiam si dum instituuntur, non possideat, vtilia sunt, si modo possideat rei iudicatę tempore, quia formatur actio ex persona actoris: sententia ex persona rei, id est, pro ratione rerum quas possidet rei iudicatæ tempore, dolore desiit possidere: atque ita intelligimus distinguendas esse actiones, & in his actionibus, hoc esse vsque adeo verum, sententiam formari ex persona rei, vt si reus possideat litis contestatę tempore, & cum res iudicatur, sine dolo amiserit possessionem, absolui debeat, *d. l. fin autem, §. 1. l. si quo tempore, sup. de petit. hered.* Vnde si agatur ad exhibendum de pluribus rebus, quas omnes possideat litis contestatę tempore, & ante sententiam quasdam amiserit sine dolo malo, absoluetur quoad eas quas amiserit, *l. sed. & si, §. vlt. inf. eod.* Verum huic rei in hac lege 7. tale adhibetur temperamentum: *Quamuis sit,*

A *inquit Pomponius, quod ei imputetur, quod non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.* Vbi, *quamuis*, non aduersatur, sed rem temperat: & quasi emendat, vt in *l. 2. §. incertam, inf. de Prator. stipulat. l. vbi autem §. qui vero, inf. de verb. obligat.* Et sensus hic est, vt si qui possidet litis contestatæ tempore, habuerit iustam causam litigandi, & interim sine dolo desierit possidere, excusetur. quæ excusatio in actione depositi est recipienda, *l. 1. §. est autem, inf. depos.* vt si fuerit sequester. Sequester est depositarius rei litigiosę, & si lis non sit finita, iure recusabit reddere depositum, vel etiam si res deposita non sit in promptu, vel si ei non sit facultas aperiendorum horreorum, in quibus sunt res depositę, excusabitur si res interea perierit sine dolo
B malo eius. Sed si posit ei imputari quod maluerit litigare quam restituere, damnabitur, *l. de eo §. si post, inf. eod. l. item si verberatum, §. vlt. sup. de rei vindic.* Actū est ad exhibendum de homine aduersus possessorem hominis; homo mortuus est ante sententiam sine dolo possessoris, damnabitur in id quod interest, si possit ei imputari mora. Igitur in hac lege 7. cum dixisset absoluendum esse eum, recte adiicit emendationem: *Quamuis possit ei imputari*, id est, imputabitur ei mora litis, id est, si litigauerit improbe. Rursus, si is qui possidebat litis contestatæ tempore, sine dolo rem amiserit, deinde recuperauerit ante sententiam, nihilominus recte compelletur ad restituendum, quia rem habet tempore rei iudicatæ, quod solum tempus spectatur. Quinimo si absolutus sit quod rem amisisset sine dolo, ea re post sententiam recuperata
C poterit iterari in eum actio ad exhibendum, denegata exceptione rei iudicatę, quia commutatione litis alia res est, *l. 3. cod. l. si rem meam, & l. seq. inf. de except rei indic.* Lis est res in iudicium deducta: si ergo mutetur lis, alia res est quam quæ priore iudicio iudicata fuit, & ideo non obstat exceptio rei iudicatę: Nam ea exceptio est eiusdem rei. Alia vero res est, veluti corpus de quo agitur, lis alia, *l. cum miles, sup. de alienat. iud. mut. causa.* Sed dicimus rem siue litem ἐκ [illegible], sicut in veteribus formulis. Sic in *l. defunctum, C. ad Tertyllian.* Lis autem mutatur, si sit noua causa agendi, vt ex parte rei, si sit noua possessio, ex parte actoris, si sit nouum dominium, vel noua optio serui, vt si is qui male egerat ad exhibendum, nec obtinuerat, postea actionem furti noxalem nouauerit,
D denuo experietur ad exhibendum, quasi vindicaturus ex noua causa, vel quasi acturus noxali iudicio, *l. de eo, sæpius, inf. eod.* Vbi numerantur iustæ causæ agendi ad exhibendum, quæ fuerant numeratæ in *l. 3. sup. eod.*

Ad §. Ibidem non male. & L. VIII. & IX.

7. §. *Ibidem non male Pomponius iungit, eius, qui ad exhibendum egit, vtroque tempore interfuisse oportere, rem ei restitui: hoc est, quo lis contestatur, & quo fit condemnatio, & ita Labeoni placet.*

L. 8. *Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat quominus possideret, deinde eo defuncto, heres eius possidet rem, exhibere eam cogen-*
E *dus erit. Nam si fundum, vel hominem petiero, & heres ex eadem causa possidere cœperit, restituere cogitur.*

L. 9. *Iulianus scribit: Si quis hominem, quem possidebat, occiderit, siue ad alium transtulerit possessionem, siue ita rem corruperit, ne haberi possit: ad exhibendum tenebitur, quia dolo fecit quo minus possideret. Proinde & si vinum, vel oleum, vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenetur.*

1. §. *Glans ex arbore tua in fundum meum incidit. Eam ego, immisso pecore, depasco, qua actione possum teneri? Pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, vt glandem comederet. Nam & si*

& si glans caderet, nec patieris me tollere: ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponij sententia, siue glans extet, siue consumpta sit: sed si extet, etiam interdicto de glande legenda ut mihi tertio quoque die legenda glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cauero.

2. §. Si quis rem fecit ad alium peruenire, videtur dolo fecisse quo minus possideat: si modo hoc dolose fecerit.

§. 3. Sed si quis rem deteriorem exhibuerit: aeque ad exhibendum eum teneri, Sabinus ait; sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata: veluti si ex scypho massa facta sit, quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur: nam mutata forma prope interemit substantiam rei.

§. 4. Marcellus scribit, si tibi decem numismata sint sub conditione legata, & mihi decem vsusfructus pure, deinde heres pendente conditione, non exacta cautione, decem fructuario soluerit: ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecit, quo minus possideret: dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit à fructuario: effectumque, vt legare non possit. Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si conditio extiterit legati. Potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum, &, si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. Si tamen ignarus legati tui, à fructuario satis non exegit: dicit Marcellus, cessare ad exhibendum: scilicet quia nullus dolus est: succurrendum tamen legatario, in factum aduersus fructuarium actione, ait.

HIc ostenditur hanc actionem non dari nisi ei cuius intersit ex superioribus causis tam rei vindicatae quam litis contestatę tempore, quod sit vindicaturus, interdicturus, optaturus & acturus noxali iudicio, & eius intersit vtroque tempore, & quo lis contestatur, & quo fiet condemnatio. Igitur si actoris desierit interesse post litem contestatam vt si res perierit, consumitur actio ad exhibendum, quia pendente iudicio desiit eius interesse, & necesse est vt vtroque tempore intersit, & causa agendi tota lite perduret vsque ad sententiam: nam & tota lis formatur ex persona rei, id est, sententia definitiua. Cui sententiae Accurs. opponit *l. qui autem §. vlt. sup. si quis caut.* & alias multas quae non sunt de actione ad exhibendum, sed de aliis diuersi generis, puta de his quae formantur ex persona rei, & ideo vtiles sunt & perseuerant, etsi actoris desierit interesse. Illud notandum est, hac actione teneri non tantum eum qui possidet, sed etiam eum qui dolo desiit possidere, dolus pro possessore est, *l. 5. C. ad exhibend. l. 9. h. t.* vt si hominem occiderit, vel si rem corruperit, vel possessionem in alium dolo malo transtulerit, vel si vinum aut oleum effuderit: idemque dicitur semper esse verum, eum qui dolo desiit possidere, pro possessore haberi, *l. ad §. semper, de reg. iuris,* estque locus in rei vindicatione, in petitione hereditatis, in noxalibus actionibus, in interdicto de tabulis exhibendis, in liberis exhibendis: & quorum bonorum, & quod legatorum, & ne quid in loco publico. Et in *l. cum seruus, inf. eod.* dominus non tenetur ad exhibendum re amissa dolo serui: quod ita explicandum est, si seruus rem teneat, dominus tenetur ad exhibendum, quia ipse dominus videtur tenere. sed si dolo malo seruus desiit rem tenere, ignorante domino, seruus non tenetur, quia non est cum seruo actio: dominus non tenetur, quia dolo caret, & non tenetur ex delicto serui, nisi noxali iudicio. Haec autem actio ad exhib. non est noxalis. Sed tenebitur noxali actione furti, si furandi animo seruus rem non amiserit, vel actione de dolo, *l. si quis adfirmabit §. vlt. inf. de dolo,* est etiam aliud exemplum de eo qui dolo desiit possidere, *l. 9. hoc tit.* de glande caduca, id est, quae ex arbore tua decidit in agrum meum. aut glans extat, aut non: extante teneor ad exhibendum, vt patiar te glandem tollere, vt dixi in *l. 5. sup. eod.* teneor etiam interdicto de glande legenda, vt tibi tertio quoque die glandis legendae facultas sit; sed debes cauere de damno infecto, in eo & de damno iam facto, sicut diximus in simili specie in *d. l. 5.* & illud interdictum de glande legenda est accommodatum ad legem 12. tabul. quae vult vt glandem caducam legere liceat: praeterea proposuit interdictum, quo tantum intra triduum est agendum: glans accipitur pro omni fructu. Frontinus ait esse controuersiam de fructibus arborum, quoties inclinatae in alterutrum fundum fructum iactauerint. Quod si sit consumpta glans, si sit consumpta dolo malo meo, vt dolo immisso pecore, vt eam depasceret? teneor ad exhibendum: quia videor adhuc possidere: sed quid si dolo careo? fieri enim potest vt culpa pecus pascuerit glandem: tunc teneor actione in factum vtili legis Aquiliae *l. qui seruandorum §. vlt. inf. de praescript. verb. l. vlt. C. ad leg. Aquil.* Si dolo consumpta sit, teneor ad exhibendum: & haec est summa legis 9. §. *vlt. hoc tit.* & sic exposui legem 7. & 8. & nonae initium cum § 1.

§. *Si quis rem, &* §. *Marcellus* exposui in *l. 3. §. interdum sup. eod.* his quae diximus, nempe eum teneri actione ad exhibendum qui dolo desiit possidere, addendum exemplum ex *l. si vni nummos, inf. eod.*

Ad §. Quantum autem l. 9.

5. Quantum ad hanc actionem attinet, exhibere est in eadem causa praestare, in qua fuit, cum iudicium acciperetur: vt quis copiam rei habens possit exequi actione, quam destinauit in nulla casu: quam intendit, laesa: quamuis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.

6. Proinde si post litem contestatam vsucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse cum petitor intentionem suam perdiderit: & ideo absolui eum non oportere: nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere: ita vt fructus secundum legem aestimentur.

7. Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur: Sabinus putauit: partum quoque restituendum: siue praegnans fuerit mulier, siue postea conceperit. quam sententiam & Pomponius probat.

8. Praeterea vtilitates, si quae amissae sunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, aestimandae à iudice sunt: & ideo Neratius ait, vtilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: quae vtilitas, inquit, interdum minoris erit, quam res erit.

OStenditur, qualiter exhibendi verbum accipiatur, quod iam saepe diximus supra tantum posse, quantum restituendi in hac actione, cum scilicet alias minus possit. Et ideo ait, *Quantum ad hanc actionem attinet*: restituere est possessorem facere. in hoc quoque iudicio ad exhibendum reus sic debet exhibere, si postea nolit contendere directo iudicio, vt actor possessionem habeat, *l. 5. §. inde Iulianus, sup eod.* & apprehendendae possessionis facultatem habeat. restitutionis verbo continetur etiam, vt praestetur vsucapionis causa: & vt praestentur fructus, *l. 35. inf. de verb. signif.* Est enim restitutio non tantum corporis, sed etiam iuris, id est, oportet ius rei restitui, non rem tantum, *l. vlt. in fine eod.* sicut & possessio, *l. possessio quoque § vlt. inf. de acquir. possess.* Idem continetur actione ad exhibendum, id est, vt praestetur causa vsucapionis. Finge: res de qua exhibenda agitur, vsucapta est post litem contestatam. litis contestatione non interrumpitur vsucapio, *l si post. sup de rei vindicat. l. 2. inf. pro don l. 2. §. 1. inf. pro empt.* licet diuersum sit in longi temporis praescriptione quae interrumpitur litis contestatione: imo & datione libelli. Sic igitur pono, rem fuisse vsucaptam post litem contestatam. in hac actione sunt duae quodammodo sententiae, vna quae dicitur arbitrium, altera quae est definitiua

sententia: Nam primum iubet iudex vt reus absoluatur definitiua sententia: si non pareat, condemnatur in id quod interest. Finge, paret arbitrio: nam exhibet rem statim, sed vsucaptam, an absoluetur? minime: quia debet etiam præstare vsucapionis causam, id est, non absoluitur, nisi paratus sit suscipere directam actionem, id est, vindicationem die repetita, id est, retrorsum, ex eo tempore quo res nondum erat vsucapta, quod Græci dicunt ἀρχέτυπον: Nam si spectatur præsens tempus, res non potest vindicari, quia extincta est vindicatio vsucapione, & non videtur exhiberi quod vindicari non potest, aut frustra exhibetur, sed præstabit vsucapionis causam, id est, patietur vindicationem perinde, ac si res vsucapta non esset. fructus quoque veniunt ex tempore litis contestatæ §. *si ad exhibendum, Instit. de offic. iudic.* & secundum legem æstimabuntur vt hic dicitur. legem cum dicimus, legem 12. tabul. intelligimus. Ex hac lege 12. tab. est tam actio ad exhibendum quam in rem. Præterea ex 12. tabul. in his actionibus non tantum rei, sed etiam fructus exhibitio fit, quod Caius indicat qui lib. sexto ad leges 12. tab. disputat de ea exhibitione, *l. videamus inf. de vsur.* Vlpianus in *l. Iulianus* §. *idem Iulianus, sup. de rei vindic.* ait, in rei vindicatione non tantum fructum, sed etiam omnem causam præstandam esse, non tantum fructum, quamuis scilicet lex 12. tabul. tantum fructuum mentionem fecerit: æstimantur fructus ex die litis contestatæ lege 12. tab. in duplum: verba legis hæc sunt; *Si vindiciam falsam tulit, fructus duplione damnum decidito*, vt inquit Festus. Et de hac æstimatione fructuum in duplum est lex 1. *Cod. Theodos. de fructibus & litium expensis*, & lex 1. *Cod. Theodos. de vsuris rei iud.* & est locus vnus in Sent. Pauli *lib. 5. tit. 9.* & in epistola Ambrosij 24. & hoc loco sentit de hoc fructuum duplione, sicut in *l. 6. §. vlt. inf. mand. l. rescriptum* §. 1. *de distract. pign. inf.* Maiores fructus appellat duplos fructus qui veniunt in vindicatione. Est alius locus in *l. 6.* §. 1. *sup. de negot. gest.* vbi etiam loquitur de vindicatione fundi, & de eo qui ampliores fructus quam oportuit, consequutus fuerat: *Ampliores*, id est, triplos. In actionibus autem personalibus receptum est etiam fructus venire, *l. 2. inf. de vsur. l. cum fundus, in pr. inf. de reb. cred.* & ait receptum est, quasi id non lege obtinuerit in actionibus personalibus, sed auctoritate prudentum. At præter fructus, vt in rei vindicatione, sic etiam in actione ad exhibendum debet restitui partus ancillæ, siue prægnans fuerit tempore litis contestatæ, siue post concepit: Et generaliter, venit omnis vtilitas actoris, quam amisit, re non exhibita, aut tardius exhibita. Et ideo non æstimatur res, sed vtilitas, quæ plerumque pretium rei egreditur, *l. 1. in pr. de action. empt.* & interdum minoris est quam res hac *l. 9. in fine*, qui locus est singularis, quod addendum est ad *l. 1.* vtilitatem vocat id quod interest. & si quæras, quid sit, dicam nihil aliud esse quam vtilitatem, quam amisimus aduersarij facto, & apperte definit hic, aliud esse rem, aliud vtilitatem, & hoc iudicio non æstimari rem, sed vtilitatem: & vsque adeo verum est, vtilitatem solam spectari, vt si res maneat, vtilitas cessauerit rei iudicatæ tempore, id est, si desierit interesse, consummatur actio, *l. 7. §. vlt. sup. eod.* Venire in actionem hanc vtilitatem dicitur in *l. 10. hic* si reus improbe litigauerit, si traxerit exhibitionem, quod significat lex *de eo*, §. *si post, inf. eod.* vt si interim dum reus in lite moratur & frustratur, exierit dies optionis intra quẽ actor seruũ optare debuit, qui ob id agebat de exhibenda familia, & amiserit actor vindicationem, quia non potest optare post diem, sicut si res fuisset vsucapta interim, amisisset vindicationem. sed sicut restituitur vindicationis causa, etiam repetita die licebit ei optare & vindicare, & vindicationem patietur reus velit nolit, quoniam hæc vtilitas præstanda est. Venit etiam in hoc iudicium hereditas amissa ob non exhibitum seruum: vt si seruus interierit, antequam actor iubeat eum adire hereditatem seruo delatam, *l. 11. in pr. hoc tit.* an etiam si res fuerit deterior facta, eius damni ratio habebitur, vt si seruus elu scatus sit? & constat hæc etiam venire in hoc iudicium, si reus cedat possessionem serui nolens contendere de dominio directo iudicio, *l. non solum, sup. de rei vindicat.* Sed si sit paratus contendere principali iudicio, si exhibeat seruum deteriorem, absoluetur hoc iudicio, quoniam hæc exhibitio non impedit vindicationem, sicut si exhiberet rem vsucaptam, vel post diem optionis: ergo recte videtur exhibere, & absoluetur, quod diximus in *l. 3. §. interdum, sup. eod.* sed habebitur ratio damni iudicio legis Aquiliæ, l. 17. h. tit. vel actione in factum accommodata huic actioni, l. *exhibitionis C. eod.* Post hæc in §. 1. leg. 11. ostenditur, quo loco res sit exhibenda & cuius sumptibus, cuiusve periculo, quod etiam seruatur in rei vindicatione, & in actione depositi, *l. si res & duabus seq. sup. de rei vindicat, l. si in Asia* §. 1. *inf. depos.* vt scilicet exhibeatur res vbi agitur, cuius sumptibus periculo & sumptibus rei, si rem dolo malo in alium locum transtulerit; sed si dolo caret reus, id est, si rem non auertit, exhibetur res periculo & sumptibus actoris, vel vt ait hoc loco, perferetur, & perducetur. Perferre refertur ad inanimata, perducere ad animata, *l. 1. sup. si quis ius dic. l. habere inf. de euiction.* sicut est etiam differentia inter ferre & agere, *l. ferri, inf. de verb. signif.* idemque definit Ammonius de similibus & differentibus dictionibus: ἄγειν καὶ φέρειν διαφέρει. ἄγεται μὲν τὰ ἔμψυχα, φέρεται δὲ τὰ ἄψυχα.

Sumptus autem accipimus quos dicimus actorem agnoscere pro viatico, id est, pro sumptibus itineris, vel nauigationis, vel transuectionis: veteres omnes sumptus reus agnoscit, seruum pascit, interim vestit, curat ægrotum, si solebat ipse pascere, vestire, curare. Sed aliud erit si ipse seruus solebat se exhibere, id est, alere, vestire, curare ex suis operis, & arte: Nam si nunc vacet ab opere, propterea quod deductus est in iudicium, & depositus apud officium & apparitorem. *l. 7. §. vlt. sup. qui satisd. cog.* hoc casu actor illi præstabit cibaria, per quem fit, vt vacet seruus, quia etiam hodie testibus qui euocantur ab actore, actor præstat cibaria. Sed si ipse dominus solebat seruum pascere, eo deposito apud officium pendente lite præstabit cibaria: differentiam facit inter pascere & cibaria præstare: pascimus eum qui est circa nos, cibaria præstamus ei qui est apud alios. Cato cum interrogaretur quis esset quæstus certissimus: respondit esse certissimum quæstum ex pascuis, & ex seruis qui acquirunt domino: in quo loco pascere refertur ad pascua, vestire ad seruos. In §. 1. legis 12. ait, *Etiam filiumfamilias hac actione teneri.* Si quid possideat filiusfamilias, pater tenetur ad exhibendum, quia possidet per filium. An etiam filius tenetur? sic sane: quia etsi non possideat, tamen est ei facultas exhibendi. Et ideo vterque tenetur, vnus quia possidet, alter quia habet facultatem exhibendi. non idem in seruo, *l. cum seruus, inf. eod.* cum seruo non est actio: Ex §. *si quis*, notandum est, eum mihi teneri ad exhibendum qui ex vuis meis mala fide mustum fecit, vel ex oliuis oleum, aut ex lana vestimentum: & tenetur vtriusque nomine, id est, materiæ & speciei, quia quod ex re mea fit, verius est meum esse. Sed hoc non est verum perpetuo, quod ait *verius est*, significat rem fuisse controuersam inter Proculianos & Sabinianos, *l. 7. §. cum qui ex aliena, D. de adquir. rer. domi.* Et Paulus Sabinianos sequitur, si mala fide fecerit, qui dicebant, omne quod ex re nostra fiebat, nostrum esse, Proculianos sequitur si bona fide fecerit: Nam species facta non est eius, cuius fuit materia. Et sic intelligenda est lex *sed si ex meis, inf. de acq. rer. dom.*

§. *Si post iudicium interpretatus sum, cum l. 5. sup. eod.*

Ad §. vltim.

§. 6. *Heres, non quasi heres, sed suo nomine hac actione vti potest. Item heres possessoris suo nomine tenetur. Igitur non procedit quærere, an heredi, & in heredem danda sit. Pla-*

ne ex dolo defuncti danda est in heredem hac actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit: veluti quod pretium rei consecutus sit.

IN §. vltimo ostendit, hanc actionem dari heredi, & in heredem, non nomine hereditario, sed suo, vt datur heredi, quia est vindicaturus. Datur in heredem, quia possidet: nam si non possideat, absoluitur. Itaque datur in heredem non quasi heredem, sed quasi possessorem. Vno tamen casu datur in heredem nomine hereditario, vt si defunctus dolo desierit possidere, & ex eo locupletior sit facta hereditas: vt si vendiderit rem dolo malo, & pretium peruenerit ad heredem, tenebitur ex dolo defuncti, quod sit in rem scripta, *l. si in rem actum sit, sup. de rei vindic.*

Ad L. XV. Thesaurus.

Thesaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere, cum eum loco non moueris: furti quidem, aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait: quia neque possideres eum, neque dolo feceris, quo minus possideres, vt pote cum fieri possit, vt nescias eum thesaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum, iuranti mihi non calumniæ causa id postulare, vel interdictum, vel iudicium ita dari, vt, si per me non steterit, quo minus damni infecti ibi operis nomine caueatur, non vim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem. Quod si etiam furtiuus iste thesaurus est, etiam furti agi potest.

HÆc est species l. 15. Thesaurus meus est in tuo fundo: ego volo illum effodere & tollere, tu non permittis, an tenearis furti nomine? Minime: quia non contrectasti thesaurum. non teneris etiam ad exhibendum, quia non possides, cum deficiat animus possidendi thesaurum quem nescis vbi sit, quemque nunquam apprehendisti, & non desiisti possidere: & facultatem exhibendi non habes, quia nescis vbi sit, quæ ergo actio dabitur? Lex ait, mihi dari speciale interdictum: *Ne mihi fiat vis in alieno meum thesaurum effodere volenti.* & dabitur hoc interdictum vel iudicium, scilicet extraordinarium ad exemplum interdicti huius. Notandum est, hoc nouum genus interdicti, quo priusquam vtar, debeo iurare de calumnia, id est, me non calumniandi animo hoc postulare, & notanda causa iurandi de calumnia, *l. vlt. quemadmod. testam. aperiam.* & debeo cauere damni infecti. ita si cauero, Prætor dabit mihi hoc interdictum, vel dabitur iudicium extraordinarium, sicut hodie solent non interdicta dari, sed iudicia extraordinaria.

Ad L. XVIII. Solutione chirographo.

Solutione chirographo inani facto, & pignoribus liberatis, nihilominus creditor, vt instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio, quam debitore, exhibeantur, agere potest.

NOtanda sunt hæc verba, *nihilominus creditor*, species hæc est: Soluta est pecunia creditori, inane est chirographum. creditor nihilominus aget de exhibendo chirographo inani, etiamsi alius possideat, quam debitor. potest dici interesse creditoris, chirographum exhiberi vt probabilius dicit Accurs. ex *l. qui tabulas, inf. de furt.* vt probet chirographo, si agatur condictione indebiti, pecuniam fuisse debitam, ita dices interesse creditoris. Sed dicam non omni ex causa, ex qua interest, hanc actionem dari, non datur nisi vindicaturo, interdicturo interdicto vtrubi, acturo noxali iudicio, vel optaturo, quæ cessant in Digest.

A creditore, qui non habet, vindicationem chirographi, quod est debitoris. In Basilicis aliter legitur, sic nimirum: *nihilominus debitor vt instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio quam creditore exhibeantur, agere potest.* Debitor qui soluit pecuniam debitam, agit ad exhibendum, quam vocant ἀποκαταστατικὴν ἀγωγήν, petens sibi reddi chirographum, & alia instrumenta ad contractum pertinentia. Debitor recte agit cum sit vindicaturus, & hoc esse verissimum vt intelligatis, notanda est lex *vlt. C. eod. tit.* vbi vtitur iisdem verbis.

Ad L. XIX. & XX. diximus *sup. hoc tit. ad l. 1. §. sciendum est,* Interpretatus est dominus Cuiacius Biturigibus, anno 1564.

B 

IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI
Recitationes solemnes.
AD TITVLVM I.
De rebus creditis si certum petetur, & de condictione, lib. 12. Digestor.

C

Ad L. I.

Ere est priusquam ad verborum interpretationem perueniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre.

§. 1. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit: ideo rerum creditarum titulum præmisit. Omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: Nam (vt libro primo quæstionum Celsus ait) credendi generalis appellatio est: ideoque sub hoc titulo prætor & de commodato & de pignore edixit. Nam cuicunque rei assentiamur alienam fidem D *secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu; credere dicimur.*

§. 2. Rei quoque verbum vt generale prætor elegit.

QVID hoc titulo significetur non pauci sunt qui addubitant. dicam quod verius & dilucidius videtur. Est in Cod. Theodos. tit. *si certum petetur:* & alius. *si certu petetur de suffrag.* In vno proponitur specialis certi condictio, quæ datur in eum qui suo chirographo certam se debere pecuniam cauit. In alio specialis certi condictio, quæ datur in eum qui suffragatori, si quid sua causa à principe impetrauerit, rem pecuniamve certam fide promisit, & ita in hoc tit. *si certum petetur de rebus credit.* (nam nihil refert dicas si cer- E tum petetur de rebus creditis, an vice mutata, de rebus creditis si certum petetur) proponitur certi condictio, quæ datur in eum cui res certa credita est, id est, qui rem certam debet. Non adiicitur, qua de causa: in eum agitur qui rem certam debet quacunque ex causa. Proinde generalis non specialis certi condictio est, quæ ex omni causa, ex omni obligatione competit, ex qua certum petitur, *l. certi, hoc tit.* ac qua forma conceptus est tit. *si vsusfruct. petat si ager vectigal. petatur,* eadem & hic tit. licet non sensu eodem: nam verbo petendi illis titulis vindicatio significatur. hoc tit. condictio. illis petere, est suum esse petere, hoc, dari petere. illis vindicationes quædam speciales demonstrantur, vsusfructus puta, & partis hereditatis, & agri emphyteuticarii: Hoc demonstratur condictio certi

generalis, per quam certum petitur ex omni causa. Ideoque edicto suo, quo si certum petetur aliqua ex causa condictionem daturum se Prætor pollicebatur, præposuit titulum generalem de rebus creditis: nam hæc sane verba, *si certum petetur*, edicti sunt prima verba, *de rebus creditis*, edicti titulus est. Distinxit Prætor edicta. titulis, & hæc verba de rebus creditis esse proprie titulum, quem præmisit Prætor edicto si certum petatur, Vlpianus demonstrat aperte in *l.* 1. dum è re esse ait, priusquam ad verborum interpretationem perueniat, id est, ad interpretationem verborum edicti, nempe horum, *si certum petetur*, pauca de significatione ipsius tituli referre, qui scilicet est de rebus creditis, ac mox etiam ea verba, *de rebus creditis*, monet generaliter esse accipienda. Titulus igitur de rebus creditis est generalis. si titulus, & edictum igitur: si edictum, & actio edicto proposita. Denique actio si certum petetur, id est, certi condictio generalis: nam ex omnibus contractibus competit, & ex omnibus obligationibus, *l. certi, hoc tit.* & per eam non tantum pecunia numerata petitur, sed generaliter omnia. Quodcumque certum est siue sit quantitas, puta certum rei pretium, numerus, pondus, mensura, certa species & corpus certum, id est, omnis natura & qualitas, quæ sit compertissima, quod satis liquet ex definitione certi, quæ ponitur in *l. certum, hoc tit.* itemque ex tit. *si certum petetur de suffragiis*, quo ostenditur, actione si certum petetur, non tantum pecuniam peti, sed rem quamlibet suffragatori promissam, mobilem vel immobilem, & ex *l.* 1. *sup. de interrog. in iur. faciend.* quæ tunc duntaxat interrogari ait heredes debitoris ante litem contestatam quota ex parte heredes sint, cum est actio in personam, & ita si certum petetur, id est, certi condictio: ne dum ignorat actor, qua ex parte defuncto aduersarius heres extiterit, plus petendo rem amittat, qui scilicet heredes condictione certi tenentur duntaxat pro hereditatis portione ex lege 12. tabul. *l.* 2. *C si cert. pet.* & in certi tantum condictionibus incurrit periculum plus petitionis: atque heredes ea de re interrogantur, non tantum si pecunia ab iis numerata petatur, sed etiam si species certa. Et illud procul à vero est quod Latinorum plerique, Græci omnes crediderunt, in actionem si certum pet. pecuniam tantum numeratam venire. Opinionis huius arx est in *l.* 1. *de condict. tritic.* sed quam sit procliue subruere confestim. *qui certam*, inquit, *pecuniam numeratam petit, illa actione vtitur, si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.* & inde ita colligunt: ergo actione si certum petetur aliæ res non petuntur. hoc perinde est, ac si colligeres in hunc modum, ille vultu niger est, ergo cætera non est niger. Vitiosa est vtraque collectio. Verum quod dicitur in *d. l.* 1 *eum qui certam, &c.* Hoc vt & Accursius aduertit, dicitur ex comparatione condictionis triticariæ, per quam omnes res condicuntur certæ, & incertæ, præter pecuniam numeratam, quæ petitur certi condictione, ex edicto si certum petetur, non condictione triticaria. & ratio differentiæ hęc est, quod actio si certum petetur, est stricta. seruit igitur in ea iudex scripturę contractus, & petitioni actoris, & sub formula iudicat sui arbitrii impos: condictio triticaria est arbitraria, id est, ęstimat in ea iudex arbitrio suo rem quę petitur, *l. pen. & vlt de condict. tritic. l. vinum, hoc tit.* Datur ergo condictio triticaria, eius rei quæ petitur æstimandæ causa iudicis officio. Porro æstimationem recipiunt omnes res corporales, & incorporales, præter pecuniam numeratam: nam æstimat ipsa res cæteras, non æstimatur, aut saltem nulla eget æstimatione, cum sit eius æstimatio constans & certa, *l.* 2. *de in lit. iur.* Igitur in actionem triticariam omnes res veniunt, etiam quæ in iure consistunt, vt res incorporales, & quæ pondere, numero, mensura constant: id est, pecunia numerata: hæc enim stricti actione petitur, non arbitraria. Hic igitur tandem statuamus, condictionem certi generalem esse, tum quod detur ex omnibus contractibus, tum etiam quod veniant in eam rem omnes, quarum natura vel quantitas certa est, & rursus ita ratiocinemur: Præfigitur

A huic actioni titulus generalis. ergo hæc actio est generalis & titulum quidem esse generalem probat Vlpian. hoc modo; Constat titulus verbis duobus, vtrumque est generale: ergo titulus est generalis. Ac primo quidem nemo negauerit, quin verbum *rei* sit generale: nam & latius patet quam pecuniæ, cum ea etiam complectatur quæ sunt extra computationem patrimonii nostri, quæ pecuniæ appellatio non complectitur: nam ea quidem res omnes continet quæ sunt in bonis nostris. quæ sunt extra bona nostra, pecuniæ appellatione non continentur, *l.* 5. *de ver. bor. signif.* Atque ideo prætor *rei* potius elegit quam *pecuniæ* verbum, eumque secuti nos, actionem hoc edicto propositam iudicium vocamus de re certa credita. Atque etiam rhetores. Quintil. 4. *in iudiciis priuatis de re certa*

B *credita.* & sane condictioni nescio quomodo magis conuenit rei quam pecuniæ verbum, propterea quod ea quæ sunt dominii nostri non condicimus, id est, quæ sola pecuniæ appellatione continentur, sed ea tantum condicimus, quæ sunt extra dominium nostrum, & in ius tamen vel dominium nostrum transire iustum & certum est. Alia est condictio certi, alia incerti, neutra condico rem meam: non condictione certi: est enim eius condictionis formula hæc, *si paret dare oportere:* & dare quid est? dominum facere, & cum quis dominus est, non possis amplius dominum facere, nec igitur intendit recte dominus rem suam sibi dari oportere condictione: quid enim est rem condicere, dominium petere, rei verbo dominium significatur. Dominium petitur certi non incerti condictione, *l. vbi autem §. vlt. de verbor. obligat.* Possessio petitur condictio-

C ne incerti, & si quid est aliud quod incertis adnumeretur, res cernitur, possessio non cernitur. Idcirco hæc incerta, illa certa: nam certum à cernendo Latini dixerunt, vt certamen etiam à cernendo, adeo vt certamen vocent non dimicationem tantum, sed etiam quodcunque cernitur, id est, aspicitur & sub oculos cadit. Et inde versus ille in Casina.

Nunc specimen specitur, nunc certamen cernitur.

Sed iam vnde forsan abiisse videor, nec abii tamen: nam demonstrandum erat rei verbum conuenire condictionibus magis quam pecuniæ, & demonstrari hoc non poterat, nisi vt ita dicam breui dato certamine, id est specimine condictionum omnium. Nunc igitur quod de rei, de crediti verbo altero doceamus, hoc etiam generale esse. Quid

D est credere? Fidem sequi alienam. Qui pecuniam dat mutuam, qui rem suam alteri commodat, qui pignori dat, qui deponit, fidem sequitur alienam: nam fidem habet alteri de re restituenda. credit igitur. Eadem est ratio venditoris, locatoris, emptoris, conductoris: nam sequitur alter alterius fidem; venditor, emptoris de pretio: emptor venditoris de re. Et plerumque rem venditor tradit emptori contentus sola fide emptoris de soluendo pretio. Quæ fidei interpositio statim rei traditæ dominium transfert in emptorem, etiam nullo fideiussore dato, *l. quod vendidi, de contr. empt.* Fideiussor est secundus auctor credendi, quem si non accipias ab eo cum quo negotium, contrahis, id est, si ei credas soli, hac ratione plerumque ei verecundiam fidemque obstringis magis, Liuius 33. *vult sibi quisque credi, & fides habita ipsam plerumque obligat fi-*

E *dem.* Eadem fides contractus instituit & continet omnes. Fides nihil aliud est quam creditum. ergo creditum omnis contractus, quod Vlpian. confirmat etiam auctoritate Celsi. Quid vero opus fuit auctoritate Celsi? Quid tanta diligentia in hac re probanda? quia vulgo creditum accipitur pro omni contractu, quem alienam fidem secuti instituimus. & inde *l.* 10 *de verbor. signific. sed & si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur.* augetur significatio *d. l.* 10. & 11. vt creditum accipiatur pro omni obligatione: etiamsi non sit eius fundamentum fides, id est, contractus: & omnē igitur obligationem pro contractu haberi, quamuis ex crediti causa, id est, ex contractu mutui non debeatur, vt *l. omnem, sup. de iudic. l.* 3. *§. vlt. l.* 4. & 6. *ex quibus caus. in poss. eat.* Hoc titulo

prætor non creditum accipit pro omni obligatione, sed pro omni actu & contractu, quem alienam fidem secuti instituimus. Nam sub eo Prætor inseruit iura ad varios contractus pertinentia, vt certi condictionem, quæ ex omni contractu datur, id est, certi condictionem de rebus creditis, vel quod idem est, actionem si certum petatur de rebus creditis, latius quidem patet certi condictio: Nam & de his obligationibus est, quæ non descendunt ex contractu, sed titulus tamen & contractus est de certi condictione ex contractibus, vel quasi contractibus, cuius species hæ sunt, condictio ex stipulatione, de qua in *l. si quis certum*, condictio sine causa, de qua in *l. si eum seruum*, in *l. si & me & Titium, h. t.* condictio indebiti, de qua in *l.* 1. condictio triticaria, de qua in *l. vinum*, condictio ob rem dati, de qua in *l.* 19. condictio furtiua, de qua in *l.* 4. §. *vlt.* condictio ex mutuo, de qua præcipue in hoc titulo tractatur, quod creditum proprie mutuum est vel promutuum. Ex promutuo sunt condictio indebiti, condictio ob rem dati, condictio sine casu, & condictio quidem de mutuo his tituli verbis significatur, *& de condictione*. Ac proinde his verbis de rebus creditis si certum petetur, titulus pollicetur certi condictionem generalem, quæ ex omnibus contractibus datur, quæque condicit non quantitatem tantum, sed & speciem certam. Condictio propria est appellatio actionis ex mutuo, vt est proditum initio tituli, *quibus modis re contr. oblig.* & §. *item is qui, de obligat. quæ quasi ex contractu nascuntur.* commune nomen hæc actio fecit sibi proprium. Quapropter Græci condictionem definierunt, τὸ ἀναγκαστικὸν λόγοι τῷ ὀφείλει δανείῳ. & condictio indebiti, ob rem dati sine causa, hanc eandem appellationem meruerunt, imitantur actionem mutui, ac veluti ex pro mutuo dantur, *l.* 4. §. *is quoque, de obligat. & act.* Inseruit hoc tit. prætor actionem commodati & pigneratitiam, quibus tamen in his libris separati tituli dantur, & hoc est quod ait Vlp. ideo sub hoc tit. Prætor de commodato, & de pignore edixit. ideo, quia scilicet facile hoc ferebat generalis tit. de reb. creditis, quamuis ad eos non accommodaretur actio si certum petetur, vel propter hoc vt separentur hi contractus ab aliis, ex quibus certi condictio competit, aut de commodato forte, tentemus hoc, priori enim acquiesco magis *l.* 9. *inf.* quia affine est mutuo, adeo vt permutatis vocabulis nonnunquam commodatum accipiatur pro mutuo, vt in *l.* 1 *Cod. Theodos. quod ius* &c. Mutuum pro commodato, vt *l. item legato* §. 1. *de leg.* 3. *l. quæsitum* §. *si quis, de instrum. leg.* ac sane mutuum nihil est aliud quam quasi commodatum ad abusum: commodatum quasi mutuum ad vsum. proprie mutum datur ad abusum, vt consumas quod mutuaris. commodatum ad vsum. Vnde sequuntur aliæ differentiæ; vt quod mutuum datur, ex meo fiat accipientis, vt mutuum consistat in reb⁹ quę sunt in abusu: commodatū in iis quæ sunt in vsu. Vt mutuum demus non recepturi eandem speciem, quam dedimus, sed similem commodemus accepturi eandem speciem, *l.* 2. *hoc tit.* Agrætius: *inter commodatum*, inquit, *& mutuatum non nihil distat. commodamus amico pro tempore equum, seruum, vestem, hanc ipsam rem recepturi quam dedimus*. Mutuo *damus pecuniam, triticum, vinum & similia*, quæ mutuo data recipi necesse non est. De pignore autem Prætor edixit, quoniam plerunque ob securitatem restituendæ mutuę pecuniæ traditur: in vicem crediti obligatio est arrabo emptionis, vel locationis, vel nuptiarum, obses pacis, pignus mutui. Et hac ratione etiam de iureiurando sub hoc tit. Prætor dixit, quoniam, vt plerunque dicebat Laberius, *emplastrum est æris alieni*, id est, defertur in caussis creditæ pecuniæ. Et edixisse sub hoc tit. prætorem de iureiurando titulus Codicis indicat de reb. credit. & iureiur. & 2. *Sentent. Pauli tit.* 1. Cur tamen sub eo tit. Codicis, nihil de rebus creditis agitur, sed tantum de iureiurando, dilata quæstione de reb. credit. in tit. seq. si certum petet. Prætulit religionem Codex, quam postulauere Pandectæ, honorem habuit Codex religioni, quem non habuere Pandectæ. Edixit autem sub hoc tit. Prætor de commodato, & de pignore, vt Vlpian. ait. non edixit igitur sub eo specialiter de cæteris contractibus, veluti de mandato, societate, venditione, locatione. Itaque errant vehementer qui hunc tit. generalem seu vniuersalem esse putant, id est, pertinere ad vniuersam partem Pandect. tertiam, quæ protenditur vsque ad lib. 20. Est quidem generalis vt supra exposui, sed vniuersæ partis tertiæ Pandectarum vniuersalis titulus non est.

Ad Leg. II.

Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin aut commodatum erit, aut depositum) sed idem genus: Nam si aliud genus, veluti si pro tritico vinum recipiamus: non erit mutuum.

§. 1. *Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensurave consistunt: quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie. Nam in cæteris rebus ideo in creditū ire non possum⁹, quia aliud pro alio inuito creditore non potest.*

§. 2. *Appellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit: Et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.*

Quoniam supra docuimus, creditum nomen generale esse ex *l.* 1. huic generi modo transeuntes ad *l.* 3. doceamus subesse mutuum. Atque ideo creditum esse genus, mutuum speciem, vt tandem & differentia vtriusque bene cognita concludamus. *Creditum ergo, &c.* Quid est mutuum? creditum quantitatis datæ ea lege, vt eadem ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eadem. Mutuum contractus est, §. *ius autem gentium, Institut. de iure natur.* ergo creditum. Creditum idem potest, ac contractus nomen. Possis enim mutuum definire conuentionem esse, sed proximius est contractus, vel crediti genus. Summa enim conuentionis diuisio in duo genera deducitur: aut enim conuentio omnis contractus est, aut pactum. Et rursus contractus diuiditur in nominatum & innominatum. ex nominatis mutuum est. igitur est creditum, & quantitatis creditum. Quantitatis nomine intelliguntur quæ pondere, numero, mensura constant, quibus opponi solent corpora, res, species, iura. In aliis rebus mobilibus & immobilibus, corporalibus vel incorporalibus mutuum non consistit. In his quæ pondere, numero, mensura constant, consistit: nec vagatur extra: Sunt quidem res corpore præditæ, sed nos his ita fungimur, vt non tam corpus earum spectemus, quam quantitatem. cæteræ res valent corpore certo vel incerto; certo vt Stichus, incerto, vt homo: vel intellectu, vt seruitus, possessio, nomen. Quæ pondere, numero, mensura constant, quantitate valent potius quam corpore, *l.* 1. §. *non solum, ad leg. Falcid. l. si is cui nummos, de solut.* Adiicio in definitione, *quantitatis datæ*, dare est accipientis facere, id est, dominium transferre. Itaque exigitur hoc etiam in mutuo, vt quod datur, fiat accipientis, vt igitur dominus sit qui dat: datione enim alienæ pecuniæ, non contrahitur mutuum; sed neque datione suæ pecuniæ, nisi transferendi dominij animus fuerit. quinimo datio alienæ pecuniæ, vel etiam suæ sine alienandi animo traditio est potius, quam datio. Idcirco iuris auctores belle commenti sunt, mutuum sic dici, quod de meo fiat tuum, vt in §. *appellata, & tit. quibus mod re contrahit. oblig. Instit.* quod Nonius Marcellus sequitur. *Honestius*, inquit, *mutuum est, quod sub amico affectu meum fiat tuum vsu temporis necessarij*, quæ Nonij verba mihi valde placent, quod subindicent, honestum id non esse, quod sub voraci vsura, sub auido fœnore, non sub amico affectu fit. Ego ne mutuum quidem id esse opinor: Nam vt commodatum est gratuitum, ita & mutuum sui natura. Et longe aliud est mutuum, aliud fœnus, quod vel ille Comici versus indicat.

Si mutuo non potero, certum est sumam fœnore. Atque adeo aliud est actio mutui, aliud Calendarii, *l. tutoris, §. periculo, de administrat. tut.* & sane mutui obligatio re contrahitur, Calendarii verbis. Quale enim fœnus esse arbitraris contractus genus? non mutuum, vt supra docui. non est locatio conductio, vt docui Obseruat. 11. Quid igitur? fœnus stipulatione contrahitur, nam citra stipulationem mutuatitiæ pecuniæ iure deberi non potest, neque ex pacto in continenti facto, neque ex mora, officio iudicis. Denique mutuum re contrahitur, fœnus verbis: & accedit obligationi mutui obligatio calendarij. Verum vt ad mutui originationem redeamus. Quod dicitur, mutuum sic appellari, quod de meo fiat tuum; scite dicitur magis quam vere. Iurisconsulti nostri imbuti sunt à Stoicis, & licentiores Stoici & propemodum inepti in deducendis nominum originibus. & inde Cic. *oppidum*, inquit, *vt imiter Stoicorum ineptias, quod opem daret*: & alio loco: *fundamentum iustitiæ est fides*, id *est, dictorum conuentorumque constantia, & veritas. ex quo, quamquam hoc videatur durius, audeamus tamen imitari Stoicos*, &c. Illa quoque testamenti quæ à Stoicis traditur ἐτυμολογία, est στοικωτάτη, quod sit testatio mentis. Scita enim & concinna magis quam vera: Nam certe testamentum natum est verbum, non ab origine factum duplici. atque ita mutuum si verum amamus, à mutatione nomen habet, quod mutuetur hoc genere pecunia: cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur, nec tamen eadem pecunia quæ data est, sed alia eiusdem generis, quodque consistat in his rebus quæ mutationem huiusmodi, & promiscuum vsum recipiunt. Hæc verbi origo verior quam illa, quamque illa Varronis à Siculo verbo μοῖτον ἄντιμον, quem locum vico doctissimo emendati ita, μοῖτον ἀντίμον, id est, mutuam gratiam, mutuam vicem. par pari hostimentum, facile assentior: Nam & Aesychio ἀμοιπτὸν ἴτημοι, vel potius ἀντίμοι dicuntur. Et subiicit Hesychius prouerbium Siculum quod manifesto corruptum, nec dum bene emendatum est; quodque lego: ὁ χάρις μοῖτον οἴσει χάριν, id est, *gratia mutuam elicit gratiam*. Sophocles ita, χάρις χάριν φέρει. Cæterum vt de leporis nomine idem Varro scribit, Siculi quod Roma sint orti, & mutui nomen potius inde tulerunt, quam illinc Latini. Idemque de vnciæ & nummi nomine dici potest, quod Pollux Siculum esse scribit: sed ad reliqua. adiecimus in definitione mutui. Mutuum quod datur, dari ea lege, vt par quantitas reddatur in genere, non in specie eadem. Primum enim si datur vt nihil reddatur, quod creditum insolubile Seneca vocat, mera donatio est, non mutuũ, quia mutatio non intercedit, aut reciprocatio nulli, & hac ratione proprium solent à mutuo auctores separare, vt illo *Plauti loco. Ego cum illa nolo facere mutuum, quid ita? quia proprium facio.* Proprium est quod nec in genere eodem, vel alio, nec in specie eadem vel alia reddere cogor alteri: mutuum quod reddere cogor: & inde illa Philosophorum vox, nihil esse homini proprium, quia nihil habet quod non reddi oporteat; terræ reddenda terra: & in Comœdiis illa: *nihil ne esse proprium cuiquam*. Sapiens: nihil esse homini proprium præter quod edit, quippe cum id vertat in succum & sanguinem, & id quod confert in egenos, nimirum quod aliquando & id quod egenis erogauit, & eundem succum & sanguinem, licet morte paulum eo dispolietur, recepturus sit & vitam, quod reddenda sit Diis, scilicet, qui non animaduertunt forte, vt ea probis reddatur melior, mutuam esse non propriam Ouid.

Vita data est vtenda, data est sine fœnore nobis.

Mutua, nec certo persoluenda die.

Quod ita Cic. *Natura dedit vsuram vitæ tanquam pecuniæ nulla præstituta die*: & Attius, *Nulli vita propria in vita est.* Mutuum igitur est, quod debemus reddere. sed proprie non quod debemus reddere in specie eadem, sed in genere eodem. Nam quod in specie eadem reddi oportet, vel commodatum, vel depositum, vel pignus, vel precarium est. in his contractibus interponitur fides reddendę eiusdem rei. & hoc est quod Paulus ait initio huius *l. mu-*

A *tuum &c.* Ponendum autem exemplum in his quæ pondere, numero, mensura constant, quæ solæ mutui capaces sunt. Ponamus exemplum in pecunia numerata: Mutuum damus non recepturi eandem pecuniam, sed aliam tantam, alioqui commodatum est, vel depositum, vel pignus, vel precarium. quid dico? commodatum: ergo vel precarium consistit in pecunia numerata? hoc est falsum. neutrum consistit in pecunia numerata. quid ita? commodatum est quod vtendum datur ad tempus. precarium quod vtendum datur, quandiu libuerit danti. pecuniæ vsus non est, sed abusus, *l. 5. §. 1. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum. l. sed & si possessor §. pen. de iureiur.* & vsura est humanæ cupiditatis extra naturam quæsitum nomen. Pecuniæ enim non est vsura, quod vtendo consumitur. Vti, est salua re

B vti, abuti est rem consumere & perdere; *vbi sunt quæ dedi ante?* inquit Poëta *abusa*, id est, consumpta, vt noui interpretes rectissime.

Interdum tamen pecunia quasi corpus accipitur non quasi quantitas, non vt consumatur, sed vt ea vtamur pompæ vel ostentationis causa, & hoc casu, etiam in pecunia numerata commodatum & precarium consistit, *l. si ego, hoc tit. l. 3. §. vlt. l. 4. commod.* Depositum, & pignus non est dubium etiam in pecunia consistere, quia in his contractibus res vtendæ non dantur, sed depositæ, custodiendæ, pignori datæ, possidendæ. Dos etiam consistere potest in pecunia numerata, sed tum ex ea causa idem genus redditur, non eadem species quasi ex mutuo, *l. res, de iur. dot.* quod si dos consistat in corpore, idem corpus redditur soluto matrimonio, & quain re cumque consistat, dominium

C mutat: illa quatuor negotia, commodatum, depositum, pignus, precarium, dominium non mutant, *l. 9. commod. l. cum & sortis §. vlt. de pign. act. l. licet §. rei, depos.* Excipitur pignoris genus quod olim dicebatur fiducia. Excipitur depositum datum ea lege, vt non idem, sed tantumdem reddatur, quod etiam notissimos egredi depositi terminos ait *l. Lucius, depos.* Est enim quasi promutuum: at mutuum dominium mutat, & inde nomen, & redditur ex hac causa, non eadem species, sed idem genus, id est, res eiusdem generis, eiusdem naturæ, vt est in Institut. Nec tamen hoc est satis: nam & reddi debet eadem quantitate, nec hoc satis, reddi enim debet eadem qualitate, bonitate, *l. 3 hoc tit. l. 1. §. 1. de obligat. & action.* Nec enim debet esse deteriore loco qui tibi beneficium dedit, quam si nihil dedisset. Si igitur nihil reddatur, donatio est; si idem genus red-

D datur, mutuum est: vel promutuum. si eadem species, commodatum, depositum, vel precarium. Quid si aliud genus vel alia species? permutatio est quæ cadit etiam in eas res, quæ pondere, numero, mensura constant, vt si triticum pro vino detur, nummus asper pro vetere. Permutatio est enim si reddatur alia species, vt pro Sticho Pamphilus, & ex hac causa dominium inuicem commutatur. Permutatio enim nihil aliud est, quam dominij mutatio, *l. 34. de aur. & arg. leg.* vel emptio venditio cum aliud genus datur, quod si reddatur aliud genus, & simul species eadem, locatio conductio est. redditur enim aliud genus, id est, pecunia & species eadem finita locatione. hic contractus dominium non mutat, quia vsum non rem transfert in accipientem, *l. non solet, loc.* Venditio dominium transfert se-

E cuta traditione, & recte d. l. ait, *non solet*: nam interdum dominium transfert: vt si conueniat non idem reddi, sed tantumdem, quod mutui speciem habet, *l. in naue, loc.* Est & alius casus in *l. item si pactio, §. pen. eod. tit.* sed de promutuo plenius tractemus. Promutuum est quod habet instar mutui, & consistit hoc etiam tantum in quantitatibus, refunditque genus idem non eandem speciem, vt si depono pecuniam ea lege vt non eadem reddatur, sed alia tanta, promutuum est: nam accedit ea res mutuo potius quam deposito, quando quidem solet ex causa depositi idem reddi, non tantumdem. Depositum tamen est, habens quasi mutui legem, est enim cuiusque initium spectandum, & causa, *l. 8. mand. l. 1. §. quod si rem, & §. seq. depos.* Initium autem hæc res habuit deponendi, causam in mutuo. Bene-

ficium dat qui mutuum dat, in deposito qui accepit. & hic etiam initio, qui pecuniam dedit, beneficium ab accipiente desiderabat, vt eam custodiret. erit igitur ex hac causa depositi actio. si volet qui dedit agere condictione veluti ex mutuo, non prohibebitur, sed consultius erit agere depositi, quia in condictionibus vsuræ non veniunt citra stipulationem, in iudiciis bonæ fidei vsuræ veniunt ex pacto in continenti facto, vel ex mora officio iudicis sine stipulatione, *l. Lucius, inf. depos.* & ita si in locatione id agatur, vt non idem, sed tantumdem reddatur, veluti argentum pro argento, aberrat hæc res locationis termino modoque, & vicem obtinet mutui: quod *d. l. in naue* significat, dum ait, *in creditum iri.* His enim verbis semper mutuum vel promutuum significatur, & alienatio eius rei quæ traditur, vt in *h. l. §. mutui*, & aliis plerisque. Locatio non est alienatio, & tamen erit ex hoc negotio actio locati conducti: non denegabitur etiam postulanti condictio vt supra. Et similiter si fidem habeat venditor emptori de pretio, quasi mutuum, id est promutuum est, *l. 3. §. is autem, ad Macedon.* & erit actio ex vendito hoc nomine, vel si quis malit, condictio; sed quis hoc malit? Vtilior enim est actio bonæ fidei ob vsurarum incrementum. Item si mulier in dotem dedit pecuniam, incipit ea esse quasi apud maritum, & non eadem, sed alia tanta reddenda est, *l. res, de iur. dot.* repeti tamen poterit actione de dote, quia dos potius est habens quasi mutui legem, & ita in specie *leg. ex conducto. §. item cum quidam, loc.* Si ei cui locaueras, merces vehendas certa mercede, mercedem prorogauisti, & is munere vehendi naue amissa fungi non potuit, repetes ab eo vecturam, quam prorogasti, vel actione ex locato, vel condictione quasi ex mutuo, actione ex locato, vt in *l. Sed addes § si quis cum, eod. tit. l. 9. §. imperator, eod. tit.* vel condictione non indebiti, sed sine causa, quasi ex mutuo, vt in *l. 2. de condict. sine caus.* nam omnis prorogatio promutuum est, & ita etiam appellatur in *d. §. cum quidam*, Basilica interpretantur ὡς προχρεία, corrupte apud Harmenopulum, ὡς προχρείᾳ. similiter in *d. §. si quis cum, prorogauit*, interpretantur, ὡς προχρεία δέδωκε, & eodem sensu Cæsar de bello ciuili: *publicanis imperauit sequentis anni vectigal promutuum.* quod ita paulo ante, *à publicanis sequentis anni pecuniam mutuam præcepit.* Tres sunt loci in iure in quibus hoc verbum inuenitur: vnus *in d. §. item quidam.* alter in *l. nomen §. vlt. de legat. III.* vbi his verbis, *quod promutuo acceperam*, recte adijcitur & *debueram*: nam non omne quod accipitur, pro mutuo & debetur ab eo qui accepit, vt vectura accepta pro mutuo, impleto munere vehendi non debetur, non impleto debetur. Quod mutuo accipitur semper debetur. Tertius locus in *l. Sticho §. seruus, de statulib.* de seruo qui pro conductoribus prædiorum vel villicis ponitur promutuum dedisse Titio, in antecessum forte dedisse pecuniam pro fructibus futuris, vt in *l. si tibi, C. de loc.* Ponitur aliquis prorogasse pecuniam pro colonis, & vtroque loco Græci promutuum vel prorogationem, προχρεία interpretantur. mutuum dicitur simpliciter in *l. 2. C. de frumento vrb. Constantinop.* qua ostenditur, pistoribus ex arca frumentaria nomine mutui pecuniam dari ad coemptionem frumenti, quod & ibidem Græci vocant προχρεία, nec habent aliud vocabulum quo exprimere hoc possint. Latini copiosiores: nam & prorogare dicunt, & promutuum vel promutuo dare, & in antecessum dare. & recte veteres glossæ *antecessum* προχρεία interpretantur. Condictio igitur ob rem dati est ex promutuo. quid enim est aliud quod ob rem datur quam prorogatio. Eadem est ratio condictionis sine causa. condictio quoque indebiti ex promutuo est: nam & indebiti solutio quasi mutui datio, *l. 4. §. is quoque, de obligat. & action.* nunc videamus cur mutuum & promutuum in his rebus tantum consistant, quæ pondere, &c. constant. & ratio vt intelligatur, notanda in primis regula iuris, inuito creditori aliud pro alio solui non posse, vt pro tritico vinum, pro toga stolam, pro Sticho, Mæuium. Aliud dicitur duobus modis. quid aliud est genere, aliud specie. vtroque mo-

A do aliud accipimus, cum dicimus, aliud pro alio solui non posse inuito creditori: volenti constat posse: vt fit ex causa permutationis, & ita si conuenerit pro pecunia oleum reddi, recte soluitur oleum, non aliter, *l. eo quod, C. si cert. pet. l. 10. l. 16. l. 17. C. de solut. l. 1. §. an aliud, inf. de const. pecun. l. si non Sortem §. incertum. inf. de condict. indeb. l. si ei nuptura, de iur. dot.* Nunc in cæteris rebus quæ pondere, numero, mensura non continentur, id est, in corporibus si mutuum consisteret, non posset soluere creditor debitori, quia solueret aliud pro alio: nam quod mutuum datur, reddi non debet in eadem specie, sed in alia, alioqui nulla esset mutatio, si eadem species redderetur; & mutuum à mutatione dicitur, quia res pro re datur, non poterit autem pro toga, quam accepisti mutuam (si quidem

B in his rebus mutuum admiseris) aliam togam reddere, quin aliud pro alio reddas. Aliud est, est specie alia toga, & multo minus pro toga poteris reddere iumentum, quoniam aliud est genere; magis autem est aliud, quod genere est aliud, quam quod specie: ideo in his rebus mutuum non consistit: sed in his tantum quæ pondere, numero, mensura constant, quoniam potest tanta esse earum rerum inuicem similitudo, vt non videatur alia differre ab alia, atque adeo qui pro aureis alios aureos eiusdem monetæ reddit, non videtur aliud pro alio soluere. certe aliud genere non soluit, quia quod soluit est idem genere cum eo quod accepit: soluit quidem reuera aliud specie, si corpus spectes, sed non soluit aliud specie, si quantitatem spectes: eandem enim quantitatem soluit, atque ita omnes aurei non communi tantum genere, sed etiam com-

C muni specie continentur, *l. cum Stichus, de solut.* id est, non propria, sed promiscua: parem enim vsum omnes aurei præstant, quia scilicet non corpus in eis spectatur, sed quantitas, *l. si is qui nummos, de solut.* & quantitas est qua mutuum datur non corpus. Porro par est quantitas quæ datur & quæ soluitur. ergo non soluit aliud pro alio. & hac ratione, in his tantum rebus mutuum consistit: nam res pro re redditur, nec tamen videtur aliud pro alio dari, quoniam similis est alia alii, *l. in naue, loc.* vbi similis, id est, ὁ ὁμοίως ἔχων. non ὁ ὅμοιος ἔχων. similis enim est quantitate, non corpore. alias res quæ valent corpore non poteris mutare inuicem, quin des aliud pro alio. demonstrabo & aliis exemplis. in his rebus, quæ pondere, numero, mensura constant non corpus spectari, sed quantitatem. si sti-

D puler ex fundo vini amphoras tot, non speciem, aut corpus certum stipulari videor, sed quantitatem & genus. Et ideo si natum hoc anno vinum ex eo fundo consumptum sit sine culpa promissoris, non extinguitur obligatio, & debetur quod nascetur sequenti anno: cum tamen si stipuler certum corpus, puta Stichum, & is manumittatur, vel moriatur sine culpa promissoris, quæ manumissio morti comparatur, constet extingui obligationem, nec restitui, manumisso postea seruo facto, *l. inter §. sacram, de verbor. obligat. l. si mihi alienum, inf. de solut.* & eadem ratione si corpora ex stipulatione debentur, vt Stichus & Pamphilus, & duo sint heredes stipulatoris ex æquis partibus, diuisio inter heredes non fiet numero, sed in partes, id est, singulis heredibus singulorum hominum dabimus partes: dimidia pro indiuiso, non vni Stichum, alteri Pamphilum in

E solidum: sed si quantitas ex stipulatione debetur, puta vini amphoræ 100. diuisio fiet numero, & singulis dabuntur 50. *l. cum Stichus, de solut.* Similiter si domus legetur nec vlla sit domus in hereditate, inutile legatum est, *l. si domus 71. de leg. 1. inf.* si vero nummi, licet nulli sint in hereditate, legentur, vtile est legatum, *l. 2. de legat. ij.* quia corpora nummorum non videntur legata, sed quantitas, quæ vtique aliis bonis inest. Corpora nummorum communi genere continentur, non specie, vt Pamphili, Stichi. Commune est genus, diuersa species. & ideo qui Stichum pro Pamphilo dat, dare non videtur Pamphilum, quia aliam speciem dat. Quantitas etiam specie communi continetur, *d. l. cum Stichus*, & ideo qui pro aureo dat aureum, eundem aureum, eandem speciem dare videtur, quinimo po-

tius reddere quam dare: Vtriusque enim aurei plerumque eadem est quantitas, & generaliter rerum quæ pondere numero, mensura constant natura hæc est, vt quod in eis genere est idem, & specie videatur idem, quod non ita accidit in corporibus. nam Stichus, Pamphilus genere est idem, specie non videtur idem. singula corpora propriam speciem retinent. Res quæ pondere, numero, mensura constant, propriam speciē habere non videntur, quia quantitas spectatur quæ in omnibus est eadem, non ipsum corpus, quod in omnibus non est idem. Et hoc est quod ait in §. *mutui*: *quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie*, id est, quia functione earum defungimur in genere, non in specie: nam magis, quod subintelligitur, vt Accurs. notat, ἀπλῶς accipitur. Hic igitur est sensus, fungi nos iis rebus soluendo idem genus, non eandem speciem. Hic enim est ordo & per eum significatio aperta, quia functionem recipiunt per solutionem in suo genere quam specie. Non ergo aliud genus soluimus, aliam speciem soluimus, quæ tamen & ipsa eadem propemodum videtur esse, non alia: quantitas enim est eadem, & hæc res quantitate spectatur, & valent, non corpore. non videtur ergo aliud pro alio solui: nam soluitur idem genus, vt pro tritico triticum eadem mensura, pro pecunia pecunia eodem numero, pro auro aurum eodem pondere. in aliis rebus fungimur soluendo aliam speciem, vel aliud genus: si eandem speciem, commodatum est, vel depositum, vel precarium, vel pignus, vel dos. si aliam speciem aliudue genus, est permutatio. Functio harum & illarum rerum diuersissima est. illæ quæ quantitate valent, eiusdem generis functionem & permutationem promiscuam recipiunt, *l. sed si certos, inf. de leg. 1.* & fungitur vna vice alterius. Illæ quæ corpore valent, non recipiunt eiusdem generis functionem, nisi inter volentes, sed idem genus soluitur, quod est acceptum. non ergo aliud pro alio, quod etiam non possit secundum regulam iuris nisi volenti: & hac ratione etiam in mutuo non poteris aliud genus reddendo liberari, vt si pro pecunia triticum reddas, non liberaris, quia & argentum pro auro reddi non potest, sed si dati sunt aurei, aureos reddi oportet, nec cogitur creditor eos in aliam formam accipere, *l. 99. de solut.* Sed adiicio hunc modum, si damnum aliquod passurus sit: nam si sine suo incommodo poterit in aliam formam suos nummos accipere, non est ferendus si recuset solutionem. liberatur autem debitor reddendo aureos eiusdem generis, etiamsi postea deminuta sit eorum æstimatio, & vice versa non liberatur nisi aucta æstimatione totidem aureos reddat. quot accepit *l. 2. C. de veter. numism. potest.* Et Plinius 33, *cap. 3.* quod iniquum videtur: nam quantitas mutata est. non igitur redditur eadem, imo redditur eadem, id est, eadem numero, in genere eodem, & hoc est satis, licet singulorum corporum quantitas non sit eadem solutionis, quæ contractus tempore. Quantitas duobus modis accipitur, vno quantitas vniuscuiusque nummi, altero numerus, vel pondus, vel mensura. hæc spectatur magis quam illa. ita pro vino vinum quoque redditur eadem qualitate & quantitate, licet pretium eius vel deminutum, vel auctum sit, *l. vinum, hoc tit.* Et Accurs. in *l. 3.* Plinius loquitur de asse minuto: nam libralis sextantarius factus est, id est, ex singulis libralibus seni, vt Festus interpretatur. & ita dissolutum æs alienum quinque partibus lucrifactis. Consideremus modo quæ sint verba §. *mutui*: initio proponitur regula his verbis: *mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensura constant*, quæ sola quantitate valent, *quoniam earum datione possumus in creditum ire*, id est, hoc crediti genus contrahere quod mutuum dicitur, & vt plurimum generis nomen sibi vindicat quasi proprium, *quia in genere suo functionem*, &c. id est, quia eorum solutione fungimur in genere non in specie, atque ideo non videmur aliud pro alio soluere, quia eodem modo affectum est aliud alii. & quantitas quæ redditur, datæ, dum genus redditur eodem pondere, numero, mensura. Altera regula docet in cæteris rebus mutuum consistere

A his verbis: *Nam in cæteris rebus*, &c. Vbi recte Accursius, subesse locum à consequenti destructo, consequens esse, *quia in genere suo functionem*, &c. locus à consequenti alius est κατασκευαστικός, alius ἀνασκευαστικός, & sententia Accursii hæc, ἀνασκευαστικῷ ita comprobari posse, in rebus cæteris non consistere mutuum: Si in cæteris rebus consistere posset mutuum, fungi possemus solutione earum in genere. At fungi non possumus solutione earum in genere, quia aliud pro alio solui non potest, ergo in cæteris rebus mutuum non consistit. sublato consequenti tollitur antecedens. Igitur in huius §. data regula, *mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensura constant*, &c. & subiectis quas dixi rationibus, apparet ineptos esse, qui in eo functionem, præstationem interpretantur, quique volunt hæc verba, *per solutionem*, supernatare, & simul de

B verbo *fungi* occasione capta in *l. pretia, ad leg. Falcid. l. si seruum, ad leg. Aquil. fingi* malunt, quam *fungi*, cum sit elegans locutio *pretio rerum fungi*, id est, fungi, nos pretiis, quod est pretia facere nos, siue functionem pretiorum metiri, non ex affectu per vtilitates singulorum, quin imo hæc esse aduersa pretio æstimare, & affectu æstimare, *l. 36. de bon. libert.* sed communiter ex communi iudicio populi, & æstimatione fori, & ineptus ille, qui fungi pretia interpretatur, res æstimari defunctorie. Sed transeamus modo ad quæstiones alias, quæ ad hæc instituì ab interpretibus solent. Quæritur si æstimati sunt aurei qui crediti sunt assibus vel denariis, an pro eis asses reddi possint sæpe summa aureorum quæ creditur in cautione, refertur

C ad rationem obuiam. An vero, potest nihilominus creditor in auro sibi solui iure postulare? minime, æstimatio electionem dat debitori non creditori, *l. plerumque §. vlt. de iur. dot.* igitur eo casu debitor vel aureos reddere, vel in aliis nummis non reprobis, parem quantitatem promere debet, vt si acceptis nummis aureis cautione cauerit se accepisse denarios vel contra, *l. quæ extrinsecus, de verbor. obligat.* non reprobos reddi volo: nam reprobi non liberant nisi etiam retineantur ab eo qui accipit: reddere enim debet eos si liberationem debitori obtingere nolit, non retinere vel insumere, *l. eleganter §. qui reprobos, de pigner. act.* Rursum quæritur si certum auri pondus mutuo datum sit, vtrum reddenda sit integra auri materia in massam coacta, an & pecunia numerata reddi possit? Certe constat, donato vel legato certo pondere auri, vel materiam vel æstima-

D tionem solui, non fauore donationis, vt voluit Accursius, vel fauore vltimæ voluntatis, sed quia æstimatio videtur donata, vel legata, cum non sit designatum certum corpus: at in mutuo certum corpus interuenit: datur enim certa auri materia mutuo. igitur sicut pro nummis non potest reddi aurum, ita non pro auro nummi, nisi aliud actum sit, quia aliud genus redditur: dices eandem esse quantitatem, id est, tantidem esse nummos qui redduntur quanti fuit massa: dicam non esse eandem, quia numerus pro pondere redditur, non est autem eadem quantitas numerus, & pondus. Quæritur primo an mutuum contrahatur, dato grege ad numerum, vt totidem capita reddantur eiusdem qualitatis, vel dato pane certi ponderis, vt eiusdem ponderis alius panis reddatur æque bonus, vel dato libro forte papyraceo, quo exemplo vtitur Accurs. in pondus: & pu-

E tem esse mutuum. Certe gregem Caius adnumerat his quæ numero consistunt, si modo vænierit ad numerum, *l. quod sæpe §. in his, de contrah. empt.* & si pecunia numerata accipitur nonnunquam quasi corpus, non quasi quantitas, ac tum consistit in ea commodatum, non mutuum, cur non etiam corpus poterit quasi quantitas non quasi corpus accipi, vt consistat in eo mutuum? Quid igitur impediet, vt pane dato in pondus non eatur in creditum? Appendi solet panis & libræ farris in 12. tabul. sunt panis libræ, vt farre conuenire in manum, est farreo pane, auctor Vlpian. in Fragm. & illo quoque Persii loco,

Positum est algente catino
Durum olus, & populi cribro decussa farina.

Non sunt frumenti libræ: frumentum enim admeti-

tur non appenditur, & in *l. lex Iulia §. illud, ad leg. Iul. repetund.* male pro *adprehendendum*, quod est in Florentinis, Budeus legit, *approbandum*, & id loco suo restituere oportet hoc modo: *illud quoque cauetur ne in acceptum feratur opus publicum faciendum, approbandum, frumentum publico dandum, prabendum sarta*, &c. quem ordinem confirmant quæ mox sequuntur, *perfecta, probata, præstita*, &c. Verborum igitur illorum traiectio vulgaris est bona. putem, & datione carnis, & lignorum, & piscium mutuum contrahi posse: nam & hæc appendi solent, *l. cum de lanionis in princ. de instrum. leg l. Caius, de ann. legat.* Trebellius in Claudio: *ligni quotidiani pondo mille.* & de piscibus nominatim Varro 3. de re rustica: *Hirtium Cæsari duo millia muranarum dedisse in pondus*, & Plinius *Hirrium Cæsari sex millia murenarum mutua appendisse: nam permutare quidem pretio noluisse, aliave merce.*

Ad §. Creditum.

Creditum ergo à mutuo eo differt, qua genus à specie: Nam creditum consistit extra eas res, quæ pondere, numero, mensurave continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est.

§. 1. Item mutuum non potest esse nisi proficiscatur pecunia. Creditum autem fit interdum, etiamsi nihil proficiscatur; veluti si post nuptias dos promittatur.

§. 2. In mutui autem datione oportet dominum esse dantem: nec obest quod filiusfamilias, & seruus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet nummi mei non fuerint.

§. 3. Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

CReditum definiuit *l. 1. Mutuum*, *l. 2.* ex vtriusque definitione elicitur conclusio hæc in hoc §. *creditum ergo à mutuo differt, qua genus à specie.* Creditum, quod ad tertiam partem tituli pertinet de reb. credit. si cert. pet. à mutuo, quod pertinet ad secundum, eo differt quod genus est, imutuum species. Creditum ergo genus est, mutuum species, quod & mox prolatis differentiis inter creditum & mutuum comprobat. *Creditum consistit extra eas res*, &c. creditum igitur est commodatum, depositum, pignus, & precarium, & dos, mutuum consistit in his tantum rebus quæ sub mensuram, pondus, numerumve cadunt, refunditque idem genus non eandem speciem: item mutuum non potest esse nisi pecunia proficiscatur: contrahitur enim re, id est, datione, creditum fieri potest etiamsi nihil proficiscatur, veluti (inquit) si post nuptias dos promittatur, quæ verba sunt obscura. Græci hæc verba post nuptias sic accipiunt, post nuptias, solutas post diuortium, sumpta specie ex *l. si diuortio, inf. de verb. oblig.* si post diuortium mulier, quæ nihil habet in dote, à viro stipuletur centum dotis nomine, quæ stipulatio vtilis est, & hanc interpretationem ex Latinis Ioannes sequitur, sed non congruit his verbis, si post nuptias dos promittatur: nam in ea specie dos non promittitur, sed 100. & quod additur dotis nomine, adiectio est superuacua, quia demonstratio rei satis demonstratæ frustra est vt, *l. 1. §. si quis vxori, de dot. præleg.* quæ nec in stipulatione, nec datione dotis est necessaria, *l. quia autem, de iur. dot.* Item hæc verba post nuptias nunquam sic accipiunt, post diuortium. Post nuptias dotem dari posse Paulus in sententiis ait, id est, post nuptias contractas, quæ dotis datio mera donatio non est, & post nuptias pacta dotalia licere facere, *l. 1. si pater dotem §. 1. de pact. dotal.* & eodem sensu hoc loco, post nuptias dotem promitti posse. Præterea si his verbis, id quod Græci volunt, Paulus significare voluisset, quia dare ei animus fuit, etiam nulla re interueniente creditum fieri, adiecisset profecto, si post nuptias dos promitattur quæ data non est, nec omisisset quod est præcipuum. hoc tamen ipsum omisit. Ergo illud significare noluit. Prior Accursii interpretatio est verior, si post nuptias contractas mulier marito dotem promiserat, creditum fieri, creditorem maritum fieri, etiamsi nihil dederit, feceritve vicissim. denique creditum fieri, etiamsi pecunia, vel res, vel factum nullum interuenerit, quod ita demonstro: Si initio nuptiarum dos promittatur, ne dicas creditum fieri, & nihil proficisci, cum nuptiæ proficiscantur. si ante nuptias promittatur, hæc promissio futura matrimonii tacitam conditionem habet, *l. dotis, de iur. dot.* non est igitur efficax, nisi proficiscantur nuptiæ. post nuptias si promittatur, efficax promissio est, licet tantum nuda promissio sit, quia nihil aliud proficiscitur: nec enim retrotrahitur ea promissio ad nuptiarum tempus, *l. 1. §. 1. de iure dot.* & his verbis, *post nuptias*, hoc loco significatur nihil proficisci, & creditum tantum fieri ex stipulatione, qua ex re possit videri superuacuus §. *vlt.* nisi velis, exemplo stipulationis docuisse Paulum etiam sine re creditum fieri, & post etiam subiunxisse generaliter, verbis quoque creditum fieri. & hoc quoque casu creditum fit actu. stipulatio est actus, non contractus proprie, vt mutuum, quia vtrumque negotium μονοπλευρον, id est, vt ex quo vno tantum latere nascitur obligatio, *l. Labeo, inf. de verbor. signific. §. Institut. de auctor. tut.* Crediti igitur nomine non tantum contractus continetur, sed etiam actus, quem alienam fidem secuti instituimus. Sequitur: *ad obligationem comparandam*, puta vbi ex præcedenti actu non est comparata, vt si pacto subiiciatur stipulatio; subiicitur enim, vt quia ex pacto non est comparata, comparetur ex stipulatione. Et forsitan pactio satis est causæ ne sine re possis dicere stipulationem fieri. ad confirmandam aut corroborandam obligationem stipulatio interponitur, quæ mutuo adiicitur, scilicet si id agatur, vt duo contractus sint, duo credita, *l. certi, §. quoniam inf.* alioqui vnus contractus est stipulatio, *l 3. §. vlt contra, ad Macedon. vlt de d. nouat.* videlicet si facta sit ex continenti. Sed etsi post mutui dationem ex interuallo fiat stipulatio non nouandi animo, duo contractus, sunt & superfluus non videtur posterior; Cicero in fin. orat. pro Roscio Comœdo: *qua stultitia fuit? Roscius qui ex iurisperitorum consilio, & auctoritate re stipularetur à Fannio diligenter, vt quod is exegisset à Fannio, dimidiam partem sibi dissolueret, si quidem sine cautione & repromissione nihilominus id Fannius societati deberet.* Sed non sunt propterea deridendi sapientes iuris, quod iungant plerunque cautionibus abundantes cautiones. Hoc enim faciunt, vt si qua reforsitan vitientur, & irritę fiant, hæ vel illæ supersint, quibus satis fit cautum nobis. & hoc est quod dicitur, abundantem cautionem prodesse, iuri non nocere. quod additur, *veluti stipulatione*, exempli gratia, indicat & aliis modis creditum fieri, & recte fit etiam dictione dotis & iureiurando liberti. Postrema differentia inter creditum & mutuum hæc est: Creditorem esse, etiamsi dominium non mutetur: mutuum non fieri nisi dominium mutetur; & ideo dantem dominum esse oportere, quia si non sit dominus, non poterit dominum accipientem facere. Nec obstat, quod si seruus aut filius famil. nummos peculiares crediderit, alienarit, condictionem domino adquirit in accipientem, quamuis non dominicos, sed peculiares nummos acceperit: Separata enim est ratio dominica à ratione peculiari. Videtur eos dominus, vel pater dedisse, quia voluntate eius dati sunt, cum dati sunt ab iis qui liberam habent peculii sui administrationem. Hoc enim necessario ponendum est, alioqui non alienarent, *l. 18 & 19 inf. de pignerat. act l. si quis hac lege, de rei vindicat. l. 11. §. si fugitiuus inf.* & dati tantum non sui, sed peculiares. Sed benigne receptum est, vt & hoc modo mutuum contrahatur, sicut & hoc casu, si voluntate mea suos

nummos procurator dederit: nam mihi obligatio adquiritur in accipientem, licet meos nummos non acceperit, *l. 9. §. si nummos, l. 15. inf. hoc tit.* ratio hæc est: quia iniquum erat hoc casu seruum aut filium mihi reputare nummos quos credidit, vel hoc casu debitorem forte meum qui mea voluntate pecuniam dedit alii, mihi reputare, aut non debitorem experiri in me mandati, & nullam tamen mihi esse in accipientem actionem.

Ad Leg. III.

Cum quid mutuum dederimus: etsi non cauimus vt æque bonum nobis reddatur: non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum nouum pro vete- B ***re: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum. Id autem agi intelligitur, vt eiusdem generis, & eadem bonitate soluatur, qua datum est.***

Lex secunda docuit, mutuum eodem genere reddi oportere quo datum est. hæc etiam docet, eadem bonitate reddendum, & vtrumque vel tacito intellectu agi, vt eiusdem generis eadem bonitate reddatur qua datum est. *Cum quid*, &c. ergo eiusdem naturæ, & substantiæ, id est, eiusdem generis rem reddi oportet, & eadem non quantitate tantum, sed etiam qualitate, ne loco deteriore sit qui mutuum dedit quam si non dedisset: quod & in promutuo seruatur, veluti in indebito soluto, *l. in summa §. in frumento, inf. de condict. indeb.* Sed quemadmodum si conuenerit vt aliud genus redderetur, veluti pro pecunia triticum, conuentio valet, *l. eo quod, C. si cert. pet.* ita si ex eodem genere deteriorem rem reddi conuenerit, vt vinum nouum pro vetere, vel etiam si deterius quoddam aliud genus, vt pro stanno plumbum eodem pondere, rata conuentio est. Et similiter licet tacite id agatur vt eadem quantitas reddatur, valet tamen pactum tale, vt minor reddatur, quia hæc conuentio mera est donatio, quæ ex donatione pecuniæ sumit effectum statim *l. rogasti §. 1. inf. hoc tit.* At vice versa si conuenerit vt maior quantitas reddatur, puta pro 10. 20. nulla nascitur obligatio: idemque, si vt res melior vel melius aliquod genus; proinde minui potest obligatio mutui donandi causa, quia ex datione ipsa donatio perficitur statim; augeri nulla ratione potest obligatio vsquam: nam vltro quin possit res melior vel quantitas maior reddi, non est dubium, *l si is quinegotia, §. vlt. mand.* qui pessimo frumento liberare se potuit, dat Africum, sed volenti non inuito: nam certe ne melior quidem res inuito soluitur recte, non pro vino nouo vetus, vt Accursio placet, quia nouo forsitan delectatur creditor magis, licet opinione omnium nouum sit deterius, maxime in Italia & Græcia, vt nominatim Pomponius ait, hic deteriorem rem reddi à debitore qui reddit vinum nouum pro vetere: nam & potui aptum non est, antequam imbuerit vetustatem, vt de Falerno & Surrentino, quæ duo in Italia sunt potissima, Galenus lib. de ἀντιδότοις & Athenæus lib. 1. scribunt, non esse ea vsui ante vigesimum vel trigesimum annum. & idem Athæneus in commendationem vini veteris hoc affert ex Pindaro αἴνει παλαιὸν μὲν οἶνον, ἄνθεα δ' ὕμνων νεωτέρων. Idem fere iisdem verbis scripsit Alexius, nisi quod posuit σοφὸς ἐκ, pro αἴνει vt, ἄπονον τὸ μὲν οἶνον ... σοφός ἐκ: quem locum alii interpretantur in hanc rem, si forte quæratur quid IC. tractat in *l. si quis vinum §. vlt. & trib. seqq. inf. de trit. vin. & ole. leg.* quoto anno vinum sit vetus habendum, vino forte vetere legato: nam si vinum vetus legatum sit, aut ex vsu testatoris legatum æstimari, & si non appareat quis fuerit vsus testatoris, quidve is senserit, non tantum biennii, triennii, quadriennii, vel longioris æui, sed etiam prioris omne vinum legatario deberi. denique pro vetere etiam accipi natum proximo anno. recte etiam vtrunque forsitan veteres definiuissent ex vasorum frequentiore vsu nouum quod esset in doliis, vetus quod in cados vel vrnaria, vel in amphoras diffunderetur. Nam vt veterum mo-

A rem paucis explicem, ex *l. vinum, inf. de vin. tritic. & l. 1. §. vlt. inf. de peric. & comm. rei vendit.* Vinum quod collegerant omne coniiciebant statim in dolia, non vt in iis diutius esset, sed cum deferbuisset, id forte in cados aut amphoras diffunderent. Dolia enim quotannis euacuare solebant, & inde auctoribus vinum de doho aut vinum doliare, id est, nouum. vinum amphorarium, vinum diffusum, id est, vetus vinum: vt quod in hac lege proponitur, pergamus exequi: Maxime notandum censeo quod ait, in contrahendo, quod agitur pro cauto haberi, quod non in mutui tantum contractu locum obtinet, sed & in quolibet alio contractu: Nam generalis definitio est, in contractibus non tam quæri, quod cautum est, quam quod actum sit, *l. in conuentionibus, inf. de verbor. signif.* & in stipulatione, ne quis eam separet hac in re a cæteris contractibus, idem nominatim proditum est in *l. triticum, de verb. obligat.* Verum huic regulæ opponi solet quasi contraria *l. quidquid, eod. tit. quidquid adstringendæ obligationis est*, id est, quidquid obligat promissorem, & vt Græci vertunt, τὸ συμβαλλόμενον συστάσει τῆς ἐνοχῆς, *quidquid constituit obligationem, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est, ac fere secundum promissorem interpretamur.* vt puta, stipulatus es à Titio frumentum non adiecta qualitate, tu de optimo cogitasti, ille de pessimo, non constat de quo genere frumenti sit actum, quid fiet? Pro omissa habetur adiectio optimi quam omisisti, & pessimi frumenti solutione liberabitur promissor. & hoc ipsum est quod repetitur in *l. stipulatio §. in stipulatione, eod. tit.* in stipulationibus si non appareat quid actum sit, contra stipulatorem fieri interpretationem. Ergo definitio *l.* C *quidquid* hæc est: Id quod palam verbis non exprimitur, pro cauto non habetur, nec vlla earum inter se pugna est: nam & hæc vera est, id quod agitur inter contrahentes, id est, quod volunt, sentiunt, intelligunt, quod conuenit inter vtrumque: nam tacito consensu conuenire intelliguntur, pro cauto haberi. Et illa, *id quod palam, &c.* videlicet, si de eo etiam non appareat actum esse, quod palam verbis expressum non est: nam si appareat de eo actum esse, superior est hæc regula, *id quod agitur, &c.* hoc significari putant, eandem esse vim taciti & expressi: nam poterit tacitum pro expresso haberi, nec tamen eadem erit vis taciti & expressi: vt ecce, expressa pupillaris excludit matrem, *l. precibus, de impub. & aliis substitut.* Vsusfru-D ctus si legetur, tacite donec viuat legatarius, legari intelligitur: & tamen repetitum videtur si expresse legetur quoad vixerit, *l. 2. sup. quib. mod. vsusfr. amit.* atque ita, qui dicit tacitum haberi pro expresso, non continuo etiam hoc dicit, eandem esse vim taciti & expressi: neque enim eadem est semper, quanquam in proposito facile admiserim, non esse maiorem vim expressi: puta si nominatim conuenerit, rem eiusdem generis reddi, tacite intelligemus, eadem bonitate, pondere, mensura, numero eodem, cæteroquin tacito plerumque plus pollet: expressum. est autem hæc regula, pro cauto haberi quod agitur, obseruanda perpetuo, nisi aliqua specialis vetet, vt in causa nouationis, *l. vlt. C. de nouat.* & in causa duorum reorum, vt in Nouell. 99. quæ etiam duæ constitutiones Iustiniani perduræ esse videntur. Vetant enim nos sequi voluntatem E tacitorum, & desiderant auctoritatem loquentium, quamuis res intelligatur, & sit contrahentium manifestissima voluntas: vt in verborum obligatione receptum est, non contrahi eam tacito consensu, nec præstationem inesse de qua actum est, nisi sit expresse. Ad hæc explicanda restant quæstiones duæ. Prima, an si reddatur eadem res extemplo siue ex interuallo mutuum fuisse intelligatur, & si nominatim conuenerit eandem rem reddi, an valeat conuentio, & si valet, an nihilominus mutuum conflatum intelligatur. Sunt qui dicunt re eadem reddita præsertim extemplo, id non fieri ex mutuo, sed dissolui mutui contractum, incongruenter: nam si dissoluitur, ergo ex causa quæ fuit ante & nihil vetat eodem momento contrahi & eandem rem reddi: quidni? vt Accurs.

ensuit recte initio, *l. secund. sup.* nam etsi plerumque milis, non eadem res reddatur, malit forte nonnumquam reddi debitor eandem rem. Quod si de eo conuenerit etiam nominatim, valet conuentio nihilo minus quam illa, aliud genus reddi: & quamuis ea conuentione es assumat formam commodati, erit tamen inspecto initio mutuum, non commodatum: habens in se quasi commodati legem: atque ideo non veniunt vsuræ ex mora iudicis officio, neque ex conuentione, si & de vsuris conuenerit citra stipulationem. & qui mecum vna idem illud existimauerit, velim ne offendatur eo, quod videatur conuentio illa eandem rem reddi, esse contra naturam mutui; neque enim certe est contra naturam mutui, quia palam rei vsu non interdicit: commodato si addatur quasi mutui lex, idem genus reddi, non eandem speciem, non erit ea contra naturam commodati, nec mutabit contractus nomen. Et hic annecti velim, quid sit contra naturam contractus pacisci ex libro secundo Digestorum; quod genus pactionis sane nullum est, §. *de illa Institut. de societate.* Posterior quæstio ea est quam proponit Accurs. hoc loco: si tibi oblata pecunia dixero, tolle istam pecuniam, vtrum sit mutuum, an donatio? & tentat is quidem esse mutuum ex *l. non ignorans, C. de donat.* sumpto hoc argumento: non est donatio, quia inuitus nemo donat. ergo mutuum est, falsa collectio: Nam & si mutuum non sit, possit esse aliud puta depositum, aut commodatum. hæc propositio quoque falsa, quia poterit non inuitus dixisse: Sume istam pecuniam donandi animo. & poterit etiam quis idem referre contra in hunc modum; non est mutuum, quia inuitus nemo mutuum dat. ergo donatio, idemque vitium reciproci est in ratione altera, qua tentat esse donationem, quod non sit dictum, vt esset mutuum, sed neque ducendæ coniecturæ via illa placet, quam aperit ex quantitate; vt si maior quantitas non præsumatur esse donatio: nam cum donatio liberalitas sit quæ cernitur in maiori potius, quam in minori quantitate, cur non & in maiori donationem præsumpserim, aut cur mutuum potius? Ergo respondendum est facti esse quæstionem non iuris. si actum sit vt sit mutuum, vel donatio, vel depositum vel commodatum, id haberi pro expressio, quod si non appareat, nihil actum esse, vt in *l. triticum, inf. de verb. obligat.* non ius deficere, sed probationem, aut præsumptionem ex verbis præcedentibus aut subsequentibus ductam præsumptionem.

Ad Leg. IV.

Si quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit: & inempturus prædia desideraueris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequam emisses, suscipere: atque ita creditor, qui necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt si emisses, crediti nomine obligatus esses: hoc depositum periculo eius est qui suscepit: Nam & qui rem vendendam acceperit vt pretio vteretur, periculo suo rem habebit.

PRiusquam aggrediar speciem h. l. in memoriam reducendum puto, mutuæ pecuniæ periculum, nisi aliud actum sit, ad debitorem pertinere, quia ad quem transit dominium, ad eundem redit periculum. mutui autem datione pecuniæ dominium in debitorem transit. ergo & periculum: suam cuique rem perire æquissimum est, & hoc est quod dicitur, *incendium ære alieno non liberat debitorem,* id est, etiamsi incendio amiserit debitor pecuniam creditam, aut bona sua omnia, non ideo minus tenetur: perit enim debitori pecunia quasi domino, non creditori, eademque ratione pecuniæ aut rei depositæ periculum pertinet ad depositorem, non ad depositarium, quia depositor pecuniæ dominus, atque etiam possessor manet, si mo-

A do non perierit res depositarij dolo aut lata culpa. Vtrobique igitur eadem ratio facit in mutuo vt periculum sit accipientis, non dantis, in deposito vt sit dantis, non accipientis: quam contractuum differentiam Stephanus Græcus interpres demonstrat hac diuisione, alia esse συναλλάγματα σαθρὰ, alia ἰσχυρὰ, alios contractus, vt ita dicam, periculosos, alios validiores, & validiores quidem eos ex quib. certum est omnino debitum iri, vt mutuum, quod nulla clades, nullum infortunium, nulla calamitas infirmare mutui obligationem potest, sola lex hoc potest, veluti nouarum tabularum, aut voluntas creditoris. & solutio debitoris: σαθρὰ ex quibus certum non est debitum iri, vt depositum, ex quo si res perierit casu maiore, aut etiam culpa depositarij, nil debebitur. His etiam annumeratur mutuum conditionale, quia certum non est debitu iri, *l.* 10. B *h. t.* si enim defecerit conditio, nil debebitur ex mutuo: vt si forte deposita sit pecunia pure, credita sub conditione quæ perierit ante conditionem, si quidem creditor deponendi & credendi auctor fuerit, neque vt deposita, neque vt mutua debebitur. & hoc etiam non omittendum videtur, vt explicem aptius antequam speciem ponam, si permissu meo deposita pecunia depositarius vtatur, vtrum sit depositum an mutuum, quod magni interest scire, propterea quod in deposito veniunt vsuræ ex mora, officio iudicis, atque etiam ante moram ex pacto facto in continenti, quæ non veniunt in mutuo citra stipulationem: & in hac quæstione intuendum diligenter quemadmodum, & à quibus res gesta sit omnis: nam si neque te rogante mutuam pecuniam, neque me offerente, vel solito fœnerari, C deposui apud te pecuniam addita lege, vt pecunia deposita liceat vti tibi, vel tacite hoc modo, vt tantumdem redderes depositum est, & debentur vsuræ ex pacto vel mora, *l. Lucius & seq. §. vlt. l. Publia, §. 1. l. si sacculum §. 1. depos.* quia tamen ea lex ad mutuum accedit, periculum erit depositarij, non depositoris, quoniam id agi intelligitur, atque ita partem capiet hic contractus ex deposito, partem ex mutuo. Sed si te rogante, aut me offerente pecuniam mutuam & solito fœnerari, ego eam pecuniam deposui apud te, & permisi tibi vti mutuæ nomine: distinguendum est hoc modo: aut ab initio tibi permisi, aut postea. Si postea, statim & antequam pecuniam attigeris, depositum esse desinit, & incipit esse mutuum, quia statim mutatur possessionis causa. Cæterum non possidebas quidem D tu, sed eras in possessione corporaliter, nunc incipis possidere animo & opinione domini, *l. 9. §. vlt. h. tit.* neque corpore nudo poteras adquirere possessionem, neque animo solo, nunc corpori accedit animus. Possessionem igitur adquirit simul & dominium, atque ideo etiam periculum, quod tuum non erat ante, nunc incipit esse tuum. neque vero exigitur vt re posita in conspectu tibi permittatur ea vti. Satis enim est quod ea res apud te est. nec moueor *l. eius rei & seq. sup. de rei vindic.* quæ rei dominium aiunt transire ad eum cum quo actum est in rem, statim atque litis æstimationem præstiterit, si modo res præsens sit. Nec enim his verbis si res præsens sit, vt sit in conspectu, sed vt sit in potestate res, vt possideatur à reo. Nil etiam moueor *l. quod meo §. si venditorem, inf. de adquir. possess.* nam de eo loquor qui rē tenet, ibi rem non tenebatis quem ait ocu- E lis possessionem adquirere: manibus, vel pedibus, vel oculis adquiritur ab eo qui rem non tenet, adhibito animo, affectione, voluntate possidendi. Ab eo qui rem tenet adquiritur etiam statim nuda domini voluntate, licet neque rem cernat, neque pedib⁹ attingat, neq; manibus. Sed transeamus ad alteram distinctionis partē: Si non postea, sed ab initio cum deponerē, tibi vti permisero si voles mutuæ nomine, interim est depositū, non est mutuum, quia mutuo conditio hæc est apposita, *si voles.* igitur ante conditionem. i. antequam volueris & attigeris, non est vere mutuum, *l.* 10. *hoc t.* quia certum non est debitu iri. ex mutuo puro debitu iri certum est, ex conditionali non item, hoc periculosius est, illud firmius, validiusque. Itaque re ita gesta depono hanc pecuniā apud te, vt tamē quādoque vtare ea si

voles quasi credita. Vere dicam, duos esse contractus, depositum purum quod resoluitur sub conditione, si is qui suscepit, voluerit esse mutuum, & mutuum conditionale, at vero vtrumque dicam esse periculosum. mutuum omnino: quod quæ pendent ex conditione, lubrica & periculosa sunt. depositum non omnino: quod vt liqueat, ponam speciem *h. l.* Finge, cum esses prædia empturus, rogasti me mutuam pecuniam: sed eam accipere noluisti, antequam emisses. Ego ne tibi deessem, cum mihi per negotia non liceret expectare dum emisses, coactus proficisci, deposui eam apud te, vt cum emisses vteris ea quasi credita. Depositum est purum, mutuum conditionale, si emisses & si voluisses vti. Interim res periit, antequam vtereris, vigente adhuc deposito. Quæritur tibi perierit an mihi? & respondet. Vlp. hoc depositum periculo depositarii esse, & recte hoc: quia regulariter depositum est periculo domini; in quo sc. nulla vtilitas depositarii vertitur, sed hoc de quo agitur, quod sc. prope mutuum accedit, quod immixtam habet mutui causam, quod fit depositarii gratia: vt quandoque deposita pecunia vtatur quasi credita, hoc inquam depositum est periculo depositarii. deponendi causa est mutuum, quod rogauit, hæc facit periculum depositarii, etiamsi nondum pecunia dum periit, transierit in mutui causam, vel obligationem, & periculum quidem, vt in mutuo, omne etiam incendii & fortuiti casus, vt Ioannes sensit recte. Nam & plerumque periculum de casu fortuito dicitur, sed & complectitur omne pereundi genus, & inde nomen, nimirum à pereundo periculum. & non absimili allusione in *l. itaque, de furt.* qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est, siue igitur latrocinio pecunia perierit, siue furto, depositario perierit. Latrocinium est casus fortuitus, quia vis maior est, quæ repelli aut prouideri vix potest; furtum culpæ adscribitur, *l. cum duob. §. damna, pro soc. l. 4. sup. naut. caup. stab.* nam diligentissimo patrisfam. nunquam quidquam furto subripitur, vt non absque ratione etiam hodie quibusdam regionibus, quibus si non est, fuerit forsitan olim gens ignaua & desidiosa, domino rei furtiuæ condictio non fit, sed cadit in publicum. domini enim negligentia re plectitur, furis maleficium corporali pœna: Vt autem in specie proposita depositum periculo eius sit qui suscepit, exigit Vlpian. vt qui dedit, nec causam, neq; propositum habuerit fœnerandi, & consequenter nec deponendi. nec fœnerandi causa propositum, vt si non fuerit rogatus hac voluntate vt pecuniam fœnori occuparet. causam, vt si non fuerit abundans pecuniarum, vel si non huius instituti vt soleat fœnerari, veluti mensarius quidam: nam si ipse auctor fuerit fœnerandi, atque ita pecuniam deposuerit apud te, vt cum vsus esset mea, vterere quasi credita sub vsuris, quia hoc casu vtilitas eius principaliter vertitur, depositum periculo eius est, non depositarii, quod liquido comprobatur ex comparatione alterius casus, quem facit Vlp. his verbis: *Nam & qui vtendam,* &c. nec enim hoc est indistincte verum, sed ita verum si is qui rem vendendam accepit vt pretio vteretur mutui nomine, periculo suo rem habebit, si ipse rogauerit me pecuniam mutuam, cum ego vendendæ rei animum non haberem: nam si rem venalem habuerim, res mihi certe, non illi peribit, *l. 11. hoc tit.* quæ distinctio valet in hoc casu, valet & illo cum quo comparatur. Et latior quidem explicatio *l. 11.* hæc est: Rogasti me mutuam pecuniam, ego cum mutuam non haberem in manu, dedi tibi lancem argenteam, id est, scutellam, inquit Accurs. vellem dixisset, discum, Gallice *vnplat,* à Græco *πλάστιγξ* Dedi, inquam, tibi lancem, vt eam venderes, & pecunia redacta vtereris crediti nomine. *Si vendideris*, inquit, Vlp. *puto pecuniam mutuam factam, si vendideris*, addendum ex *l. rogasti, inf. de præscript. verb.* ac nummos acceperis & retinueris in mutui causam: nam si non vendideris, vel si vendideris, pecuniam autem non acceperis mutuam, non est mutuum, sed est alius quidam contractus sine nomine, ex quo dabitur actio præscript. verb. *quasi,* inquit, *negotio quodam gesto proprij contractus.* non est igitur mutuum

A vel negotium proprio aliquo nomine præditum, sed r gotium quoddam, id est, sui cuiusdam generis, quod n magis concipi quam exprimi potest nomine carens. Se vendideris, & pecuniam acceperis vtendi causa, *puto,* i quit, Vlpianus, *mutuam pecuniam factam.* Opinio hæc e non sententia Vlpiani qui putare se dicit, non scire: na res non caret dubitatione, quandoquidem hoc genere al tes mutua fit quam quæ data est, & mutuum fit pacto, n re, & quæ mutua fuit pecunia nunquam fuit dantis, q ratione etiam Africanus negabat mutuam pecuniam fier *l. qui negotia, inf. mand.* & tamen quia id dum agitur mutua fiat, & hoc tacite agitur vt periculo sit accipienti quod pacto fieri potest. tacite quod actum est, valebit ex pressum, quod cautum est, non valebit: qua de discordi

B Vlp. & Africani, memini me scribere 8. obseruationum Constat vero periculum pecuniæ pertinere ad eum qu rem vendendam accipit, de rei periculo nihil Africanu scripsit, si antequam venderet res perierit, quod hic Vlp explicat hac distinctione, vt si rem vænalem habui, si eram venditurus etiam si me non rogasses mutuam pecuniam, & perierit sine tua culpa, id est; casu fortuito, vt Ioannes interpretatur recte, sane mihi perit, quemadmodum si ali vendendam dedissem, maxime inæstimatam, non vsuro pecunia ex venditione redacta, sed si non fui hoc proposito vt venderem, sed hæc causa fuit vænum exponendæ rei v tu pecunia vtereris quasi mutua, tibi peribit, maxime si sine vsuris credidero: nam si sub vsuris, quia in hoc negotio vtriusque vtilitas vertitur, me potius damnum fatale con tinget.

C

Ad §. Res pignori.

Res pignori data, pecunia soluta condici potest: & fructus ex iniusta causa percepti, condicendi sunt. Nam & si colonus post lustrum complectum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate domini, proculdubio cessat condictio.

§. Ea quæ vi fluminum importata sunt, condici possunt.

REgula iuris est: Neminem rem suam condicere, nisi furi, cuius ratio hæc, quia formula condictionis hęc est, *Si paret dare oportere,* & dare est dominium facere. at res quæ iam est mea, magis mea fieri non potest, *l. & ad*

D *eandem §. pen. inf. de except. rei iudic.* igitur recte non ago rem meam mihi dari oportere, sicut recte etiam non stipulor rem meam mihi dari oportere, tradi, reddi, restitui, vt stipulor, ita ago recte, veluti ex stipulatu, si stipulatus sim rem meam mihi tradi, vel depositi, vel commodati vel pigneratitia actione: iis enim actionibus possessionem naturalem reuoco, *l. videamus 2. §. si possessionem, inf. de vsur.* Pigneratitia, possessionem naturalem in qua est creditor: Depositi vel commodati, possessionem naturalem in qua est depositarius vel commodatarius. denique non dari mihi iis actionibus intendo, sed reddi, Cur autem receptum est vt furi dominus rem suam condicere possit, ac si non esset sua, ac etiam stipulari eandem de ipso adiecta tantum causa hoc modo, quam rem ex causa condictionis te mihi

E dare oportet dabis? & redditur hæc ratio in §. *sic itaque, Inst. de act.* odio furis, quo magis pluribus actionibus teneatur, effectum esse, vt extra actionem furti pœnalem rei recipiendæ nomine fures teneantur, non tantum rei vindicatione & actione ad exhibendum, sed & condictione. quæ ratio mihi obscura videtur, quoniam apte non explicat quantum in eo sit odij vel incommodi aduersus fures si pluribus actionibus teneantur: nec enim vllum subesse videtur cum ex tribus actionibus quæ rem persequuntur vindicatione, ad exhibendum, condictitia, vna eligenda sit, & vnius electione consumantur aliæ. Sed animaduerti odium omne consistere in condictione, quia vindicatione & exhibitoria non tenentur vt fures, sed vt possessores quilibet, vel qui dolo desierint possidere, *l. 12. C. de furt.*

condi-

Condictione tenentur proprie vt fures, & ideo si res perempta sit, in eo non distinguitur fuerit res apud dominum peritura nec ne, sicut in actione quod metus causa, & interdicto vnde vi, & quod vi aut clam, *l. si cum exceptione §. quatenus, quod metus causa*, quæ tamen distinctio in aliis actionibus admittitur, & ob id magis oneratur illis reus. Verum cum hac definitione, dominum non condicere rem suam nisi furi. pugnare videtur quod ait hoc loco Vlpian. debitorem soluta omni pecunia rem pignori datam condicere creditori, rem ergo suam. nam nisi contracta sit fiducia, rei pigneratæ dominium apud debitorem manet, nec transit in creditorem, *l cum & sortis §. vlt. de pignorat. act.* & eam ob rem pignus distrahit tutor recte sine decreto, quia in dominio pupilli non est, *l. 5. si fundus pupillo, de rebus eor. qui sub tut.* nec vero loquitur Vlpian. de condictione possessionis quod Accurs. tentat, quia incerti condictio hæc est, *l. qui exceptione §. si is, de condict. indeb.* cum sit possessio ex his quæ tangi non possunt, quæ Philosophi quidam νοὰ, nos incertas & incorporales dicimus, sed loquitur de condictione certi secundum titulum de rebus credit. si certum petetur, id est, de condictione certi, & de condictione, id est, de mutuo. vtraque est certi. hæc specialis, illa generalis: nam & non tantum de rebus creditis est, sed etiam de obligationibus, quę ex maleficio nascuntur, *l. certi, h. t.* nil autem hic de mutuo. ergo condictio de qua hic agitur, est certi condictio generalis, qua dicit debitorem condicere rem pignori datam post solutam pecuniam, & fructus pignoris. ergo rem suam, quod pugnare videtur cum superiore definitione: quid dicemus? Videamus an verum sit, soli furi nos condicere rem nostram, an non & prædoni? sic sane *l. 1. §. vlt. 2. de cond. tritic.* nam & hic fur improbior & atrocior est. An non etiam vxori vel marito qui res amouerit in matrimonio diuortii causa? sic videtur: nam rerum amotarum competit actio, si diuortii causa amouerit, quæ condictio est, *l. 26. rer. amot. Rerum,* inquit, *amotarum actio condictio est,* ad quæ verba Acc. duplicem adfert interpretationem, quarum neutram probo. Prima est rerum amotarum actio condictio est, i. actio in personam, quæ non idonea: nam si actio in personam est, non ideo condictio. vt actio depositi est in personam: non ideo condictio, quia non dari sed reddi oportere intendit, nemo hoc ipso quæ depositum suscepit condictione obligatur, *l. si quis inficiatus §. vlt. depos.* Posterior hæc. rerum amotarum actio condictio est, id est, naturam habet condictionis, quia non infamat. hoc perinde est, ac si diceret rerum amotarum actio non est condictio, sed imitatur condictionem, & lex tamen esse ait, & vere etiam est, quia intendit etiam dominus per eam rem dari sibi oportere. Quod si in matrimonio coniux res amouerit coniugi qui dominus est, condictio ex iniusta causa competit, vel etiam ex eadem causa condictio certi generalis: nam vbi est alia condictio ex qua certum petatur, & hæc est. Sed & cum non est alia, hæc non deficit, vt in mutuo & in stipulatione certa, ex quibus causis hęc sola suppetit actio, *l. 6. §. vlt. l. 17. §. pen. l. 24. 25. rer. amot.* & his quidem actionibus rem suam vxori maritove condicit. quid ita? quia & si non furatum eum omnino dicat in honorem matrimonii, sed amouisse, lenitate verbi tristitiam rei mitigante; demitur enim actioni atrocitas verborum, tamen in veritate furtum est, *l. 29. eod.* an non etiam depositario condicimus rem nostram si inficietur? sic sane, quia inficiatio prope furtum est, *l. inficiando. in pr. de furt.* & ita proditum nominatim in *l. si quis inficiatus §. vlt. depos.* competere etiam condictionem depositæ pecuniæ nomine, sed non antequam id dolo admisisset; id autem est inficiatio de qua dixit ante, non igitur antequam dolo inficiatus sit. quod cum ita sit, condicemus etiam pari ratione creditori pignus, quod solutione pecuniæ finitũ est, si dolo malo reposcenti domino inficietur, nec velit pignus reddere: quia proximus furi est, & ita accipiendum quod ait Vlp. hoc loco, condici rem pigneratam, creditori sc. inficiatori, multo magis retinenti rem celandi animo, *l. si quis vxori §. cum credit. de furt.* His gradibus fecimus aceruum, vt audere iam liceat amplius & generaliter concludere, cuilibet ex iniusta causa possidenti dominum rem suam condicere posse, *l. 6. de condict. ob turp. caus.* Paulatim crescunt sententiæ iuris, *l. fideicommiss. §. si rem suam, de leg. 3.* Vt ecce constitutum fuit primum, vt bonorum maternorum proprietas non adquireretur patri, deinde vt nec bonorum materni generis, tum, vt nec eorum quæ ex matrimonio obuenerunt, post, vt nec venientium ex sponsalibus. & ad extremum, vt nec vllorum aduentitiorum. Item constitit primum, eum qui possidet ciuiliter teneri in rem, & ad exhibendum. Deinde, eum etiam qui possideret naturaliter, tum etiam, eum qui non possideret, sed esset in possessione. ad extremum, etiam eum qui nec possideret, nec esset in possessione, si modo restituendæ rei haberet facultatem. Poni ita etiam exemplum potest in beneficio diuisionis. Item aliud in cognatis paulatim vocatis in ius legitimum, secundus gradus primum, deinde tertius, *l. vlt. C. de leg. hered.* & ad extremum, omnes. & ita paulatim condictio quæ domino data erat aduersus furem, data est aduersus quemlibet ex iniusta causa possidentem, id est, furi proximum. Sequitur *& fructus, &c.* coniunctim hæc legi velim, quia loquitur de fructibus rei pigneratæ perceptis post solutum pignus: nam ante ex iusta causa percipiuntur si gratuita pecunia debitor vtatur, *l. cum debitor, ex quib. caus. pig. contr.* & possunt tantum hoc ordine vel sensu hæc verba accipi, vt condicantur ex iusta causa ex qua etiam datur condictio certi generalis, *l. certi, inf. l. 17. § pen. rer. amot.* ex qua etiam res condicitur, si res, & fructus igitur. & similiter additur, fructus inuito domino à colono perceptos post finitam conductionem condici posse, quia scilicet & colonus furtum earum facit, *l. inficiando §. vlt. de furt.* inuito domino, id est, vetante: nam taciturnitas voluntatem imitatur, & ideo si tacente domino fruitur colonus post impletum tempus conductionis, veluti post quinquennium, fructuum condictio cessat, & licet videatur colonus non reconduxisse in quinquennium, videtur tamen reconduxisse in annum, eisdem pensionibus, & pignoribus, sed non iisdem fideiussoribus: & si post eum annum rursus taceat dominus, in alium annum, & sic deinceps, & hoc in rusticis prædiis, quorum reditus annui sunt: nam in vrbanis non videtur inquilinus reconduxisse in annum, sed prout habitauerit, ita obligatur, *l. item quæritur §. vlt. & l. seq loc. l. 16. C. eod.* & ait, post lustrum, id est, quinquennium, quoniam plerumq; in quinquennium priuati prædia sua locare solebant, quod lex *per collusionem, de action. emp.* & multi loci indicant in tit. *loc.* in quo ea ratione locare in plures annos, id est, in plures quam quinquennium, *l. si in lege §. vlt. l. si fundum, l. cum in plures.* Siculus Flaccus *de limit. constit.* alij per singula lustra locare soliti per mancipes reditus principis, alij in plures annos, & Nouell. 120. Ecclesiæ C. P. permittitur prædia locare in plures annos, quæ aliæ locant in quinquennium, tam priuati quam Ecclesiæ, exemplo Censorum, qui publica locabant in quinquennium, vt Varro scribit 5. de ling. Lat. & indicat *l. qui quatuor §. qui hortos, inf. de leg. 3. l. 3. §. cum quinquennium, de iur. fisci, l 7. C. loc.* quod & Consules obseruabant, quandoque deficientibus Censoribus. Ouid. de Ponto de officio Consulis.

Nunc longi reditus hastæ supponere lustri:
Cernet & exacta cuncta locare fide.

Et de consulatu 5. Pomponij:

Aut populi reditus positam componet ad hastam. Quod autem ait Vlp. in fine, ea quæ vi fluminis importata sunt, vt si ratis mea vi fluminis in tuum fundum delata sit, condici posse, eandem rationem habet quam inesse superioribus dixi, si inficietur ea, nec velit reposcenti reddere: nam & hic ex iniusta causa possidet, & furi est similis.

Ad Leg. V.

Quod te mihi dare oporteat, si postea perierit quam per te

factum erit quominus id mihi dares: tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeritur an te per factum sit animaduerti debebit non solum si in potestate tua fuerit id, necne: aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit, necne: sed etiam si alia qua iusta causa sit propter quam intelligere debeves, te dare oportere.

REgulam hanc proponit Pomponius initio l. Quod ex causa condictionis debetur si pereat post moram aut culpam commissam à debitore, debitori perire, id est, perinde debitorem teneri ac si non periisset, & condemnari in aestimationem, & consequenter si pereat ante culpam commissam liberari eum. His verbis *per te factum erit*, non mora tantum significatur, sed & culpa omnis, vt si occiderit, *l. si ex legati, l. si seruum §. sequi, de verbor. obl. l. mora §. vlt. de vsur.* si manumiserit, si in sacrum dedicarit, si fefellerit ad diem: & quia ait si perierit, pertinet igitur haec regula ad certi condictionem generalem, non ad condictionem ex mutuo: nam quod ex causa mutui debetur, perire non potest: idem vero est, si deterius factum sit. & ait, quod te dare, & ab eodem Pompon. porrigitur etiam ad actionem in personam, qua non dari intenditur, sed reddi oportere, *l. si in Asia §. vlt. depos.* Sic igitur dicamus: quod te mihi dare aut facere oporteat, si postea quam tua culpa interuenit perierit, vel deterius factum sit, tuum esse detrimentum: nam faciendi verbo etiam reddendi causa continetur, vt Pompon. eod. lib. scripsit, *l. faciendi, de verb. sign.* & verbum *constat* quo vtitur hoc loco, ostendit esse regulam, quo vtuntur verbo Iurisconsulti in regulis, aut iure certo demonstrando, & proprium est verbum Iurisconsultorum, vt vel Cicero indicat pro Flacco, *retulit ad Iurisconsultos, constabat inter omnes*, &c. & ad Trebatium Iurisconsultum, *constat inter omnes, neminem te vno Samarobrinae peritiorem esse.* Et dicitur etiam haec regula Constitutio veterum, id est, regula iuris antiqui, *l. seruum §. sequitur, & §. nunc videndum, & §. vlt. de verb. obligat.* mora autem vel culpa quae sit, facile est definire, sed quando per singulas species, quando videatur quis moram vel culpam commisisse, id est, quando videatur per eum stetisse quo minus daret, difficile est: quoniam certum hoc & definitum non est, sed arbitrarium, id est, totum hoc ex bono & aequo iudex arbitratur, *l. mora, de vsur.* & hoc est quod sequitur in *h. l.* Sed cum quaeritur an per te factum sit, animaduerti debebit, à iudice scilicet, *non solum &c.* Docet autem hoc inter caetera considerandum esse à iudice, an in potestate tua fuerit, id quod te dare oporteat nec ne: nam si id in potestate tua fuit, id est, si possedisti, interpellatus cum spatio aliquo quo dare potuisti & non dedisti, vel etiam si id dolo malo desiisti possidere, quia dolus pro possessione est, moram aut culpam fecisse videris. Si non fuit in tua potestate, aut dolo malo non fecisti quominus esset, moram fecisse non videris. Itaque his verbis, in potestate fuerit dare illud, subintelligitur, & interpellatus dederis, quod male ab aliis notatur quasi omissum, & exemplum est morae. Caetera exempla sunt culpae, vt quod sequitur, considerare etiam debere iudicem, an aliqua causa iusta sit, ob quam intelligere debuisti te dare oportere, vt si fundum sub poenam debuisti in diem vel conditionem, & venerit dies vel conditio: nam vbi dies venit, statim intelligere debuisti etiam sine interpellatione te dare oportere, vt si fundum sub poenam debuisti in diem vel conditionem, & venerit dies vel conditio: nam vbi dies venit, statim intelligere debuisti etiam sine interpellatione te dare oportere, ex die ipso culpam contrahit debitor, atque ob id poenalem aut vsurariam stipulationem committit, *l. magnam, C. de contrah. stipul. l. 1. C. de iur. emphyt. l. si fundus §. vlt. de leg. commiss. l. pecuniae §. 1. de vsur.* & vt Graeci hunc locum interpretantur rectissime periculo & detrimento eius est id quod debetur. Verum id etiam haec culpa non respondentis ad diem non facit vt vsurae debeantur officio iudicis, quia non est mora, mora enim non fit ex die, sed ex interpellatione; interpellatio est quae moram creat,

A si interpellanti, petenti litem contestari non detur, & hoc est quod ait *l. cum quidam §. ex locato, de vsur.* eum qui tardius, id est, qui non sua die infert pensionem locationis, non nisi ex mora, id est, ex interpellatione vsuras debere, nisi quo tardius solueret, vsuras promiserit: nam stipulatio vt pactio vsurarum, quamuis debitor non interpelletur, id est, ἀνεὺ ὑπομνήσεως, vt Graeci interpretantur, committitur, *d. l. pecuniae §. 1.* sicut stipulatio poenalis committitur ante moram, *d. l. magnam*, quia id actum videtur inter contrahentes vt qui falleret ad constitutam diem, incideret statim in poenam, vel impendium vsurarum: & eadem ratione hoc etiam casu oblatio postea facta non liberat vsuris, vel poena quę iam commissa est, *l. traiectitia, de oblig. & action.* Sed ideo non constituemus, protinus moram fieri ex die sola, vel diem interpellare pro homine: alioqui ex eo solo

B venirent vsurae in iudiciis, etiam bonae fidei, quae tamen non veniunt, antequam reus fuerit interpellatus, ex die culpa aliqua contrahitur, ex interpellatione, mora: inter quę hoc interest, quod oblatione postea facta culpa alia non emendatur, vt dixi: oblatione postea facta, species haec culpae emendatur *l. si seruum §. sequitur, l. interdum §. vlt. de verbor. oblig.* Quaestio enim de mora est de bono & aequo, aequum autem & bonum est indulgeri emendationem poenitenti. Quaestio de occiso aut de poena commissa est de rigore iuris. falsum igitur est quod vulgo iactatur, diem interpellare pro homine: nam si interpellat & moram creat, atqui non creat, ergo nec interpellat. Quid mora? improba dilatio eius qui opportune interpellatus de re aut pecunia, cuius nomine in eum actio est, non satisfacit, vel qui

C quod etiam opportune offertur, non accipit: aut breuius: mora est culpa non respondentis ad conuentionem opportunam creditoris, vel debitoris. Dilatio improba *l. sciendum, de vsur.* id est, malae fidei, qua ratione improbus in iure, id est, morator & frustrator: nam quae fit bona fide & iusta ex causa, non est mora, vt si interpellatus debitor, exceptionem pacti alleget: Recte enim allegatur & contestatur exceptio extra iudicium in modum querelae, *l. 8. l. 9. C. de non num. pecun. l. vlt. C. de cond. ex lege.* vel etiam adhibendo amicos expediendi debiti causa, id est, vt pro se soluant, aut fideiussoribus rogandis, id est, vt pro se fideiubeant, creditori nonnunquam satisfit, fideiussore dato, *l. si rem § omnis. de pignorat. act.* nimis longe vel obscure Accurs. In *d. l. sciendum, fideiussoribus rogandis*, id est, vt in-

D tersint solutioni qua liberantur, vel vt fideiubeant apud secundum creditorem, cuius pecunia dimittitur primus, vel vt fideiubeant cum debitor promiserat satisdare, *d. l. si seruum §. sequitur gloss. in l. fundum Corn. inf. de nouat. Conuentionem*, id est, interpellationem *opportunam*, id est, quae fit congruo loco & tempore, *l. mora, de vsur. l. cum filius §. vlt. de verb. oblig. l. si soluturis, de solut. Creditoris vel debitoris:* quia non tantum mora est, si debitor interpellatus dare, non dederit, sed etsi creditor interpellatus accipere, non acceperit. Definitio interpellationem exigit: nam & haec regula iuris est, moram fieri non ex re, sed ex persona, id est, non re ipsa sine interpellatione, sed interpellatione personae ipsius creditoris vel debitoris, *l. mora, de vsur.* & quae fit ex persona tantum, fit etiam ex re *l. videamus 2. in princ. eod.* sed non contra. fit nonnunquam ex

E re, regulariter ex persona. Definitio complecti debet quod fit regulariter, id est, quod fit plerumque, non quod perraro. imo morae etiam quae fit ex re, inest quaedam interpellatio, aut certe non est proprie mora, vt ecce si non sit qui interpelletur, publica contestatio pro interpellatione est, *l. 2. de naut. foen.* & furem, praedonem, abactorem conscientia sceleris tacite interpellat, imo plusquam moratorem facit, *l. pen. de vi & vi arm. l. vlt. de condict. furt. l. vlt. de condict. ob turp. caus.* & quae fit minoribus ex Constitutione Seueri non est proprie mora, *l. Titia §. 1. de leg. 2.* nec enim perpetuat obligationem. Sed videndum adhuc, an recipienda exceptio sit quam huic regulę adiicit Martinus, nisi res peritura erat apud creditorem: hoc enim casu negat periculum vel detrimentum debitoris esse, & è con-

trario si non erat peritura apud creditorem, concedit esse. Sed hanc distinctionem improbat Ioann. nec mirum si in hoc dissenserint interpretes, cum dissenserint auctores iuris Sabiniani & Proculiani, re scilicet fato perempta, veluti homine mortuo. aut fundo absumpto terræ fragore: nam si dolo, incuria, facto debitoris perierit, non ambigitur quin sit omnimodo condemnandus. Re quoque fato licet perempta post moram debitoris, Ioann. aiebat, reum condemnandum omnimodo. Martinus distinguebat, vt dixi ante. nec tamen idem dissidium fuit hac in re inter Sabinianos & Proculianos, quod inter Martinum & Ioannem, Sabiniani dicebant, absoluendum omnimodo. Proculiani distinguebant, *l. illud, de petit. hered. l. si plures §. vlt. depos.* & vtrique nullo habito discrimine inter actiones. Prudentior igitur Martinus Ioanne: nam à Martino sunt Proculiani, à Ioanne nullus: aut certe prudentissimus Ioannes, cuius opinio prudentum nemini in mentem venit, etiamsi summo studio hanc quæstionem vexarint inter se. Qui enim diceret, re suo fato perempta post moram omnino condemnandum debitorem inuentus est nemo, multi dixere absoluendum, nempe Sabiniani, quorum ratio hæc, quod sit multo æquius fatum quod contigit, quodque euitare forsitan ne creditor quidem ipse potuit, ad creditorem potius quam ad debitorem pertinere: nam de hac re merito debitor cum creditore expostulare potest fere hunc in modum: etiamsi moram non fecissem, res periisset, non mora, sed natura interitum attulit. tantumne mihi obfuerit cunctatio, vt & fatum præstem ac si occidissem? Quid enim interest si fatum præstem post moram, res naturaliter interierit an occiderim? quæ mors dicitur multis non esse fatalis vt Gellius initio 13. notat, Plin. 1. epist. Sed ex sententia Proculianorum multum vna distat ab altera: nam eam quæ præter naturam præterque fatum debitoris facto venit, debitor præstat omnimodo: eam quæ fato venit post moram debitoris ita demum, si res non erat peritura apud creditorem, quæ sententia obtinuit, *d l. plures §. vlt.* vbi quod ait, *vtique cum res esset interitura, etsi restituta fuisset*, modus additus est à Caio ex sententia Proculi, *d. l. illud.* nam si non erat interitura apud actorem, vt quia acceptum hominem forte actor cum esset vænalitiarius confestim distracturus erat, tunc reus non absoluitur, & ita valet hæc distinctio tam in eo quod dari, quam in eo quod reddi oportet, hæc enim comparantur inuicem, *l si in Asia §. vlt. depos.* idque significatur in *l. cum res §. vlt de legat.* 1. in actione ex testamento quam esse arbitror condictionem certi, si certum quid sit legatum, & omnino ex his tribus causis solam condictionem certi competere, ex mutuo, ex stipulatione, ex legati causa: ex aliis causis est propria actio, & hæc communis condictio certi, ait autem *d l. cum res §. vlt.* condemnari in æstimationem heredem, si fundus legatus post moram chasmate perierit, vt adiicit: Potuit enim eum acceptum legatarius vendere, vnde sic colligo. Si ratio hæc fecit vt præstetur æstimatio, consequens est ne præstetur, vbi hæc ratio non est. Igitur si non potuit aut si noluit eum acceptum legatarius vendere, non præstabitur æstimatio. Ioannes colligit longe aliter. ergo, inquit, omnimodo præstabitur æstimatio, etiamsi res peritura fuerit apud legatarium, pessime: nec enim fuit peritura, vt Martinus adnotat, si venditurus eam legatarius fuerit, & ex venditione pecuniam confecturus sibi. neque vero sine ratione etiam pro Martino adfertur *l. vlt. §. si ea conditione, ad leg. Rhod.* nam quoties de peculio agitur, eadem est culpæ & moræ definitio, *l si seruum § sequitur, de verbor. obl.* & vt dixi supra, his verbis *per te factum*, in hac l. non tantum significatur mora, sed culpa omnis. vt igitur docent, post moram re perempta distinguendũ esse, fuerit peritura necne, ita doceas, post culpam re perempta eodem modo distinguendum esse. Et quod hoc casu euiceris, idem illo consequens erit obtinere te, hoc vero palam docet §. *si ea conditione.* Si enim nauis perierit in quam nouissime culpa nautę merces translatę sunt, prior nauis non perierit, in qua vehi merces initio conuenerat, nauta tenetur. Si

A vtraque nauis eadem nauigatione naufragio perierit atque ita omnino perituræ erant merces, non tenetur. Quod vero in conditionibus & actionibus in personam probauimus, & in actionibus in rem tam de vniuersitate, quam de rebus singulis, & in actionibus ad exhibendum obtinere constat ex *d. l. illud, de pet. hered. l. item si ager §. vlt. de rei vindic. l. de eo §. si post, ad exhibend.* nam si forte hominem petitũ quia postea sua natura periit distracturus erat actor si accepisset, condemnatur reus, quia si actori restituisset, distraxisset & pretium lucratus esset. si non erat distracturus, atque adeo si erat moriturus homo apud actorem, absoluitur etiam malæ fidei possessor. Sabinus absoluendum prætendebat sine distinctione: inter vtramque sectam medium interponit se Paulus in *l. illud* Proculi distinctionem

B admittit in malæ fidei possessore, aut bonę fidei possessore improbe litigante. Cæterum excipiendi sunt semper tam à diuisione Sabini quam distinctione Proculi, vel interpositione Pauli, fures, abactores, prædones, & ij qui metum intulerunt, qui re perempta neque absoluuntur omnimodo, neque sub distinctione, sed condemnantur indistincte, *l. 1. §. rectissime, l. pen. de vi & vi arm. l. vlt. de condict. furt. l. si cum exceptione §. quatenus, sup. quod met. caus.* Quid ita? quia plus quam moratores sunt: nec enim sunt in mora vel culpa, sed etiam in maleficio, & nos de simplici moratore disputamus; adiungimus vero furem prædoni, quia vbi de periculo agitur, eadem est causa vtriusque, *sub tracto, C. de furt.* & hac ratione dixi in *l. 4. sup.* grauiorem esse furi condictionem furtiuam. nec vero mirum si hoc casu

C separantur ij à simplicibus moratoribus, cum & si res ante moram, vel potius paulum interquiescente mora, veluti intra tempora iudicati, perierit, in hoc distinctio locum habeat, quæ non habeat re perempta, perdurante mora, & condemnentur si res non erat interitura apud actorem, absoluantur si erat interitura, *d. §. quatenus.* Alij enim moratores, & malæ fidei possessores absoluuntur indistincte re perempta ante moram. & male Ioannes confirmat sententiam suam ex *l. 1 §. rectissime & l pen. de vi arm.* quoniam plusquam moratorum, grauior est conditio quam simplicium moratorum de quibus potissimum disputatio instituta est, male etiam ex *l. cum res §.* quoniam, vt iam dixi ante, ibi manifesta αὐτολογία. male ex *l. cum filius §. vlt. de verbor. oblig.* quæ hoc tantum dicit, re perempta ante moram, nec enim importuna interpellatio creat mo-

D ram, debitorem liberari. de re perempta post moram nihil. male ex *l. si filio §. si post, sol. matr.* quo tamen plerique impelluntur magis in sententiam Ioannis moti articulo *omnimodo*, licet ambiguo: nec enim omnimodo hoc tantum est, sine distinctione, sed interdum significat in totum, & *l. cum filiofam. de legat. 1. l. si mihi pure, de leg. 2. omnimodo igitur detrimentum præstabit*, id est, integrum detrimentum, & vt fateamur, quod fatemur etiam libenter, omnimodo esse sine distinctione, non tamen ibi hic articulus omnem distinctionem excludit, sed eam tantum de qua agitur. Quænam illa sit præcedentia indicant, in quibus dicitur, maritum in dote reddenda dolum & culpam præstare, & mox subnectitur, si res dotalis post moram mariti perierit etiam omnimodo detrimentũ præstare. omnimodo igitur, id est, etiamsi dolus vel culpa absit. deniq; interitum

E naturalem præstare, quod tamen non est abscise concedendum neglecta distinctione Martini, quę eadem & iurisprudentium est. male etiam idem Ioannes condemnatoriæ suę sententiæ muniendæ causæ vtitur *l. cum seruus §. ipsius, de leg. 1. si homo, de re iudic. l. 6 de vsuf. l. nemo §. 1. de verb. oblig.* hæc sola ratione, quod dicunt indistincte reum post moram interitum debere, & vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, quo argumento vulgo vtuntur imperiti iuris & lacessunt obuios quosque. At certe vbi lex non distinguit, & verum est, si lex sit perfecta, si imperfecta, falsum. Ad hæc Iason, qui tamen inclinat in sententiam Martini, vt suppetias Ioanni ferat, adfert, *l. si pecuniam §. vlt. de condict. caus. dat.* & inducit sibi ipsi laqueos, quib. se nequit expedire, sed nihil facilius. in *l. si pecuniam*

§. *vlt.* neque est species neque distinctio eadem, nec effectus idem. dedi tibi decem vt seruum manumitteres, & decessit antequam manumitteres, aut ante moram, aut post moram. Si post moram, teneris condictione ob rem dati vt 10. reddas quæ accepisti indistinctè. Si ante moram distinguitur: si erat homo tibi periturus, etiamsi non accepisses vt manumitteres, vt quia non eras eum distracturus teneris condictione: si non erat tibi periturus, vt quia eum distracturus eras nisi pecuniam accepisses manumittendi causa: vel etiam cum non esses distracturus si is dum forte proficisceretur ad Præsidem manumittendi causa, aut ruina in stabulo oppressus sit, aut vehiculo obrutus, aut quo alio modo qui non accidisset ei si manumittendus non fuisset: hoc casu non teneris condictione, non est species eadem: nam species de qua disputamus, est de eo quod actori dari vel restitui oportet, illa de libertate quam seruo rei dari oportet, non distinctio eadem, quia in proposito quæritur res fuerit peritura apud actorem nec ne: in illa res fuerit peritura apud reum necne, & huic distinctioni locus est in re perempta ante moram, illi re perempta post moram. & si ex hac aduersus illam argumentari liceat, non id tantum dicitur, post moram debitorem ita demum liberari, si res non fuerit peritura apud actorem, sed id etiam quod confitentur omnes, re perempta ante moram, debitorem nullo modo liberari. non est etiam effectus idem: nam in specie proposita si res fuerit peritura, reus non tenetur, si non fuerit peritura, tenetur. in *d. l. si pecuniam,* si fuerit peritura tenetur, si non fuerit peritura, non tenetur. Denique neque species, neque distinctio eadem, neque effectus idem: longe igitur aberrat à proposito in hoc tractatu, *d. lex si pecuniam.*

Ad l. VI.

Certum est, cuius species, vel quantitas quæ in obligatione versatur: aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantave sit ostenditur. Nam & Pedius lib. 1. de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appellentur, an digito ostendantur, an vocabulis quibusdam demonstrentur; quatenus mutua vice res funguntur, quæ tantundem præstent.

IN hac l. definitur certum quid sit, & spectat hæc definitio ad actionem si certum petat. de reb. cred. & ad condictionem ex mutuo quæ species est actionis si certi petat. *Cuius species,* inquit, id est, cuius corpus quale sit, puta hic vel ille homo, & quantitas quanta sit ostenditur, puta decem sint an 20. nummi qui in obligatione versantur. quantitatis nomine significantur quæ pondere, numero, mensura constant, speciei, quæ corpore veniunt, & in *l. 1. C. de sent. quæ pro eo quod interest, profer.* eius quod interest æstimationem non egredi duplum in casibus certis qui certam quantitatem habent & naturam, id est in quibus agitur de certa pecuniæ summa, vel de corpore certo: naturæ enim nomine significatur non homo vel animal: sed hic vel ille homo: nam genera & species incertæ res sunt. qui hominem promittit aut legat, incertum promittit, aut legat, *l. heredes §. si incerto, fam. ercisc. l. 13. de legat. 1. l. in executione § pro parte, de verb. oblig.* & multo magis qui animal: homo enim propinquior est seruo, puta Sticho, quam animal. qua de causa vtilis est stipulatio vel legatum hominis, animalis ridiculum, indiuidua sensibus percipiuntur non cogitatione, genera vt animal, itemque species, quę scilicet eandem habent rationem ad indiuidua, quam genera ad species, cogitatione percipiuntur non sensibus: nec enim intelligo quis sit Stichus nisi Stichum videro. homo quid sit intelligo, etiamsi hominem nullum videro. Indiuidua sunt proprie, quia per se sunt, atque adeo primæ substantiæ dictæ. Cætera vel sunt in indiuiduis vel circa indiuidua, & ideo non sunt per se, sed intelliguntur: huius generis sunt omnes incorporales res, vt seruitus, possessio, cautio, obligatio, quæ etiam pertinent ad condictionem incerti, non ad certi; quantitatis autem nomine ea significantur quæ

A pondere, numero, mensura constant. hæ res quantitate veniunt, non corpore, si vinum, si aureum, si nummos dixeris, incertum dixeris, addito pondere, numero, mensura, certum: & ideo recte Cornelius Fronto, certum vel pondus vel rei pretium: nam & pretii certus debet esse numerus, §. *pretium Institut. de emp. & vend.* & Pomponius apud Nonium: *nummos certos dicas, dicam 50. millia,* nec alia ratione certa nomina dicuntur Varroni & Horatio: Ea enim sunt quorum sors & vsura quanta sit liquet, & è contrario in *l. 1. ad Maced.* Incerta quæ tacite contracta sunt sub fœnore illicito, quæ & tacitæ pecuniæ dicuntur: non valet autem harum rerum stipulatio vel legatum, si sit earum omnino incerta quantitas: vt si stipuler vinum vel nummos simpliciter; at valet si sit certa, vel si non sit omni-

B no incerta. Certa est, si stipuler vini amphoras tot. non omnino incerta, si stipuler singulos aureos vsurarum nomine in menses singulos, vel 10. aureos in annos singulos; nam annua quidem vel menstrua summa certa est, summa summarum non est certa, vel si diuisa est certa, consummata incerta *l. 16. l. vbi autem §. pen. de verb. oblig.* Falsum autem est quod Accursius dicit, eum qui qualitatem dicit, & speciem, id est, primam substantiam & quantitatem dicere: nam qui hominem dicit, qualitatem dicit, quamquam non tantummodo qualitatem, sicut qui album dicit, quia nomen albi qualitatem tantum significat, hominis nomen non tantum qualitatem, sed & substantiam: Arist. περὶ ὐσίαν τὸ ποιὸν ἀφορίζει· Substantialem igitur qualitatem non speciem, id est, Stichum vel Pamphilum, id est, τόδι τι, & multo minus quantitatem. & similiter qui vinum,

C aut nummos, aut triticum dicit, qualitatem substantialem dicit, sed non speciem, nisi dixerit Campanum vel Africanum: non quantitatem, nisi eam adiecerit: non qualitatem accidentalem, etiamsi speciem & quantitatem expresserit, veluti nummos, & vini Campani amphoras tot, nisi adiecerit Philippeos, Victoriatos aut denarios, & vini Campani optimi, quæ optimi qualitas certissima est: nam nec intentionem, nec remissionem recipit: boni incerta, quia intentionem & remissionem admittit, *d. l. vbi autem.* & tamen debebitur quod meliori erit propinquius potius quam deterius, cum dixit boni. sicut è contrario si omissa sit omnino ea qualitas, vt si dixerit vini Campani amphoras tot, licet dicatur, pessimo debitorem liberari posse, *l. fideiussorem, mand.* non tamen deterius dando liberabitur,

D veluti acidum, aut mucidum, aut de fæce haustum; sed quod propinquius erit deteriori: sicut nummis legatis, id est, nummorum certo numero, alioqui non valeret legatum, licet dicat lex *nummis indistincte, de leg. 3.* exiguiores deberi, non omnino exiguiores dando heredem, dicam liberari, veluti asses, qui & quadrantes vocantur, quia quadrans quarta pars est sestertii (est enim sestertius assium 4. *l. vlt. C. de donat.*) & vilissimum igitur omniũ quadrans vt ex Euangelio constat. Plutarch. in Cicerone vocat quadrantem λεπτότατον τοῦ χαλκοῦ νομίσματος. Martial. *plumbeos quadrantes,* id est, vilissimos, eadem forma qua plumbea mala, & plumbeam selibram. *Centum,* inquit, *moretur plumbea die toto,* id est, centum quadrantes, quæ sportula clientum fuit. Sed vt ad rem redeam: nummis legatis dandi erunt, vt arbitror, qui non longe absint ab exiguioribus,

E veluti sestertii: nam & cum nummos dicimus, sestertios dicimus, vt cum dicimus, vno nummo vendere, & Varro 8. *In denariis, victoriatis, drachmis, nummis.* Et ita homine generaliter legato, neque optimus debetur, neque pessimus, sed medii generis, *l. legato, de leg. 1.* & prædio quoque legato vrbano vel rustico sine nomine, debebit heres vel minimum ex his quæ reliquit testator, nec liberabitur glebam aut cespitem dando: nam si nullum reliquerit, inutile est legatum, & sub hanc distinctionem veniunt, l. *si domus, de leg. 1. l. ita stipulatus, de verb. obl. l. Seia, de aur. & arg. leg. l. cum post §. gener. de iur dot.* Igitur si nulla prędia reliquerit, inane est legatum, quia prædii non est finitio certa & naturalis, vt hominis, cuius & ob eam rem generaliter relicti legatum non est inutile. quod ait, quæ in obligatio-

ne versatur, palam ostendit hanc definitionem pertinere ad condictiones certi, sed vsui esse potest etiam in actionibus in rem, & ad exhibendum, non quod sint certæ: incertæ enim potius sunt, *l pen. depos.* quia arbitrariæ. certo arbitrarium opponitur. sed & si exitum spectas, concludentur in restitutionem possessionis, quæ incerta res est, vel in id quod interest, quod etiam per se incertum est. hæc, inquam, definitio vsui esse potest in action. in rem, & ad exhibendum; quod initio rem certam in his designari oporteat, vt non male comparentur hoc iure condictionibus vindicationes in *l. si in rem, de rei vind.* his verbis, *nostra esse vel dari oportere nobis*, & certum definitur perinde ac isto loco in *d. l. si in rem*, cuius nomen exprimitur, vel quæ vice nominis sit, & hominis ætas, & color, & fundi locus siue regio in qua est, vt apud Cicer. *fundus Capuanus qui est in agro qui Sabinus vocatur, meus est.* Ita vero actio depositi, licet sit incerta, quia bonæ fidei, ab initio rem certam petit, *l. 1. §. quis argentum, depos.* Potest etiam esse vsui hæc definitio in iureiurando, re iudicata, confessione, si quæratur an certa sit; alioqui nulla est, & de confessione quidem *l. 6. inf. de confess.* ait, eum qui incertum confessus est, cogi certum confiteri: vt si corpus confessus sit se debere non præcise, sed sub alternatione hoc vel illud, Stichum vel fundum, cogitur præcidere vtrum horum debeat. Alternatio enim confessionem incertam facit, *l. Prætor §. quod autem, de iureiur. l. vbi §. qui illud, de verb. obl.* & adiicit, eum etiam qui rem fatetur, vrgeri posse vt certam quantitatem fateatur: vt si fundum totum, an partem, & quotam partem, si nummos, quot; si lancem, pondus, si rem quæ pondere, numero, mensura constet, pondus vel mensuram, *d. l. si rem*, nisi iuret de pondere se eius non meminisse: nam vt iudex vel arbiter non cogitur sententiam dicere, si iuret sibi non liquere, ita nec actor vel reus colorem vel pondus, si iuret sibi non liquere, *d. l. 1. §. si quis argentum, l. in actione, de furt.* Sequitur in *h. l. aut nomine suo, aut ea demonstratione, &c.* Demonstratio est pro nomine, atque ideo antonomasium dicitur. nil ergo refert res demonstretur proprio nomine, an antonomasio, vt nihil refert Iouem dicas, an patrem omnipotentem, & ita libertas quæ nominatim danda est ex *l.* Fusia, Vlp. *reg. tit.* 1. §. *vlt.* datur etiam recte sub demonstratione certa ex Senatusc. Orphitiano, Paul. Sent. lib. IV. tit. vlt. in princ. & legata quæ etiam nominatim certis personis debent dari ex incertis personis, vt si eius à quo nominatim legatum est, portio deficiat, coniuncto adcrescat sine onere, & heres vel tutor qui est instituendus nominatim; & adiicit, Pedium scripsisse libro I. de stipulationibus (quia scilicet si ex stipulatione certum promissum sit, certi condictio competit, *l. si quis certum, inf.*) nihil referre proprio res nomine demonstretur, an digito, *l. nemo, de hered. instit. inf.* δεικτικῷ δακτύλῳ, vt Græci interpretes aiunt, δακτυλοδεικτικῶς. verum ad numerum referri hoc potest, qui solebat olim ostendi digitorum gestu, qua de re qui scripserunt, Bedam dico, Pictium, Nouiomagum, Lucam, Clichthouæum, Vinetum, preter eos didici de Oronte, Plutarchi locum sic omnino accipiendum vt minimus digitus & decem milia & vnum significet ex Suida in Arbazacio: *Quatenus*, inquit, *mutua vice funguntur quæ tantundem præstent*, id est, quia tantundem præstat digitus vel vocabulum, quantum proprium nomen, & ideo in promiscuo vsu hæ notæ demonstrationum sunt. *Quatenus* pro quia vt in *l. si quis rogatus, inf. de fid. lib. l. non facile, de gradib. & affin. l. 2. si quid in fraud. patr. l. cum filius, de verb. obligat. l. inter §. si is qui, mand. l. Antæus, de aqua & aq. plu. arc.* vt Græcis καθ᾽ ὅσον, significat etiam *quoniam*, siue *propterea quod*.

Ad L. VII. & VIII.

L. 7. Omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, ideo & conditiones.

L. 8. Proinde mutui datio interdum pendet, vt ex postfacto confirmetur: Veluti si dem tibi mutuos, vt si conditio aliqua extiterit, tui fiant: sisque mihi obligatus.

§. *Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluerit ad se pertinere: quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuisse, vt credita pecunia peti possit. Nam & Iulianus ait, traditiones ab herede factas ad id tempus redigi quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut appositum.*

VT ergo stipulatio contrahi potest sub conditione, ita & mutuum; vt in *l. 4. & 10.* Depono apud te pecuniam hac lege vt si voles, vel si prædia emeris, eavtare tanquam credita, sed hoc interest, quod stipulatio contrahitur, etiamsi nihil detur vel adnumeretur, mutuum non nisi detur pecunia, quia stipulatio verbis contrahitur, mutuum re id est, numeratione, *l. 9. §. numeraui, h. t.* & contra numeratione hoc loco, id est, re. Numerationis verbo mutuum significatur. si absit numeratio, neque pure, neque sub conditione mutuum contrahitur, vt subtilius quam Vlp. in *l. rogasti, h. t.* existimarit Africanus in *l. qui negotia, inf. mand.* Si rem tibi vendendam dedero hoc pacto vt pecunia ex ea venditione confecta vtaris quasi mutua, mutuam non fieri, quia non numeraui tibi pecuniam, non alienaui, & mutuum alienatio est. qua forte etiam de causa dubitabatur, vt mancipio conditionem, mutui datio non reciperet, sicut de societate dubitatum est, *l. pen. C. pro soc.* denique mutuum contrahitur re mea ad te profecta, non pactione nuda. Ad hæc adduntur in *l. seq.* exempla duo: vnum mutui contracti sub conditione expressa, aliud mutui contracti sub conditione tacita. Si enim potest sub expressa contrahi, & sub tacita multo magis, & primum quidem si dem tibi nummos mutuos sub conditione vt mutui sint; si nauis ex Asia redierit, mutuum est conditionale. est igitur interim in suspenso quoad ex post facto, id est, ex euentu conditionis confirmetur: Nam quid conditio? exceptio quæ suspendit obligationem quoad est post facto confirmetur, hæc quoque inseri stipulationibus solent, modus, dies, accessio, *l. 44. de obligat. & act.* ideo & mutuo modus, si dedi pecuniam mutuam vt tantundem mihi redderes, aut vicini amphoram. eccessio, si vt mihi vel Titio. Dies, vt Calendis proximis reddas, vel vt ex Calendis illis vtare quasi credita. Sunt pleraque alia quæ etsi eis apposita conditio non sit, quia tacite intelligitur, post factis quod in præteritum fuerit declarant, *l. qui res §. rem, de solut. l. sed etsi quid §. 1. de vsuf.* & ita si legatam pecuniam heres crediderit, pendet mutuum, quoad legatarius vel agnouerit, vel repudiauerit legatum. & si repudiauerit nec substitutum habuerit, mutuum confirmatur, quia intelligitur ea pecunia heredis fuisse ex die aditæ hereditatis. Nec obstat quod dicitur: ea quæ ab initio non valent, ex postfacto non confirmari: nam ea definitio ad conditionalia, vel ad ea quæ conditionalia intelliguntur, nihil pertinet, quia & ea etiam non dixeris omnino non valere: Valent enim ad aliquid cum in suspenso sunt, quod si legatarius agnouerit legatum, pecunia retro legatarii intelligitur fuisse ex die aditæ hereditatis, heredis vero nunquam, *l. legatar. de leg. 2. l. si iussu in fine, de furt.* atque ita est post facto apparet mutuam pecuniam non fuisse, *l. quædam, de reb. dub.* idem erit si seruum legatum heres manumiserit interim dum deliberat legatarius: pendet enim libertas interim, seruum tamen heres amittit, quia aut legatario cedit si legatum legatarius non repulerit, aut tunc liber ostenditur cum repulerit, *l. 2. de manumis. l. 3. de manumis. vind. l. 3. de milit. test.* & ita si seruum legatum heres donauerit; vendiderit, tradiderit, dominium serui est in pendenti; nam agnito legato ex die aditæ hereditatis intelligitur legatarii fuisse. ante hereditatis aditionem heredis nunquam; nec emptoris igitur, sed legatarii. Repudiato autem legato, ex eadem die creditur heredis fuisse, & consequenter emptoris aut donatarii ex traditionis die, *l. seruum filij §. 1.*

de leg. 1. & hæc eſt regula Iuliani quam ſubiicit ex *l. ſi tibi §. cum ſeruus, eod. tit. Traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum ſit legatum aut adquiſitum*, id eſt, vel ab eo tempore nullas cenſeri adquiſito legato vel valere repudiato: nam & ad id tempus adquiſitiones legatorum reuocari & repudiationes. ante aditionem factas traditiones omnimodo nullas eſſe. manifeſtum eſt legendum eſſe *adquiſitum*, non *appoſitum*, quod intelligens Accurſ. audet magis abſurde interpretari adpoſitum, id eſt, adquiſitum quam emendare petite *repoſitum*: vt illo loco Senecæ 4. de benefic. *multa ex appoſito adquiſitoque perdenda ſunt.* rectius vet. *repoſito*, vt Quintil. *adquiſita facultate & quaſi repoſita.* ſed noſtræ lectionis veſtigia extare authentico Pandect. Flor. teſtantur etiam quidam: illa quoque perabſurda eſt, *appoſitum*, id eſt, defectum conditione, & illa aliena à legitimo & recto ſermone, *appoſitum*, id eſt, cum recuſatum ſit onus appoſitum legato, & illa Ranconetti emendatio, *appoſitum* vt ſit Tribonian. verbum pro irritum, tractum à Græco quaſi ἀδιόνυμον ἀπὸ τοῦ ἀδικεῖν. Vt autem aditio hereditatis retrotrahitur, ita & adquiſitio legati, ſed illa ad diem mortis, *l. ſi ex re §. vlt. de ſtipul. ſeru. l. heres, de adquir. poſſeſſ.* hæc ad diem aditæ hereditatis, *d. §. cum ſeruus*, quia adquirit legatum qui agnoſcit, *l. ei qui ita, de condit. inſtit. l. cum vero*, in fi. de *fideicommiſ. libert.* & agnoſcit qui vult ad ſe pertinere, & pertinere eſt deferri, & defertur ab adita hereditate, qui agnoſcit igitur delationem adquirit, & amplectitur, & hoc tempus quo agnoſcit, coniungit cum eo quo delatum eſt: nec vero idem eſt referri & diem cedere legati, cedit ex die mortis, defertur ex die aditionis, ceſſionis effectus eſt tranſmiſſio, delationis effectus adquirendi aut repudiandi facultas; mitto exactiorem differentiam quæ in hac re inter legatum vindicationis & legatum damnationis, & de legato vindicationis hæc dicta volo.

Ad L. IX.

Certi condictio competit ex omni cauſa, & ex omni obligatione ex qua certum petitur, ſiue ex certo contractu petatur, ſiue ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præſens ſit obligatio. Cæterum ſi in diem ſit vel ſub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.

§. 1. *Competit hæc actio etiam ex legati cauſa, & ex lege Aquil. ſed & ex cauſa furtiua per hanc actionem condicitur. Sed et ſi ex SC. agetur, competit hæc actio: Veluti ſi is cui fiduciaria hereditas reſtituta eſt, agere volet. Siue autem ſuo nomine quis obligatus ſit, ſiue alieno: per hanc actionem recte conuenitur.*

HOc loco Vlpianus docet quam late pateat actio ſi certum petatur ſiue certi condictio: nec enim de rebus creditis eam tantum eſſe, ſiue de contractibus, ſed & de aliis omnibus obligationibus: ſine obligatione autem non eſſe: nam vt vulgo dici ſolet, vtque Theophilus etiam noſter loquitur, obligatio mater eſt actionis, quamobrem Accurſio primum in his verbis *ex omni cauſa, ex omni obligatione*, videtur eſſe πλεονασμός, inculcatio, & cauſam ab obligatione nulla in re differre. Sed quod poſterius notat verius eſt, cauſam eſſe contractum, contractum parentem obligationis, obligationem condictionis. ex omni igitur cauſa, id eſt, ex omni contractu, *l. 1. §. debitum, de pecun. conſtit.* & quid ſit *omni* ſic explicat, ſiue ex certo contractu petatur, ſiue incerto. at certum quidem contractum vocat eum qui proprium nomen habet, incertum eum qui nomine vacat in *d. §. debitum, l. & vno, inf. de acceptil.* nam etſi incertum ſit nomen contractus, certum tamen eſſe poteſt quod petitur ex eo contractu. Finge: dedi tibi lancem vt mihi Stichum dares, non das Stichum: mihi duplex competit actio, condictio ob rem dati, & præſcriptis verbis, ſiue in factum ciuilis actio, & vtriuſque cauſa condi-

A ctio certi, & quæ competit ex cauſa ob rem dati eſt ex bono & æquo non ex contractu, ſicut condictio ob rem dati, *l. in ſumma, de condict. indeb.* Præſcriptis verbis eſt ex ipſo contractu. incertus eſt contractus do vt des, & præſcriptis verbis actio condictio incerti, *l. duo §. vlt. de precari.* quia in id quod intereſt concluditur; ſed poteſt ex eius contractus cauſa tamen etiam certum condici, vt ſi dedi togam vt mihi Stichum dares, condicam te mihi Stichum dare oportere. vel ſi conuenerit vt darem decem, tu manumitteres Stichum: & poſtquam manumiſiſti, nolim dare, tu mihi condices 20. dare oportere, *l. 3. §. quinimo, de condict. cauſ. dat.* vel ſi dedi pecuniam certam doti vt in cauſam diuortij eam mihi redderes, obtingente caſu ex ipſo contractu recte condicam pecuniam dari oportere, *l. legem, C. de pact. l. 1. C. de pact. conuent.* vbi vtilis condictio, id eſt, efficax condictio quaſi ex promutuo. ergo ex contractu incerto eſt tam certi quam incerti actio, ſicut ex conuerſo ex contractu certo poteſt eſſe certi & incerti actio. ex cauſa obligationis ex empto, non erit condictio certi, quoniam id quod eſt in obligatione, videlicet traditio poſſeſſionis, eſt rei incertæ. ex cauſa obligationis ex vendito poteſt eſſe quid certum, videlicet pretium quod debetur ex ea cauſa. eadem eſt ratio locationis & conductionis. Sic ex mandato, ſi mandato tuo ſoluero pecuniam creditori tuo, mihi competit actio mandati, quæ incerti actio eſt (nam omnes actiones bonæ fidei & arbitrariæ incertæ ſunt, quia quod iudex arbitrabitur petiit, non certum quid. & hoc eſt, quod Cicero ait, iudicium, id eſt, actionem ſtrictam, eſſe pecuniæ certæ: Arbitrium, id eſt, a-
C ctionem bonæ fidei vel arbitrariam, eſſe pecuniæ incertæ) vel mihi competit certi condictio, *l. 12. de nouat. l. fideiuſſorem, mand.* Idemque procedit in ſocietate, *l. in duobus §. exceptio, de iureiur.* & euenit ſæpe vt malint plerique agere ſtricto iudicio, id eſt, certi condictione, quam iudicio bonæ fidei, quia melior eſt conditio cauſæ, ſi ad iudicem eatur quem ſtricta formula includat, quam ſi ad arbitrum, cui ex bona fide ſtatuendi ſit permiſſa libera poteſtas: huic enim abſoluere licet, & quanti velit litem æſtimare. nec diſplicet alia Accurſij conſideratio: malle etiam quoſdam nonnunquam agere leniore iudicio, id eſt, certi condictione quam mandati vel pro ſocio quod ſint famoſæ, condictio certi non item, *l. ceſſat de obligat. & act.* quia infamia facti ſubducitur his condictionis lenioribus
D verbis, aio te mihi ex cauſa mandati, vel pro ſocio dare oportere: nec enim dicitur reus ſocium fraudaſſe, aut fidem fregiſſe: cauſa actionis ſimpliciter dicitur, puta mandatum, vel ſocietas, & ita condictione furtiua non dicitur furtum feciſſe, ſed dare oportere ex cauſa furtiua, nec tamen ideo fur, poterit enim eſſe furis heres, *l. ſi duo §. idem Iulianus, de iureiur.* ergo iam illud perſpicuum eſt, condictionem certi non eſſe famoſam, licet pendeat ex cauſa famoſa, & ſimiliter non creſcat etiam ex infitiatione, licet cauſa ex qua pendet, ex infitiatione incrementum accipiat, argum. leg. *item veniunt, §. cum prædiximus, de petit. hered.* non tamen erit perpetua ſi obligatio ex qua pendet, ſit temporaria, vt Accurſ. recte ſenſit. & in ſumma, mitigari poteſt principium principale obiecta certi condictione, exaſperari non poteſt, quæ definitio eſt ſumme notanda.
E Præterea ſicut non ex omni contractu incerto datur condictio certi (nec enim datur ex articulo facio vt facias, quia facta incertis annumerantur) ita non ex omni contractu certo datur certi condictio, non ex cauſa depoſiti, vel commodati, vel pignoris, vt Accurſ. notat recte, quia nemo rem ſuam condicit niſi furi, vel proximo furi, cum nec amplius quam ſemel res ſua cuiuſque fieri poſſit, & condictio in hoc propoſito reſtrictius accipitur pro hac formula. *Si paret dare oportere*, quæ latius alias pro quacunque actione in perſonam, & hac ratione forſitan ſub *h. t. de reb. cred. ſi cert. pet.* Prætor edixit de commodato, & de pignore ſeparatim, quia etſi crediti appellatione hi contractus contineantur, non tamen continentur actione ſi certum petatur, id eſt condictione certi: vel propter hoc ſolum vt id admoneret,

quod & eodem edicto forsitan de depositо meminit sub hac exceptione, nisi dolo malo vel depositum, vel commodatum, vel pignus inficiaretur, qui accepit, soluta omni pecunia, *l. 4. §. res, h. t. l. si quis inficiatus §. vlt. depos.* Recte etiam Accur. condictionem *certi esse generalem,* tum quod detur ex omni causa, ex omni obligatione, tum etiam quod in eam omnes res veniant, quarum natura & quantitas certa est, falsum esse venire in eam tantum pecuniam numeratam: nam & pecuniam venire & rem certam omnem. In condictionem triticariam non venire res omnes: nec enim venire pecuniam numeratam. magnæ disputationis est, cur non veniat pecunia quod initio *h. tit.* declaraui, & vbicumque opportune inciderit declarabo. nunc ratione eam designare breuissime satis est. Actio si certum petatur, est stricta, triticaria, arbitraria. hac enim actione vtitur qui non simpliciter id quod debetur petit, sed qui id quod debetur æstimari desiderat, quod nunquam petit is cui nummi debentur, quia certa nummorum æstimatio est. ex hoc discrimine pendent innumera: multum enim longeque inter se dissidere actiones dicit, qui vnam ait esse strictam, alteram arbitrariam. & hoc inter cætera actionem si certum petetur, esse condictionem certi: Actionem triticariam incerti. Cæteræ actiones vt indebiti, ob rem dati, sine causa, ex stipulatione, ex testamento, ex causa furtiua, vel certi vel incerti actiones sunt: quæ diuisio vtilis est in plerisque causis, vt in *l. 1. sup. de cond. furt.* Quę accipienda est de condictione certi: nam condictio incerti datur etiam non domino veluti creditori aut bonæ fidei possessori, & in *l. ex quibus, de condict. indeb.* Quæ in condictione certi vera est, in condictione incerti falsa, & in illa regula, rem suam nemo condicit, quæ vera est in condictione certi: nam in condictione incerti rem suam (si improprie loqui licet) id est, rei suæ possessionem condicere quilibet potest. Possessio incerti condicitur, quia incerta res est: nec enim sensibus percipitur, sed intellectu solo abstrahitur. Recte etiam Acc. actionem Prætoriam in factum separat à condictione certi, quod illa sit subsidiaria, vbi omnes aliæ deficiunt actiones, hæc concurrat cum aliis plerisque: interdum etiam sola competat veluti ex stipulatione, mutuo, testamento. At rursus reuertamur ad Vlp. ex omni contractu certum condicere licet. Obligationum ex contractu quadrigæ sunt, res, verba literæ, consensus. At rursus literis fit obligatio vel nominib. vel literis, nominib. translato veteri debito ex causa emptionis vendit. aut locationis, conductionis, aut mandati, aut mutui, aut ex quolibet alio titulo, in literarum obligationem, facta solemni obligatione per scripturam mensæ, vt Theop. interpretatur recte, & interpretationem eius confirmat *l. 6. C. Theod. de denun. vel edit. rescr.* hic modus constituendæ obligationis in desuetudinem abiit, & in vsum venit aliud genus obligationis literarum quæ contrahitur chirographo, quo cauerit quis absenti, se mutuam pecuniam accepisse, quam non accepit, si intra constituta tempora non opposuerit exceptionem non numeratæ pecuniæ: hoc genus obligationis incognitum fuit prudentib. non incognita nominum obligatio. qua de causa fit sæpe mentio nominum, non literarum, quia eo iure perpetua erat exceptio non numeratæ pecuniæ. hodie si intra biennium non opponatur, nudæ literæ pariunt obligationem, ex qua actio nascitur si certum petetur de chirographo, & quidem sola perinde atque ex mutuo actio si certum pet. de reb. cred. sola. & ex aliis certum condicere licet, siue consensu, *l. in duob. §. excep. de iureiur.* siue re, siue verbis contracta sit obligatio, siue coniunctim, id est, simul vtroque re & verbis, *§. quoniam, inf. l. oblig. de & act. obligat.* quæ plerunque fit ex causa mutui: nam mutuo adiungi solet stipulatio hoc pacto vt duo contractus sint, vt dixi *l. in 2. sup. §. vlt.* Cæterum vt ex contractu liceat certum condicere multa exiguntur, vt id quod in obligatione est, certum sit, vt res de qua agitur non sit actoris, & quod hoc loco nominatim ait Vlp. vt præsens sit obligatio. quoties dies, vel conditio non adiicitur, vel non inest tacite, præsens intelligitur. Quod si dies vel conditio apponatur, vel tacite insit, expectanda est. ante diem vel conditionem non potero agere, certi condictione scilicet excepto casu *l. 1. C. de con. dict. ex leg.* nam incerti potero agere ad interponendam cautionem in bonæ fidei iudiciis, *l. in omnib. de iudic.* vbi non abs re dicit in *bona fidei*: nam in strictis non interponitur cautio ante diem vel conditionem, nisi cum bonorum separatio fit, *l. 4. de separat.* vbi scriptum est, *in bona fidei*, ibi intelligenda est diastole semper, quod sit aliud in strictis. At videamus modo an id verum sit, quę hic adiicit Acc. hoc interesse ante diem agat quis, an ante conditionem, quod hic sc. nil agat, ille male agat, equidem nego hoc esse verum, & moueor, *l. pecun. inf. hoc tit.* quæ hoc quærit quidem an is qui agit ante conditionem, nihil agat, non respondet tamen nihil agere eum, sed ante tempus agere .i. plus petere: quę male agere est, non nihil agere: & rursus quidem fateor, eum nihil agere qui nullam actionem habet. nego male agere eum qui actionem habet, sed exceptione summoueri potest, quæ tamen vulgaris omnium definitio est: nec enim male agit qui iusta & efficaci actione vtitur. male agere, est plus petere vel summa, *l. 4. de compens.* vel tempore, *l. 1. §. vlt. quando dies vsusfr. leg. ced. l. 2. §. quia ita stipul. de eo quod certo loco.* Iam autem plus petit tempore tam qui ante conditionem, quam qui ante diem agit, *§. plus, Inst. de act.* Stulte etiam quidam, eum qui nihil agit, & male agere, contra eum qui male agit, non continuo nihil agere. Nihil agere, & male agere, contraria sunt, sicut aientia & negantia. non possit igitur idem & non actum dici & male actum. Cum vero dicimus, eum qui agit ante diem vel conditionem non nihil agere, hoc significamus, non nullam eum actionem habere, & verum est: nam si in diem fuerit stipulatio, nasci constat obligationem statim. de stipulatione conditionali, idem non constat, sed probabimus infra idem esse. Obligatio autem non est sine actione, non magis quam mater sine filio, atque ideo vt existit obligatio, actio existit simul, & cedit dies & venit simul: nam & verbum cedere continet veniendi significationem. Plaut. in Aulul. *Cedit miles.* i. venit: Enn. apud Cic. *Cedunt de cœlo ter quater corpora sancta*: Varro apud Nonium, *Cedit citus Celsus dines.* At Iurisc. discrimine faciunt intercedere & venire diem. si in diem sit concepta stipulatio, diem aiunt cedere statim, non venire statim. si sub conditione, neque cedere, neque venire statim antequam conditio extiterit. Cedere, est incipere deberi, venire, est agi posse. ergo ante diem est obligatio, non actio: Eodem argumento licet dicere, stipulationis in diem obligationem esse præsentem, quia cedit statim, quæ in hoc loco negatur esse præsens. Opponitur enim præsens obligatio obligationi in diem. Sed hoc est breue responsum. Obligatio in diem non est præsens .i. quæ præsentem diem habeat, quo exequi eam possimus, sed est præsens dilata in alium diem, *l. 1. iudic. sol.* & si præsens obligatio, nonnulla igitur actio, qua tamen si quis agat ante diem, male agat. Itaque non statim venit dies quo bene agi possit sine periculo plus petit. venit statim quo nonnihil agi possit. Quod si sub conditione concepta sit stipulatio, obligatio etiam vel actio non est præsens simpliciter, sed quodammodo: Est enim præsens, id est, quæ ex præsenti vires accipit conditionalis, *l. 37. qui & à quib. manum. l. vsusfr. de stipul. seru. l. is cui, de obligat. act. l. 1. quando de pecul. act. annalis est,* & consequenter est etiam actio præsens conditionalis. nonnulla igitur, qua si quis agat ante conditionem, non nihil agat, sed male agat. Hæc dixi de stipulatione: nam legati alia est causa. Qui de legato conditionali agit, ante conditionem nihil agit, quia eius dies neque cessit, neque venit. & ideo mortuo legatario ante conditionem, legatum non transmittitur in heredem. secus est mortuo stipulatore ante conditionem. Non omittam aliam differentiam inter stipulatorem & legatarium conditionalem. Stipulator conditionalis mitti solet in possessionem bonorum, sed non mittitur cum effectu, quia non contrahit pignus cui nondum nec pecunia, nec cautio

ad plenum debetur. Legatarius conditionalis missus in pos-
sessionem, pignus contrahit, quia etsi nondum res vel pe-
cunia vllo modo ei debeatur, cautio tamen ei debetur
exemplo iudiciorum bonæ fidei, *l. pen. quib. ex cau. in poss.
eat.* sicut eodẽ exemplo vsuræ debentur legatario ex mora.
non eodem iure sunt omnes actiones strictę, i. non pari iure
stricto. In actione legatorum vsurę veniunt ex mora, officio
iudicis, & ante diem vel conditionem cautio interponitur,
quæ interponitur etiam in stipulatione dotis, *l. vlt. §. præ-
terea, C. de iur. dot.* quæ habet hoc etiam commune cum
actionib. bonæ fidei, vt sit ipso iure nulla dolo dante cau-
sam contractui. Et quæ hactenus quidem diximus, sunt de
obligationib. ex contractu. Sed sunt aliæ quasi ex contra-
ctu, aliæ ex maleficio, aliæ quasi ex maleficio, an etiam ex
iis omnib. certi condictio competit? & esse quasi ex con-
tractu Vlp. docet, dum ait, eam competere ex legati causa,
quoniam ex legati causa heres tenetur ex quasi contractu:
nam aditio, immistio, agnitio bonorum possessionis, qua-
si contractus est, *l. 3. §. vlt. l. 4. in quib. caus. in poss. eat.
l. pen. de separat.* Potest tentari & successionem necessa-
riam quasi contractum esse, si dominus seruum suum here-
dem instituerit, sicut necessariam societatem. ex negotiis
quoque gestis quasi contractus est, & constat esse condi-
ctionem certi, *l. in duob. §. exceptio, de iureiur. l. 5. de ex-
cep. rei indic.* ergo & ex causa tutelæ, & societatis necessa-
riæ, & indebiti soluti, & precarij, & constituti. Dum au-
tem ait & ex l. Aquil. & ex causa furtiua per hanc actionem
condici, significat dari etiam ex obligatione quæ descendit
ex maleficio, ergo & ex causa vi bonorum raptorum, & re-
rum amotarum, *l. si concubina §. non solum, de act. rer. amot.*
& ex causa iniuriarum quæ obligationes debent descende-
re ex facto, *l. actionum §. ex facto, de obligat.* ex peccato, *l.
obligamur, eod* quia, inquit, in facto summa quæstionis con-
sistit. Quid hoc est? Actor scilicet ait fecisti, reus, non feci.
summa quæstionis est an fecerit, causam si dixeris in facto
consistere, aliud dixeris, hoc nempe deficere causam affi-
cientem, adiuuantem, prohibentem ipsum factum, causam
fuisse faciendi, quod συνεκτικὸν αἴτιον Rhetores vocant. Ob-
ligationes, vt indicaui iam, quæ descendunt ex maleficio,
quadripartitæ sunt: aliæ enim ex furto, aliæ ex rapina, aliæ
ex damno, aliæ ex iniuria nascuntur. maleficia hæc priuata
sunt, de quibus disceptatur apud recuperatores, seu iudices
priuatos. alia sunt publica, quæ apud Magistratus disce-
ptantur. & his quoque si certum petatur non dubito quin
possit aptari certi condictio, veluti de peculatu, vel de resi-
duis, vel de pecuniis repetundis, de quibus etiam ad recu-
peratores iri Cornel. Tacitus ait *lib. 1. & Plin. 2. & 6. epist.*
nec quidquam vetat ex publico crimine dari priuatam a-
ctionem, non magis quam ex incerti contractu, certam.
Rursus alia sunt ordinaria, alia extraordinaria, & ex horum
omnium causa si certum petatur, non dubito quin possit
agi condictione. Porro certa sunt delicta priuata, certa pu-
blica, certa omnia ordinaria, certa omnia extraordinaria,
quæ vel publicis, vel priuatis vicina sunt, & similia: vt abi-
geatus, & expilatio, furtum. Sed præter hæc restant innu-
mera alia maleficia: est enim malum infinitum, vt Pytha-
gorei dicebant. Quare in priuatis causis, quæ cætera om-
nia complecterentur, quorum non est certum nomen, in-
troducta est actio de dolo, euerriculum malitiarum om-
nium: in criminalibus, stellionatus. Vbi enim deficit cri-
minis nomen, stellionatus obiicitur, *l. 3. stellion.* quod
Rhetores inscriptum maleficium appellant, & ex his cau-
sis si certum petatur, non dubito etiam quin per hanc a-
ctionem condici possit, vt sicut ex contractu certo vel in-
certo, ita ex maleficio certo vel incerto nascatur. Vt vero
contractibus adiunxi quasi contractus, ita maleficiis adiun-
go quasi maleficia, quorum exempla sunt in *tit. de obligat.
quæ quasi ex maleficio nasc.* Hæc est magna iudiciorum pri-
uatorum quadriga: Contractus, quasi contractus, malefi-
cium, quasi maleficium, minores duæ, contractus vna, ma-
leficium altera. contractus hæc, res, verba, scriptura, con-
sensus. maleficium hæc, furtum, rapina, damnum, iniuria,
A vt quæ multiplex diuisio obligationum traditur in *l. obliga-
mur, de obligat. & act.* eius partes singulę ad genus aliquod
superiorum referri possunt. De iis quæ fiunt re aut verbis,
aut re & verbis, consensu, ex peccato, non ambigitur quin
superioribus quadrigis inferantur: nam quæ ex contractu
fiunt re aut verbis, aut coniunctim, ex consensu fiunt. quæ
ex peccato, vt furto, rapina, damno, iniuria, omnes ex re
consistunt, id est, ex ipso facto, *l. 4. in princ. l. actionum §.
ex facto, eod. tit.* & hoc est quod ait *d. l. obligamur:* Sum-
mam quæstionis in facto consistere, an fecerit reus quod
obiicitur, nec quæri in his, an verborum conceptio solem-
nis interuenerit, an scriptura, an duorum pluriumve con-
sensus: nam est quidem maleficium συνάλλαγμα, sed inuo-
luntarium, quia abest consensus eius cui fit contractus, sed
B inuoluntarius, malus contractus, *l. si rerum, de re iudic.* De
ea quæ fit ex necessitate eam ego retuli sup. ad quasi con-
tractum. De ea videamus, quæ fieri dicitur lege, & de ea
quę iure honorario. hæ sunt aduersæ ei quæ fit ex necessita-
te: nam necessitate obligatur cui non licet aliud facere,
quam quod præceptum est lege, aut iure prætorio, cui li-
berum est facere aut non facere quod præceptum est, quæ
lex minus quam perfecta est, *lege,* inquit, *obligamur, &c.*
Non possum assequi qua ratione qui obtemperat præce-
pto legis possit in obligationem incidere: nam si incidit, &
agi cum eo potest. Obtemperatio legum iustitia est: is sane
qui contra legem facit, id est, qui facit quod lex vetat, ob-
ligatur, vt lege Furia testamentaria, qui plus mille assium
legati mortisve causa capit, quod lex vetat, tenetur in qua-
druplum, auctore Vlp. & Theoph. Qui autem obtempe-
C rat præcepto legis, id est, qui facit quod lex iubet, non vi-
deo quemadmodum obligari possit; cum obligari potius
conueniat eum qui non facit quod lex iubet, vt tutor qui
repertorium non facit. qui ob eam causam incidit in cau-
sam suspecti *ex l. 12. tab.* & vinculis publicis contineri iu-
betur, *l. 3. §. tutores, de suspect. tut.* & hoc tamen omitti-
tur à Modestino, & contrarium asseritur, eum qui facit
quod lex iubet, obligari. an igitur tam obsequens quam
contumax tenetur? Videamus an huic loco perobscuro
lucem aliquam adferre possit, quod statim sequitur de ob-
ligatione quæ fit iure honorario: nam quo modo fiet iure
honoratio, eodem etiam fiet iure ciuili. *iure honorario, &c.*
Quorum bonorum sensus est perspicuus: obligari, inquit,
iure honorario eos qui non faciunt quod edicto perpetuo,
aut à Prætore præcipitur, vt qui iubente Prætore rem da-
D ri, aut auferri non patiuntur, qui tenentur pœnali iudicio,
l. 1. si quis ius dic. non obtemper. & retro obligari eos qui fa-
ciunt quod edicto perpetuo vel à Prætore prohibetur, vt
qui parentem vel patronum in ius vocant, vel qui aperiunt
tabulas testamenti ante quæstionem familiæ habitam, oc-
ciso testatore, vtrumque edicto perpetuo prohibetur, hi te-
nentur pœnali iudicio, *l. in eum, de in ius voc. l. lex Corne-
lia §. vlt. de SC. Syllan.* Item qui fecit opus nouum, quod
Prætor facere prohibuit, tenetur actione, quod aduersus
edictum factum sit, *l. si opus, de oper. non. nuntiat.* nam e-
dictum dicitur non perpetuum tantum quod Iulianus con-
didit, sed & quodcumque Prætor iubet, aut vetat. Vox vi-
ua est Prætoris edictum, & hoc est quod dicitur in *l. qui
vetante, de reg. iur.* nam quælibet vox Prætoris edictum
E est. Modestinus non dicit, eum qui obtemperat edicto, ob-
ligari, sed vel eum qui non facit, quod iubet edictum, vel
eum qui facit quod edictum vetat. Eodem igitur modo
scribere debuit Modestinus in *d. l. obligamur:* & vero for-
sitan ita scripsit, lege obligari nos, cum non obtemperan-
tes legibus, aliquid non secundum præceptum legis aut
contra facimus. Transeo quæ Accurs. vel alij in eum lo-
cum commenti sunt ineptissima. Transeo quæ cogitaui
ipse multa & verisimilia, nec amplexus sum, & id quod ve-
rius esse arbitror, quodque comparatio iuris honorarij non
postulat, sed flagitat. Existimo non alia ratione obligari nos
lege quam iure honorario. hoc iure obligamur non facien-
do quod Prætor iubet, vel faciendo quod vetat, ergo &
legi obtemperando nemo obligatur. Necessaria obtempe-

ratio obligat, vt in seruo herede instituto, quod est necessitate obligari vel lege perfecta, nos loquimur de lege aut iure ordinario minus quamperfecto, quod faciendi aut non faciendi arbitrium non eripit. Addit Modestinus, etiam nudum consensum sufficere obligationi, quamuis verbis hoc exprimi possit, dixerat ante, ex consensu nos obligari necessario, id est, necessitate obstringi dandi vel faciendi vel præstandi, vt in emptione, venditione, locatione & conductione, societate, mandato: nulla est obligatio, quæ non adstringit necessitate, *l. in vendentis, C. de contrah. empt.* ex pacto obligamur, sed non necessario: ergo impropriè: id vero intellexerat de consensu verbis expresso, verbis, inquam, quibuscunque, non solemnibus, non formalibus: nam vt eleganter ait *d. l. 2. de obligat. & act.* in iis obligationib. quæ consensu fiunt, nulla verbo- B rum proprietas desideratur, id est, nulla propria formula, sed adiicit, nudum à verbis consensum, id est, tacitum consensum obligationi sufficere, videlicet etiamsi verbis non expresseris, quod exprimere potuisti, *l. 4. pro soc.* Societatem contrahi re, id est, sine verbis, tacito consensu, citra stipulationem, vt Caius *2. Instit.* interpretatur. re & verbis, duo sunt genera contrahendi inter præsentes, *l. 2. de pact.* & ideo *d. l. 4.* additur vel inter absentes coiri societatem posse, quod fit etiam duobus modis, per nuncium, id est, voce viua, vel per epistolam, id est, voce tacita. Et postremo Modestinus ait, etiam nutu solo pleraque consistere. huiusmodi sunt contractus omnes quicunque tacito consensu consistunt, & à mutuo contrahi possunt, vel si quis significet se velle adire hereditatem suo periculo, *l. seruo §. si pupillo, ad Trebel.* vel nutu relinquat fideicom- C missum, *l. nutu, de legat. 3.* vel assignet libertum, *l. 12. de nouat.* nutus est plus, quam tacitus consensus: ideoque quod tacito consensu geri potest, & nutu geritur, siue gestu, vtroque modo linguæ vice fungimur. Ouidius nesciens linguam Geticam, *Per gestum,* inquit, *res est significanda mihi.* Cic. pro Balbo: *Gratificatur mihi gestu accusator:* nutum fecisse significat Ouid. 3. amor.

Exiguo signet gestu quodcunque loquetur.

Quod vero præterea additur in *h. l.* hoc nimirum est, ex causa etiam dari certi condictionem, veluti restituta hereditate ex S. C. Trebelliano hereditate fiduciaria, id est, fideicommissaria, vt *l. l. si postulante §. vlt. ad Trebell.* quanquam proprie est ea fiduciaria quæ per æs & libram mancipata est contracta fiducia restituendi alteri. Sequitur: *siue autem, &c.* quod accipio de fideiussore obligato alieno D nomine, *l. 1. §. verbis, de oblig. & act.* vt hoc dicat, etiam ex causa accessoriæ obligationis condictionem dari, & ita procedit si non depositi vel pignoris, vel commodati fideiussor accesserit, quia ex his causis non est certi condictio, quod de re nostra sint potius, quam de re nobis debita, qua de causa dubitabatur, an his causis posset accedere fideiussor, *l. 2. de fideiussor.* & an ex his causis liberatio legaretur recte, quia rei suæ obligatio nulla videtur esse: alij verba hæc explicant de herede, male: nam hic adeundo subit personam defuncti: & ideo proprio nomine tenetur, alij de tutore vel curatore. male; nam hic conuenitur alieno nomine, sed non obligatur alieno nomine, & hic agi opinor de eo qui obligatur, & conuenitur simul alieno nomine: hic enim finis Vlp. vt ex omnibus obligationibus doceat certi condictionem dari. E

Ad §. Quoniam.

Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, siue re fuerit contractus factus, siue verbis, siue coniunctim: referendæ sunt nobis quædam species quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem earum sufficiat: puta, numeraui tibi decem: & hæc alij stipulatus sum: nulla est stipulatio. An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus interuenientibus: vno, qui re factus est, id est, numeratione; alioqui A *verbis, atque inutiliter: quoniam alij stipulari non potui, & puto posse.*

§. 1. *Idem erit si à pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, qui tutore auctore credidi: nam & tunc manebit mihi condictio ex numeratione.*

§. 2. *Idem quæri potest & si quod tibi numeraui sub impossibili conditione stipuler; cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio. Sed etsi ei numerauero cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler: puto pupillo eum comparandum, quoniam & stipulando sibi acquirit.*

POstquam ostendit Vlpianus, certi condictionem non tantum ex contractibus, sed ex aliis etiam causis dari, redit ad causam mutui, & ait: Quoniam ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, siue re fuerit contractus factus, siue verbis, siue coniunctim: Ideo non addit, siue consensu, quia tractatus est tantum de obligatione mutuæ pecuniæ quæ non fit consensu, sed re, verbis, vel simul vtroque. Re si numeretur pecunia, id est, mutua sine stipulatione. Verbis, si numerationi statim addatur stipulatio, quo genere hoc agis vt sola stipulatio teneat. Idemque erit si stipulationem numeratio sequatur statim, *l. 5. §. vlt. l. 6. de nouat. l. 3. §. vlt. l. 6. ad Maced.* Nam vt nihil interest sequatur emptio an præcedat traditionem, nihil, sequatur stipulatio an præcedat pactum statim: Ita nec an sequatur numeratio in continenti, an præcedat stipulationem. idemque erit si numerationi ex interuallo addatur stipulatio, nouandi animo: Nam prior contractus nouationis iure perimitur, quod vtique verum est, si inter contrahentes id actum sit, etsi stipulatio sit inutilis, *§. præterea, Instit. quib. mod. toll. oblig.* Re autem & verbis obligatio fit, si post creditam pecuniam ex interuallo interponatur stipulatio non nouandi animo: Hoc enim casu duo contractus sunt. idemque erit si post creditam pecuniam ex continenti interponatur stipulatio inutilis: Recte inutilis: nam si fuerit vtilis, sola stipulatio tenet: Si inutilis, duo intelliguntur esse contractus, vnus vtilis, alter inutilis, nec per inutilem videtur ab vtili recessum. Supererit igitur condictio ex numeratione, cessabit condictio ex stipulatione, vt in hac specie: Credidi tibi 10. & hæc Titio reddi à te stipulatus sum. nulla stipulatio est, quia alteri stipulari non possum, & ex numeratione condictio est, *l. 3. C. de contrah. stipul. l. 126. § Chrysogonus, de verb. obligat.* Idem erit si qua aliqua alia ratione inutilis erit stipulatio. Finge: Creddi pupillo 10. tutore auctore, & hæc eadem mihi reddi ab eodem pupillo stipulatus sum sine tutoris auctoritate. nulla est stipulatio, creditum manet: est igitur ex numeratione condictio non ex stipulatione. Nec quidquam obstat *§. præterea, Instit. quib. mod. tollit. oblig.* quia de stipulatione loquitur facta nouandi animo, nos de ea quæ non est facta nouandi animo, sed tamen secundum Constitutionem Iustiniani etiam hodie idem est in ea quæ facta est nouandi animo, hoc tamen non expresso, vt nouatio fiat, quia hodie verbis fit nouatio, non nudo consensu, itaque nisi nominatim expressum sit vt nouatio fiat, duo sunt contractus, atque adeo si posterior sit inutilis, ex priore actio est, ex numeratione scilicet, si & ipsa sublata non sit silentio 30. annorum: quam in rem Græci ponunt speciem huiusmodi: Post quinquennium quam numeraui pecuniam mutuam pupillo tutore auctore, eam ab eodem stipulatus sum sine tutoris auctoritate & confidens stipulationi ab eo tempore silui per an. 25. nec pecuniam exegi. post volo repetere pecuniam ex numeratione per condictionem, an possim: & negant posse, quia à numeratione exierunt iam 30. anni, qui tamen refelli possunt eo quod constitutum est interrumpi præscriptionem 30. annor. noua cautione *l. cum notiss. §. sed etsi quis, C. de præscript. 30. annor.* interrupta igitur sic est per stipulationem, & à stipulatione numerandi sunt 30. non à numeratione, quod ita fuerit vtique si vtilis esset stipulatio. At inutilis non interrumpit præscriptionem, quia pro eo est ac si interposita non esset. Itaque vera est Græcorum opinio. Porro exem-

plis superioribus inutilis stipulationis, quorum vnum est de stipulatione facta alij, alterum de stipulatione in personam pupilli facta sine tutoris auctoritate, Vlpian. adnectit alia duo, in quibus etiam quasi duobus contractibus mutuo & stipulatione, cessante stipulatione, ex mutuo condictio superest. Credidi tibi 10. eaque mihi reddi sum stipulatus sub conditione impossibili. nulla stipulatio est, creditum manet. Impossibilis condictio vitiat contractus. dubitabatur etiam an vitiaret legata, fideicommissa, institutiones, sed obtinuit non vitiare, *l. 3. de condit. & demonstrat.* cum qua coniungenda *l. impossibilis, de verbor. obligat.* Coniunctio differentiam inter contractus facit, & vltimas voluntates: & ratio differentiæ notatur in *l. non solum, de obligat. & act.* quæ loquitur de contractibus: sed quia ex lib. de fideicommissis sumpta est, innuit separanda nobis esse fideicommissa à contractibus hac ratione. in contractibus rem geri ex duorum pluriumve consensu: atque ideo omnium voluntatem spectari debere. Porro omnium voluntas non ea est vt efficax sit stipulatio sub impossibili conditione facta, velit hoc forsitan stipulator, sed non promissor, quia nil agi putat apposita conditione impossibili. In testamentis vel codicillis res agitur ex vnius voluntate, qui si sanus sit mente, etiamsi quædam in testamento scripta sint, quæ videantur esse parum integri animi, aut aberrantis, tamen quæ sani sunt hominis amplectimur, hisque adhærescimus; & quæ contraria iis vel dissimilia, pro superuacuo habemus: vt si falsam demonstrationem apponat legato, demonstrationem circumscribimus quasi mendum & falsam causam. longe magis & legatum conseruamus, si ex die heredem instituat, institutionem habemus pro pura, diem circumducimus quasi vitium, vt ait *l. hereditas, de hered. instit.* quasi mendum, vt *l. 1. de condit. instit.* Aliud exemplum est de prodigo cui bonis interdictum est: Credidi ei ante interdictionem 10. hæc mihi post interdictionem reddi stipulatus sum. nulla est stipulatio, creditum manet. Comparatur prodigus pupillo, non furioso: neuter promittendo obligatur sine auctoritate, vterque stipulando acquirit sine curatoris, vel tutoris auctoritate. vterque adeundo sibi acquirit, sed pupillus tutore auctore, ille forsan sine curatore, *l. 5. l. pupillus, de acquir. hered.* Quod olim furioso denegatur tantum: nam neque obligatur, neque acquirit obligationem vel hereditatem, curatore auctore, *l. 5 de reg. iur.* Denique nec ex numeratione, nec ex stipulatione condictionem acquirit: condictionem tamen ex consumptione acquirit, *l. 12. inf.* Dices: prodigus comparatur furioso, *l. 40. de reg. iur.* Sed qua in specie? in qua & pupillus, *l. sed hoc ita, de aq. & aq. plu. arc.* nam & pupillus pati posse non intelligitur, *l. in eo quod plus § pupillus, de reg. iur.*

Ad §. Si nummos.

Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te & ignorante: Aristo scribit, acquiri tibi condictionem. Iulianus quoque de hoc interrogatus lib. 10. scribit veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari quin si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio: cum quotidie credituri mutuam pecuniam ab alio poscimus, vt nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

QVæstionis est, si nummos meos tuo nomine credidero, cui acquiratur condictio ex ea numeratione tibi an mihi? & mihi potius videtur quam tibi, & in mutuo hoc præcipuum est, vt qui dedit suam pecuniam, quique eam accipientis fecit, is demum habeat condictionem; at singulari iure receptum est, si voluntate tua tuo nomine dedi, vt tibi acquiratur obligatio: nam & eius qui accipit, cogitatio hæc est, vt se putet accipere à te, & ita plerunque res geritur, cum crediturus forte Titio pecuniam, me iam debitorem tuum, vel procuratorem, vel creditorem futurum rogas, vt tuo nomine numerem Titio futuro debitori tuo, *l. 2. § pen l. 15. h. tit. l. qui negotia, mand. l. 126 §. Chrysogonus, de verb. oblig.* Id vero benigne receptum est ob crebrum & necessarium vsum creditæ pecuniæ, vt perinde habeatur ac si longiore circuitu ego tibi numerassem, tu Titio, vt quod fieri potest longiore, fiat breuiore via: nam & iniquum est, me debitorem tibi imputare pecuniam, quam tua voluntate Titio dedi, vel me procuratorem experiri tecum mandati, & quod mandatu tuo dederim Titio, vel etiam me creditorem, qui pecuniam quam me rogasti voluntate tua, Titio numerari, tecum experiri certi condictione, & nullum tamen esse tibi in accipientem actionem. Vsu receptum hoc esse significatur hoc articulo cotidie (sic recte scribi Victorinus Afer docet) benigne receptum ait *l. qui negotia,* singulariter *l. 15. inf.* naturali æquitate, id est, naturalis iuris moderamine, *l. 5. de bon. quæ lib.* & contra regulam iuris, nempe hanc: mutuum non contrahere me nisi de meo fecerim tuum, & contra illam, per liberam personam non acquiri nobis obligationem: sed benigna ratione quæ etiam efficit, vt per procuratorem possessionem acquiri vsus receperit. excipitur hic casus, si procurator vel debitor, vel creditor, suam pecuniam nostra voluntate crediderit nostro nomine: nobis enim per eum adquiritur obligatio ex mutuo, atque etiam ex promutuo. *l 5 C. de condict. indeb.* Constitutione Iustiniani ex eadem causa acquiritur nobis etiam per eum pignoris obligatio ipso iure sine cessione, exemplo principalis obligationis, *l. 2. C per quas person. nob. adq.* & ob hunc potissimum casum pecuniæ creditæ in *l. solutum § per liberam, de pigner. act.* & *l. per procuratorem, sup. de procurat.* adiicitur, non semper, & plerumque. Igitur si meam pecuniam tua voluntate, tuo nomine dedi, & tuo nomine stipulatus sum tibi reddi; hoc etiam casu quasi duobus contractibus interuenientibus, vno vtili, altero inutili, erit quidem tibi condictio ex numeratione, sed non ex stipulatione, quia vt per liberam personam nobis actio acquiratur, hoc tantum receptum est in mutuo, non in stipulatione, *d. §. Chrysogonus.* Et hac ratione, puto, iuncta est hæc quæstio superiori tractatui de contractu re pariter & verbis facto. Sed videamus, an etiam si meam pecuniam tuo nomine sine voluntate tua credidero, acquiratur tibi obligatio. Constat inter omnes, tibi acquiriri si tua, voluntate credidero. & hoc est quod ait, *nec dubitari.* sed non ita constabat, si absque tua voluntate absente & ignorante: Quidam enim tibi non acquiri dicebant, forte, quia hoc casu illa iniquitas non occurrit, vt non habeas condictionem, & mihi tantum tenearis: nec enim mihi teneris vlla actione, qui sine mandato nomine tuo credidi, cum res tuæ hoc non postularent, vt tuo nomine alia pecunia crederetur. Sed obtinuit hoc etiam casu, tibi condictionem acquiri eadem fictione, quia videtur velut tua, quæ tuo nomine data est, à te profecta, & quia hoc ita procedit si nomen approbaueris, quæ approbatio retroducitur, & mandato comparatur: nam nomen si probaueris, vel mihi cedes condictionem, vel sine cessione mihi dabitur vtilis condictio ex numeratione, sicut & si pecuniam tuam tuo nomine credidissem, *l. 4. C si cert. pet.* quod Græci quasi singulare notant. Cum tamen in multis aliis causis, quoties est actio cedenda, si non sit cessa, placeat competere vtilem actionem, *l. 2. §. nunc tractemus, de tut. & ration. distrah. l. 1. & 2 C. de obligat & act. l ex legato, C. de legat. l vlt. C quando fisc. vel priuat. l. postquam C de heredit. vend. l si cum emptore, sup. de pact. l. 1. & 2. C. de contr. iudic. tutel.* Quærit hoc loco Accurs. si meam pecuniam crediderim tuo nomine, & confestim stipulatus sum eam mihi reddi, an vlla mihi competat actio: & putat per stipulationem non posse tibi eripi primam actionem acquisitam, sed nego tibi vllam quæsitam: Vnus enim contractus est stipulatio, quæ sola vt teneat agitur dum numerationi applicatur statim, *l. 6. de nouat.* nec refert quicquam nomine numeretur meo an alieno; & ita Fulgosius, *l. 4. C si cert. pet.* Rursus quærit quid è contrario dicendum si meam pecuniam meo nomine credidi, & in continenti sti-

pulatus sum eam tibi reddi; an tibi competat actio ex pacto incontinenti, & inclinare in hoc videtur vt competat. A sed verior est prior opinio, vt eadem sit ratio stipulationis & pacti. Si posteaquam meam pecuniam credidi meo nomine hanc stipuler alij, nulla stipulatio est, creditum manet, vt dixi in §. *quoniam.* Item si paciscar alij, nullum est pactum, *l. quo tutela §. vlt de reg. iur.* Et in summa, singulare hoc est in pecunia credita, vt per liberam personam ex numeratione nobis acquiratur, non ex stipulatione, non ex pacto acto in ipsa numeratione, quia in mutuo pecunia ipsa re numeratur velut mea: in stipulatione vel facto, nulla interuenit res veluti mea, & præterea pactum factum in ipsa numeratione non inest à parte actoris: hoc enim admissum est tantum in bonæ fidei iudiciis.

B

Ad §. vlt. & Leg. X. & initium Leg. XI.

§. vlt. Deposui apud te decem: postea permisi tibi vti. Nerua, Proculus, etiam antequam moueantur, condicere quasi mutua tibi hæc posse aiunt: & est verum, vt & Marcello videtur: animo enim cœpisse possidere. Ergo transit periculum ad eum qui mutuum rogauit, & poterit ei condici.

L. 10. Quod si ab initio cum deponerem, vti tibi (si voles) permisero: creditam non esse antequam mota sit: quoniam debitu iri non est certum,

L. 11. Rogasti me vt tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, vt eam venderes, & nummis vtereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. C *Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris priusquam venderes, vtrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Neruæ distinctio verissima, existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne: vt si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alij dedissem vendendam. quod si non fui proposito hoc vt venderem: sed hæc causa fuit vendendi, vt tu vtereris: tibi eam periisse: & maxime si sine vsuris credidi.*

CAsus qui sequitur in §. vlt. l. 10. & l. 11. explicatus est in *l. 4. sup.* Breuius igitur perstringam: deposui apud te pecuniam, postea permisi tibi, vt ea vterere quasi credita. fit statim credita antequam etiam mota sit, quia præsens mutuum est. Quod si initio deposui apud te pecuniam ea lege, vt ea si voles vtereris quasi credita, non fiet credita D antequam mota sit, quia mutuum est conditionale. Fit mutuum hoc casu facilius quam superiori: quia hoc casu pecunia quæ mea erat, tua fit. superiore, pecunia quæ mea non erat, tua fit; & magis superiori similis est is qui proponitur in *l. 11. in princ.* Dedi tibi rem meam vendendam, vt pecunia ex ea re redacta vtereris quasi credita: nam & hic pecunia mea non est. Putat tamen Vlpian. si vendideris & pecunia vti volueris, pecuniam mutuam factam. Quamobrem reprehenditur ab Africano in *l. qui negotia, mand.* quia mutuum voluntas nuda non efficit, sed datio pecuniæ meæ, & negat vtendum esse argumento superioris casus, expositi scilicet in §. *si nummos*: quia in eo benigne receptum est, vt mutui obligatio mihi quæratur, licet pecunia non fuerit mea, quæ data est meo nomine. In aliis E non est ita receptum, nec quod benigne est in vno receptum, id continuo producendum ad consequentias. Et vtitur simili ratione Africanus in *l. pen. sup. hoc tit.* Neque enim, inquit, sicut illud receptum est, ita hoc quoque receptum est. Et Vlp. quoque in *l. 11.* ait receptum, sed putare se, quo verbo significat aliud defendi posse, arbitrari, opinari se, non scire. qua de causa, nec fideicommissum inducit, *l generali, de vsufr. leg.* Sicut scio, & non dubito, *l. & eo modo, de legat. 1. l. vnum ex familia § item Marcus, de legat. 2 l. Pamphilo. de legat 3.* quo modo Apollonium loqui solitum lib. de vitis philosophorum Philostratus scribit lib. 2. & veteres, sed nimis arroganter.

Ad §. Si tibi L. XI.

§. Si tibi dedero decem, vt nouem debeas: Proculus ait & recte, non amplius te ipso iure debere, quam nouem. Sed si decem dedero, vt vndecim debeas: putat Proculus amplius quam decem condici non posse.

PLacet ratio Stephani, quia pactum adiectum ex continenti inest ex parte rei in stricti iudicij contractibus, non ex parte actoris. Quid est inesse ex parte actoris? Actionem competere ex ipso contractu eius quod pacto conuentum est, obtinendi causa. Quid inesse ex parte rei? prodesse pactum etiam ipso iure, etiam non opposita exceptione pacti: & ita priore casu si dedero decem sic vt nouem debeas, dum ait non amplius te ipso iure debere quam nouem, significat numerationi pactum inesse ex parte rei. Posteriore casu si dedero decem sic, vt vndecim debeas, negat inesse ex parte actoris, dum negat amplius quam decem condici posse. Et priore quidem casu Proculus ait quasi certus, & adiicit Vlpian. recte. Posteriore autem id Proculus putat non quasi certus, sed quasi ita existimans, nec Vlpian. adiicit recte, quia vt arbitror, constabat quidem inter omnes stricti iudicij contractibus inesse ex parte rei pactum factum ex continenti, vt *l. 4. §. vlt. de pact. l. lecta, inf. hoc tit.* Sed ex parte actoris alij etiam inesse dicebant, vt hodie Latini intepretes, alij negabant, vt Græci, quorum sententia verior est, & confirmatur opinione Proculi, & *l. si tibi, in princip. de pact.* vbi ita videtur propemodum argumentari Paulus. si 10. dederis sic vt 20. debeantur, non nascitur obligatio vltra 10. nam in alia decem, aut ex numeratione nascitur, aut ex pacto. at ex pacto non nascitur, certe nec ex numeratione, quia numerata non sunt, ergo nulla obligatio vltra decem. Itemque eo quod dicitur in mutuo pactum incontinenti factum nil prodesse ad acquirendam obligationem, præterquam in pecunia nautica, vel qua alia pecunia, cuius periculum creditor suscipit, *l. 5. de naut. fœnor.* Quod tamen generaliter constat prodesse in contractibus bonæ fidei, *l qui negotia, mand.* & comparatione pacti quod fit ex interuallo: nam sicut alio iure, aliaque ratione est pactum factũ ex interuallo in stricti iudicij contractibus, alia in bonæ fidei, inest enim in his si detrahat contractui ex parte rei, & ex parte actoris, in illis nulla ex parte, *l. 3. de rescind vend.* ita consequens est vt non debeat in omnibus eodem iure esse, quod fit ex continenti. Certe in bonæ fidei contractibus constat inesse ex vtraque parte, id est, prodesse tam ad augendam quam minuendam obligationem, *l. iurisgentium, § quinimo, de pact l. in bonæ fidei, C eod.* quibus locis frustra ait, in bonæ fidei, si idem est in strictis. sed nos etiam in iis negamus idem esse. lex est conuentio facta statim in ipso contractu. lex venditionis aut locationis obligat, lex stipulationis aut mutui non obligat. & quod ait *l. venditor, sup. com. præd. Per stipulationis vel venditionis legẽ obligantur*, sic est accipiendum, vt per stipulationem obligentur adiectam venditioni, vel per pactionem. lex est non pactio solum, sed conuentio omnis, id est, pactio vel conuentio facta statim in ipso contractu. Hæc obligat indistincte si contractus sit bonæ fidei. Si sit iuris stricti contractus, pactio à stipulatione distinguitur: stipulatio enim obligat, pactio non obligat; vt si datis 10. paciscar vndecim reddi, non amplius quam 10. reddentur. si stipuler vndecim, vndecim debentur, quia quasi fœnus, siue quasi donatio quod amplius est accipitur, vtrumque per stipulationem contrahitur recte. Pactio neque donationem efficit, neque fœnus, & priore casu si dedero centum, addita pactione, vt 900. debeantur, quasi mille donaturus non pactio donationem efficit, sed datio. Posteriore casu pactio interuenit sola, vt præter mille centum debeantur (decem enim vel vndecim in iure, id est, decem millia vel vndecim millia) non donatio, idemque eadem ratione cum Accurs. sta-

tuendum opinor, ſi datis 10. paciſcar, vt 10. reddantur, & præterea facias aliquid mea cauſa, vt ſcilicet etiam hæc pactio non formet actionem. Sed redeo ad ſtipulationem. Si acceptis decem ſtipulanti 11. promittam ſine fœnoris nomine, naſcitur obligatio ſine donandi animo, vt *l. 2. C. de dot. cauta & non numer.* nec locus eſt exceptioni non numeratæ pecuniæ, quæ tunc duntaxat locum habet, cum is qui ſperat ſe accepturum vndecim, promittat vndecim, & poſtea tantum 10. accipit, *l. 2. l. cum vltra, C. de non num. pecun.* In propoſito poſteaquam accepit decem, promittit vndecim, quæ ſtipulatio rata eſt, niſi forte error interuenerit, *§. 1. Inſtit. de except.* vel niſi dolo extorta ſit, quo caſu ex conſtit. Iuſtiniani, creditor ius omne debiti amiſit, niſi facti eum pœnituerit ante litem conteſtatam & actionem remiſerit, *l. 3. C. de plus petit.* Tertiam dico, nam deſiderantur duæ Græcæ, prima Zenonis, altera Iuſtiniani. Quid ſi ſtipulanti 10. promittam vndecim? an vltra decem contrahitur obligatio? minime, etiamſi ſtipulatori continuo placuerit diuerſitas reſponſionis, quia ex placito nudo non naſcitur verborum obligatio, ſed & placuiſſe eam confeſtim neceſſe eſt, vt in decem contrahatur obligatio, *l. 1. §. ſi ſtipulanti, l. inter ſtipulantem §. ſi ſtipulanti, de verbor. obligat.* alioqui nulla eſt obligatio *§. præterea, Inſtit. de inutil. ſtipulat.* quia neque interrogationi reſponſio, neque animi amborum congruunt. parum eſt, non congruere interrogationi reſponſionē, ſi modo coeant animi confeſtim. ſi non coeant confeſtim, nulla eſt ſtipulatio, in qua non congruit interrogationi reſponſio. idemque eſt ſi ſtipulanti decem, promittam nouem: nam ſola 9. debentur, ſi modo confeſtim ſtipulatori placuerit diuerſitas reſponſionis. idem igitur eſt quod in mutuo: nam ſi datis 10. placeat 9. reddi, nouem tantum debentur. ſi datis decem, vndecim reddi, decem tantum debentur, quia neque mutuum, neque ſtipulatio nudo conſenſu contrahitur, an igitur aliud eſt in his contractibus qui nudo conſenſu fiunt? ſic videtur. nec obſtat *l. 10. loc.* Primum enim ſi tu ſentias te locare quinque, ille ſe conducere decem, non pluris erit condictio quam quinque. Verum è contrario ſi tu locare 10. ille conducere 5. nihil agitur, quia etſi in aliis cauſis ſequamur conductoris potius quam locatoris ſenſum, *l. veteribus, de pact.* in pretio tamen potius ſpectari debet eius ſenſus qui pretium facit: Porro pretium facit, ſtatuit, indicat locator. ſequamur igitur in pretio faciendo potius ſenſum locatoris aut venditoris: ſed ita ſi proſit conductori, vt ſi ſenſit ſe locare 5. conductor 10. non ſi obſit, vt contrario caſu quo cum etiam conductoris ſenſum ſpectari minime conueniat, cuius non eſt pretium facere, conſtat nil agi. Et hoc quidem ita procedit ſi in eo diſſenſu permanſerint: ſi enim poſtea melius explicauerint ſe, & alter ad alterius ſe mentem adiunxerit, ex mente eius cui ſe adiunxit alter, pretium æſtimabitur, & conualeſcet locatio, quæ conſenſu perficitur, & ita in *l. 4. C. de dot. promiſſ.* Si plus me accepiſſe dotis ſcripſero quam accepi, dantis voluntate pacti videmur de dando reſiduo, & pactioni ſtatur, quæ ſola dotem conſtituit, *l. ad exactionem, C. eod.* idemque erit ſi voluntate vtriuſque inſtrumento emptionis maius pretium ſit adſcriptum quam conueniſſet, hoc animo vt maius deberetur. Debebitur enim maius quaſi ex noua venditione, *l. pacta, de contr. empt.* quod tamen videtur eſſe contra *l. venditor, C. de reſcind. vend.* quæ hactenus peſſime explicata eſt ab omnibus: Nam quod vulgo dicitur, primam partem legis, id eſt, propoſitionem eſſe de dolo emptoris; illationem, id eſt, ſecundam partem de dolo venditoris: ac poſtrema parte ad dolum emptoris Imperatores reuerti abſurdum eſt, cum propoſitionis & illationis idem debeat eſſe ſubiectum, item & concluſionis. & emendare in ea *l. minus pretium,* non ferunt vlli libri, non Baſilica, in quibus eſt, πλέον τίμημα. Sed meo iudicio ita fingenda ſpecies: Emptor non quod vellet augeri pretium, ſed quod vellet pluris videri emiſſe quam emiſſet, vt fit quotidie, maius pretium adſcripſit inſtrumento emptionis, conſentiente venditore, qua in re venditor ſumit doli

A argumentum, dicens, de alio conueniſti, de alio ſcripſiſti, videris feciſſe dolo malo. deſidero itaque reſcindi venditionem; ſed negant Impp. iuſtum eſſe deſiderium venditoris, quia ſciente & conſentiente eo id omne egit emptor, & non quo ſe maiori pretio obligaret, ſed vt videretur pluris emiſſe, quia de eo non quod ſcriptum ſit, ſed quod placitum ſit pretium, ſi non ſit ſolutum, ex vendito peti poſſe aiunt.

Ad §. Si fugitiuus.

§. Si fugitiuus ſeruus nummos tibi crediderit: an condicere nummos tibi dominus poſſit, quæritur. & quidem ſi ſeruus
B *meus, cui conceſſa eſt peculij adminiſtratio, crediderit tibi: erit mutua: Fugitiuus autem vel alius ſeruus contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis. quid ergo? vindicari nummi poſſunt, ſi exſtant: aut ſi dolo malo deſinant poſſideri, ad exhibendum agi. Quod ſi ſine dolo malo conſumpſiſti: condicere tibi potero.*

SI ſeruus meus aut filiusfamil. qui liberam habet peculii adminiſtrationem tibi nummos peculiares crediderit, mihi obligaris, & potero tibi condicere, licet nummi mei non fuerint, ſed peculiares. Separari enim rationem meam à peculiari ratione. peculium eſt quaſi proprium patrimonium ſerui vel filiifamil. *l. 20. l. 40. l. 48. in fi. de pecul. l. ſi decem, inf. de ſtatulib.* & ordinarius ſiue actor
C dominus vicarii, id eſt, peculiaris ſerui, *l. ſeruos §. vlt. de legat. iij. l. ſi ſeruus meus, de pecul.* Verumenimuero quamquam ſerui peculii domini eſſe intelligantur, non poſſunt tamen alienare rem peculiarem, niſi liberam habeant peculii adminiſtrationem à patre vel domino conceſſam, *l. 18. l. 19. de pig. act. l. ſi quis hac lege §. vlt. de rei vindic. l. 10. quod cum eo, &c.* qua etiam conceſſa, donare & perdere non poſſunt, *l. filiusfamil. de donat. l. 1. §. 1. quæ res pign. oblig. poſſ.* Sicut etiam, cuius poteſtas etiam pleniſſima eſt, procurator qui liberam habet adminiſtrationem bonorũ, non poteſt alienare vſquequaque, *l. Lucius §. vlt. de adminiſt. tut. l. creditor §. pen mand.* nec qui liberam teſtamenti factionem impetrauerunt, omnes contemnere ſolemnitates iuris poſſunt: nec enim licentia conceditur, ſed libertas, quo in verbo ratio quædam & modus ineſt. Serui
D igitur aut filiifamil. quibus generaliter peculii libera adminiſtratio conceſſa eſt, ita vt dixi alienare poſſunt. ergo & mutuum dare (nam mutuum alienationis ſpecies eſt) non tamen filiofamil. nam mutuum dare filiofamil. perdere eſt, *l. 3. ad Macedon.* & domino acquiritur condictio, *l. 2. §. pen. ſup.* quia voluntate eius crediſſe videntur. Conceſſa enim libera adminiſtratio, & mutui datio conceſſa intelligitur. Igitur vt liber homo mihi acquirit condictionem, ſi mea voluntate ſuos nummos meo nomine crediderit (id enim benigne receptum eſt) ita ſeruus & filiusfamil. ſi habens liberam peculii adminiſtrationem, vel etiam ſi non habens voluntate mea peculiares nummos crediderit; mihi acquirit condictionem. an igitur eodem exemplo mihi acquirit condictionem qui non habuit liberam peculii adminiſtrationem, & nummos peculiares credidit
E meo nomine, abſente & ignorante me, vt *l. 9. §. pen. ſup. eod.* minime: nam vt ſit condictio hoc neceſſario exigitur, vt ſint nummi accipientis, liber homo, dando ſuos nummos, dominum facit accipientem, & mihi ſi meo nomine dederit etiam ignoranti condictionem acquirit. Seruus dando peculiares me ignorante, me non concedente liberam adminiſtrationem, dominum non facit accipientem: & ideo mihi condictio ex numeratione non competit. quid ergo? competit mihi vindicatio nummorum, ſi extant, vel ſi dolo malo conſumpti ſint, actio ad exhibendum, quia non videntur conſumpti, qui ſunt dolo malo conſumpti. quod ſi bona fide conſumpti ſint, mihi datur condictio, id eſt, ex mutuo, etſi mutum non fuerit, vt deficiente alia, vel hæc competat, ne res cedat lucro accipientis, & hoc

hoc est quod interpretes aiunt, consumptione conciliari mutuum recte, vt l. 6. §. *idem ait, de negot. gest.* dicitur, ratihabitione conciliari negotium: quod enim non fecit numeratio, hoc facit consumptio bona fide facta, vt in *l. 12. & 13. & l. non omnis §. si pupillus, inf. hoc tit. l. quod si forte §. vlt. l. Cassius, de solut. l. obligari §. pupillus, de auctor. tut.* Consumptio, inquam, bona fide facta, & hac ratione hæc condictio a veteribus Iurisconsultis appellata est condictio de bene depensis, auctoribus Græcis interpretibus, qui scripsere in Lexico suo, *condictio de bene depensis*, τῶν ἐπὶ ... & hoc loco bene depensa interpretantur bona fide depensa (non sobrie, honeste, vtiliter) sed ab eo qui errat in facto, id est, qui se pecuniam mutui nomine existimabat accepisse a domino, vel ab eo qui ius credendi habet. Eadem vero ratio interuenit in seruo fugitiuo: nam si is nummos peculiares crediderit, non facit res accipientis, quia etiamsi liberam habeat peculii administrationem, eam per fugam amisit, *l. libera, de pecul.* præsumitur enim dominus mutasse voluntatem, nec velle liberam peculii administrationem permanere in eo qui sit in fuga, sicut nec in eo qui possideatur a fure, aut de quo nesciat viuus an mortuus sit: & ideo si extant nummi, vindicare eos dominus potest: si mala fide consumpti, agere ad exhibendum quasi vindicaturus exhibitos. Si bona fide, condictione de bene depensis, & ita accipienda *l. fugitiuus, de solut.* vt qui accipit nummos a fugitiuo domino obligetur consumptione bona fide facta, quod καλὸν δαπάνημα vocant, & contra Theophil. §. *vlt. Instit. quib. alien. licet vel non*, consumptionem mala fide factam, κακῶς δαπάνημα. nec male fugitiuo Vlp. statim adiunxit furem in *l. 13.* nam fugitiuus seruus quodammodo fur est, maxime si pro libero se gerat, *l. 1. C. de seru. fugit. l. ancilla, de furt.* quia se pro libero gerendo sui possessionem interuertit, & furtum nihil aliud est, quam interuersio possessionis rei mobilis, *l. 1. §. Scæuola, si quis test. lib. l. 1. de distract. pign.* sed hoc inter fugitiuum & furem est, quod si fugitiuus nummos peculiares mutuos dederit, domino competit condictio de bene depensis. Si fur nummos subreptitios sibi adquirit, *l. 13.* vbi non dicit quidem cui nascitur, sed Ioan. Doroth. Thalelæus, Steph. recte ipsi furi non domino, quia non domini nomine dedit, quo etiam nomine si dedisset, domino competeret actio de reb. creditis, non condictio de bene depensis. nec mirum hoc videri debet: nam & furi datur depositi & commodati, vel ex locato, vel pigneratitia, *l. non ab iudice, sup. de iudic. l. 1. §. si prædo, l. bona fides, inf. depos. l. ita, inf. commod. l. si pignore §. si prædo, de pign. act. l. si vrbana, de condict. indeb.* Nec obstat quod dicitur, furem de improbitate sua non consequi actionem, quod sic accipiendum, vt non possit agere furti quod teneatur furti: vel mandati, quod hortatu alieno furtum fecerit: vel pro socio, vt in furti partem veniat, *l. 12. de furt. l. si a reo §. vlt. de fideiussor.* hæ actiones in ipso furto causam positam habent, superiores in alio contractu, non in furto ipso. ac similiter si dicatur, neminem ex delicto suo meliorem suam facere conditionem, *l. non fraudantur, de reg. iur.* dicam, non facere etiam furem meliorem suam conditionem, licet adquirat condictionem ex consumptione, vel depositi, vel similis, quia non ideo rem lucrifacit, aut non furto liberatur, & illas adquirere eum ex contractu, non ex delicto, & ad *l. non fraudantur,* conuenientius exemplum est, quam deficere in *l. si ab hoste, solut. matr.* Generaliter autem qui alienam pecuniam credendi causa dat, habet condictionem de bene depensis, *l. non omnis §. vlt. inf.* quæ vt significat *l. 13 inf.* pro modo consumptionis bona fide factæ quotidie crescit, vt Græci aiunt τῇ καθ' ἡμέραν δαπάνῃ συναύξάνεται, & pro parte consumpta pro parte tantum condicitur: nam vt ex numeratione condictio datur, quatenus numeratum est, ita ex consumptione quatenus consumptum est bona fide: sed ex numeratione tamen non condicimus per partes, quia etiam ex vno eodemque contractu numeratio non fit per partes, ex consumptione condicimus per partes, quia ea per partes fieri potest. habet etiam is qui alienam

A pecuniam credendi causa dedit condictionem ex stipulatione, si eam sibi reddi stipulatus sit, *l. 2. C. si cert. pet.* qua de causa in *l. si quis pro eo §. si nummos, de fideiuss.* additur, *sine stipulatione,* cum proponitur nullam obligationem acquirere eos, qui nummos alienos mutuos dant, nec aduersus reum, nec aduersus fideiussorem ante consumptionem pecuniæ, & quod ait *ex ea numeratione,* sic accipiendum est, vt subnascatur potius ex numeratione, quam nascatur ex consumptione, quæ condictio est naturalis. At quærit Accurs. num vtilis sit condictio ex stipulatione, quod etiā quæri potest de condictione ex consumptione, si pecuniæ dominus eam vindicet aut vindicarit. & placet mihi & omnibus valde, quod respondit, eum qui accepit pecuniā, se aduersus stipulatorem tueri posse, exceptione doli, quod

B non sit æquum ei reddi pecuniam quam dominus vindicat, & vtitur argumento *l. 1. §. si seruus comm. de stipulat. seruor.* Placet hoc quidem, at displicet illud quod subiicit idem Accurs. & negat, ei qui alienos nummos credidit extante pecunia ratione possessionis condictionem dari, vt reddatur possessio, quam habuit antequam pecuniam numeraret: datur enim ex promutuo, *l. indeb. §. sed si nummi, de condict. indeb.* Ergo & ex mutuo, cui tamen æque poterit opponi exceptio doli, si & pecuniam suam esse dominus vindicare velit, vel de male consumpta agere ad exhibendum. Quare sic concludo: ei qui alienam pecuniam dedit credendi causa, dari condictionem incerti, id est, possessionis, & condictionem certi ex stipulatione: & si non interuenerit stipulatio, condictionem ex consum-

C ptione, sicut si suam pecuniam crediderit, & stipulatus sit, constat non concurrere condictionem ex numeratione, *l. 6. & 7. de nouat.* Quod autem idem Accurs. scribit ad hęc verba, *quia nondum, d. l. 13.* talia sunt, vt non coargui, sed statim obliterari debeant. Verum ait *l. si admonitus alienos nummos fuisse,* quia si meos nummos fuisse putaui, vtique condicam totos ex numeratione, quoniam hæc condictio scindi non solet, nisi in *l. 64. §. 1. de solut.* & condicam vtiliter, si modo non opponatur mihi exceptio doli, id est, si non obiiciatur alienos nummos fuisse: quod si obiiciatur, integrum mihi erit transire ad condictionem ex consumptione, & vel partem condicere, si pars tantum consumpta sit: partem autem extantem dominus vindicabit. Quia vero in *d. l.* hæc generalis definitio traditur in Papiniano lib. 8. quæst. eum qui alienam pecuniam dedit credendi causa,

D non ante acquirere condictionem quam pecunia consumpta sit, ei ex consumptione bona fide facta condictionem dari, quam appellauimus condictionem de bene depensis, vel totius summæ, si tota consumpta sit, vel prout consumpta erit: augeri enim condictionem in dies pro modo consumptionis, idcirco recte arbitror huic sententiæ Papiniani coniungi posse, *l. pater filiæ, inf. de iur. dot,* quæ est ex eodem libro Papiniani: Pater filiæ nomine nummos alienos dederat in dotem quos mutuos acceperat, vel in solutum acceperat à non domino: non est dos profectitia antequā à marito consumpti sint bona fide, quia nec ante, vel solutione, vel mutui datione, videntur patris facti, antequam consumpti sint. Consumptio sola alienorum nummorum numerationem vel solutionem conciliat, & longe alia est

E ratio fundi: nam si fundum alienum bona fide emptum pater dederit in dotem, dos est profectitia *l. 7. §. 1. eod. tit.* alienæ rei venditio consistit, alienæ pecuniæ mutuum non consistit. qui alienam rem emit, tenetur ex vendito. qui alienam pecuniam accepit, non tenetur condictione, nisi pecunia bona fide consumpta sit, idcirco ante consumptionem dos non intelligitur esse profectitia.

Ad Leg. XII.

Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis: eaque in rem tuam versa fuerit: condictionem furioso acquiri Iulianus ait: Nam ex quibus caussis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem etiam furiosis acquiri. Item si is qui seruo crediderat fu-

vere cœperit: deinde seruus in rem domini id verterit: condi- A *ci furiosi nomine posse: & si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere cœperit, & consumpta sit ea pecunia: condictionem furioso acquiri.*

FVrioso acquiri condictionem ex consumptione bona fide facta, vt si qui pecuniam quasi mutuam à furioso acceperat quem putabat sanæ mentis, eam consumpserit, recte ait, *quasi mutuam*, quia mutua non fit ab initio, sed post; si bene dependatur, mutua fuisse intelligitur, si male, furioso competit ad exhibendum actio, vel si extet vindicatio, & hoc tradit hoc loco ex Pomponio & Iuliano qui & de pupillo idem scripsit in *l. non omnis §. si pupillus, h. tit.* aut sane quod ibi Iulianus scribit de pupillo qui credidit sine tutoris auctoritate, ita accipiendum est, vt non aliter acquirat condictionem, quam si bona fide consumpta B sit: Finge igitur eum qui pecuniam accepit, dantem puberem esse existimasse, vt *l. obligari §. pupil de auctor. tut. §. nunc admonendi, Instit. quibus alienar. lic. vel non.* Eademque ratio est solutionis: nam si pupillus suam pecuniam soluerit sine tutore quam debebat, vel furiosus, vel prodigus, vel si quis alius alienam pecuniam (est enim harum personarum hac in re conditio eadem) non ante liberatur quam consumpta sit pecunia bona fide: hac ratione, quod facto pupilli, vel furiosi, vel prodigi, ad eum qui accepit, pecunia peruenerit, & in eo qui alienam dedit hac ratione, quod facto eius eadem pecunia peruenisse intelligatur, de qua experiri iam cum eo dominus non potest, cum sit bene depensa, nec tamen æquum sit eam accipientis lucro cedere, quæ ratio naturalis est. Condictio igitur de bene depen- C sis est naturalis, id est, ex bono & æquo potius quam ex mutuo. Condictio de rebus creditis est ciuilis. Eadem vero interuenit ratio, si pupillus, furiosus, vel prodigus pecuniam soluerit indebitam, vt habeat condictionem ex consumptione: quia pecuniam accipientis non fecerit numeratione, & generaliter in *l. interdum, inf. de condict. indeb.* traditur, has personas locum facere repetitioni, consumpta pecunia videlicet, etiamsi ex ea causa soluerint indebitum, ex qua alii non habent condictionem indebiti, vt docui in *l. illud, sup. de minor.* nam ignorantibus & absentibus comparantur, etiamsi proprie neque scire, neque ignorare intelliguntur. Et sequitur generalis regula in *h. l. ex quib. caus. &c.* Ignoranti acquirit seruus vel filiusfamil. dominium & obligationem; ignoranti acquiritur liberatio, actio furti, D vel damni iniuria, & actio Pauliana, actio negotiorum gestorum, & legatorum vel fideicommissorum actio, *l. si à furioso, de oblig. & act.* Actio, inquam, legatorum personalis, non dominium *l. filiusfam. inf. qui testam. fac. poss.* & hereditas suo, & necessario heredi, *l. furiosus, inf. de acquir. hered. §. 5. in autem. Instit. de hered. qua ab intest. l. 2. inf. de condict. tritricar.* Ergo & furioso ignoranti etiam acquiritur condictio de reb. credit. *l. 9. §. pen. h. tit.* si quis suos nummos meo nomine crediderit me ignorante, ergo & si furiosi nomine. Item sanæ mentis homini & ignoranti acquiritur condictio etiam de bene depensis, vt si credita seruo alicui pecunia versa sit in rem domini, me ignorante. Nam mihi aduersus dominum acquiritur hoc casu non tantum honoraria de in rem verso, sed & directa condictio de bene depensis, *§. vlt. Instit. quod cum eo, &c.* Ergo E & furioso mihi, qui secundus est casus huius l. Item si pecuniam alienam dedi credendi causa, & ea sit bona fide consumpta, mihi acquiritur condictio de bene depensis & consumptis, ergo & furioso mihi, qui tertius casus. Tota igitur lex est de condictione de bene depensis.

Ad L. XIII. §. 1. & leg. XVI.

Nam & si fur nũmos tibi credendi animo dedit accipientis non facit: sed consumptis eis nascitur condictio. Vnde Papinianus lib. 8. quæst. ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi: non ante mihi teneris, quam eos consumpseris: quod si per partes eos consumpseris: an per partes tibi condicam quærit: & ait, condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem cõdico, quia nondum totos consumptos compereram.

§. Si seruus communis decem crediderit: puto, siue administratio seruo concessa est, siue non, & consumantur nummi: in quinque competere actionem: Nam & si communes nummos tibi credidero centum, posse me quinquaginta condicere, Papinianus lib. 8. quæstionum scribit, etiamsi singula corpora communia fuerint.

S*I seruus communis* 10. *crediderit.* Accursius: seruus communis, inquit, æqualibus partibus, recte. & 10. quę erant, inquit, dominorum communia æqualiter. dixisset melius, 10. peculiaria, & peculio præsertim ad vtrumque dominum pertinente: nam seruum in hac specie credidisse de peculio demonstrant verba quæ sequuntur, *siue administratio seruo concessa est, siue non.* Finge igitur: Seruus communis meus & tuus de peculio 10. credidit: vtrique B nostrum condictio acquiritur. condictio de reb. creditis, si liberam peculii administrationem habuit: condictio de bene consumptis, si eam non habuit. vel hoc casu, id est, quando non habuit liberam administrationem extantibus, aut male consumptis nummis, vtrique datur vindicatio, vel ad exhibendum actio, *l. 11. §. 1. sup.* acquiritur autem singulis condictio partis dimidię eius summæ. & hoc est quod ait primum *competere actionem*: namque singulis 5. nummorum repetitionem competere, quod confirmat à simili. est affectio similis quædam inter peculiares nummos serui communis, & communes nummos: at si nummos mihi cũ alio communes tibi credidero, dimidiam totius summæ: non singulorum corporum dimidiam partem condico, ergo & seruus communis mihi cum alio, si nummos pecu- C liares tibi crediderit, summæ dimidiam partem condicam, si centum crediderit 50. si 10. quinque, & hoc de cõmunibus Vlpian. refert ex Papiniani 8. quæstionum. locus est in *l. si is cui nummos, de solut.* & idem de promutuo communium nummorum proditum est in *l. si pœna §. si falso, de condict. indeb.* competit ergo mihi creditis communibus nummis, vel ex falsa causa datis in solutum condictio dimidiæ partis totius summæ ex numeratione, quia eius tantum partis alienationem habui, *l. 16. h. tit.* vel etiam alterius partis condictio competit ex consumptione: atque ideo differentia hæc est inter priorem & posteriorem casum, quod priori condictio competit pro parte tantum, quia seruus communis credidit qui sustinet personam duorum: posteriori condictio competit in solidum, quia vnus D ex sociis pecuniam credidit si consumpta tota pecunia sit. pecunia communis diuiditur numero, non corpore, vel etiam, si mauis existimare communem eam esse pro indiuiso, & singula nummorum corpora esse communia, facienda tamen diuisio numero non corpore, quia pecunia non tam corpore quam quantitate spectatur, & videtur commodum debitoribus creditoribusque vt numero diuidatur obligatio, *l. 29. in fi. de solut.* Porro, *l. 16.* vt eius quoque interpretatio hoc loco concludatur, male accipit Accurs. de socio bonorum omnium: hic enim propriam pecuniam habere non potest, quia etiamsi nondum quæ nuper acquisiuit, in commune redegerit, tacite communicare intelligitur, *l. 2. inf. pro soc.* Propriam autem pecuniam, inquit, mutuam facit socius credendo in solidum, etiamsi non consentiant cæteri socii: communem autem E dando non consentientibus cæteris, mutuam tantum facit pro sua parte: & ideo condictionem in solidum non habet antequam pecunia omnis bona fide consumpta sit, interim partem suam tantum condicere potest, vt si fuerint socii tres, & ex communi pecunia crediderit 30. ea tantum condicere potest quæ propria eius fuisse intelliguntur, & plus parte sua alienare non potuit, dissentientibus cæteris, etiamsi totorum bonorum socii fuerint, *l. nemo ex sociis, in princ. pro soc.* & ideo recte in eodem libro Paulus in *l. si vnus, eod. tit. Si vnus*, inquit, *ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum*: quia scilicet nisi consenserint socii ea venditio partis tantum alienatio est, & adiicit, *pretium diuidi debet*: diuiditur autem numero, vt dixi, non corpore.

Ad Leg. XIV.

Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam soluerit: patri nummos vindicanti nulla exceptio obijcietur. Sed si fuerint consumpti à creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem; quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio nasci potuisset si dominium ad accipientem transisset. in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem.

PErtinet etiam hæc l. ad condictionem de bene depensis: nam ex causa crediti seu indebiti soluti, eadem ratio est crediti & soluti. si indebitum, quod soluo de meo, fiat tuum, ex numeratione indebiti condictio nascitur, si de meo non fiat tuum, ex consumptione. Sciendum autem est, multum interesse vtrum filiofamil. credatur pecunia, an patrifamil. nam si patrifam. credatur, ex mutuo nascitur naturalis & ciuilis obligatio. si filiofamil. ciuilis non nascitur ob Senatuscons. Macedonianum, quo denegatur actio pecuniæ creditæ filiofamil. & hac ratione credere filiofamil. perdere est, *l. 3. inf. ad Maced.* quia neque peti quod datum est, neque repeti potest. nascitur tamen obligatio naturalis, cui Senatusconsultum Macedonianum impedimento non est: cuius effectus hic est, vt inhibeat soluti condictionem. Quocirca si filiusfamil. mutuatus contra SC. Maced. per errorem soluerit, forte paterfam. factus, vel ex castrensi peculio, vel si quis alius, quibus modis pecunia fit accipientis, quasi de indebito soluto condictio non est, *l. qui except. inf. de condict. indeb. l. sed etsi paterfam. in fi. & l. seq. inf. ad Macedon.* Sed quæritur in hac l. si filiusfamil. soluerit de pecunia peculiari vel patris, atque ita pecuniam non fecerit accipientis, an solutæ pecuniæ patri vindicatio vel condictio competat. Finge filiumfamil. pecuniam soluisse sibi ab alio donatam: & si quidem hac conditione data sit, vt creditori soluatur, videtur à donatore profecta protinus ad creditorem, & fit accipientis, ac proinde à patre vindicari non potest, quia nec filii nec patris vnquam videtur fuisse. Sed si simpliciter donata sit, non potuit soluendo filiusfam. eam alienare, quia patri pecunia acquisita est: & ideo extantem pater vindicabit, nec repelletur exceptione vlla. filiusfam. si vindicet quasi heres patris, repelletur doli exceptione, ne veniat contra factum suum, *l. si non sortem §. si filiusfam. inf. de condict. indeb.* At rursus quæritur an bona fide consumptam eam pecuniam, ab eo puta, qui solui sibi existimabat pecuniam voluntate patris, aut post emancipationem filii, pater condicere possit, & ait cessare condictionem ex consumptione, & vtitur vera ratione, quia toties datur condictio ex consumptione, si pecuniæ dominium ad accipientem non transierit, quoties foret ex numeratione, si pecuniæ dominium ad accipientem transiisset. Hoc autem casu non foret ex numeratione, etiamsi dominium ad accipientem transiisset, quia naturalis obligatio inhibet condictionem: Ergo non erit etiam hoc casu condictio ex consumptione, si dominium ad accipientem non transierit. Propositio est: Toties condictio ex consumptione datur, quoties ex ea causa numerati sunt ex qua actio, id est, condictio ex numeratione esset: est enim condictio ex consumptione actio fictitia: fingit enim dominium transisse. ex his igitur causis danda ex quibus datur & competit vera, vt Publiciana quæ etiam fictitia est actio. Assumptio hæc: in proposito autem non esset, id est, condictio non esset ex numeratione. conclusio hæc: denique, id est proinde, per errorem soluti cessare repetitionẽ, id est, condictionem ex consumptione, quæ poterat videri quæsita patri per filium. Et ait, per errorem, id est, etiamsi per errorem facti est: scienter enim vel per errorem iuris, nulla dubitatio est. Sed etsi per errorem facti, cessat condictio, nisi forte soluerit credens se debere ex alia non iusta causa, vt Accurs. videtur. Obstat huic sententiæ *l. sed etsi pater-* A *fam. §. 1. ad Maced.* quæ dicit, patri ex omni euentu competere condictionem. ex omni euentu, id est omni modo, πάντῃ τρόπῳ. siue ad extremum, quasi diceret, vt deficiat vindicatio, condictio non deficit. denique quicquid euenerit, hæc supererit patri. Græci non esse condictionem indebiti, sed generalem, male: nam generalis non datur sine causa, & causa alia non subest, quam indebiti. Latini contra, non esse generalem, sed specialem esse sine causa, quod nunquam fit, vt cui conuenit generalis, non conueniat specialis. non erit etiam certi, vbi non possit esse incerti de bene depensis. alii, non esse ex persona filii, sed patris, male: nam & hic & ibi quæritur an competat. Eadem igitur quæstio vbique, & ex sua persona patri nulla est condictio, aut si qua est, per filium est. Alii, non esse consumptam pecuniam bona fide, sed mala; imo esse potius ad exhibendum B actionem, *l. 1. §. vlt. sup.* quia non est certe furtiua. vbi est actio ad exhibendum, condictio non est, *l. interdum, l. dominus, l. si in area, de condict. indeb. l. seruus inscio, de fideiussor.* Alii, non esse si filiusfamil. suo nomine soluerit, esse si patris nomine. At vbique soluit suo nomine, & si patris nomine quasi de peculio obligati, indebiti competit magis, quam si filii nomine. animaduerti eodem libro, & hoc & illud scripsisse Vlp. nempe 29. ad edictum. at in illa ex Iuliani sententia, in hac ex Marcelli, qui est Iuliani reprehensor, exagitator & quasi insidiator perpetuus. leuem rimam in Iuliano si offendit, figit aculeum, adeout alii auctores cum quid verissimum esse significare volunt, & Iulianum dicant scribere, & verissimum esse, cum & Marcellus consentiat, *l. si seruus §. sed an is, ad leg. Aquil. l. 2. in fine, de nox. act.* Quid igitur euidentius quam referri C eodem libro diuersas sententias Iuliani & Marcelli, & ad Iuliani quæ refertur *d. l. si paterfam.* §. 1. notam Marcelli applicandam hoc loco, *& verior Marcelli est.*

Ad L. XV.

Singularia quædam præcepta sunt circa pecuniam creditam: nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam: obligaris mihi, quamuis nummos meos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc & in eadem persona recipiendum est: vt cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, & conuenerit vt crediti nomine eam retineas: videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.

D SIngularia quædam] Singularia, id est, contra regulam, contra iuris rationem, vt dixi *l. 9. §. vlt.* & recepta non præcepta. Basil. ἐπὶ τ δανείου τινὰ παρὰ τὸν ἀκρίβειαν ἢ παρὰ κανόνα ἐδέχθησαν, benigne recepta, *l. qui negotia, inf. mand.* Regula iuris hæc est: vt is tantum mihi obligetur ex numeratione, id est, ex mutuo, cui pecuniam numeraui meam. ius singulare est, vt mihi obligetur ex numeratione etiam is cui iussu meo debitor meus pecuniam mihi debitam numerauit, quo facto debitor à me liberatur, nec abest huic iuri color: fingitur enim mihi dari à debitore pecunia, & protinus à me ad illum profecta, vt in *l. 3. §. sed si debitorem, de donat. int. vir. & vxor. l. licet §. 1. de iur. dot.* Quasi breui manu, & sine circuitu dum celeritati studeo, occulta, id est, subrepta actione vna, acceptæ à debitore pecuniæ, E quam accepisse finget dum is accipit cui creditum volui, hac fictione ius singulare sustinetur. Eademque ratione & fictio interuenit, si quis mandato meo alii pecuniam numerauerit: nam is qui accipit, licet neque ego numerauerim, neque meam pecuniam acceperit, tenetur tamen mihi ex mutuo, ego danti teneor mandati: nam si Titius redditurus mihi pecuniam mea voluntate dederit eam Caio, ego Titio, Caius mihi tenetur condictione, licet meam à me pecuniam non acceperit, *l. 9. §. pen. sup.* Item si filiusfam. aut seruus cui libera peculii administratio concessa est, nummos peculiares crediderit, mihi acquiritur condictio, licet nummi peculiares non mei fuerint, *l. 2. §. pen. l. 11. §. vlt. sup.* quia voluntate mea credere intelligitur is cui permisi liberam administ. quod in his quidem facilius

admittitur, propterea quod nummi peculiares filii aut serui ad me pertinent, vel etiam sunt mei, & quodammodo duo domini summæ peculii, & duo possessores, vt dotis maritus & vxor. Præterea iure potestatis per eos mihi adquiri potest superioribus casibus difficilius, quia per liberam personam mihi non adquiritur, & pecunia quam liber homo dat voluntate mea, nullomodo mea est: sed benigne receptum est, vt per liberam personam nobis acquiratur condictio non mutui tantum, sed etiam indebiti, *l. 6. C. de cond. indeb.* & causa data ea non secuta, *d. l. 9. §. quoties*, quæ sunt ex promutuo propter necessarium vsum rerum expediendarum: vt quod forte occupatus per me expedire non possum, vel non tam celeriter quam vult is qui me mutuam pecuniam rogat, id assequar per alium. qua etiam necessarii vsus ratione receptum est, vt per liberam personam nobis possessio adquiratur. Quæritur an etsi non mea voluntate sed meo nomine quis nummos crediderit, me absente & ignorante, mihi acquiratur condictio: nam hoc non ita vt illud vsu est receptum, sed prudentib. placet & mihi quoque, hoc casu condictionem acquiri, si nomen approbo, *l. 6. §. pen. sup.* nec longe aberit ab eo quod receptum est, quia approbatio nominis seu ratihabitio mandato comparatur: ex quo intelligitur, huic fictioni locum esse, etiamsi me absente alius meo nomine crediderit, in quo etiam ius singulare maxime elucet circa pecuniam creditam: Nam aliis casibus inducitur quoque hæc fictio, sed ita demum si me præsente, vt *l. quod statuliberi, inf. de donat. caus. mort. l. si procurator, de verb. oblig. l. falsus §. si is qui, de furt.* in credito neque mea, neque pecuniæ præsentia exigitur. Si igitur debitorem alii iussi dare, mihi acquiritur condictio, siue dederit me absente, siue præsente, & siue pecuniam habuit paratam in manu dum iussi, siue non: at non videtur mihi possessio & dominium possessione acquisitum, nisi præsentem præsens iussero dare, *l. 1. §. pen. inf. de acquir. poss. l. pecuniam, de solut.* quo casu mihi tradita fingitur longa manu, i. eminus, non cominus de manu in manum. Quæritur, an etsi pecuniam quam mihi debes ex causa mandati conuenerit vt debeas quasi mutuam, fiat mutua, & mihi acquiratur condictio, vt quod in duabus personis est receptum, etiam in eadem persona recipiatur id, vt quod fit per alium, fiat per te ipsum; & videaris mihi tu dedisse quod debebas ex causa mandati, & idem mox recepisse ex causa crediti, quæ fictio breuis manus appellatur. Vlp. putat idem recipiendum hoc casu, receptum illo est, hoc non est receptum: sed, inquit, inducendum & recipiendum est: consequens enim est, vt si dum mihi ab alio debitos nummos accipis mea voluntate, meos videris accipere, qui credere tibi eos volo, videaris etiam accipere meos, dum ante debitos ex causa mandati retines in creditum mea voluntate. Atque ita quodammodo accipis à teipso, vt quę fictio valet in vno casu, valeat etiam in altero: quia de similibus idem iudicium. Obstat *l. qui negotia, mand.* procurator à debitoribus meis exegerat 10. eam igitur pecuniam debebat ex causa mandati: per epistolam mihi significauit se eam debere ex administratione, & debiturum quasi creditam sub vsuris semissibus. Epistola habetur pro nuda pactione in *l. 18. de fun. dot.* continet enim cautionem debitæ pecunię ex causa mand. & pactionem hanc vt pecunia credita fiat, atque adeo vt periculum eius pecuniæ quod non erat procuratoris, nunc ad eum pertineat, & aliam vt debeantur vsuræ semisses, & pacto quidem hoc fieri potest in iudiciis bonæ fidei, veluti mandati, dum inchoatur actio, vt ait *l. nec ex prætorio, inf. de reg. iur* dum constituitur obligatio, dum cauetur vt periculum mandatarii sit, & vt debeat vsuras: atque ita erit hoc casu, quia mandati obligatio manet: nec enim pacto etiam fit mutua pecunia, quæ si esset mutua, vsurarum petitio non esset, *l. idemque §. si quis Titio, eod. tit.* cur non fit mutua? quia aut nouatione tantum hoc fieri potest, aut fictione quadam, sed nouatione hoc fieri in hoc casu non potest, quia nouatio non fit sine stipulatione. non etiam fictione, vt videatur pecunia re-

A cępta ex administratione, & mox data eidem in creditum: quia si admittatur hoc casu, vt ex contractu mandati nuda pactione mutua fiat pecunia, admittetur & ex venditione, locatione, vel quo alio contractu, quod est absurdum: nam ita constitueremus, mutuum fieri nuda pactione posse quod fit datione, numeratione. Et hoc est quod ait, *alioqui, &c.* alioquin significat absurdum. male quidam accipiebat *alioquin* pro *cæterum*, atque ita dicebat conuenisse in *h. l. 15.* non conuenisse in *l. qui negotia*, qui refellitur illis verbis, *vsuras de quibus conuenerit*. Respondet autem Africanus his quæ obiici poterant. ex deposito, commodato, pecunia mutua fit nuda pactione, *l. 9. §. vlt. sup.* facile in his contractib. fictio inducitur, quia quæ erat mea, tua fit, ex mandato, vendito, locato non erat. Respondet

B etiam rationi Vlpiani. Si à debitore meo mea voluntate pecuniam acceperis, mutua fit, cur non & si à seipso debitore meo? sed ait illo casu id esse benigne receptum, quod ad consequentias non est producendum, *l. quod contra, de reg. iur.* ius commune facile producitur, non ius singulare, *l. pen. inf. h. t.* Quod igitur non est receptum, non etiam recipiendum, si deerret à iure communi, nec vbi est eadem ratio, & idem ius, si ratio sit ficta non vera & naturalis. Dissentit igitur ab Vlpiano: & ita videtur Fulgosio, & Molineo, & mihi. Nam & in alia statim specie dissentit ab eodem: si tibi vendendam dedi, vt pretio vtereris eadem ratione, vt docui l. 11. sup. quam speciem attigerat etiam Vlp. h. lib. 31. vt indicat *l. rogasti. de præsc. verb.* & male in ea specie pro Vlp. facere opinantur *l. si pro mutua,*

C *C. si cert. petet.* vt ibidem exposui. Quam rationem componendo dissidio quærunt interpretes, nemo probabit. In *l. qui negotia*, inquiunt, pecunia debita ex causa mandati erat consumpta, idcirco non fit mutua. in hac l. extabat, vaticinantur, & quamuis sit consumpta pecunia, quia tamen non est consumpta obligatio pecuniæ, Vlp. recte diceret obligationem mandati posse mutari in causam mutui. Græci sic accipiunt, vt non sit condictio ex mutuo, sed mandati, propterea quod periculum est mandatarii si dicunt, ἀναδυομβῆν τῦ δυνανοῦ ἐκὼ φύσει. quibus verbis plane desciscunt ab Vlp. & hærent Africano. Male autem Acc. colligit ex *l. aduersus, C. de non numer. pecun.* alium contractum posse conuerti in causam crediti, nuda pactione: nam ibi in chirographum est, in stipulationem vel obligationem nominum, non in creditum. Contra idem colligit

D ex *l. si ex pretio, C. si cert. pet.* contractum venditionis non posse conuerti in causam mutui, videamus an recte. Duæ in ea ponuntur species. prior est: Pretium quod mihi debebas ex causa venditionis interposita stipulatione nouandi animo promisisti sub vsuris stipulanti mihi, & ita concepta est stipulatio: ea quæ mihi debes ex causa mutui spondes cum vsuris semissibus? falsa causa præmissa est stipulationi, nec enim debebantur ex mutuo, sed ex vendito. an peti possunt vsuræ? & ait posse, quia principalis obligationis substantia non deficit. Sors enim debetur & quidem ex stipulatione, quæ facta non fuit sine causa, cum præcesserit eam venditio: nec falsa causa expressa in stipulatione nouationem vitiat: ergo debetur etiam vsura deducta in stipulat. Posterior species hęc est: pecuniam mihi debebas ex causa venditionis, eam de te stipulatus non sum nouandi

E animo, vt priore casu; sed instrumento conscripsimus falso eam deberi ex causa mutui: in quo & de vsuris præstandis conuenit circa stipulationem. quęritur an mutata vel nouata sit prior obligatio, & ait, nihil mutatum de præcedenti obligatione. ex quo male colligunt, debitum ex causa venditionis non posse conuerti in causam mutui: neque enim id egimus vt pecunia debita ex causa venditionis fieret mutua, quod conuentione fieri posse Vlp. arbitratur, sed simulauimus esse mutuam. Simulata, inquit lex, pro infectis habentur. non est igitur mutua. si abesset igitur simulatio, esset mutua, & ita sumpto argumento ex *d. l. si pretio*, confirmatur potius Vlp. opinio, quę etiam hodie præualeret, nec admitteretur subtilitas Africani à iudicib. vel potius tollendę dubitationis causa ex ea specie agitata in Vlp. & Afric.

quia vnus dicit mandati, alter crediti esse obligationem, ageretur in factum, id est, præscriptis verbis. Vsuræ etiam in specie *l. si ex pretio* de quib. conuenit, peti non possunt ex pacto, quia pactum non cohæret obligationi ex vendito, sed falso instrumento mutui, quod etiamsi esset mutuum, non deberentur citra stipulationem. in *l. qui negotia*, vsurarum pactio cohæret cautioni siue obligationi mandati: nam epistola procurator cauit se ex administratione debere certam summam, eamque se debiturum sub vsuris semissibus, quasi creditam sibi, vt in *l. Publia* §. *1. depos.* & quia credita non sit, sed manet debita ex causa mandati, vsuræ peti possunt ex pacto facto in constituenda obligatione, quæ peti non possent, si pecunia mutua facta intelligeretur: nam in strictis iudiciis quale est mutuum, vsuræ non debentur ex pacto quod factum est initio constituendæ obligationis. In *l. si ex pretio*, factum est ex interuallo & seorsim à contractu venditionis: Ideoque in ea specie non præstantur vsuræ quæ pactæ sunt, sed quæ officio iudicis accedunt ex mora in bonæ fidei iudiciis. Idem Accurs. circa pecuniam creditam singularia ait esse octo. ac primum vt mutua fiat pecunia, licet mea non fuerit duobus casibus, qui proponuntur in *h. l.* si debitorem meum iussero tibi dare, & si quam debebas ex causa mandati, voluero retinere quasi creditam, quib. additur tertius recte ex *l. 9* §. *pen. C. per quas pers.* vt etiam mutua fiat mihique acquiratur condictio, & pigneratitia actio, si quis alius non debitor suam pecuniam alii dederit meo nomine, sed male acquiri per pactum, quia & pactio fieret mihi inutiliter. acquiritur per numerationem, quia ego videor numerasse. Cetera quæ commemorat Accurs. non sunt singularia circa pecuniam creditam: quid enim his verbis significatur, *singularia quædam &c.* quædam benigne & iure singulari in mutuo esse recepta. Cæterum quæ in mutuo, & in soluto. Eadem enim ratio crediti & soluti, *l. non omnis* §. *si pupillus, inf.* eadem causa obligandi & liberandi, *l. inter* §. *sacram, de verb. oblig.* vt igitur condictio ex mutuo, ita liberatio mihi acquiritur, si quis mea voluntate, vel meo nomine dederit suos nummos, aut soluerit, & quæ circa pecuniam creditam, & circa aliam rem cuius datione in creditum iri solet. Quæ autem præterea commemorat, aut mutui iura singularia non sunt, aut proprietates sunt pecuniæ, non singularia, veluti vt nummi consumpti videantur, qui mixti sunt aliis, ita vt discerni non possint. Hoc neque in mutuo est ius singulare, neque in pecunia, sed natura & proprietas pecuniæ hæc, sicut frumenti, vt mixtione consumpta videatur, nec tamen mixta pro consumpta habetur semper, quod mox apparebit, si prius indicauero quod de pecunia est proditum in *l. si alieni, de solut.* id in frumento Accurs. non admittente, male: cum etiam alii frumento frumentum ita confundi possit, vt discerni nequeat, *l. in naue, loc.* & sane sicut nummi alieni quos solui meo creditori inscio, vel inuito domino, si mixti erant alii, ita vt discerni nequirent, creditoris facti intelliguntur, & ego ab eo liberor, ita & frumentum fit accipientis. nec moueor *l. 5. in princ. de rei vind.* nam & quod ibi dicitur de frumento, in pecunia locum habet. Si meum & tuum frumentum non communi consensu nostro confusum sit, ita vt discerni alterum ab altero non possit, & similiter si mei & tui nummi confusi sint, frumenti aut pecuniæ aceruus non est communis, sed vindicamus inuicem, quantum paret in illo aceruo frumenti cuiusque esse. A credito tuo, cui ex aceruo illo forte soluisti bona fide accipienti non vindico, neq; tu, neq; ego quod meum est: nam propter tuam pecuniam, etiam meam acquisiuit creditor, qui bona fide recepit. Sed si meos nummos creditori solueris, quos ille suis miscuerit, puto mihi vindicationem superesse, quantum paret in illo aceruo meum esse; non videri igitur plane consumptos. Sequitur, inter singularia etiam hoc esse in pecunia debita, vt totum patrimonium minuat hoc pecuniæ naturale est, non mutui ius singulare, quia non corpora nummorum spectantur, sed quantitas, & quantitas quæ debetur inest toti patrimonio, si tanti sit quanti pecunia est. Et hoc casu

A est quod ait *l. si fideicom.* §. *1 sup. de iud.* æs alienum non esse certorum, sed vniuersorum bonorum, & pari ratione si duobus institutis, vnus rogatus sit hereditatem restituere, retentis vel acceptis 100. illa centum quia insunt portioni suæ, *l. 12. inf. de leg. 2. l. 88. de verbor signif.* videtur heres accipere ex parte sua, id est, iure hereditario, atque ideo imputat illa in Falcidiam in solidum, *l. deducta* §. *acceptis, ad Treb. l. cum pater, in pr. de leg. 2.* eadem male deputat inter singularia Accurs. si communes nummos credidero, licet possint videri singula corpora nummorum esse communia, tamen quinquaginta possum condicere ex numeratione, quia non corpora ipsa excogitamus, *l. 13.* § *vlt. sup. l. si pœna* §. *vlt. de cond. indeb.* quod vt adnotat Fulgosius, etiam de aliis rebus dici potest quæ pondere vel mensura constant: quia hæ quantitate valent, non corpore. B id etiam non recipio inter singularia mutui; quod adnotat Accurs. tutorem sibi mutuam pecuniam pupilli scribere, & sibi posse soluere, *l. quoties* §. *non tamen. de administrat. tut.* nam & sibi emere potest palam & bona fide, *l. 5. C. de contrah. empt. l. 5.* §. *pen. de auctor. tut.* At fateor, facilius mutuum permitti quàm emptionem, quia in emptione præsumitur plerumque calliditas aut gratia. fateor etiam esse melius, ne tutor emat rem pupilli, nisi forte ex auctione, *l. 2.* §. *tutor. pro empt.* vel creditore distrahente, *d. l. 5.* §. *vlt.* vel iure distractam rem alteri eo pretium non soluente, retinendo eodem pretio, vt in *l. tutor rerum, de administr. tut.* vel etiam rem vænalem sibi emendo palam, bona fide, iusto pretio, quod & ita procedit in curatore, procuratore, gestore. Vix enim emunt rem domini, vt in C œconomo, vt etiam alter sibi possit emere rem ecclesiæ, *Nou. 120.* & in comite patrimonii, & in palatino, & in patrono fisci, qui administratores sunt rerum priuatarum Principis, *l. vlt. C. de fide & iur. hast. fisc.* in mutuo non potest esse fraus, quia quantum accipit, quantumque erat daturus alii, tantum sibi præscribit mutui nomine, sub iisdem vsuris. Postremo quod ait Accurs. pecuniæ mutuatitiæ vsuras ex pacto non deberi, non est singulare in mutuo, sed commune omnium contractuum stricti iudicii: propterea quod in strictis iudiciis pactum ex interuallo, aut in continenti factum, non inest ex parte actoris, vt dixi *l. 11.* §. *si tibi, sup.* Ceterum quæ annotauit ad hanc l. Accurs. satis sup. nostris ponderibus examinauimus.

D

Ad L. XVI.

Si socius propriam pecuniam mutuam dedit: omnimodo creditam facit, licet cæteri dissenserint. Quod si communem numerauit: non alias creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiant, quia suæ partis tantum alienationem habuit.

Lex decima sexta explicata est in l. decimatertia supra hoc tit.

Ad Leg. XVII.

Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum E *studiorum causa Romæ ageret: responsum est à Scæuola, extraordinario iudicio esse illi subueniendum.*

Si filiusfamil. absens studiorum causa mutuam pecuniam acceperit, cessat Senatusconsultum, si modo probabilem modum mutuando non excesserit, id est, viatici quantitatem, *l 7.* §. *quod dicitur, ad Macedon. l 5. C eod.* vbi studiorum causæ iungitur legationis causa, vt & in *l. si longius* §. *filiusfam. sup de iud.* duæ hæ sunt absentiæ causæ iustæ, sed idem obtinet si absit ex qualibet alia iusta causa: nullus igitur ea in re præcipuus fauor studiorum. Hæc l. non est de eo qui mutuam accepit, sed de eo qui dedit, cum studiorum inquit, causa Romæ ageret. Solebant prouin-

ciales Romam mittere adolescentes litterarum causa, *l. 5. §. ego puto,* D. *de iniur.* ait autem extraordinario iudicio ei subueniendum esse, quia scilicet præsens non est pater qui agat extraordinarione, id est, vtili condict o, quia directa patri acquiritur iure potestatis, & vtrique datur non quidem ex numeratione, sed ex consumptione, quia filius liberam viatici administrationem non habuit. Viaticum licet à via dicatur, vt illa demonstrant, mori esse, in patriam sine viatico peruenire, stultum esse deficiente via viaticum augere: pecuniam tamen quamcunque significat paratam victus causa, & alibi quidquid esui aut potui paratum est, viaticum æstiuum Plauto, id est, pocula, vt videatur potius à vita deduci, quam via. Directa actio ordinaria est, vtilis extraordinaria, quia non competit iure directo, sed vtilitatis causa, §. *recte, Instit. de mand. d §. si filiusfam. l. 6. in fi. mand. l. 5 §. pen. de constit. pecun.* Quinimo dandis vtilibus actionibus Prætores non rectum ius aut consuetudinem spectant, sed vtilitatem, ac plerumque in casibus frequentioribus iuri parent, in casibus nouis vtilitati, non iuri. Et hæc vtilium actionum accommodandarum origo: accommodari enim proprie dicuntur quod est flecti, qua de causa inflexæ etiam dicuntur & obliquæ, & πλαγιασμοί, & ita Cic. de leg. Manilia: *maiores nostros in pace consuetudini, in bello vtilitati paruisse semper. ad nouos casus temporum nouorum canones accommodasse.* Fateor ius directum esse plerumque vtile, quod eam ob rem χρήσιμος Theoph. vocat. Verum si aliud eadem illa vtilitas quandoque nobis suadet, vt actiones exerceat etiam filiusfam. suo nomine, veluti absente aut cessante patre, ne absentia aut negligentia patris noceat filio: in specie proposita, si viaticum suum mutuum dederit, impune fraudem patiatur, & egestate Romæ laboret, viatico suo non recepto. Viaticulo dicit *l. si longius §. vlt.* per deminutionem vt Apuleius, *Viaticulum mihi corrasi,* & hæc ratio vtilitatis effecit, primum vt polliceretur prætor actionem edicto suo iniuriarum filiofam. causa cognita, si neque præsens esset pater, neque procurator patris vellet experiri, *l. 7. sed si vnius §. ait Prætor, de iniur. l. in personam, sup. de pact. l. 8. sup. de procurat.* Cur duobus posterioribus locis de iniuriarum tantum actione, quando hæc sola ex edicto competit filiofamil. & edictum trahitur etiam ad legem Corneliam? vt scilicet ex ea lege possit agere filiusfamil. suo nomine absente patre, *l. 5. §. 2. de iniur.* quia causa cognita datur ei iniuriarum actio, extraordinaria autem datur de plano, edicti autem exemplo prudentibus placuit etiam filiofam. cæteras dandas actiones, quæ ex maleficio veniunt, veluti vtilem actionem furti, si quid ex pagano peculio subreptum sit, vel bonis raptis, vel damni iniuria, ne dum pater expectatur, impunita sint maleficia, quia pater venturus non est, vel ne dum venit, se subtrahat is qui noxam commisit, *l. si longius §. si filiusfam. de iud.* & interdictum quod vi aut clam, quod etiam arborib. succisis competere dicitur filiof. colono, *l. 19. quod vi aut clam,* nec mirum cum & inquilino detur actio damni infecti, *l. si filiusfam. de dam. infec.* & actio in factum pœnalis ex edicto de in ius vocando, *l. si libertus, de in ius voc.* vbi vt hoc loco, ait subueniendum esse filiofam. absente patre. Simili igitur remedio, nimirum data vtili actione siue extraordinaria causa cognita, & ad hanc actionem referri potest *l. in factum, de oblgat. & act.* Superiores sunt ex facto, hæc est in factum, *l. actionem, eod. tit.* sed etiam nos inf. latius accepturi sumus coniuncta *d. l. in factum* cum ista, quia & ex lib. 1. disputat. Vlp. ambæ sunt sumptæ. Est autem argumento simili eiusdem libri coniungenda *d. l. 19. & l. si libertus* cum *l. sed si vnius,* quia ex edicto prætoris, filiof. suo nomine datur actio iniuriarum. At si paterfam. esset, Vlp. adiiceret interdictum quod vi aut clam, & actionem in factum ex edicto de in ius vocando. Paulatim crescunt sententiæ iuris: placuit postea prudentib. filiof. ex contractib. dari vtiles actiones depositi, commodati, mandati, *l. filiusfamil. de obligat. & act. l. Iul. depos. d. l. si longius,* & creditæ pecuniæ hoc loco. Quid cunctamur? omnes ergo actiones extra ordinem filiofam. dantur, absente vel cessante, vel quiescente patre, siue ex maleficio, siue ex contractu veniant, & hoc potius esse quod Vlp. definit *eod. lib. d. l. in factum.* quia pluratiuo numero dicit in factum actiones, id est, vtiles ex omni causa. omnis actio vtilis est in factum. quæ vtilis in *l. quidam, de hered. instit.* in factum dicitur in *l. si vero non §. si filiof. mand.* & quæ vtilis in *l qui mortis, de mort. caus. donat.* in factum dicitur in *l. mortis causa §. si donatarius, eod. tit.* quæ vtilis in *l. vlt. in fi. de religios.* in factum in l. *si heres rem, de leg. 2.* actio quoque præscriptis verbis modo vtilis dicitur, modo in factum. Exercere autem vtiles actiones filiifam. possunt suo nomine, vel per se, vel per procuratorem, *l. 8. sup. de procurat. l. sed si vnius §. idem Iulianus, de iniur.* omnib. qui suo nomine actionem habent, procuratorem dandi est facultas: & quia his actionib. filiusfam. suo nomine experitur, sane non cauet de rato, vt de iniuriarum actione nominatim est proditum in *l. 5. §. 4. de iniur.* Dices, cur filiafam. quæ agit de dote, absente patre cauet de rato, *l. si cum dotem §. si soluto, sol. matrim.* quia hæc actio communis est patris & filiæ, licet dos sit profectitia, & intendi debet voluntate vtriusque & communi nomine, quia & communis res est, communis dos, *l. 2. §. 1. l. 3 sol. matrim.* quæ ratio etiam efficit, vt pater si agat absente filia, cauere debeat de rato, *d. l. 2. §. vlt. inf. rem. rat. hab. l. non solum §. si de dote, de procurat.* Hodie communes etiam sunt omnes actiones filiofam. acquisitæ ex causis aduentitiis, quia nec filius sine patre, nec pater sine filio iis experiri potest, *l. vlt. §. vbi autem de bon. quæ lib.* proinde rati cautio vtrinque exigitur, si alter agat absente altero, quod olim tantum obtinuit in causa dotis: ex aliis enim causis secundum ius vetus etiam in aduentitiis cessat rati cautio. Secundum quam siue prætoria, siue ciuili actione iniuriarum filius agat suo nomine, non cauet de rato, *d. §. 4.* patris nomine non potest agere. Contra pater & filii, & suo nomine agere potest, *l. 1. de iniur.* & si quidem suo nomine agere potest ea actione iniuriarum, eadem ratione non cauet de rato, quia suo nomine agit: si filii nomine, quia consumit actionem filii, cuius etiam consensum non exigit, frustra cauerit ratam rem filium habiturum: & hæc est summa *d. l non solum §. si pater* vbi *cum,* id est, quandoquidem, siue ἐπειδάν, vbi egit pater filii nomine, filio nulla superest actio. Obstat lex *si sine §. vlt. rem. rat. hab.* quæ dicit, procuratorem agentem patris nomine iniuriarum quę patri competebat filii nomine, atque ita sub patris nomine agentem filii nomine ex lege Cornelia, vt formula ibi posita demonstrat, quod filius eius verberatus pulsatusve sit, qua non agit pater suo nomine, cauere rem ratam habiturum. si procurator patris cauet, & pater ipse igitur si agat. vitiosa est consequentia: multum enim interest pater agat, an patris procurator: nam pater agendo filii nomine consumit actionem filii: procurator agendo non consumit actionem filii, antequam pater ratum habuerit, quo casu actio redit ad filium. Quocirca non aliter ad agendum admittitur procurator quam si cauerit vtrumque rem ratam habiturum. Ex iniuria facta filiofam. duob. oritur actio patri, ex edicto prætoris non ex lege Cornelia, *l. 5. §. illud.* filio æque ex edicto prætoris vel ex lege Cornelia, qua tamen & filii nomine pater agere potest & agendo consumere: suo autem nomine agendo, non consumit actionem filii, & contra filius suo nomine agendo consumit quidem actionem suam patri, *d. l. sed si vnius §. pen* sed non actionem patris, & hoc vbi duæ sunt actiones. Vbi autem est vna actio adquisita patri per filium, siue filius agat, siue pater, nihil est necesse cauere de rato cum alterius actionis metus non subsit, & agat quisque suo nomine. Vno autem iudicio consumet actionem vtrique: & agit quidem filius, vt dixi, absente patre, pręsente, aut inuito patre non agit, ne iniuriarum quidem, quia absente patre non aliter datur filis iniuriarum actio, quam quod verisimile sit patrem, si præsens esset acturum fuisse, *d. l. sed si vnius §. filiofam.* excipitur tamen accusatio adulterii constitutione Adriani, *d. §. filiofam. l filiam, inf. ad leg.*

Iul. de adult. Pater agit inuito filio. excipitur tantum etiam querela inofficiosi, *l. Papinianus, in pr. de inoffic. testam.* & ratio hæc est quia hæc actio non ex re ipsa, ex exheredatione, sed ex indignatione & querimonia filij nascitur, *l. filius, eod. tit.* si filius non queratur qui exheredatus est, si se non immerentem putat, quæ nota non pertingit patrem, nulla est querela inofficiosi. non potest igitur agi illo inuito. Excipitur & actio de dote, vt dixi supra, quæ communis est. hanc neque filius intendit inuito patre, neque pater inuita filia. ait extraordinario iudicio, id est, vt vulgo placet, inuocato officio iudicis sine actione, & male officium iudicis priuati aliud dixeris esse nobile, aliud mercenarium: nobile quod exercet vltro, mercenarium quod seruiat actioni: Nullum enim est officium priuati quod non seruiat actioni: extraordinarium igitur iudicium, vel officium est cognitio prætoris, vel vtilis actio, non est cognitio prætoris hoc casu, quoniam vix est vt huic cognitioni prætor operam suam interponat, cum nullus in ea liberorum versetur fauor; æque enim ex alia iusta causa Romæ versanti filiof. subuenire constat. Restat igitur esse vtilem actionem, *d. l. si longius §. si filiusfam.* & ita Ioanni videtur & Græcis. Vtrumque remedium esse quod Accurs. putat non inueni, & indigna, vt dixi, res est cognitione prætoris, nisi cum dat iudicium, quod certe dat causa cognita, exemplo edicti de iniuriis.

Ad Leg. XVIII.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias: Iulianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum; & puto nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit: licet condictione teneatur, tamen doli exceptione vti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: nec depositum, nec mutuum est. Idem est & si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi. sed in vtroque casu consumptis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit.

Causa de qua disputatur in h. l. est scholastica, id est, quales Rhetorices studiosis olim declamandæ dari solebant: ego tibi pecuniam dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accepisti. dissensimus nescio quo errore circa causam dandi & accipiendi: Ego me donare, tu te mutuari putasti: vtrum donatio est, an mutuum, an aliud quiddam? non est donatio, quia non concurrit idem affectus ex parte dantis & accipientis, *l. in omnib. reb. de obl. & act.* & eadem quoque ratione non est mutuum, *d. l. in omnib.* quæ de donatione specialiter loquitur, sed & generaliter de omnibus causis transferendi dominij, ex quarum numero constat esse mutuum, & specialiter etiam de venditione, quamquam venditio consistat etiam rei alienæ, vt non displiceat illud Senecæ, *venditio alienatio est, lib. 8. de benefic.* quia scilicet domino vendente & tradente certe alienatio est. quod si id quod proposui neque donatio est, neque mutuum, neque aliud igitur quoque: nam si id non est in quo consensit alter, nec illud in quo neuter profecto. Quid ergo? an manet pecunia cuius fuit? posset dici, pecuniam tuam factam, quia siue res quæ est donata secundum opinionem meam pro donatione est, siue pro mutuo secundum opinione tuam: tam donatio quam mutuum alienatio est. Concurrit opinio vtriusque nostrum in mutando dominio pecuniæ eiusdem: sed dicam non congruere opinionem nostram in causa dominij: ego enim cogitaui donationem, tu mutuum. nullam igitur subesse causam, & dominium non mutari sine causa: nudam traditionem dominium non transferre. Dubitari poterat, an quia concurrit vtriusque affectus in mutando dominio eiusdem pecuniæ, siue rei, licet nuda traditio sit, pecunia accipientis fie-

A ret? Quamobrem Vlp. cum esse mutuum negasset, quasi plus dicat adiicit, *magisque nummos accipientis, non fieri.* magis .i. plus dico. *cum alia*, i. quia non consensit in causam traditionis, & præterea etiamsi concederetur pecuniam factam accipientis, magni interesset scire qua ex causa: nam si ex donatione, nihil debet reddere. Si ex mutuo, reddere debet tantumdem: mutuum datio est, non donatio, est δόσις ἀνταπόδοσις, vt ait Arist. 4. ἠθικῶν. mutuum creditum solubile, donatio creditum insolubile. Seneca 4. *de benefic.* vel si non apparet ex qua causa, nihil potius actum, i. non mutatum dominium videtur. huic autem definitioni Vlp. aduersatur lex *cum in corpus, de acquir. rer. dom.* in qua Iulianus ait, pecuniæ dominium in te transferri, & ita argumentatur. Si dissensus in causis alienationis non

B impedit alienationem, quoties vna causa est insolubilis, vt donatio: & contra causa quam cogitauit accipiens, solubilis, veluti mutuum: longe minus igitur dissensus in caussa alienationis impediet alienationem, seu translationem dominij si quæ vtrique parti causa in mentem venit, fuerit insolubilis, veluti vna legatum, altera stipulatio: quia quod ex hac vel illa accipio, in perpetuum recipio, nunquam danti redditurus, sed non exprimit qua ex causa pecuniæ proprietas in te transeat; ego supplebo audacter, ex causa mutui, quoniam, vt hic Vlp. refert, Iulian. negabat donationem esse. Itaque ex sententia Iuliani ego pecuniam condicam ex numeratione quasi mutuam, & erit hæc causa ἀσύστατος κατὰ τὸ ἀντίστροφον, vt Hermogenes docet: quia quam ego dedi pecuniam condicendo, non sequor meam priorem sententiam, quia tibi donatam pecuniam volui. deni-

C que neuter sua, sed vterque alter alterius sententia notatur, & præualet prior sententia tua, vt Iulianus existimat: dissentit à Iuliano Vlp. & donationem quidem non esse admittit cum Iuliano. Cæterum an sit mutuum quod Iulianus ponit pro certo, in controuersiam vocat his verbis, sed an mutua sit videndum est, ac respondet se opinari, non scire, *& puto, &c.* non putat igitur ex numeratione condictionem esse; sed fatetur esse ex consumptione facta bona fide, & vero quod non fit ex numeratione, etiam colligit esse ex consumptione, recte. Hoc enim illi succedit & subcontinuatur, *l. si filiusf. sup.* verum condicenti eleganter ait obstare exceptionem hanc: *Si non voluntate tua, qui animum habuisti donandi mihi, nummi consumpti sunt.* Itaque quod Iulianus negabat donationem esse, inspecto

D initio verum esse Vlp. putat; inspecto exitu falsum. Sed an etiam extante pecunia obstabit exceptio pecuniæ donatæ vindicanti? sic videtur Accurs. & mihi placet. Prætermissum autem est hoc loco propterea quod de condictione tantum institutus erat sermo. Prior igitur opinio mea præualet, non tua. Quid vero dicemus è contrario si quasi mutuam dedi, tu accepisti quasi donatam, an vindicanti extantem, aut condicenti consumptam obstabit exceptio doli? minime: est enim hoc atque illo casu longe diuersa ratio: illo enim qui pecuniam accepit mutui opinione, postea amplectetur opinionem donantis, atque ea donatio ex post facto conualescit, quæ pependit interim, donatio acceptione, quamuis sera confirmatur. Hoc casu is qui pecuniam dedit mutui opinione, postea non amplectetur opinionem accipientis, qui putabat eam sibi donari; non po-

E test igitur res effectum habere donationis: & ita condicet recte, atque ita etiam hæc dantis opinio præualebit. Quid si ego quasi depositam dedi, tu quasi mutuam accepisti? quas inter causas hoc interest, quod ex deposito reddatur eadem species, ex mutuo idem genus, & quod lex de nouis tabulis, si inciderit, aboleat mutuum, non depositum: & idem quæri ex contrario potest, si ego quasi mutuum, tu quasi depositum, eademque ratio interuenit, si ego quasi mutuam, tu quasi commodatam vel contra: nam & in pecunia commodatum consistit. *detur*, inquit, *ostendendi causa*, vt *l. 3. §. vlt. 4. inf. commodati.* respondet nec esse depositum, nec commodatum, nec mutuum, quia non concurrit vtriusque affectus. Extantem igitur vindicari posse, consumptam condici condictione de bene depensis. nec

obstabit exceptio doli, quia in hoc consenserunt ambo, vt danti pecunia redderetur, & reddatur eadem, aut alia tanta, non refert. Sed si inciderit lex nouarum tabularum, ei qui dedit quasi mutuũ, obstabit exceptio, vt hic præualeat dantis opinio. Quam rem quomodo possit bona fide consumere, quam quasi depositam vel quasi commodatam accepit quis? dicam: forte putauit se liberatum iri reddendo tantundem, quia pecunia dabatur quæ functionem recipit in suo genere quam specie, qui error iuris ei nocet, cum se hoc genere periculo subiiciat. Hæc est vera interpretatio h. l. *& l. cum in corpus*. Interpretes in vtramque vaticinati sunt varia. in hac, dantem ex donatione tantum velle pecuniam accipientis fieri, in illa quoquo modo: Idcirco pecuniam fieri accipientis insolubiliter. alij, in hac donasse eum vltro, in illa, obligari. Commenta sunt mera. alij, idque est probabilius, & defendi potest quantum ad iuris subtilitatem attinet, pecuniam accipientis non fieri ipso iure: sed benignius esse vt accipientis facta intelligatur, agenti domino opposita doli exceptione, vt in *l. si tibi dederim, inf. de donat.* atque ita quod Iul. ait, proprietatem in te transire, non fieri ipso iure, sed beneficio exceptionis. at certe putabat, opinor, Iulian. statim dominium ipso iure fieri accipientis: nam vt cum tu dedisti quasi debitam ex stipulatu, ego accepi quasi debitam ex testamento, ipso iure mea fit, qui casus huic à Iuliano comparatur: Ita si tu quasi donaturus, ego quasi mutuam accepi, pecunia ipso iure mea fit, & quidem proinde vt ego existimaui ex mutui causa. de aliis erroribus eodem libro disputarat Iul. *l. si procurator, de acquir. rer. dom. l. si me in vacuam inf. de acquir. possess. l. qui mihi donatum, de donat.* quæ huic coniungi possent, sed nolo egredi fines propositi tituli.

Ad L. XIX.

Non omnis numeratio eum qui accepit, obligat: sed quoties id ipsum agitur, vt obligetur. Nam & is qui pecuniam mortis causa donat: numerat quidem pecuniam, sed non aliter obligat accipientem, quam si existat casus in quem obligatio collata fuit: veluti si donator conualuit: aut qui accipiebat, prior decessit. Et cum pecunia datur vt aliquid fieret: quandiu in pendenti est, an id futurum sit, cessabit obligatio. Cum vero certum esse cœperit, futurum id non esse, obligabitur qui accepit: veluti si Titio 10. dedero vt Stichum intra Calendas manumittat: ante Calendas nullam actionem habeo: post Calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.

§. 1. Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut soluendi causa dederit: consumpta pecunia condictionem habet, vel liberatur: non alia ratione, quam quod facto eius intelligitur ad eum qui acceperit, peruenisse. Quapropter si eandem pecuniam is qui in creditum, vel in solutum acceperat, alij porro in creditum, vel in solutum dederit, consumpta ea & ipse pupillo obligatur vel eum à se liberabit, & eum cui crediderit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit. Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea, habet obligatum eum qui accepit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui accepit.

Obligatio aut re fit, aut verbis, aut consensu. omitto eam quæ fit litteris, quæ omissa etiam est vel potius incognita in Pand. Substantia eius obligationis quæ ex consensu fit, sane consistit consensu, eius etiam quæ verbis fit, nam stipulatio nisi habeat consensum, nulla est, *l. 1. §. conuentionis, sup. de pact. l. 3. §. vlt. de oblig. & act.* sed præter consensum exiguntur etiam verba; nec enim fit tacito consensu, nec quibuscumque verbis, nec inter absentes. In his quæ consensu fiunt, sufficit consensus quilibet, & fiunt etiam inter absentes. eius etiam obligationis quæ re contrahitur substantia consistit ex consensu, sed præter consensum etiam exigitur res, i. datio, vt in mutuo numeratio, quæ pecuniam faciat accipientis, & æque in permutatione traditio quæ rem faciat accipientis, & h. e. quod dicitur in *l. 1. inf. de rer. permut.* permutationem ex re tradita initium præbere obligationi, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. Dices, imo & obligationis empti venditi, quæ consensu fit, substantia consistit etiam ex re & ex pretio, *l. pacta, de cont. empt.* Sed hoc interest quod permutatio ex re tradita, mutuum ex pecunia numerata consistit. Substantia obligationis expletur numeratione, vt ait *l. contra, inf. ad Maced.* mutuum non fit nudo consensu, *l. qui negot. mand.* permutatio quoque non contrahitur nudo consensu, *l. ex placito, C. de rer. permut.* emptio vel venditio non ex re tradita, vel pretio numerato consistit, sed ex re conuenta, ex pretio conuento, i. ex consensu solo. Quod dixi, eius obligationis quæ re fit, substantiam consistere ex consensu, id probatur hoc argumento *l. 3. inf. de oblig. & act.* Substantia obligationis non in eo consistit vt rem aliquam corporalem, vel incorporalem nostram faciat, sed vt alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel præstandum, in qua propositione dare, est tradere proprietatem, facere, est veluti ædificare domum, præstare, est dare possessionem, *l. ex empto, de act. empt.* propositio igitur hæc est: substantia obligationis est vt obstringat nobis alium necessitate dandi. Sequitur assumptio in *d. l. 3.* numeratio autem pecuniæ per se sola etiamsi pecuniam faciat accipientis, non obstringit accipientem necessitate dandi, sed consensus. Ergo consensus est obligationis substantia, i. obligationem constituit etiam eam quæ re, i. numeratione contrahitur: nam numerationem per se solam non obligare certissimum est, i. si hoc animo numeretur & accipiatur vt obligatio nascatur: fieri enim potest donandi animo, *d. l. 3.* & hæc quæ fit hac mente, nullo vnquam modo obligat, vel obligatura accipientem est. Est enim vera, absoluta, directa donatio: sed si id agatur vt datio obliget, i. si in eo consentiat animus vtriusque contrahentium, sane obligabit: & quidem prout actum fuerit vel confestim vel postea. aut igitur numeratio nunquam obligat, vt quæ fit absolute donandi causa, aut obligat confestim, aut postea: confestim obligat quæ fit mutui nomine, etiamsi solutioni inferatur dies vel conditio, puta vt Calendis proximis reddatur, vel si nauis ex Asia redierit: Nam quæ in diem, vel sub conditione fit stipulatio, obligatio est; quæ confestim vires accipit, licet differatur in diem certum vel incertum, vt diximus *l. 9. sup.* quod si mutua detur pecunia pure, nec solutioni dies adiiciatur, vel conditio, nihil est euidentius quam id agi, vt confestim obligetur is qui pecuniam accepit, non tamen & protinus ei condici poterit. post triduum ei posse condici Græci adnotant hoc loco, qui confestim, interpretantur, post triduum, opinor ex *l. vlt. C. de errore aduoc. l. vlt. C. de iud.* de numeratione si quæras quæ mutui nomine fit sub die vel conditione, hæc pecuniam non facit accipientis, & confestim obligat. Confestim autem non obligat, sed post existente casu in quem collata obligatio est, quæ fit donandi animo, non absolute; nam absoluta donatio nunquam obligat, sed mortis causa, vel sub modo: & hi sunt casus qui proponuntur in h. l. primus est de donatione mortis causa, secundus de donatione sub modo. Donatio mortis causa, i. pecuniæ donatæ numeratio mortis causa obligat accipientem, non quidem statim, sed postea si conualuerit donator, vel etiam dum pendet an conualescere possit, si eum pœnituerit, vel si is, qui accepit, prior decesserit: his enim casibus ei qui pecuniam dedit, competit condictio ob rem dati, vt Cassiani putant, *l. 12. inf. de condict. caus. dat. l. 16. l. qui mortis l. senatus §. 1. de mort. caus. donat.* Sabini videntur dedisse vtilem actionem in rem, & inde coniuncta vtriusque scholæ sententia data est vtraque, *l. 14. 29. & 30. eod. tit.* Iulianus auctor h. l. Cassianus fuit. Donatio autem sub modo, qui est secundus casus h. l. non obligat statim, sed tunc duntaxat cum primum certum esse cœperit, iam impleri modum non posse. Finge: donaui tibi 10.

vt Stichum intra Calend. manumitteres, ante Calend. inquit, nulla obligatio, nullave actio est: paulo ante dixerat, cessare obligationem. cessat quæ nulla est ad tempus, vt in *l. inter* §. *sacram. de verb. oblig* *l. qui res* §. *aream, de solut.* non quæ nulla est semper. ante Calendas igitur cessat, nisi pœniteat dantem. post Calendas incipit, si Stichus manumissus non fuerit, & danti competit condictio ob rem dati *l. 3.* §. *quod si ita, de condict. caus. dat. l. 9. C. eod.* Atqui post Calendas fit liber ipso iure Constitut. D. Marci & Commodi: ergo non competit condictio ob rem dati, *l. si pecuniam* §. *si seruum, inf. eod. tit.* sicut nec ex stipulatione pœnali, *l. vlt. C. si mancip. ita alien. &c.* Dicam, non fieri liberum ipso iure, & constitutionem pertinere ad seruum venditum, vel donatum, vel traditum ea lege vt manumittatur, non ad hunc casum, si tibi dedero pecuniam vt seruum tuum manumittas, *l. naturalis* §. *at cum do, inf. de præscr. verb.* nisi eam dedero quasi pretium serui, *l. Paulus respondit, inf. de liber. caus. l. si is qui pretium, C. si mancip. ita fuerit aliena.* Et illo casu quo seruus venditur, vel donatur ea lege vt manumittatur intra certum tempus, post tempus nullus est effectus constitutionis, si venditor vel emptor pœnitentiam egerit, *l. 3. inf. de seru. export. l. 3. l. pen. inf. qui sine manumiss. ad libert. &c.* quia constitutio subsequitur voluntatem dantis, & ambulatoria est vt voluntas dantis. Emptor vel donatarius non potest impedire venditorem vel donatorem quo minus manumittat; sed neque si manumiserit tenetur ex vendito, vel præscriptis verbis in id quod interest, *l. quæsitum inf. de seru. export.* Contra *l. si pecuniam* §. *si seruum*, ait: si tradidi seruum vt manumitteres, & nunc pœnituerit, & post pœnitentiam manumiseris, teneri te condictione ob rem dati in id quod interest. Quare interpretes statuunt generaliter, in contractibus innominatis esse locum pœnitentiæ, in nominatis non esse, quod falsum est: nam & precarium pœnitentia reuocatur, & mandatum re integra, & si dedi pecuniam vt seruum tuum manumitteres, vel si dedi seruum vt eum manumitteres, quod ex pœnitentia hæc res reuocatur, non aliam rationem habet, quam quod mandato similis sit, sicut si mandassem vt faceres, id est, vt manumitteres, & re tamen integra etiam pœnitere licet, *d.* §. *si seruum*, nominis causa nihil efficit. Ideo autem condictioni locus est in id quod interest, si tradidi seruum vt manumitteres, & post pœnitentiam meam manumiseris, quia hoc fine principaliter tradidi vt manumitteres, cum ego forte non possem manumittere, *l. si quis eum, de condit. & demonst.* & ideo debet huius rei liberum mihi esse arbitrium, & cum libertatem non possim reuocare, saltem repeto id quod interest; sed si vendidi & præcepi vt manumitteres, hęc mihi finis principaliter proposita fuit, vt pretium pro seruo auferrem, non vt manumitteres. Idcirco mutatio voluntatis mihi non parit actionem in id quod interest, *d. l. quæsitum*, & hæc sufficiant de condictione ob rem dati. sequens §. est de condictione de bene depensis, de qua satis sup. *l. 11. 12 & 13.*

Ad Leg. XX.

Si tibi pecuniam donassem vt tu mihi eandem crederes: an credita fieret? dixi, in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos vti: Nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam. Donationem non esse: quia non ea mente pecunia daretur, vt omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non esse: quia exoluendi causa magis daretur quam alterius obligandi. Igitur si is qui pecuniam hac conditione accepit, vt mihi in creditum daret, acceptam dederit: non fore creditam, magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: benignius tamen est, vtrumque valere.

PEcuniam tibi numeraui donationis causa, ea lege vt mihi statim mutuam dares; quæritur an sit donatio,

A an mutuum? dixi, inquit Iulianus, in huiusmodi propositionibus non propriis nos verbis vti, sed abuti, *l. fideiussor* §. *4. de fideiussor.* Propositiones vocat hypotheses seu quęstiones Rhetoricas non Dialecticas, vt in *l. tutor, inf. ad Velleian. l. 20. inf. de hered. vend. l. si pecunia, inf. vt in possess. leg.* Cur autem in huiusmodi quæstionibus non vtimur propriis verbis: nam si verborum subtilitatem & proprietatem spectas, id est, κυριολογίαν, talis contractus neque donatio, neque mutuum est. non est donatio, *quia non ea mente, &c.* vbi *penes*, significat plenum & irreuocabile dominium: trahitur enim à penitus, *l. penes, inf. de verb. signif. l. eum qui, inf. de vsurp. & vsuc.* & proprie donatio est alienatio rei quæ proprie liberalitatis gratia fit hac mente, vt nullo casu ad se res reuertatur, *l. 1. de donat.* quæ

B vera & absoluta donatio dicitur in *l. Senatus* § *1 de donat.* & directa, *l. donatio, C. eod.* vt directa manumisso Concilij Toletani 4. c. 72. donatio causa mortis & donatio sub modo, non est mera donatio, quia accipientem obligat, *l. prox. sup.* & multo minus est donatio, si quis sic det vt recipiat, *l. qui sic soluit, de solut.* quia nec alienatio. Talis contractus non est etiam mutuum, si acceptam pecuniam donationis causa mox mihi credideris, quia contractus hoc sensu ex lege donationis fiet magis exoluendi & te liberandi causa, quam mei obligandi. denique soluisti te obligatione potius quam tibi obligationem acquisiuisti; soluisti, potius quam dedisti: nemo enim coactus pecuniam meam dat. Ego quoque magis videor meum accepisse, id est, mihi debitum, vt Accurs. interpretatur non male, & ita creditor in iure suum recipere dicitur, id est, suum æs alienum

C *l. repetitio, de condict. indeb.* & Ciceroni, *nummi sui*, id est, qui sibi debentur, *proprium, l. 15. ad l. Falcid* non possum videri meum accipere, id est, pecuniam meam iure dominij, donaueram enim, licet non absolute, & de credito magis dubitatur quam de donatione, quia solutio potius videtur esse quam creditum. Concludit autem Iulianus, benignius esse, vt admissa abusione verborum & donatio valeat, & mutuum, id est, vt videatur pecuniæ dominium à me in te transiisse, & mox à me ad te rediisse, *l. qui id quod* §. *1. inf. de don.* nec obstat lex *qui sic soluit*, quæ de eo loquitur qui resoluere voluit statim alienationem quam fecit, weluti qui donauit vt statim sibi redderetur, quæ donatio futilis & ridicula est: nos de eo qui dedit vt mox sibi crederetur, i. nos de eo qui non resoluere donationem voluit, sed ex noua causa dominium acquirere, quæ voluntas

D facit, vt recte crediderit donatarius, qui videbatur tamen accepisse potius quam dedisse, quique reuera & vtrumque datione eiusdem pecuniæ egit, vt solueret & crederet, quæ tamen videbantur simul stare non posse, & ita rerum expediendarum, puta liberandi debitoris causa creditor accepisse intelligitur, qui dedisse potius videbatur quam accepisse, *l. si quis duos, de solut.* vbi soluisse, id est, à se debitorem soluisse accipiendo pecuniam in l. *91. eod. tit.* Alias qui solutum accepit vt statim redderet, non videtur accepisse. Datur in ea specie pecunia dicis causa, vt numerationis loco intercedat, & ita rerum expediendarum causa admittitur etiam nonnumquam hodie locatio vel venditio nummo vno, *l. si vsusfructus, de iure dot.* Nam & sup-

E positiones admittuntur, *l. 91. de solut. l. atquin* §. *si cum me, sup. de negot. gest.* & imagines iuris, fictiones, colores & falsæ expositiones. est igitur casus in h. l. quo quis obstringitur necessitate credendæ pecuniæ ex pacto donationis adiecto, quod pacto fieri potest & stipulatione, *l. si pœnam stipulatus, de verb. oblig.* Ratio autem benignitatis hæc est, ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis impediatur contrahentium, vt *l. 1. C. vt act. ab hered. & cont. hered. incip.* latitudo voluntatis opponitur subtilitati verborum.

Ad L. XXI.

Quidam existimauerunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere, & reliqua persequi: neque eum

qui fundum suum diceret, partem duntaxat iudicio persequi. Sed in vtraque causa humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur: cum ad officium eius pertineat lites deminuere.

EX hac l. coniuncta *l. permittend. sup. si pars her. petat.* quæ est ex eodem lib colligitur, cum qui pecuniam petit per condictionem, vel fundum, aut hereditatem per vindicationem, à prætore compelli ad accipiendam partem oblatam & reliquam duntaxat partem pecuniæ persequi. Sed huic definitioni opponitur *l. tutor* §. *Lucius, de vsur.* quæ negat oblatione, & obsignatione partis debiti retardari totius debiti vsurarum præstationem: oblationem igitur partis nullius momenti esse. Nam & oblatæ, siue depositæ, siue obsignatæ partis, vsuras currere. quod putant esse contrarium propositioni & definitioni h. l. nec sciunt liquido, vt hæc distinguere debeant. Alij dicunt, in h. l. debitorem partem confiteri & offerre, partem inficiari. Esto: nam & id ponit aperte *d. l. permittendum*: in illa autem confiteri totum, & partem offerre tantum: debuit qui totum confitebatur offerre totum, proinde offerendo partem nihil agit. at non apparet in illa certe debitorem confiteri totum, & putem etiamsi partem confiteatur, eamque deponat, partem inficietur, etiam totius debiti vsuras currere & deberi: nam si debentur ab eo qui bona fide confitetur totum, & ab inficiatore igitur, quia sane melioris conditionis esse non debet inficiator, quam debitor bonæ fidei *l. si in partem* §. *si prædo, de pet. her.* non potest igitur hæc disiunctio admitti in quæstione dictæ *l. tut.* quoniam vtroque casu totius sortis vsuræ currunt. Alij, rigorem iuris in hac, in illa æquitatem exponi. Nego in hac exponi æquitatem iuris, sed humanitatem Prætoris: nec enim quod hic definitur, ita procedit iuris æquitate quadam sine Prætore, sed ita agitur res per prætorem, cuius officium est lites minuere & compellere actorem, ne agatur in solidum, si pars ei offeratur, & in specie ibi exposita nullus interuenit Prætor qui moderetur rigorem iuris, quia res omnis geritur extra iudicium. offertur & obsignatur pars sortis extra iudicium, quod genus solutionis non minorem habet vim extra iudicium, quam si fiat in iudicio, dummodo fiat congruo loco, id est, quo debetur, testib. præsentib. *l. 9. C. de solut. l. acceptam, C. de vsur.* & de sorte integra, *d. l. 9.* hæc liberat reum sorte & vsuris, & liberat fideiussores & pignora, non quæ fit pro parte tantum. nullus igitur in *d. l. tutor,* Prætor interuenit, & nulla ergo in eius specie applicari æquitatis moderatio potest. Alij dicunt, in ea l. fuisse vsurarium debitum, in hac non fuisse, quod ita refello. Si in ea est vsurarium debitum sicuti est, eo ne magis obsignatione partis coercenda videtur præstatio vsurarum, quod sane etiam fit per Prætorem, sed non citra Prætoris imperium. Itaque vsurarij vel non vsurarij debiti distinctio nullum discrimen ponit, sed Prætoris interuentus vel absentia. si non interueniat Prætor, oblatio partis nullius est momenti. Prætore auctore efficax est, siue vsurarium siue gratuitum debitum sit. itaque verior mihi videtur sententia eorum qui obseruant in h. l. rem geri in iure seu in iudicio, id est, apud Prætorem, in illa extra iudicium, vt in *l. si debitor offerre, de solut.* & vt persuadeam omnibus hanc distinctionem verissimam esse, quæstio hæc omnis nobis ab exordio est detexenda. Non ambigitur ex conuentione addita mutuo, creditori particulatim recte solui, *d.* §. *Lucius,* & ex legib. id est, ex 12. tab. dos soluitur recte annua, bima, trima die, & ex iisdem legib. si plures heredes debitori aut creditori extiterint, per partes solutio fit, & ex constitutionib. canon patrimonialium & emphyteuticorum prædiorum soluitur tribus pensionib. quolibet anno, *l. placuit, C. de coll. fund. patr.* & sine lege, sine conuentione particulatim creditori soluitur recte, §. *sicut autem, quib. mod. toll. oblig. quod debetur,* inquit, *pro parte recte soluitur,* subintelligendum, volenti: nam ibi solutio comparatur acceptilationi, quæ fit inter volentes, & pro parte recte, *l. pars, inf. de accept.* Ac-

A ceptilatio est solutio imaginaria; solutio est quæ re fit, *l. 16. de sol.* itemque obsignatio re fit, & solutio dicitur, *d. l. 9.* & omnium solutionum eadem ratio, vt volenti soluatur recte, inuito autem creditori pro parte non soluatur recte: nam congruere debet solutio numerationi, vt summatim numerata est pecunia, ita & summatim soluenda, non particulatim. Inuito quoque ei qui habet rei vindicationem pro parte res non restituitur, aut offertur recte. Inuito etiam ei qui nullam actionem habet pro parte non datur recte, nisi cui legatum sit aliquid sub conditione, si Titio dederit 10. Titius nullam habet actionem, *l. 8. inf. si quis omiss. caus. test.* & in potestate legatarij est dare vel non dare. Est enim ea conditio potestatiua, sed quæ debeat impleri summatim, non per partes, inuito Titio, in cuius personam
B conditio collata est, nisi fauore libertatis, *l. cui fundus, de cond. & demonstr. l. cum heres* §. *item si decem, de statulib.* Ex eo sequitur, eum qui partem obsignat creditore accipere nisi totum recusante, nec sorte liberari, nec vsuris totius sortis, *d. l tut.* §. *Lucius* & similiter non liberari periculo. Nam *l. qui 10. inf. de solut.* de eo loquitur qui offert solidū, non liberatur etiam pœna si promiserit pœnam, si non solueretur pecunia ad diem, & ad diem soluerit, vel obtulerit partem tantum, *l. traiectitia, de oblig. & act. l. qui seruum* §. *vlt. si quis caution.* quoniam in eius specie enumeratio personarum diuidit pœnam, *l. qui fundus, de cond. & demonstr.* & ibi ita fuit concepta stipulatio: *Stichum & Damam & Pamphilum iudicio sisti.* non liberatur etiam pignus si soluerit vel obtulerit partem quandiu vel vnus nummus debebitur, *l. 9.* §. *omnis, de pig. act. l. qui pign.*
C *de pignor l. Iul.* §. *offerri, de act. emp.* nec obstat *l. vlt. quib. mod. pignus vel hypot. soluit.* quia ibi duo contractus, & ex vno offertur integra summa, liberatur ergo pignus quantum ad illum attinet, inuito creditore. Et hæc etiam de pignore & de pœna procedunt, etiamsi nolenti soluatur pars. Sed non ita de vsuris volenti pro parte solutis. Nam vsuræ debentur pro modo sortis. His cognitis videamus, quæ sit sententia huius legis. ait, *eum qui decem peteret.* Petere proprie est vindicare, sed hic est petere condictione, vt *l. cum fundus, inf.* & in tit. *si certum pet.* Quoniam statim de vindicatione subiicit, *neque eum qui fundum suum diceret:* & rursus petere, vel per iudicem petere est, vt *l seq.* vel per prætorem, vt hoc loco, quoniam subiicit, *sed in vtraque causa,* id est, tam in vindicationis quam condictionis cau-
D sa, *humanius mihi facturus Prætor videtur,* &c. Sit igitur species huiusmodi: Quidam apud Prætorem petit à Titio 10. sibi dari oportere, vel petit fundum suum esse. Titius offert quinque, vel cedit parte fundi. alia quinque negat se debere, vel aliam fundi partem ad se pertinere dicit. Quæritur, an cogatur actor partem accipere. quid quæratur nondum intelligo. non hoc quæritur, an præcise cogatur in manū accipere quod offertur, velit nolit. id enim respuere cuilibet liberum est: sed hoc quæritur, vt lex ait, an *reliquam tantum partem possit iudicio persequi,* id est, an reliquæ tantum partis iudicem iudiciumque daturus sit Prætor, an solidum: Petebatur enim à Prætore actio. Ita fingenda species: in petitione actionis est forma quædam iudicij, & hoc est quod ait M. Tul. apud Prætorem antequam iudex detur quodammodo agendi potestatem dari, vt plane du-
E plici iudicio res eadem disceptari videatur, vno apud Prætorem, altero apud iudicem à Prætore datum, quod & illud significat, *in ius vocare esse iuris experiundi causa,* quoniam in iure primum de iure nostro disceptamus. Sic igitur actor apud prætorem offerente reo partem pecuniæ, vel partem fundi, desiderabat sibi totius pecuniæ, vel totius fundi actionem dari & iudicem. Quidam desiderium eius probabant, ne inuito diuideretur actio. Sed Iul. ait, *humanius facturum Prætorem si, &c.* id est, si reliquæ tantum partis ei actionem dederit, cum ad officium eius pertineat lites deminuere. male quidam, dirimere. deminuitur cum materia litis minuitur, cum in partem quam defendit reus, non etiam in eam quam cedit & offerat datur actio, & huic loco conuenienter Seneca controuers. 23.

quadam declamatorem tanquam Prætorem facere oportere, litis minuendæ cauſa. non eadem erit poteſtas iudicis dati vt ſcindat iudicium iam conceptum, oblatione partis à reo facta, & multo minus extra iudicium non interueniente magiſtratu, qui rem comparat inter debitorem & creditorem, inter petitorem & poſſeſſorem. Poterat is contra quem actio eſt pro parte inuito offerendo, ſe pro parte liberare, hoc Prætorium, non iudiciale eſt, non extraiudiciale eſt. At enim in confitentem partem nec offerentem ſiue cedentem, putem Prætorem daturum actionem in ſolidum. Nam & hæc l. & ei coniuncta *d.* lex *permittendum* oblationem & ceſſionem exigit. Sed confitente eo nec offerente, poteſt actor deſiderare interim ſibi ſolui æs confeſſum vel partem confeſſam, *l. qui ſolidum, in princ. de leg. 2.*

Ad Leg. XXII.

Vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum eſt. quæſitum eſt, cuius temporis æſtimatio fieret: vtrum cum datum eſſet, an cum lis conteſtata fuiſſet, an cum res iudicaretur? Sabinus reſpondit: ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet. Si non, quanti tunc fuiſſet, cum petitum eſſet.

1. §. Interrogatus cuius loci pretium ſequi oporteat. reſpondit, ſi conueniſſet, vt certo loco redderetur: quanti eo loco eſſet ſi dictum non eſſet: quanti vbi eſſet petitum.

HÆc l. pertinet non ſimpliciter ad condictionem, ſi certum petetur, ſed & ad condictionem triticariam, quia in ea agitur de æſtimatione vini petiti facienda officio iudicis pro ratione loci & temporis, quod fit condictione triticaria. Condictio ſi certum petetur non eſt æſtimatoria, i. æſtimandæ rei; in ea nullum eſt iudicis arbitrium, ſed quod in ea petitur, omnino dari oportet, & quia quod proponitur in h. l. omnino idem proponitur in *l. vlt. de cond. tritic.* ex eo liquet hanc l. pertinere ad condictionem triticariam. hæc eſt arbitraria condictio, ſi certum petatur ſtricta. Triticaria petit res omnes præter nummos, etiam incorporales, etiam rem ſuam, ex cauſis ex quibus rem ſuam dominus condicere poteſt, *l. 1. & 2. inf. de cond. tritic.* quod enumeratis variis ſpeciebus rerum, Iuriſconſult. exequitur in *d. l. 1.* quoniam dubitari poterat, an tot res complecteretur condictio, quæ nomen à tritico haberet; ſed inditum eſt nomen caſu quodam, quocirca non impedit etiam quin & aliæ res eadem actione petantur. Condictione ſi certum petetur, omnes res certæ petuntur, ergo & nummi, non res incorporales, quia incertæ ſunt, & latius hoc expoſui ad Africanum Tractatu 2. & 3. Sequitur h. l. quæſtio: Vinum quod mutuo datum erat petitum eſt lite conteſtata coram iudice, nec omiſſa eſt in agendo, vel excipiendo, vel replicando æſtimationis mentio, quia vel actor æſtimari vinum deſiderabat, vel reus non diſſentiente actore: quæ æſtimationis mentio iudicium ſui origine, initioque ſtrictum arbitrarium facit, vt exceptio vel replicatio doli iudicium ſtrictum bonæ fidei facit, vt omnino actiones arbitrariæ ſint, quæ duas clauſulas habent, vnam de ſoluendo vel exhibendo, alteram de litis æſtimatione, quarum priori qui paret, abſoluitur, poſteriori qui paret vel non paret ex parte, plerunque damnatur ex poſteriore. Quæritur autem in hac actione cuius temporis aut loci æſtimatio fiat: hæc duo ſunt quæ variant pretia mercium, locus, & tempus, vtrum tempus & locus, quo contractum eſt, an quo lis conteſtata eſt, an quo res iudicata? Vtraque lex, ſi dies locus obligationi adiectus ſit, eum ſpectari vult quo dari debuit, quia id agere videntur contrahentes, dum adiiciunt diem vel locum, vt is ſpectetur ſolus, *l. 59. de verb. oblig.* Si non ſit adiectus, tempus & locum litis conteſtatæ, & hoc iure vtimur plerumque. Itaque vtraque lex iudicem inſtituit, quemadmodum arbitrari & iudicare debeat rem petitam condictione triticaria. Sed huic definitione obſtat primum *l. cum quis, inf.*

A *de oblig. & act.* cui reſpondi ad Africanum Tractatu 3. illud obſeruandum in illa Africanum de merce loqui, vt *l. vlt. de cond. triticar.* & eodem lib. Africanus mercis appellatione an contineatur homo, *l. mercis, de verb. ſignif.* quod erit vſui ſtatim in explicanda *l. pen. tit. de condict. triticar.* quæ etiam obſtat ſuperiori definitioni. Spectari enim vult tempus rei iudicatæ, vel tempus mortis, ſi homo petitus perierit ante rem iudicatam, & tempus mortis docet accipiendum paulo latius, non pro extremo vitæ momento, ſed pro tempore morti proximo, mortiferoque vulnere. Vulnere tali vilior fit ſeruus, morbo non fit vilior. Morte iam, iamque imminente plane nullus eſt, idcirco non [illegible] ſpectamus, vt dicunt Baſilica, ſed latius aliquanto tempus, quo homo longe à morte in ſuo pretio B conſtitit, nondum plane vilior factus, nondum deploratus, & hoc quidem in vtroque procedere ait, ſiue res perita in rerum natura ſit, ſiue eſſe deſierit, niſi poſt moram, id eſt, poſt litem conteſtatam, vel etiam ante, cum antiquior mora eſt litis cõteſtatione, res deterior facta ſit: habendam enim rationem à tempore moræ quanto deterior facta, & ideo ſi quis poſt moram ſeruum eluſcatum dederit, quia non paruit ad plenum priori clauſulæ, non liberabitur, ſed ex poſteriore, vt fit in actionibus arbitrariis, tanti damnabitur quanti deterior factus eſt poſt moram. Sed ſi deterior factus non ſit poſt moram, vel poſt litem conteſtatam, hoc eſt certius tempus moræ vt ſignificant conſtitutiones, quæ dicunt poſt litem conteſtatam vſuras legatorum deberi, quæ tamen poſſunt & ante litem conteſtatam deberi, ſi qua alia ratione contracta ſit mora. dum *d. l. pen.* ait ſpectari C tempus rei iudicatæ, excludit tempus litis conteſtatæ, & contra *h. l. & d. l. vlt.* dum ait tempus litis conteſtatæ ſpectari, negat ſpectari tempus rei iudicatæ, quæ ſunt contraria; non eſt autẽ veriſimile vt tam proxima *l. pen. & vlt.* pugnent inter ſe. Animaduerti *l. vlt. & l. vinum,* loqui de merce nominatim, & ponere exemplum in vino, oleo, tritico, & addere in fine, idem iuris eſſe in cæteris rebus, quæ ſunt in merce, vt carne, piſce, caſeo & ſimilib. quorum pretium mutatur in foro in dies, vel in horas, & *l. pen.* loquitur de his reb. quæ non ſunt in merce, veluti homine, *d. l. mercis,* vel fundo vel ædibus: nam & fundi venditor non dicitur mercator. mercator eſt qui negotiationem exercet coemendæ certæ rei, & in foro venundandæ carius, quam coemerit, ſi poſſit, & proprie qui vendit auerſione, *l. ma-* D *ius §. 1. de penu leg. l. ſuos, de leg. 3.* In his rebus iudex facit æſtimationem ex tempore rei iudicatæ vel mortis, ſi res interierit ante rem iudicatam. & ratio differentiæ hæc eſt, quia mercium pretium variatur temporibus, & poteſt eſſe aliud litis conteſtatæ, aliud rei iudicatæ tempore, & conuenientius eſt ſtricto iudicio, qualis eſt condictio triticaria (ſiue eſt arbitraria, à ſtricto enim iudicio deſinit in arbitrium) ſi initium eius ſpectes, ſpectari æſtimationem quanti fuerit merx cum peteretur, id eſt, litis conteſtatæ tempore. Cæterarum rerum pretium non ita mutatur, & ideo fruſtra eſt, ſi quis ante rem iudicatam earum æſtimationem ſpectandam eſſe iudicauerit. Et ſimile propemodum eſt quod quæritur de legatis, vtrum cedant à morte, an ex apertis tabulis, an ab adita hereditate, quod magni E intereſt. Si legata tranſmitti poſſint in heredem, cedunt à morte. Si non poſſint tranſmitti, cedunt ab aditione, quia fruſtra diceret quis, ea cedere ante aditionem, *l. 3. inf. quand. dies legat. cedat.* & ſi res petatur condictione triticaria cuius pretium non ſoleat mutari, fruſtra dicam æſtimationem ſpectari ante rem iudicatam, cum eadem ſit ſemper, & melius ex fine iudicium æſtimari, quod etiam exitu arbitraturus eſt. nonnumquam fateor res iſtas, licet id perraro accidat, pluris eſſe litis conteſtatæ quam rei iudicatæ tempore, vt ſi homo deterior factus ſit poſt litem conteſtatam, vulnere accepto, vel quo alio caſu, & tunc etiam fateor æſtimationem ſerui redigi ad tempus litis conteſtatæ, ne reo ſua mora proſit: imo vero ſi antiquior ſit mora litis conteſtatione, & poſt moram ante litem conteſtatam, quanti homo fuerit priuſquam deterior fieret ſpectabitur,

d. l. pen. & secundum hæc accipienda *l. fundum, de nouat.* Stipulatus fundum, deinde stipulatur quanti fundus est non nouandi animo. secunda non est inutilis: nam ex prima dabitur fundus, ex secunda æstimatio. Si ex prima soluerit vel petierit fundum, iure non tollitur secunda, id est, ipso iure, per exceptionem tollitur si soluerit fundum non factum deteriorem post secundam stipulationem, id est, talem qualis fuit secundæ stipulationis tempore. nullo modo tollitur, si soluerit fundum factum deteriorem post secundam stipulationem, quia in secunda venit æstimatio, quæ fuit stipulationis tempore, quia nominatim stipulatus est quanti tunc esset fundus. in prima venit ęstimatio quę fuit stipulationis tempore, quia nominatim stipulatus est quanti tunc esset fundus; in secūda venit ęstimatio quę fuit litis contestatę tempore; sed si deterior factus sit post litem contestatam; alioqui nihil attinet spectari magis litis contestatę, quam rei iudicatę tempus. Et spectabitur ergo tantum litis contestatæ tempus, etiamsi deterior factus sit ante litem contestatam sine culpa promissoris, vbi Accursius recte, culpam etiam moram complecti. Itaque si culpa promissoris, id est, post moram promissoris deterior factus sit ante litem contestatam, ęstimatio referetur ad morę tempus. Eandem interpretationem admittit *l. hominem, inf. mand.* Initio ait: si soluerit fideiussor hominem, eum recuperaturum actione mandati, quanti fuit homo solutionis tempore, quia scilicet tantum ei abest. Deinde stipulatorem ait, petiturum quanti fuit homo promissus litis contestatę tempore, nisi solutioni dies adiectus sit, quo casu dies obseruatur quo solui debuit: alioqui dies litis contestatæ, scilicet si homo deterior factus sit post litem contestatam: alioqui nihil attinet potius spectari tempus litis contestatæ, quam tempus rei iudicatæ. Sic igitur statuo: quoties vtriusque temporis eadem æstimatio est, arbitrario iudicio conuenientius est, vt dicamus spectari tempus rei iudicatæ, quo scilicet iudex arbitratur quanti res sit: sic enim æstimamus iudicium ab euentu ipso, quod initio strictum sit. Condictio triticaria initio stricta est, exitu iudicij arbitraria, quia duas clausulas habet, à quo fine quoties vtriusque temporis eadem æstimatio est, melius est vt dicamus spectari tempus rei iudicatæ. Quoties autem alia est tempore litis contestatæ, alia tempore rei iudicatæ, vt si pluris sit litis contestationis quam rei iudicatæ tempore, sequemur naturam stricti iudicij, id est, tempus quo petitus homo est quasi stricto iudicio, si paret eum hominem dari oportere ne reo sua cunctatio, & mora prosit. forte & rei iudicatæ, non litis contestatæ tempore: nam & litis contestatæ potius, quam moræ tempus spectatur, si fuerit pluris litis contestatæ tempore, vt etiam mora sua ei obsit, *l. penul. rer. amot.* vt lex pen. duntaxat locum habeat cum vtroquo tempore eiusdem pretij fuit, vel cum pluris rei iudicatæ, quam alio tempore. His addamus *l. 2. §. quæsitum, de priuat. delict.* nam & condictio furtiua ius suscipit & causam condictionis triticariæ, *l. 1. §. vlt. de cond. triticar.* & sumit in ea iudex ęstimationem à tempore litis contestatę, re postea deteriore facta. addemus & *l. 3. §. in hac, commod.* quę in bonę fidei iudic. ait, spectari tempus rei iudicatę, quia scilicet iis id tantum petitur quod iudex ęstimabit ex fide bona dari oportere. Itaque refertur ęstimatio litis ad tempus rei iudicatę: quamquam possit etiam iudex ex mora ducere ęstimationem, si eo tempore pluris fuerit, *l. 3. §. vlt. de act. emp.* in strictis autem quę non remanent scilicet in iure suo stricto, sed desinunt in ęstimationem arbitratiam, i. quib. inducta est mentio ęstimationis in modum exceptionis vel replicationis, vel etiam in actione ipsa: In his, inquam, spectamus litis contestatæ potius quam rei iudicatæ tempus, si post litem contestatam res deterior facta sit. Imo & retrorsum tempus morę, si mora antiquior fuerit litis contestatione, *l. 8. §. 1. de cond. furt.* & pluris fuerit eo tempore, quam litis contestatę. Nam si post moram creuerit æstimatio, litis contestatę tempus spectatur. Sin autem res non sit deterior facta post litem contestatam, id est, si vtriusque temporis eadem ęstimatio fuerit, nihil refert siue dixeris litis contestatę siue rei iudicatę tempus obseruari. Illud obseruandum in *d. l. pen.* temporis tantum mentionem fieri non loci, quia scilicet idem est locus litis contestatę, & rei iudicatę tempus, *l. vbi, de iudic.* qua ratione etiam in mercib. nihil refert dicas spectari locum litis contestatę an rei iudicatę; & quod ait de loco litis contestatę dicitur in hac l. potius comparatione loci quo datum est, quam quo res iudicatur. Idemque obtinet in iudiciis bonæ fid. vt nihil referat, quo loco, litis contestatæ, an rei iudicatæ, *l. 3. §. vlt. de act. empt.* Sicut commune illud est omnium iudiciorum, vt tempus locusve spectetur quo dari debuit. ex ista omni disputatione, quid tandem certi? In mercibus quæ mutant subinde pretium tempus locumque litis contestatæ spectari die vel loco non adiecto, non rei iudicatæ, non contractus, in cæteris rebus à mora prorsum quanti plurimi fuerint. Hæc certissima definitio est.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI, Recitationes solemnes.

AD TIT. I. LIB. XVIII.

De contrahenda emptione, & de pactis inter emptorem & venditorem compositis, & quæ res venire non possunt.

IN hanc tertiam partem congesti sunt omnes contractus. Præcessit mutuum & alij. Igitur recte nunc de emptione & venditione subiungit. Initio videndum est quid sit emptio. Et primo emptionis nomen generale est, *l. statulib. 29. inf. de statulib. l. sicut, quib. mod. pig. vel hypot. sol.* Varro *lib. 2. c. 10. de re rustica. In emptionib.* inquit, *dominiū legitimū lex fere res perficiunt. &c.* Vlp. *de dom. & acquis. rer. in Fragmentis.* Caius *tit. de testamen. in Inst.* Vbi in omnibus locis modi acquisitionis sub hoc genere venditionis notantur. Et legendum est ibi pro *simul, semel & adoptio* ibi, pro adrogatione scripta est, quod notandum est, vt in *l. paterfamil. de adopt.* Vlp. *tit. de domin. rerum* ait: *Commercium esse ius emendi & vendendi inuicem, ius,* id est, emptionem. At commercij nomen generale est. sequitur ergo vt & emptionis nomen generale sit. Commercij nomen generale esse apparet ex *l. cum seruus, §. vlt. de leg. 1.* Vbi prohibentur legari ea, quorum commercium non est. Non est accipiendum, quæ emi & vendi non possunt, sed quæ alienari & acquiri omnino non possunt. Sic accipiendum est commercium in *§. non solum, Instit. de leg.* vbi eadem sententia est, in quo loco, verba hæc abundant, *vel adipisci non potest.* Absunt enim à veteribus libr. & Theophilo. Theoph. autem interpretatur *commercium* ius acquirendi, ius sibi comparandi: non autem ius emendi: Eadem significatio generalis reperitur apud Paul. *lib. 3. Sentent. tit. 4. §. moribus.* Vbi interdicitur prodigo commercio, id est, non emptione tantum, sed etiam legato, hereditate, & aliis omnibus alienandi generibus. Ita vsurpatur apud Vlp. *tit 10.* quibus duobus locis vitiose legitur, *ea re,* legendum, *qua re.* Rationes huius appellationis sunt duæ. Vna est, quoniam in quocunque genere alienationis fere semper olim adhibebatur emptio, in testamentis, *§. 1. Instit. de testam.* in emancipationib. *§. præterea, Inst. quib. modis ius patria potestat.* in adoptionib. *l. liberos, de cap. min.* Altera ratio est; quod veteres verbum *emendi* generaliter vsurpabant. Festus in dictione *emere,* in dictione *redemptores,* in dictione *abemito.* His omnib. locis dicitur, verbum emptionis generaliter accipi.

accipi. Emptionis appellatio specialis est pro contractu ita appellato, quem sic definit Isidorus: *Emptio est commutatio rerum & contractus ex conuenientia veniens.* Vbi conuenientiam interpretor consensum. Nam emptio ex consensu proficiscitur, *l. consensu, de oblig. & act.* Et hæc dictio facit ne eius definitio conueniat permutationi. Nam permutatio non tam consensu quam reipsa contrahitur, *l. 1. de rer. permut.* Hic autem contractus duobus verbis appellatur emptio & venditio, tametsi ea diuersa sunt, vt constat ex *l. 1. inf. & d. l. 1. de rer. permutat.* Interdum tamen totus contractus vno nomine significatur tantum, emptionis tantum, vel venditionis tantum, *l. veteres, de act. emp.* Cuius l. ea est sententia, venditionem interdum poni pro emptione & econtra: Aut potius vno tantum nomine vel venditionis vel emptionis significari totum contractum. Et idcirco hæc verba à multis non recte sunt exposita. Alciat. *lib. 1.* παρέργ. *c. 22.* cuius sententia refutatur *l. seq.* vbi dicitur, *idem est in locatione & conductione, quod in emptione & venditione dicitur. Idem dic. est de locat. & conduct.* qui tamen retractauit hanc sententiam, *lib. 3.* παρέργ. *c. 15.* Hotoman. ita interpretatur, *in emptione & venditione*, id est, locatione & conductione, quod & l. seq. refutatur. Sed rectum est: quemadmodum in venditione interdum totus contractus significatur, sic & in locatione & conductione. Hinc factum est, vt plerunque actio empti dicatur, quæ debet dici actio venditi, *l. ex conuentione, C. de pact. l. 1. C. si seru. extr. se. emi mandauer.*

Ad Leg. I.

Origo emendi vendendique à permutationib. cœpit: Olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium, vocabatur. sed vnusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum vtilib. inutilia permutabat: Quando plerunque euenit, vt, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper, nec facile concurrebat, vt cum tu haberes, quod ego desiderarem, inuicem haberem, quod tu accipere velles: electa materia est, cuius publica ac perpetua æstimatio difficultatib. permutationum æqualitate quantitatis subueniret. eaque materia, forma publica percussa, vsum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate, nec vltra merx vtrumque: sed alterum, pretium vocatur. 1. §. Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur. Veluti, si ego togam dedi, vt tunicam acciperem. Sabinus & Cassius esse emptionem venditionem putant. Nerua & Proculus, permutationem, non emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste vtitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro hominibusque vinum emere refert illis versibus.

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσι,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσιν,

id est,

Hinc quidem vinum emebant comati Achiui,
Alij quidem ære, alij a. splendido ferro,
Alij vero pellibus, alij autem ipsis vaccis,
Alij autem mancipijs.

Sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem: sicut illi.

Ἔνθ' αὖτε Γλαύκῳ Κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεὺς
Ὃς πρὸς Τυδείδην Διομήδεα τεύχε' ἄμειβεν.

id est,

Hic rursus Glauco Saturnius mentes exemit Iupiter.
Qui cum Tydide Diomede arma mutauit.

Magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alias idem Poëta dicit.

Πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν. id est,

emit possessionibus suis.

Sed verior est Nerua & Proculi sententia. Nam vt aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, vter venditor sit.

1. §. Est autem emptio iurisgentium. Et ideo consensu per A *agitur, & inter absentes contrahi potest, & per nuntium & per literas.*

IN hac l. 1. docetur origo emptionis & venditionis, & quid differat emptio & venditio. Arist. *lib. 5. Eth. c. 5. & Polit. 1. c. 6.* perpetuam æstimationem dicit & immutabilem, *l. cum hereditas, ad SC. Treb. §. 1. de satisd. tut. Inst.* Nec aduersatur, quod pretia nummorum quotidie abrogantur & minuuntur, & quod scripsit Arist. lib. 1. Politicorum, *nummum lege consistere, nec perpetuam esse eius æstimationem* Et alibi l. 5. c. 5. Ethic *posse nummi æstimationem antiquari & reddi inutilem:* Nam perpetuam vocat comparatione ceterarum rerum, quæ permutantur, veluti vini, olei, frumenti & ceterarum rerum. Perpetua
B igitur nummi æstimatio est non simpliciter, sed ad alias res relata, eaque forma publica percussa. Plin. lib. 23. c. 13. ait, *as signatum fuisse à Seruio Tullio: argentum vero signatum fuisse anno vrbis 478.* Vbi numeri corrupti sunt: *Aurum vero 60. annis post argentum.* Vbi quoque corruptus est Plinius: nam vbi legitur *minutissimo vero*, legendum est, *nouissimo vero: quantitate*, hic legendum, non *qualitate.* Sed lectio hæc defendi potest hoc modo: quantitas significat hoc loco pretium siue æstimationem. Ita accipitur in *l. vlt. de leg. 2. l. cum ab vno, eod. l. empti fides, C. eod.* quæ dicitur quantitas, vocatur pretium in *l. 2. h. t. l. quamuis, de solution.* Ita accipienda est quantitas in *l. à Diuo Pio §. si pignerat. de re iud.* qui locus valde exercuit Alciat. *lib. 6.* παρέργων *c. 3. & l. creditores, si cert. pet.* Breuiter autem ita
C explicandus est. ait Vlp. eo loco, *prædia addicantur ea quantitate*, interpretandum est, *addicantur tanto pretio siue valore*, vt vulgo dicunt, vel *æstimatione, quanta est summa quæ dicitur*, ne, si forte pluris aut minoris valeat, alteruter, id est, debitor, aut venditor iniuria afficiatur. Id explicat Duaren. *lib. 1. c. 6. Disputat.* Denique Aristoteles ait, *formam esse in nummo signum quantitatis*, Veluti si ego togam dedi, vt tunicam acciperem, videtur permutatio, manent enim species: Quia cum res tantum proponantur permutatæ, permutatio dicenda est, non emptio: Nihil enim hic est, quod emptionem dicere possimus. Sed aduertendum est, proponi hanc quæstionem, postquam dixit vsum nummi fuisse inuentum. inuento igitur nummo, si quis vellet togam emere, & conueniret de pretio, cum tamen pecuniam non haberet, loco pretii daret tunicam, videba-
D tur debere esse emptio, quia hoc actum est inter contrahentes. Hic autem contractus & voluntate & consensu perficitur, qui suadere videbatur vt contraheretur emptio: contra vero pretium, quod deficit, docet esse permutationem. Et hæc posterior sententia obtinuit. Similis omnino dubitatio est in *l. 1. C. de rer. permut.* vbi is qui volebat emere possessionem, pro pretio dedit aliam possessionem: ideoque rescriptum est, non esse emptionem: & tamen quia voluntas contrahentium fuisset, vt res emeretur, rescriptum est, esse actionem ad similitudinem actionis ex empto. Sed hi versus Homerici permutationem significare videntur. Verbum οἰνίζοντο significat, *vinum quærebant*, aut *parabant.* Itaque non minus conuenit venditioni quam permutationi. Sed pro subiecta materia ita accipiendum
E est, vt conueniat permutationi potius, quam emptioni. Plinius quoque eundem locum de permutatione intelligit *lib. 3. c. 1.* Loquitur enim de hoc loco, sicut & illi in sequentib. verbum ἀμείβειν non significat emere, sed remunerari, & permutare. Itaque hæc verba significant non esse venditionem, sed permutationem. Et Plin. dicto loco loquens de eadem re refert ad permutationem. Sed mirum est, quod Alciatus *lib. 9.* παρέργ. *c. 17.* ait, ex hoc loco probari posse aduersus sententiam Pauli, emptionem esse, non permutationem hoc argumento: Vbi res permutatur, res pro re datur, vbi vero pretium pro re, emptio. At hoc loco pretium est datum pro re: Nam ἑκατόμβοιον est genus nummi, ita appellatum quod forma bouis in eo expressa fuerit. Iulius Pollux in Lexico: Didymus Homeri interpres. Sed respondeo, non dici hoc loco pro armis datum fuisse pre-

tium, sed data fuisse arma pro armis, quæ valerent centum A bobus, pro armis quæ valerent tantum nouem. Hoc a. non est consequens, *data sunt arma æstimata 100. nummis*: Ergo *dati sunt 100. nummi*: alioqui sequeretur, semper contrahi emptionem, permutationem nunquam: quia nulla res datur, quæ pretio æstimari non possit. Ita ergo recte argumentatus est Paulus. Magis autem pro hac sententia illud diceretur: ne in hac quidem specie emptio est, quanquam verbum πρίασθαι, emere significat. Etsi enim contrahentes vsi sunt verbo emendi, defuit tamen voluntas & consensus, sine quo emptio perfici non potest, & in permutationib. plerunque vtimur verbo emendi, vt *sup. sed an sine nummis*. Et Plin. *lib. 33. c. 1*. Quod in permutatione discerni non potest, quo loco videtur legendum *emptitasse*, *arg. l. 1. inf. de rer. permut.* Et hæc est prima differentia inter B permutationem & emptionem, quod in permutatione non discernuntur merx & pretium, neque venditor & emptor: In emptione vero hæc discernuntur. 2. differentia est, quod permutatio perficitur rei traditione. emptio vero consensu, *l. 2. de oblig. & act. l. initum, C. h. t.* 3. differentia est, quod in permutatione rei dominium transferri dicitur, in emptione minime. 4. est, quod res aliena vendi potest, permutari vero non potest. 5. est, quod ex emptione datur actio in id quod interest: ex permutatione vero datur condictio, vel actio ad id quod interest. Hæc omnia traduntur in *l. 1. inf. de rer. perm.* Est a. emptio iuris gentium, *l. ex hoc iure, de iust. & iure*, & per nuntium & per literas fit, non quod nuntius aut literæ consentiant, sed quod consensus illis declaretur: Hæc enim nudum ministerium tantum præstant, *l. & licet, de const. pecu.* Obseruandum a. est, hæc duo fere C semper coniungi, *tit. de obl. ex consensu, Inst. l. 2. de obl. & act. l. qui autem §. vlt. & l. seq. de const. pecun. l. 9. de precar. l. vlt. de cessione bon. l. muliere; de iure dot. l. vlt. de sponsal.* Quæ lex sumpta est ex tit. *de his qui notant. inf.* Is dicitur esse infamis, qui duas habet vxores, aut qui bina sponsalia contraxit. Vnde explicuerunt IC. eo loco quo modo sponsalia contraherentur, nempe per nuntium & per epistolam. Quæritur hic ab Accurs. an hic contractus fieri possit, si alio modo innotescat voluntas, quam per nuntium, vel per epistolam. Existimo satis esse, si quoquo modo innotescat consensus, nec necesse esse, vt certior fiat absens per nuntium aut literas. Prima ratio est, quia vbique apud illos mentio fit nuntii & literarum, exempli tantum causa: non quod alterum eorum etiam necessarium sit. 2. ratio ducta est ex *l. item veniunt §. petita, de pet. her.* vbi satis est, D denuntiatum esse fisco, nec refert, quo modo aut à quo id factum sit. 3. ratio est ex *d. l. vlt de sponsal.* vbi hoc additur, per alium, quam per nuntium posse sponsalia contrahi, quasi sufficiat per alium modum innotuisse. 4. ratio est, quod eadem debeat esse conditio vtriusque contrahentis, *l. emptor, inf. de rescind. vend. l. pen. C. de solut.* Atqui nusquam expressum est, emptorem debere declarare consensum suum per nuntium vel per epistolam: Imo vero in iure Pontificio expressum est, satis esse, si quocunque modo consensum suum declaret, *Clem. 1. de procur.* Non est igitur hoc desiderandum ab emptore. Obiicitur *l. absenti, inf. de acq. vel amitt. poss.* vbi dominus miserat seruo epistolam, qua iubebat eum esse liberum: & responsum est, E non esse prius liberum, quam epistolam accepisset, quasi non satis fuerit alio modo innotuisse domini voluntatem, quam per epistolam: Resp. quæ dicimus intelligenda sunt, si hoc non est actum vt absens fieret certior per nuntium vel per epistolam, id est, si nuntius vel epistola destinata non sit vt certior fieret. Dicta autem lege *qui absenti* hoc actum est, vt non fieret certior seruus alio modo, quam per epistolam, quæ in hoc destinata fuit.

Ad L. II.

Inter patrem & filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest.

Ratio prima h. l. est, filius quicquid acquirit, acquirit patri, §. *1. Inst. per quas person. nob. acquir.* Pater igitur si emerit à filio, rem suam emit, quod est prohibitum, *l. si venditor, inf. eod.* 2. ratio est, quod nulla obligatio consistit inter patrem & filium, *l. frater à fratre, inf. de cond. indeb.* 3. Vt inutilis est stipulatio inter patrem & filium, ita etiam emptio, §. *item inutilis, de inutil. stipul.* 4. quia nemo contrahere potest secum: filius autem & pater vna atque eadem persona esse censetur, §. *ei qui, Inst. de inutil. stip. l. vlt. C. de impub. & aliis sub. l. cum simus, C. de agricol. & censit.* Denique iccirco prohibiti sunt contractus inter patrem & filium, quia inter eos lis nulla esse potest, *l. lis nulla, de iudiciis, sup.* Propter has igitur rationes prohibita est emptio inter patrem & filium, quæ quidem cessant in reb. castrensib. Ea enim acquiruntur filio non patri, §. *igitur, per quas person. nob. acq.* Deinde quod attinet ad castrensia, pater & filius diuersæ personæ hic censentur, & lis esse potest, *d. l. lis nulla.* Quod intellige quoque de reb. quasi castrensib. in quib. idem ius est, *l. 1. §. nec castrense, inf. de coll. bonor. l. cum oportet, §. 1. & §. cum autem, C. de bonis quæ lib.* Sine pretio venditio nulla est. Eadem reg. traditur *Inst. eod. §. 1. & l. empti fides, C. eod.* quæ ita accipienda est, vt saltem conuenisse de pretio satis sit, quia emptio consensu & conuentione perficitur, nec necesse est pretium numeratum esse, quod dicitur *inf.* & in *d. l. l. empti fides, & d. §. 1. Inst.* Ad contrahendam emptionem necessarium est pretium, id est, non est necesse datam esse pecuniam, si modo de pretio conuentum sit. *Pretium est, quod pro re empta datur.* Ita definit Nonius Marcellus, apud quem verba hæc *nec par vocat vllo pretio*, vitiosa sunt, & legendum est, *nec paruo capit illa pretio.* Varro ita definit, quod æstimationis emptionisque causa constituitur.

Ad §. 1.

Sine pretio nulla venditio est. Non autem pretij numeratio, sed conuentio perficit sine scriptis habitam emptionem.

Sine scriptis.] Ex his verbis apparet, necessariam esse scripturam in emptione, quod tamen iuris regulis repugnat: Nam scriptura non est necessaria in contractibus *l. contrahitur, inf. de pign.* quæ coniungenda est cum *l. 4. inf. de fide instr.* Idem dicit lex *pactum quod bona fide, C. de pact.* & toto iure ciuili nulla fit mentio scripturæ necessariæ in emptione. Denique Paulus lib. 2. Sententiarum tit. ex empto, §. *in eo contractu*, ait, scripturam non esse necessariam in emptione. Resp. est, hęc verba, *sine scriptis*, addita esse à compositorib. à quibus etiam addita sunt in *l. 4. cum inter C. de comm. & peric. rei vend.* Vbi hoc quoque recte notauit Accurs. Hoc a. ab illis factum est ne hæc lex 2. pugnaret cum §. *1. Inst. de empt. & vend.* Vbi mentio fit emptionis in scriptis, & maxime cum *l. contractus, C de fid. instr.* ex qua lege tota hæc ratio contractuum faciendorum in scriptis profecta est. Ea autem lex multis in locis vitiosa est. Nam initio pro *dationes*, legendum, *dationis*. Deinde pro *quas tamẽ*, leg. *illos tamen quos*. Præterea pro *transactionum* leg. *transactionis* quæ emendatio liberabit vos eo scrupulo, qui torsit Acc. vehementer enim dubitat eo loco, quomodo dictum sit *contractus transactionum*, cum transactiones tam distractus sint, quam contractus. Denique pro *præcesserint*, *processerint*, legendum est. Hinc explicanda est lex 55. *inf hoc tit.* Vbi nulla emptio dicitur, quæ sine pretio est, & imaginariam interpretor adumbratam, quam Impp. vocant simulatam, *l. 3. C eod.* Simulata autem est & imaginaria, cum fingitur conuenisse de pretio, & nullum tamen pretium intercessit. Hoc confirmatur *l. imaginar. de reg. iur.* Nam si imaginaria non est venditio, in qua intercedit pretium, oportet imaginariam esse, in qua nullum est pretium. Ita imaginaria venditio accipienda est in §. *præterea, quib. mod. ius patr potest. soluit Inst §. accessit, Inst. de testam. ordinand l 4 si ab ignoto, inf. de ma-*

num. ssion. Vbi Accurs. male interpretatur imaginariam venditionem, id est, per momentum duraturam: Nam illic reuera emptor nullum habebat animum emendi, nec dat vllum pretium, sed pretium, quod accepit à seruo. Hinc explicandæ sunt *l. 36. 37. 38. h. t.* Obserua ex *d. l. 38. si quis donationis*, videndum esse hac in re an venditio fiat minori pretio donationis causa, quo casu venditio valet: an vero fiat venditio omnino causa donandi: quo casu, quia pretium deest, nulla est venditio. Eodem pertinet *l. 3. C. eod.* vbi substantiam emptionis non interpretor consensum, vt Accurs. sed pretium, vt in *l. pacta conuenta, inf.* Huc pertinet l. 7. *& 8. C. eod.* ex *d. l. 7.* delendum est verbum *donationis*. Hinc quoque explicanda est *l. fundi h. t.* in cuius specie hoc vnum dubitatur, an pretium esset in emptione. Quod cum aliqui ex veterib. IC. negarent, plurib. tamen placuit pretium esse in ea specie, saltem pactum esse loco pretii. Itaque recte contractam esse emptionem venditionem: pretium debet esse certum & in pecunia numerata, *§. item pretium, Inst. de empt. l. 7. §. 2. & 3. h. t.* Ex quib. §§. hoc notandum est exemplum, quantum pretium in arca habeo continere certum. Quod confirmatur *l. vbi a. de verb. oblig.* idque conuincit errorem Th. *ad tit. de verb. oblig.* Quo loco ait hoc exemplum continere incertum. Hinc nascitur quæstio, an pretium debeat conferri in arbitrium ementis aut tertii alicuius. Resp. non conferri in arbitrium ementis, *l. quod sæpe 35. h. t.* Ratio est, quia non dicitur esse in potestate ementis aut vendentis, vt venditio valeat, quod fieret si pretium illi definiendum relinqueret, *l. in vendentis. C. eod.* Obiicitur *§. pen. de cont. empt. Inst.* vbi emptio ita recte contrahitur, si Stichus tibi placuerit, erit tibi emptus tot aureis. Quo loco nonnulli existimant, pretii definitionem esse commissam arbitrio ementis. Resp. id falsum esse, & eo loco emptionem idcirco valere, quia totus contractus permittitur arbitrio ementis, adiecto certo tempore, quod efficit, vt totus contractus valeat: Nam sine adiectione temporis incertus fuisset atque inutilis. Itaque arbitrio ementis non potest committi pretium. Potest a. committi arbitrio tertii, ita vt si tertius ille definiat, valeat emptio: si vero non definiat, sit inutilis, *l. vlt. C. eod.* Ex quo nasci potest hæc quæstio, si tertius ille iniquum pretium definiat, an standum sit eius definitioni? Et videbatur esse standum, quia quoties eligimus aliquem, qui aliquid faciat, de eo queri non debemus: æquius tamen est, vt si manifesta iniquitas appareat, corrigatur à iudice bonæ fidei. Hoc est expressum in *l. 79. societatem, cum 4. ll. seq. sup. pro soc.* Notandum præterea in hac *l. vlt.* verba tributa esse Caio in *l. si merces 25. inf. loc.* Obiicitur huic *l. 16. §. vlt. inf. de pig.* vbi nullum pretium certum est constitutum, neque arbitrio tertii commissum, & tamen venditio valet. Resp. Ius singulare esse in eo §. *vlt.* introductum in fauorem debitorum, vt facilius reperirentur, qui illas pecunias crederent: Deinde, quia emptio accedit contractui pignoris, idcirco constitutum est, vt quemadmodum contractus principalis valet, ita etiam accessorius valeat. Pertinet quoque ad pretium *l. quod vendidi 19. inf. h. t.* in qua consulitur venditori, qui pretium nondum est consecutus: nam post consensum contrahentium & constitutum pretium certum emptio perfecta est, & res etiam in emptoris dominium transire dicitur. Verum quia interdum emptor moratur in solutione pretii, ne venditor & re sua & pretio careat, consulitur illi hac l. *Aut satisfactum.* Obseruandum satisfactionem esse loco solutionis, *l. satisfact. de solut. & l. solut. verb. de verb. signif.* Itaque hęc duo satisfacere & soluere in libris iur. ciuilis semper fere ęquantur & coniunguntur, *l. grege §. etiamsi, inf. de pig. l. pen. inf. quib. mod pig. vel hyp. solu. l. 5. eod. t.* quæ coniungenda est cum *d. l. grege, l. 6. quib. mod. pig. vel hypoth. solu.* quæ coniungenda est cum *l. 1. de migrando. l. 4. ait prætor, de re iudic. l. procur. §. pen. de tribut. act. l. quod, si de pig. act.* Et sane satisfacere nil aliud est quam facere, quantum alicui satis est. sic Ascon. in *act. 3. in Verrem*, interpretatur. Caius confirmat in *l. 1. qui sat. cog.* & Pomponius in *l. 5. de verb. oblig.* Aiunt enim sa-

A tisfacere esse desiderium alicuius implere, aut id præstare, quo aliquis contentus sit: quod perinde est ac si solueret. Satisfactio a. variis modis fit, *l. si rem alienam § . omnis, de pig. act.* Quod igitur dictum est in *§. venditæ, de rer. diuis. Inst.* satisfactionem fieri expromissore dato, vel pignore, dicendum est, exempli hæc tantum causa dicta esse, quia aliis multis modis satisfactio fit, quod indicat generalis significatio huius verbi, & *d. l. si rem alienam: & l. 6. quib. mod. pig. solu.* vbi satisfactio dicitur fieri iureiurando. Hoc ita accipiendum est, nempe satisfactionem esse loco solutionis, si quidem venditor velit: Nam inuito creditori aliud pro alio solui non potest, *l. 2. si cert. petat.* Deinde hoc exemplum est in *l. 6. quib. mod. pig. solu.* neminem cogi satisfactionem accipere. Deinde, quod diximus, loco

B solutionis pretii satisfactionem admitti, patitur exceptionem duob. casib. Vnus est in *l. à Diuo Pio §. sed si emptor, de re iud.* vbi pretium est soluendum, nec satisfactio eius loco admittitur. Alter casus est in *l. si curator 5. inf. de iure fisci.* Vbi re fiscali vendita, necessario pretium soluendum est. Et notandum eam *l. 5.* esse coniungendam cum *l. 1. de offic. procur. Cæsaris*, quæ coniunctio hanc habet vtilitatem quod tollit difficilem ἀντινομίαν, quæ nascitur inter has duas leges. Nam l. 1. interdicitur procuratori Cæsaris ne vendat. in leg. 5. hoc illi præcipitur, vt quoties vendidit, pretium accipiat. Ergo permittitur venditio procuratori Cæsaris, quæ intelligenda est permitti, si non fiat contra commodum & vtilitatem Cæsaris. *Satisfactionem*] hic quidam legunt *satisdationem*. Male: quia non est satisdationis verbum satis generale, quia satisdamus tantum fideiussorib.

C *l. 1. qui satisd. cogant.* Plurib. a. modis satisfacimus, vt fideiussorib. iureiur. & aliis modis infinitis. Dicimus igitur, emptorem non aliter fieri dominum, quam soluto pretio, aut satisfacto venditori, aut fide habita de pretio. Cuius rei hæc vtilitas est, quod interea emptor non vsucapit, & contra venditor, cum adhuc sit dominus, potest rem venditam vindicare, *l. procuratoris, l. pen. sup. de tribut. act.* Obiicitur *l. inciuile, C. de rei vind.* in qua dicitur, traditione facta rei emptæ dominium transferri, neque rem posse amplius vindicari, sed pretium petendum esse. Resp. in ea l. fidem habitam fuisse de pretio: ac proinde nihil obstare, quo minus emptor rei venditæ dominus fiat. Et his explicata est lex 12. *C. eod.* explicata est quoque *l. vt res 53. inf. h. t.* cuius l. eadem omnino est sententia, quæ legis

D *quod vendendi.* In ea superest tantum explicandum verbum *expromissoris*, de quo inter eruditissimos non conuenit. Plerique enim existimant significare fideiussorem: quibus ego non assentior: Expromissor enim est qui solus obligatur, non cum alio vt fideiussor, & totam aliquam obligationem in se transfert. Probatur *l. & eleganter § . seruus, de dolo malo.* Vbi reus pactionis & expromissor pro eodem ponuntur. Atqui reus non significat fideiussorem, & eo loco erat reus is, qui solus erat obligatus: non autem qui accedebat alterius obligationi, vt fideiussor. In eodem quoque §. manumissio serui facta est ea conditione, vt post manumissionem seruus transferret in se obligationem, i. vt post manumissionem expromissor fieret. Ita enim IC. seipsum explicat, & quod dixit initio *§. transferre obligationem in aliquem*, in fi. eiusdem §. dicit expromissorem

E esse. Idem probatur *l. 4. inf. de cond caus. dat.* Vbi acceptilatio facta fuerat debitori hac conditione, vt expromissorem daret. Hic igitur sublata erit obligatio per acceptilationem, nec potest dici expromissor accedere obligationi vt fideiussor, cum nulla obligatio supersit: sed is intelligendus est, qui totam aliquam obligationem in se suscipit, & solus obligatur. Denique confirmat *l. vlt. sup. ad SC. Maced.* vbi filiusf. expromittit pro ea pecunia quam accepit contra SC. quamdiu sc. erat filiusfamil. & dicitur nouatio fieri per hanc expromissionem. At vbicumque fit nouatio, tollitur prior obligatio, & nascitur altera. Expromissor igitur est, non qui pro alio fideiubet, sed qui nouam obligationem ex se constituit, & solus obligatur. Hoc quoque indicat l. nostra: Iurisconf. enim ait, sese velle interpretari plenius fideiussorem, & interpretatur ex-

promissorem, quasi alius sit expromissor à fideiussore, recte percepta significatione huius vocis in explicanda *l. 5. de verbor. oblig.* Et cum ostendat diuersum esse expromissorem à fideiussore, docet quoque diuersum ius competere ei, qui fideiussorem accipit & expromissorem. Expromissor recte & statim potest conueniri: fideiussor non nisi excusso principali debitore. Itaque venditor, qui accepit expromissorem, poterit statim agere cum expromissore. Quod si accepit fideiussorem, prius agere debebat cum emptore, qui reus est principalis, deinde cum eius fideiussore.

Ad Leg. III.

Si res ita distracta sit, vt si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub conditione distractam, sed resolui emptionem sub conditione.

Difficultas huius legis pertinet ad pacta inter emptorem & venditorem facta, vt hic tit. ostendit. In qua hæc difficultas est, an emptio sit conditionalis, an vero resolutio emptionis sub conditione. Et placuit Iurisconf. esse resolutionem emptionis sub conditione, quæ sententia est Iuliani in *l. 2. inf. pro empt.* Vt intelligatur vtilitas decisionis coniungenda est hæc l. cum *l. 2. inf. de in diem addict.* Ea enim lex ostendit, quia emptio pura est, quæ tamen sub conditione resoluitur, emptorem vsucapere, fructus facere suos, accessiones lucrari, & periculum quoque rei emptæ sustinere. quæ omnia cessarent, si esset emptio sub conditione. Coniungenda quoque est h. l. *cum l. 2. de leg. commissor.* Nam lex commissoria est similis emptioni resolutæ sub conditione. Obiicitur §. *pen. Instit. de contrah. empt.* vbi quemadmodum est conditionalis emptio, ita videtur quoque esse conditionalis venditio. Respond. formulas, quæ sunt vtroque loco, facile indicare, hic esse resolutionem emptionis: illic autem emptionem sub conditione: Nam hæc est formula in Institutionibus, *si Stichus tibi intra certum diem placuerit, erit emptus tot aureis*, quæ manifeste continet exemplum venditionis conditionalis, vt Iustin. quoque exposuit. Formula autem quæ hic proponitur, non ad contrahendam emptionem spectat, sed ad resoluendam eam quæ contracta est.

Ad L. IV. V. & VI.

L. 4. Et liberi hominis, & loci sacri, & religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur.

L. 5. Quia difficile dignosci potest liber homo à seruo.

L. 6. Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse: nec cuiuscunque rei, si scias alienationem esse, vt sacra & religiosa loca: aut quorum commercium non sit, vt publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico vsu habeantur: vt est campus Martius.

Non *in pecunia*, id est, in patrimonio, *l. quod in litore, de rer. diuis. l. pacta conuenta, inf. hoc tit.* Quod iccirco est dictum, quia respublica, quæ non est in patrimonio populi, vendi non potest; quæ autem est in patrimonio populi, vendi potest. Publica igitur ita sunt distinguenda: Vel sunt in patrimonio populi, & vendi possunt: Habentur enim loco priuatarum rerum, & fiscus est in illis loco priuati: Vel sunt in vsu publico populi, id est, vsibus populi seruiunt, vt campus Martius, & theatrum, & ea vendi non possunt. Omnium rerum, quas quis habere, possidere, persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura, vel gentium ius, vel mores ciuitatis commercio exemerunt, earum nulla est venditio, *l. si in emptione §. omnium, h. tit.* Natura autem eximit commercio hominum liberum hominem: nam liber homo natura huiusmodi est, & libertas iuris naturalis est, *l. 4. sup. de iust. & iur. l.*

A *libertas, de stat. hom. §. libertas, Instit. de iure person.* Quod si seruus esset alienæ potestati subiectus, amitteret etiam facultatem, quam natura consecutus est. Liber igitur homo natura non potest vendi, nisi emptor ignoret, eum esse liberum. Quo casu eius venditio valet, *l. 4. h. tit. & l. seq.* quæ tradit rationes iustæ ignorantiæ: Nam homo liber & seruus natura idem sunt. Nec diuersa est vtriusque figura, aut facies. Denique ex aspectu distingui non possunt. Ex eo igitur non potuit cognoscere emptor, liber esset nec ne, an seruus. Non obstat, quod homo liber non potest effici emptoris, quæ res videbatur efficere emptionem nullam, cum res empta non possit adquiri emptori. Sciendum enim est, vt venditio valeat, non esse necesse rem venditam emptoris fieri, nec iccirco inutilem esse emptio-

B nem, quod emptoris fieri non possit. Emptor enim non desinet agere ex empto ad id quod interest aduersus venditorem, quod expressum est in *l. si tibi, C. de euiction.* Huc pertinet *l. liberi hominis, inf. hoc tit.* in qua idem omnino dicitur, quod in *l. 4. & 6. in princ. h. t.* Ex his nata est hæc quæstio, an valeat emptio liberi hominis, quoties in eum casum confertur, *cum seruus erit.* Hæc tractatur in *l. 34. §. liberum hominum, inf. h. tit* & respondendum est, non posse emptionem in eum casum conferri, quia nefas sit eiusmodi casus expectare. Dubitatio nascebatur ex eo quod certum est, res futuras emi vendique posse, vt partus futurus & fructus, *l. 8. inf. h. tit.* Et eadem ratione seruus futurus recte vendi. Existimatum tamen est iniquum, inhumanum, & turpe ihac conditione hominem liberum emere: & hoc prouiderunt iuris auctores, si hoc permitteretur, fo-

C re, vt qui liberum hominem emisset, procuraret, quantum posset, vt in seruitutem redigeretur, quæ ratio impediuit quoque, ne pactum de futura successione valeret, *l. vlt. C. de pact. l. inter stipulantem §. sacram, de verb. oblig.* Huc pertinet *tit. C. de patri. qui fil. distrax.* Vbi in *l. 1.* ius est singulare aduersus regulas nobis traditas: nam filius non potest emi ab ignorante, *l. 2. eod. tit.* Exceptio est omnium eorum, quæ tradidimus in ea *l.* Constituit enim Imperator, vt pater possit vendere filium propter inopiam, & egestatem victus. Vnde apparet liberum hominem à sciente emi posse, modo vendatur propter egestatem patris, d. l. 2. in qua legendum est, *sanguinolentos*, non *sanguinolentus*, vt legit Accursius, & imperite interpretatus est, id est, capitaliter, siue sanguine puniendus. Nam sanguinolentos

D interpretor eo loco, pueros recens natos, quoniam illi adhuc perfunduntur sanguine. Impp. in *l. 1. C. Theod. de expositis.* interpretantur recens natos. & horum sanguinolentorum mentio fit *tit. sequ. C. Theod.* Ita quoque accipiuntur sanguinolenti in *tit. C. de infantib. exposit.* Et ita Donatus vsurpauit, interpretans locum Andriæ, *Scitus puer Pamphilo natus est, Actu. 3 scen. 2.* Huc pertinet *l. 1. C. de liber. causa & tit. 1. lib. 5. Sent. Pauli.* Ius gentium exemit hominum commercio res sacras & religiosas, quia iure gentium introductæ sunt religiones & ceremoniæ. Loca sacra & religiosa, & quæcunque alia pertinent ad religionem. Itaque res sacræ & religiosæ legari non possunt, *l. cum seruus §. vlt. de leg. 1. §. non solum, Instit. de legat.* Non possunt quoque in stipulationem deduci, *§. 1. de inut. sti-*

E *pul.* Denique non possunt emi, *l. 6. & 4. h. t.* Quod semper intellige, si emptor sciuit eorum conditionem: Nam si ignoret ea sacra esse, emere potest. Hinc traditum est, ædem sacram non posse vendi, *l. 73. inf. hoc tit.* Quod adeo verum est, vt ne diruta quidem æde sacra, locus possit vendi, in quo erant ædes sacræ. Quod tamen dubitationem aliquam habere videbatur: Nam eo ipso, quod diruta erat ædes sacra, videbatur locus factus esse profanus, & religio sublata esse, vna cum ipso ædificio. Contra tamen responsum est fauore rerum sacrarum, & hanc legem intelligit Iustinianus in *§. sacræ, de rer. diuis.* vbi notaui, legendum esse *rescripsit*, pro *scripsit*. Hanc lectionem confirmat inscriptio *l. 73.* quæ sumpta est ex *lib. 3. respons.* Huc pertinet *l. 3. C. de sac. eccl.* Vbi interpretor martyres, martyrũ reliquias auctore Harmen. quæ lex sumpta est ex *l. 7. t. de sepul. viol. Cod.*

Theod. ex quo eodem loco sumpta est lex *vlt. C. de religios.* & *l. 2. C. de sacros. eccles.* quæ adhuc sunt corruptæ. Nam in *l. vlt. de relig.* legitur *humanum*, cum legendum sit, *humandum*. in *l. 2.* legitur *humanis*, cum legendum sit, *humandis*. Vna est exceptio reg. nostræ in *l. in modicis, inf. h. tit.* vbi locus sacer & religiosus vendi possunt propter accessionem rei alterius, veluti cum fundus aliquis venditur, in quo est locus religiosus, emptio valet, quia locus hic religiosus est accessio fundi. Exemplum huius rei est in *l. locum, C. de relig.* Exemplum quoque est apud Cornel. Tacitum *lib. 1. Annalium*, vbi accusabatur apud Tiberium Falanius, quod vendidisset hortos, & cum illis statuas Augusti. Statuæ autem principum habentur numero rerum sacrarum. Rescripsit autem Tiberius, nihil eum admisisse, quod pœna dignum esset, cum statuæ principum soleant accedere venditionibus hortorum & domuum, B quemadmodum & simulachra reliquorum numinum: quod tamen ita accipiendum est, nisi in vendendo fundo exceptus sit ille locus sacer, qui accedit fundo, *l. hanc legem, inf. hoc t.* Altera exceptio est in *§. sacræ, de rerum diuis. Instit.* Nam res sacræ vendi possunt causa redemptionis captiuorum, quia potior nobis esse debet cura hominum, quam rerum, cum res omnes sint comparatæ hominū gratia, & eorum vsibus subseruiant. Denique animæ maxime Christianorū reliquis omnibus vasis & instrumentis sacris præferuntur, *l. sancimus, C. de sacros. eccles.* In qua l. pro *ipsorum exactionem*, legendum est, *ipsorum actionem*, Obiicitur nunc nostræ reg. *l. qui officij §. 1. inf. h. t.* vbi si quis etiam ignorans loca sacra, vel religiosa emerit, non tenet emptio. Respondeo, duobus modis intelligi teneri, & perfectam esse. Vno, vt res tradatur, & adquiratur emptori. Hoc C priori casu non est perfecte venditio, rei scilicet sacræ vel religiosæ. Et ita accipienda est *l. qui officij.* Altero modo dicitur perfecta venditio, cum intercessit consensus & pretium, ita vt actio ex empto competat emptori ad id quod interest. Hoc posteriori casu perfecta est venditio rei sacræ & religiosæ, & ita intelligenda est *l. 4. sup.* Et generaliter, loca sacra & religiosa, & publica, & liberi homines, si venditi fuerint, non possunt adquiri emptori. Agitur tamen actione ex empto ad id quod interest, *l. si tibi, C. de euict.* Obiicitur *l. ossa §. 1. sup. de religios. & sumptib. funer.* vbi religiosa re vendita non dicitur actio ex empto, vt diximus, sed actio in factum, & quasi ex empto. Respondeo, Iurisconf. in *d. l. ossa.* considerasse, emptionem non esse D perfectam, vt res adquiri possit emptori: Itaque dixit tantum actionem in factum, & quasi ex empto. At in *l. qui officij* considerauit emptionem perfectam esse, vt agi possit ad id quod interest: Itaque dixit competere actionem ex empto. Simile est exemplum in *l. 8. inf. & l. si sterilis, inf. de action. empt.* Nam in l. 8. dicitur emptio esse nulla, si nulla res sit, quæ emi possit. At in *l. si sterilis* nulla res subest: Venditus enim erat partus, qui non erat futurus, nempe partus quinquagenariæ mulieris, & tamen datur actio ex empto. Ergo vbi emptio perfecta non est, datur actio ex empto: quod intelligendum est, vt perfecta non sit, quantum ad dominium consequendum: quantum autem ad alias res, perfecta sit. Moribus ciuitatis prohibitum est vendere loca publica, *l. 6. h. tit.* Publica autem distinguenda sunt, vt dixi supra explicans hæc verba, *in pecunia.* E Si enim sint in vsu populi, vendi non possunt: si vero in patrimonio populi, vendi possunt, *l. pacta conuenta, inf. eod.* Præterea quemadmodum venditio rei sacræ consistit propter accessionem, ita etiam publicæ, argumento leg. *in modicis, inf.* Præterea quemadmodum liber homo, res sacra, & religiosa non possunt emi in eum casum, quo homo scilicet liber, seruus futurus sit, aut res sacra fiat profana: ita etiam res publica non potest emi in eum casum, quo futura sit priuata, argumento *l. si in emptione §. liberum, inf. eod. l. inter stipulantem §. sacram, de verbor. obligat.* Difficultatem hic mouet quod diximus, emptionem harum rerum consistere, si emptor ignoret: atqui videbatur debere esse inutilis, quemadmodum stipulatio harum re-

A rum est inutilis, *§. 1. de inutil. stipul.* Sed dicendum est hac in re differre stipulationem ab emptione: & differentiæ ratio hæc est, quod in stipulatione oporteat transferre rei dominium in stipulantem. Cum autem hæ res non possint cuiquam adquiri, merito in stipulationem deduci non possunt: In emptionem autem non est necesse dominium rei transferre, etsi dominium non transferatur, agit tamen emptor ad id quod interest, *l. si ita distrahatur. §. 1. inf. eod.*

Ad §. 1. Si fundus annua.

1. §. *Si fundus annua, bima, trima die, ea lege venisset, vt si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret: & si interim emptor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit. inempto eo facto restituerentur, & vt quanti minoris postea alij venisset, vt id emptor venditori præstaret, ad diem pecunia non soluta, placet, venditori ex vendito eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto, dicatur actionem ex vendito futuram esse. In emptis enim & venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est: & cum lege id dictum sit: apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non vt omnis obligatio empti venditi vtrique solueretur.*

Hic §. debet referri ad caput de pactis conuentis. Fructus restituentur non adiecta conditione, si emptor fecisset fructus suos pro cultura & cura, *§. si quis à non domino, de rerum diuis.*

Ad §. vltimum.

2. §. *Conditio quæ initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest. Sicuti etiam abiri tota emptione potest, si nondum impleta sunt quæ vtrinque præstari debuerunt.*

Contractus emptionis plerumque in parte tollitur, aut mutatur: plerunque vero in totum. Quoties in partem mutatur, dicitur renouari aut reformari, *l. si vnus §. pactus, l. iurisgentium §. adeo, sup. de pact.* In quo §. recte legitur, *repetita parte emptionis.* Et hoc significat renouatam fuisse & reformatam partem emptionis. Quod dicitur factam esse nouam emptionem in *l. pacta conuenta, inf. eod.* Interdum vero emptio mutatur in totum, & tunc dicitur discedi ab emptione, vt hic, *l. ab emptione, sup. de pact. l. 2. inf. de rescind. vend. d. §. pactus, & d. §. adeo.* Vt autem hæc locum habeant, necesse est nondum impleta esse, quæ vtrinque præstari debuerint, quod alibi illi dicunt, rem nondum esse secutam, *d. §. adeo, rem esse integram, d. l. 2.* Omnia esse integra, *d. l. ab emptione.* Sciendum autem est, venditorem debere rem præstare in hoc contractu: emptorem vero pretium. Si igitur neque pretium solutum, neque res tradita, res dicetur nondum secuta, res integra dicetur. Et ita interpretatur Iustinianus, *§. vlt. quib. mod. tollit. oblig. Inst.* Difficultatem hic facit, quod Iurisconf. exigit, vt nondum impleta sint, quæ vtrique præstari debuerint, id est, vt neque pretium solutum sit, neque res tradita, quasi non sufficiat, vt recedi non possit ab emptione, alterum tantum esse factum, id est, pretium solutum, vel rem traditam. Obiicitur huic loco *l. 2. C. quando liceat ab empt. disced.* Vbi dicitur, parte pretii soluta non licere recedere ab emptione. Ergo satis est, pretium esse solutum, vt discedi non possit ab emptione, nec vtrumque necesse est, & fundum traditum esse, & pretium solutum. Auget difficultatem d. lex *ab emptione*, vbi dicitur omnibus integris recedi posse ab emptione, quasi satis sit, vel pretium esse secutum, vel rem esse traditam, vt non possit ab emptione recedi. Respondeo: vtrinque hoc loco accipiendum esse pro altera parte, & ita hic locus conueniet cum *d. l. 2.* & significabit satis esse alterum impletum esse, vt recedi

non possit ab emptione, & ne quisquam miretur, quasi inusitata sit significatio huius dictionis vtrinque: ita accipitur in *l. rescripto, sup. de pact. l. si ita scriptum, inf. de liber. & post l. vlt. §. ipsum, C. de bonis, quæ liber.* Ratio huius § est in *l. 2. C. eod. l. nihil tam naturale, de regul. iur.* quam l. coniunge cum *l. an inutilis, inf. de acceptil.* Et quod diximus de empt. habet locum in omnibus obligationibus quæ cõnsensu contrahuntur. Nam hæ omnes contrario consensu tolluntur, *d. l. ab empt. d. §. vlt. quibus mod. tol. oblig.* Excipitur mandatum, in quo non est necessarius consensus vtriusque, vt in aliis obligationibus, sed vnius voluntas sufficit. Ratio differentiæ hæc est, quod vt mandatum contrahitur plerunque vnius tantum gratia: vnius tantum voluntas etiam sufficit, vt distrahatur. Cæteræ obligationes contrahuntur gratia vtriusque, & ideo vtriusque contrahentis voluntas necessaria est in illis distrahendis. Denique mandatum, priusquam executioni mandatum fuerit, nullam parit actionem, & quanquam consensu contractum sit mandatum, re tamen integra nulla actio ex eo nascitur. In cæteris vero obligationibus ex consensu, simul atque consensus interuenerit contrahentium, aliquid illis adquisitum est, & actio nata est. Itaque merito sine vtriusque voluntate non dissoluuntur.

Ad Leg. VII.

Hæc venditio serui, si rationes domini computasset arbitrio, conditionalis est. *Conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. Sed vtrum hæc est venditionis conditio, si ipse dominus putasset suo arbitrio: an vero, si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est: quemadmodum si quis ita vendiderit,* si voluerit: *vel stipulanti sic spondeat,* si voluero, decem dabo: *Neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam domini. Si igitur rationes potuit accipere, nec accepit: vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta conditio emptionis est: & ex empto venditor conueniri potest. I. §. Huiusmodi emptio,* quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo, valet. *Nec enim incertum est pretium, tam euidenti vendit. Magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est. II. §. Si quis ita emerit,* est mihi fundus emptus centum, & quanto pluris eum vendidero: *valet venditio, & statim impletur. Habet enim certum pretium centum. augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit.*

HÆc lex pertinet ad pacta conuenta, & coniungenda est cum *l. in personam §. generaliter, de regul. iur.* & continet exemplum aptissimum illi regulæ *an sit obstrictus.* Alia ratio redditur in *l. in vendentis, C. eod.* quia obligatio non adstringit necessitate contrahentes: Atqui si valere velimus obligationem, oportet vt adstringat, vt vinculum sit, vt apparet ex definitione obligationis, *tit. de oblig. Instit.* Idem est in stipulatione, & propter eandem rationem *l. stipulatio, de verb. oblig.* quæ coniungenda est quoque cum hac lege, argumento rei ipsius & inscriptionis, & cum stipulatio & emptio hac in re similes sint, ex stipulationum iure hic dicendum est, emptionem contractam sub hac conditione, *si voluero*, nullam esse: contractum vero sub hac, *cum voluero*, valere: quia posterior formula tacitam tantum habet conditionem, non æque expressam, vt prior, *l. centesimis 46. de verb. oblig.* Obiicitur §. *pen. Instit. de contrah. empt.* vbi venditio facta sub hac conditione, *si Stichus tibi placuerit intra certum diem, erit emptus tot aureis,* & apparet emptionem esse collatam in arbitrium emptoris: quæ tamen dicitur valere. Nonnulli respondent in eo §. non esse emptionem, sed resolutionem emptionis sub conditione, quod ostendimus esse falsum, *l. 3. sup.* Alii existimant pretium esse tantum collatum in arbitrium emptoris, alii in formam & qualitatem rei. Sed quocumque te vertas, semper penderet ex voluntate emptoris contra-
A ctus, quod hic est prohibitum. Itaque respondendum, est totum contractum esse collatum in arbitrium emptoris. Sed quia arbitrio illi adiectus est certus dies, ita vt emptor intra certum tempus cogatur arbitrari, valet emptio. Prohibetur enim emptio conferri in arbitrium contrahentis, quia obligatio semper penderet. Hæc igitur ratio cessat propter adiectum diem certum. §§. duos seqq. sup. in l. 2. explicui.

Ad L. VIII.

Nec emptio, nec venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi. *Et tamen fructus & partus futuri recte emuntur: vt cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur: sed si id egerit vendi-
B tor, ne nascantur, aut ne fiant: ex empto agi posse. I. §. Aliquando tamen & sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit cum captus piscium, vel auium, vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emptio est. Et quod missilium nomine eo casu captum est, si euictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur.*

AD contrahendam venditionem necessaria est res, quæ dicitur merx in *l. 1. sup. eod.* Hæc generalis regula dubitationem mouebat in hac specie, in qua venditi sunt fructus, aut partus futuri. Videbatur enim res nulla subesse, quoniam hæ res nondum sunt in rerum natura, sed sperantur tantummodo. Et hæc species plerunque fallit,
C quoniam multis modis contingere potest, vt neque fructus, neque partus nascantur. Responsum tamen est valere hanc emptionem, quia conditionalis est, vt *sup. l. prox. in princ.* Inest enim tacita hæc conditio, si fructus nascantur, aut partus, *l. 1. in princ. & §. vlt. de condit. & demonst.* Vbi vulgo ita legitur, *nisi ipsa conditio insit.* Legendum ita; *nisi ipsa vi conditio insit.* Et ita legitur Floren. & dictio *vi* eodem sensu vsurpatur in *l. 1. inf. de statulib. l. qui decem §. Stichum, inf. de solut.* pro qua Iurisconsul. alibi dicit τῇ δυνάμει, id est, vi ipsa, *l. aduersus, de recept. arb.* Eadem conditio, quæ dicitur vi inesse, admittitur in stipulatione, *l. interdum, de verb. signif.* in pignore, *l. potior §. si de futura, qui potior. in pig. hab. l. & qui nondum, de pignor.* in legatis, §. *ea quæ, de legatis, Instit.* quia plerunque contin-
D gebat, vt venditoris culpa fructus, aut partus non nascerentur. Subiunxit Iurisconsult. quoties eius culpa hoc contigerit, perinde videri emptionem perfectam, ac si nati essent partus, aut fructus. Hoc respondet Iurisconsult. hic. Ratio generalis est huius regulæ in *l. iure ciuili, inf. de condit. & demonstrat.* Huic regulæ generali subiiciuntur tres exceptiones de captu missilium, piscium & auium, in quibus nulla res est, sed spes tantum, & tamen emptio valet. Addendum est quoque quartum exemplum ex *l. 11. inf. de hered. vel act. vend.*

Ad Leg. IX.

*In venditionibus & emptionibus, consensum debere intercedere, palam est. Caterum siue in ipsa emptione dissentient,
E siue in pretio, siue in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarẽ Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti: quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: Nam cum in corpore dissentiatur, apparet, nullam esse emptionem.*

I. §. Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet: nulla dubitatio est quin valeat emptio & venditio: Nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. II. §. Inde quæritur si in ipso corpore non erratur, sed in substãtia error sit, vt puta, si acetum pro vino veneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile: an emptio & venditio sit. Marcell. scripsit lib. 6. Dig. emptionem esse & venditionem: quia in corpus consensum est, etsi in materia sit er-

ratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία id est, substantia est: *si modo vinum acuit. Cæterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, vt embamma,* id est, intinctus, *aliud pro alio venisse videtur: in cæteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.*

TRia sunt necessaria ad contrahendam emptionem, pretium, res, & consensus. De pretio, & re iam dictum est; de consensu videamus. Consensus est necessarius in emptione, quoniam emptio est ex genere obligationum, quæ consensu perficiuntur, *l. 2. de oblig. & act. & tit. de obl. ex consen. Inst.* Dissensus igitur vitiat emptionem, si consensus est necessarius. Sed quomodo vitiet, vel non, vt possit intelligi, regula hæc constituenda est. Dissensus in pretio, in ipsa emptione, in corpore, in materia, in sexu vitiat emptionem. In nomine autem & qualitate aliqua homini accedente non vitiat. Hæc est propositio summa, ad quam septem capita reuocabimus. Dissensus in pretio vitiat emptionem, quia substantia emptionis in pretio consistit, & cum pretium deficit, emptionis substantia deficere videtur, *l. 3. C. eod. l. 2. sup. eod.* In emptione dissensus est, cum quis emere se putat, quod alter donat, vel contra, *l. si ego, si cert. pet. l. cum in vend. & seqq. h. t.* Dissensus in corpore vitiat emptionem. Huius rei sunt duo exempla in *d. l. venditionib. h. tit.* Idem iuris est, si consensum fuerit in corpus, & tamen corpus ipsum desierit esse in rerũ natura ante venditionem. Nam hoc casu consensus in corpus non efficit validam emptionem, non confirmat emptionem. Ratio, quia sine re emptio non consistit, *l. nec emptio, sup. h. tit.* Et hoc traditur in *l. sed etsi consensu 15. inf. h. tit.* Dissensus in materia vitiat quoque emptionem. Sciendum autem est, materiam, qualitatem, substantiam, pro eodem vsurpari. Substantia & materia pro eodem ponuntur in *l. in venditionib. h. tit.* qualitas & materia in *l. quid tamen, h. tit.* Et qualitas pro vtroque, id est, pro materia, & substãtia in *l. si sterilis § quamuis, de action. emp.* Ergo dissensus in materia, qualitate & substantia eadem sunt. Et hoc generaliter verum est, dissensum in materia vitiare emptionem. Huius rei sunt aliqua exempla in *d. l. in vendit.* in quibus reprehenditur Marcellus, præterquam in vno, nempe cum acetum pro vino veniit. In quo ita distinguendum est: Aut vinum fuit, quod in acetum degenerauerit, & valet eius emptio, quia substantia aceti & vini eadem fere. Aut ab initio acetum fuit, nunquam autem vinum, & emptio non valet, quia substantia huius aceti diuersa est à substantia vini. Iurisconſ. adfert exemplum huius aceti *Embamma.* Accursius aliter male legit, quem sequitur F. Connanus, vir alioqui doctissimus: Nam præterquam quod lectio Accursij nullam rectam habet sententiam, rectæ sententiæ aduersatur: Nam dixit Iurisconſ. ab initio fuisse acetum, nunquam autem vinum. Quod si cum Accursio legas, verba illa significant fuisse vinum, antequam emeres. Rectius igitur legitur *embamma* & confirmatur auctor. librorum Florentinorum, & Noricorum, & manuscrisptorum. Deinde Harmenopulus vertens hæc verba, vertit ὄξος σκευαστόν, id est, acetum factitium, ita comparatum. Denique hæc dictio conuenit sententiæ. Cum enim vellet subiicere aceti factitij exemplum, recte dixit Embamma, cum tale sit nempe acetum factitium. Columella vtitur hoc verbo *lib. 12. cap. 55. de re rustic.* In cæteris autem rebus dissensus in materia vitiat emptionem: præterquam in hac sola specie quam diximus. Obiicitur *l. si sterilis §. quamuis, de act. emp.* Vbi in lib. Florentinis diserte scriptum est: Cum in materia erratur, non vitiari emptionem: Respondendum est, vitiosas esse Pand. Floren. in eo loco, id quod sententia ipsa satis conuincit & cæteri libri. Sed ex eo. §. hoc addendum est hoc loco; quamuis dissensio in materia vitiet emptinemo, tamen ex hac vitiosa emptione, comperere actionem, quanti interest aduersus venditorem. Huc pertinet *l. seq. hic,* quæ continet rationem, qua refellitur sententia Marcelli, quæ fuit huiusmodi: Cum consensum est in corpus, etiamsi dissentiatur

A in materia, non tamen vitiatur emptio. Si hoc esset verum, sequeretur cæcum hominem, vel minus pretium discernendarum materiarum, facile decipi, quia in corpus consentire posset: de materia autem præ cæcitate, vel imperitia iudicare non potest. Iniquum autem est ob cæcitatem aliquem falli, maxime in contractu bonæ fidei, qualis est emptio. Ex his oritur hæc quæstio, quid dicendum sit, si vterque, in materia errauit, verbi gratia: vterque æs, quod aurum esset existimauerit: Nullus enim hic est dissensus. Responsum tamen est, emptionem nullam esse, *l. quid tamen, inf. h. tit.* Verum si aliquid vendatur, quod inargentatum sit, vel inuaratum, cum tamen hoc ageretur, vt ex auro solido esset, emptio valet, *d. l. quid tamen, in princ.* Ratio est, quod non omnino dissentitur, & erratur in ma-

B teria. Pars enim aliqua eius rei, quæ venditur, aurum est. Simile est exemplum in *d. l. in vendit. sup.* vbi acetum pro vino venditur, quia in aceto est aliqua substantia vini. Simile etiam est exemplum in *l. 10.* vbi aurum erat deterius, quam existimaretur, Sed tamen non erratur in materia, cum aurum sit. Obiicitur *l. cum ab eo, §. vlt. h. t.* Accursius ita respondet: in eo §. *vlt.* actum esse nominatim, vt mensa quasi solida ex argento venderetur, quod cum factum sit contra, emptionem nullam esse. Duabus de causis hæc solutio mihi displicet. Vna est, quod verbis l. non continetur, verba nihil simile habent. Altera est, quod in *l. quid tamen,* hoc perinde actum, vt viriola inaurata quasi solida ex argento venderetur, quia in bonæ fidei contractibus, quod agitur, pro cauto semper habetur, *l. cum quid, sup. si cert. pet.* & tamen illic venditio nulla est. Eodem

C igitur modo pugnant. Respondendum videtur, multum interesse inter argentata, vel inaurata, & ea quæ auro coo-perta sunt: quoniam inargentata, vel inaurata aliquid, vel argenti admixtum, vel infusum habent. Itaque in illis emptio recte consistit, iuxta traditam rationem à Iurisconſ. in *d. l. quid tamen,* & exemplo vini, quod in acetum degenerauit, *d. l. in venditionibus.* Quæ autem sunt argento cooperta, nihil argenti admixtum habent, neque infusum, vt mensa lignea, quæ argento cooperta est, nihil argenti habet admixtum, neque infusum. Itaque erratur omnino in materia, & proinde emptio nulla est. recte Alciatus *lib. 2. disp. cap. 4.* obiter hîc admonendum putat, quid *viriola* significet. Viriola esse genus ornamenti dicunt quidam, sed quale non addunt. Ego dico esse genus ornamenti,

D quod brachio inseritur, quod vulgo *brachiale* vocant. Plinius *lib. 33. cap. 3.* colligitur etiam ex *l. 8. de opt. leg. l. vlt. de auro & arg. leg.* Sequitur dissensus in sexu, vt si puer pro muliere emptus sit. Dissensus autem in qualitate aliqua homini accedente non vitiat. Veluti si mulier pro virgine empta sit, *l. alioquin, hoc loco.* Virginem hic accipio proprie. Interdum virgo pro muliere vsurpatur, *l. argento §. mulieri, de aur. & argen. leg.* Sic & apud Virgilium Seruius hæc verba interpretatur. *Ah virgo infœlix!* virginem pro muliere interpretatur. Sciendum tamen est, etsi emptio mulieris pro virgine valeat, dari act. ex empto ad resoluendam hanc venditionem. Ergo summo quidem iure hæc venditio valet, sed ex æquo & bono dissoluitur, *l. ex empto §. si quis virginem. de actionib. emp.* Ita ll. istæ conciliandæ, quæ videbantur pugnare. Dissensus præterea in

E bonitate auri vel alicuius alterius materiæ, cum de materia ipsa constat, non vitiat emptionem *l. aliter, h. tit.* Cuius exemplum potest constitui in auro ærοso vel argentoso, quod plurimum æris vel argenti habet admixtum, Plinius *lib. 33. cap. 5. l. creditor, de solut.* Vbi mentio fit ærosæ pecuniæ, quod verbum Alciatus, nescio qua de causa, immutauit, & legit aliter *lib. 2. disp. cap. 25.* Ærosa est, quæ plurimum æris habet admixtum. Notandum tamen est si venditor dolo fecerit, vt aurum deterrimum vel ærosum pro optimo venderetur, agi aduersus eum quanti interest, *l. Iulian. §. si venditor, de action. emp.* Et hæc ita sunt coniungenda. Cum intelligamus, quomodo dissensu vitietur emptio, vel non; videndum est cuius dissensus spectetur, quod tractatur in *l. in huiusmodi, & seq h. tit.* Difficultas ex eo

nascitur, quod cum seruus vel filius nomine domini vel patris contrahat, videbatur spectandum esse an dissensissent pater vel dominus, quibus adquirebatur, & quorum maxime intererat potius quam dissentirent filius vel seruus, qui contrahebant. Responsum est tamen contrahentium tantum dissensum vel consensum spectari. Cuius rei exceptio est in *l. sed si.* Quoties scilicet nominatim mandatum est filio, vel seruo, vel alij, vt seruum aliquem emerent: Hoc enim casu propter mandatum spectatur consensus patris tantum vel domini, Itaque si fugitiuus emptus sit, non desinit emptio valere. Huc pertinet *l. domini & seq. inf.* in qua distinguitur, an venditor & emptor simul dissenserint, & errauerint, an vero venditor tantum, an tantum emptor, an neuter denique. Primo casu si res vendita periit, emptio nulla est, quia sine re emptio non consistit, *l. nec emptio, sup.* Si vero dimidia tantum pars, vel minus dimidia parte venditæ rei periit, emptio reliquæ partis valet. Secundo casu idem iuris est. tertio casu emptio valet: quarto casu nulla est, & dolus dolo compensatur. Hæc est summa sententiæ eius legis. Huic loco valde repugnat *l. si duos, inf.* vbi duo serui sunt venditi, & vno mortuo, qui dimidiam partem efficit, emptio nulla est. Videbatur autem dicendum, quemadmodum in *l. domini,* vt cum dimidia pars rei emptæ superfit, emptio valeat. Locus hic quoque obscurus est difficilisque. Accursius respondet, in *l. si duos,* emptorem non fuisse empturum, nisi putasset se habiturum vtrumque. Verum eodem modo dicendum est, emptorem non fuisse empturum domum vel fundum, cum putasset se habiturum integrum, maxime cum ex communione discordiæ nascantur, *l. cum pater §. dulciss. de leg. 2.* Sed hoc mihi displicet. Dicendum igitur videtur, ius singulare esse in *l. si duos,* quia duo serui empti sunt vno pretio, & difficile est vno mortuo alterum æstimare, cum emptor forte vnum pluris æstimet, alterum venditor. Et cum hac de re inter emptorem & venditorem constare non possit, satius visum est vt emptio nulla esset, quam vt pro parte superstite valeret.

Ad Leg. XV.

Etsi consensum fuerit in corpus, si tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit: nulla emptio est. 1. §. Ignorantia emptori prodest, quæ non in supinum hominem cadit.

HÆc regula latissime patet & interpretanda est. Primo quid sit ignorantia supina. Est a. ignorantia dissoluta, *l. cum sex, de adil. ed.* quam l. Accurs. forte voluit allegare. Nam l. quam ipse citat nihil ad rem facit. Alibi dicitur: Nimia securitas & crassa negligentia, *l. nec supina, de iur. & fac. ignor.* Ergo ignorantia non supina, siue quę in supinum hominem non cadit, est non dissoluta, non crassa negligentia, non nimia securitas. Exemplum huius supinæ ignorantiæ est in *l. 4. sup. h. tit.* quæ l. est coniungenda cum h. §. Est etiam Pauli ex libro ad Sabinum, quod notandum est, & huiusmodi exempla sunt aptissima. Illic dicitur, liberum hominem non facile dignosci à seruo. Ergo supina ignorantia non est, cum quis seruum pro libero emit, & contra. Supinæ autem ignorantiæ exemplum extat in *l. ea quæ, h. t.* cum homo luminibus effossis emitur, & tamen emptor de sanitate stipulatur.

Ad §. 2. Si rem meam.

Si rem meam mihi ignoranti vendideris & iussu meo tradideris: non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit: sed quasi tuum dominium ad eum transire. Et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam iussu meo alij tradas: idem dicendum erit.

SPeciem facile intelligitis. Obiicitur *l. eius qui, sup. si certum pet.* Vbi seruus præpositus calendario in prouincia manumissus est ignorans, & ex parte heres scriptus: Deinde pecunias credidit. Quæritur an mutuum contractum sit. credidit eas quasi esset seruus, ignorans se esse libertum. Itaque non fuit illi propositum credere illas tanquam essent suæ. Responsum est tamen, creditas esse pro eius parte. Hic quia non fuit propositum tradere, traditio nulla est. Cur ergo in *d. l. eius qui,* est mutuum, cum illi non fuit propositum credere? Resp. hoc non videtur dici in *l. eius qui,* non fuisse propositum seruo mutuum dare. Imo ex eius more & professione, quia mutuo dare solebat, & huic rei præpositus erat à domino, verisimile est illi propositum fuisse mutuo dare. Deinde in hac mutui datione nihil est periculi, vt hic tradit: quia res tradita aut alia eius loco ad dominum non redit. In mutuo a. res mutuo data, aut alia quæ functionem in genere suo recipiat, domino redditur. Deinde in illa l. non dubitat an illi propositum fuerit mutuum dare, an non, sed mutuum contractum esse fingitur, eo scilicet modo, quo contrahi debuit. Itaque etiamsi illi non fuit propositum initio mutuum dare, tamen ratum hoc habuit, vel alio modo confirmauit.

Ad Leg. XVI.

Suæ rei emptio non valet: siue sciens, siue ignorans emi. Sed si ignorans emi, quod soluero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit. 1. §. Nec tamen emptioni obstat, si in ea re vsusfructus duntaxat ementis sit.

HÆc lex pertinet ad res, quæ emi possunt. Eadem reg. traditur in *l. 2. de cond. indeb. l. debitor, de pign. act. l. si mandauero §. si ij, mand.* Vna est exceptio huius reg. in *l. cætera, de leg. 1.* vbi dicitur quis rem emere posse suam sub conditione. Idem dicitur in *l. existimo, h. tit.* quæ est coniungenda cum *l existimo, de verb. obl.* II. exceptio est in *l. si emptio §. rei suæ, h. tit.* III. *in l. quod si vno §. vlt. de in diem addict.* vbi accessione res tua emi potest. *Repetere potero]* scilicet condict. indebiti, *l. 3. de cond. indeb.* quæ coniungenda cum hac l. *Vsusfructus ementis sit.]* Id est vsufructuarius non prohibetur emere rem, in qua habet vsumfr. quia ea res non est sua, nec suam rem emere debet. Res enim, in qua vsumfr. habemus, aliena dicitur esse, §. 2. *Inst. de her. inst. l. 1. §. 1. ad Senatusc. Syllanian.*

Ad Leg. XVII.

Officio tamen iudicis pretium minuetur.

OFficio iudicis pretium minuetur, id est, quia vsusfructus eius sit, officio iudicis conuenit, vt tantum deminuatur de pretio, quanti æstimari potuit vsusfructus. Ex his nascitur difficultas in *l. seq.* explicanda.

Ad Leg. XVIII.

Sed si communis ea res emptori cum alio sit: dici debet, scisso pretio proportione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere.

HÆc l. 18. coniungenda cum *l. si comm. de stip seru.* Illic huius loci exemplum extat.

Ad §. 1. Si seruus.

1. §. Si seruus domini iussu in demonstrandis finibus agri venditi, vel errore vel dolo plus demonstrauerit: id tamen demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit. & idem Alfenus scripsit de vacua possessione per seruum tradita.

IN hoc §. traditur seruum non posse domini conditionem facere deteriorē, *l. is qui §. vlt. de adq. hered.* Obseruetur hic cōtractam iam fuisse emptionem: de demonst. agri tantum agitur. Itaque hæc non pugnant cum supradictis in *l. in huiusmodi.*

Ad Leg. XIX.

Quod vendidi non aliter sit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine vlla satisfactione.

OBiicitur *l. arborib. l sed etsi quis, de vsufr.* vbi dicitur: etiam vbi satisfactum est ab emptore, dominiũ esse in pendenti: Ergo satisfactione non transfertur dominium, vt hic dicitur. Respondendum est, eo loci agi de re empta à communi seruo, & dicitur, antequam pretium sit numeratum, dominium esse in pendenti, id est, non posse intelligi, cui ex dominis res sit adquisita. Ergo quod attinet ad dominos tantum dominium est in pendenti. Quod autem attinet ad seruum qui emit, dominium non est in pendenti. Et regula generalis in eo locum habet, vt vel pretij solutione, vel fide habita de pretio, vel satisfactione dominium rei emptæ in eum transferatur. Hæc vna difficultas superer at in hac lege. Reliqua superius explicauimus in lege secunda.

Ad L. XX.

Sabinus respondit: si quam rem nobis fieri velimus: etiam veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, vt nihil aliud, quam pecuniam daremus, emptionem videri: nec posse vllam locationem esse, vbi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret. Aliter atque si aream darem, vbi insulam ædificares, quoniam tunc à me substantia proficiscitur.

HAc lege traditur nota, qua emptio à locatione discernitur, & est magni momenti. Est autem eiusmodi: Locator & emptor inter se comparantur. Nam hoc primum supponendum est, vt enim locator mercedem præstat, sic etiam emptor pretium. Hoc posito ita hæc differentia locationis & emptionis traditur: In emptione nullum corpus præstatur ab emptore, præstatur tantum pretium. In locatione præstatur corpus à locatore. Eadem differentia traditur in *l. conuenit 56. inf. h. tit.* quæ vna explicabitur cum hac l. vbi dicitur in locatione materiam præstari à locatore, in emptione vero materiam non præstari. Eadem l. traduntur duæ aliæ differentiæ locationis & emptionis: Vna est: quod in emptione corpus ipsum, quod datur à venditore, alienatur: in locatione non alienatur corpus, quod datur, *l. pen. §. vlt. inf. h. tit.* Altera differentia est, quod in locatione res, quæ locatur, in eodem statu & eiusdem manet: in eodem statu, id est, in eadem substantia, quasi dictum sit, substantiam eandem in locatione permanere: in emptione vero res immutatur: quod tamen perpetuum non est, & conuenit tantum illi speciei, de qua agitur in *l. conuenit.* & similibus speciebus. Hæ sunt tres notæ, quibus differunt. Hinc explicanda est *l. 2. inf. loc. & §. item quæritur, de loc. & conduc. Instit.* Quod enim illis locis dicitur, vtrobique emptionem & venditionem esse, nulla ratio adfertur. Sed adferenda est ex his differentiis, quas tradidi, quia scilicet nullum corpus præstatur ab emptore, & materia, quæ præstatur à venditore, alienatur: quod etiam vtroque loco dicitur, locationem esse. Rationes petendę sunt hinc, quibus id confirmetur, quia scilicet præstatur à locatore, & ea materia non alienatur, sed ad locatorem redit: Qui enim locat, dominium non alienat. Obiicitur *l. item si pretium §. cum insulam, loc. inf.* vbi nullũ corpus proponitur traditum à locatore, & tamen dicitur esse locatio. Resp. materiam hic præstari siue corpus à locatore: hæc autem materia est solum, siue area, in qua domus ædificanda est. Et hoc quidem in hac lege expressum non est, satis tamen ex ea colligitur: Verbum enim locandi, quo vsus est Iurisconsul. hanc vim habet, vt materiam præstitam esse oportuerit à locatore. Deinde hæc verba, vt sua impensa omnia faciat, videntur hoc significa-

A re, vt sua impensa, & suis materiis in area mea ædificium extruat. Corpus autem præstari, cum area præstatur, apparet ex *l. Sabinus, in fine.*

Ad Leg. XXI.

Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori: quia potuit re integra apertius dicere.

TRaditur hic regula generalis: *obscuritatem,* verborum scilicet. Est eadem in *l. veterib. ff. de pact.* & in *l. in contrahenda, de reg. iur.* Ratio huius reg. est in *l. ea qua commendandi, in fi. inf. h. tit.* Nam qui obscure lo-
B quitur, fallendi causa id facere videtur, & ab eo dolus non abest. Pœnam igitur hanc doli sustinet, quod interpretatio obscurorum verborum aduersus eum fit. Exemplum autem huius l. est in *l. cum in lege, inf. h. tit.* quam hic quoque explicabimus. Obscuritatem pactionis, quæ in ea l. declarat *l. si seruitus, sup. de seruit. vrban. prædior.* quæ coniungenda est cum *l. cum in lege.*

Regula autem hæc ita accipienda est, vt quoties ex eo, quod actum est, aut ex alia re constare non potest, quod actum sit, interpretatio sit facienda aduersus venditorem. Præterea hoc locum habet, quoties venditor pactionem obscuram concipit; cum enim potuerit apertius eam concipere, hac pœna afficitur, vt obscuritatem aduersus eum interpretemur, *d. l. veteribus, & hac l.*

C I. Obiicitur huic regulæ, *l. in lege, inf.* vbi interpretatio fit pro locatore aduersus conductorem. Respondendum est, hanc legem nihil obstare, etsi Accurs. se valde torqueat, quia locator est in locatione, quod emptor in emptione. Cum igitur illic dicitur, interpretationem fieri pro locatore, hoc dicitur, interpretationem fieri pro emptore, & aduersus venditorem.

II. Obiicitur *l. insulam, qui potiores in pig.* vbi interpretatio fit pro venditore, non aduersus eum. Resp. interpretationem pactionis obscuræ potuisse hic colligi ex natura contractus, nempe pignoris, quia in pignore, qui prior est tempore, potior est iure. Itaque nihil necesse fuit interpretari aduersus venditorem.

III. Obiicitur *l. si in emptione, h. tit.* Resp. pactionem quoque hoc loco non esse obscuram: id est, non ita esse ob-
D scuram, quin ex eo quod actum est interpretatio fieri possit: Nam hæc natura contractuum est omnium, vt quoties plures res eiusdem generis debentur, electio sit debitoris, *l. plerunque, inf. de iur. dot. §. huic autem, Inst. de actionib.* Plures a. Stichi hic debebantur à venditore, & solui poterant. Merito ergo eius electioni hoc relictum est, vt solueret, quem mallet. Accursius notat, in iudiciis aliud esse, sed tamen nihil est, *l. inter stipulantem §. 1. de verb. oblig. & vide commentaria* Duareni, vbi ambiguitatem in contractibus & iudiciis explicat. L. 21. 22. 23. explicauimus sup. in l. 4.

Ad L. XXV.

E *Si ita distrahatur,* illa aut illa res: *vtram eligit venditor, hæc erit empta.*

1. §. Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere: vt cogitur, qui fundum stipulanti spopondit.

TRaduntur in hac lege duæ regulæ. Prior est, quoties duæ res venditæ sunt sub alternatione, venditor eliget vtram volet tradere, *l. plerunque § pen. de iure dot.* quæ cum hac l. coniungenda est. Ibi generaliter de promissione dicitur, hic de emptione & venditione. Exemplum huius reg. est in *l. si in emptione §. pen. inf.* Altera regula constituit differentiam inter emptionem & stipulationem. In stipulatione necesse est dominium rei transferre. Et hoc ex eo profectum est, quod in omnibus formulis stipulationum solet addi verbum *dare*, *§. omnis, & seq. de verb. sti-*

ligat. Verbum autem *dare* significat dominium facere, dominium transferre, *l. vbi autem §. vlt. inf. de verbor. oblig. §. sic itaque discretis, de actionib. Instit.* In emptione vero non est necesse dominium rei transferre, sufficit rem tradere. Huius differentiæ hic effectus est, quod rerum sacrarum, religiosarum & publicarum emptio nulla est, etiamsi ab ignorante fiat, *l. inter stipulantem §. sacram, de verbor. oblig.* Emptio autem talium rerum valet, si tales esse ignorentur, *l. 4. & seq. sup. hoc tit.* Ratio: hoc fit, quia in emptione venditio sola sufficit, & potest tradi res religiosa, & publica. Itaque possunt facile tradi eiusmodi res. In stipulatione autem traditio non sufficit, sed necessaria est dominij translatio: Dominium autem earum rerum transferri non potest.

Ad L. XXVI.

Si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit, vel cui tempus ad deliberandum de hereditate ita datum sit, vt ei deminuendi potestas non sit: dominus non ero. Dissimiliter atque si à debitore, sciens creditorem fraudari, emero.

IN hac lege emptio nulla est propter personas non idoneas, & malam emptoris fidem. Primum hoc statuendum est: in emptione consensus est necessarius, *l. in venditionib. sup. eod. l. omnib. inf. de obligat. & action.* Is autem cui bonis interdictum est, consentire non potest, quia nulla est eius voluntas, nec consensus, *l. furiosi 40. inf. de regul. iur. l. Fulcinius, §. plane, quibus ex caus. in poss. eat.* Bonis autem illi interdicitur, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando corrumpit, *l. 1. de curat. fur. & prod.* & quod ad egestatem facile deducetur, nisi illi subueniatur, *l. is qui, de tutorib. & curat. dat. ab his.* Hinc factum est vt curator detur ei, cui bonis interdictum est, *d. l. 1. & d. l. is qui.* Hinc quoque factum est, vt nulla sit eius voluntas, *d. l. furiosi,* quia autem voluntate caret & consensu, ac etiam indiget aliena opera in rebus suis gerendis, interdictum est illi omnibus iuris actibus, in quibus voluntas & consensus & propria prudentia desiderantur. Primum interdicitur illi testamenti factione, *l. is cui, inf. de testam.* Deinde interdicitur illi stipulatione, vt per eum aliquid alienetur, *l. is cui bonis, inf. de verb. obligat.* Denique interdicitur illi venditione, vt hic & apud Paul. *lib. 3. Sent. tit. 4.* vbi non solum emptione illi interdicitur, sed etiam omni commercio & cuiuscunque rei alienatione. Incidit quæstio, an alienare possit ante interdictionem. Causa cur alienatio nulla sit, est interdicto, *l. Iulianus, de curat. furiosi inf. l. si curatorem, de in integr. restitut. minor. C.* Et sane si inopia iudicij, quæ fecit vt illi bonis interdiceretur, & mores perditi alienationem nullam reddidissent, non fuisset necessaria interdictio. Itaque existimo alienationem factam ante interdictionem valere, & solam eam nullam esse, quæ interdictionem secuta est. Quod placuit quoque iuris pontificij auctorib. *c. veritatis, ext. de dolo & contum.* Vna exceptio huius rei colligitur ex *l. si vero non remunerandi §. si adolescens, sup. mand.* & ex *l. si quis cum sciret, pro empt.* Ex quibus apparet, si quis nepoti alicui & perdito homini pecuniam dederit, quem sciebat protinus consumpturum esse, veluti scorto alicui daturum, contractum nullum esse, etiam ante interdictionem. Itaque emptio ante interdictionem contracta cum eiusmodi homine, nulla est. Expressa est hæc species in *l. si quis cum sciret.* Quod ergo dicitur in hac l. intelligendum est etiam de eo, cui non est interdictum. Altera persona, quæ hic prohibetur vendere, nempe is, cui tempus datum est ad deliberandum de hereditate, ita vt interea hereditatem non deminuat: Sciendum enim est cum deliberans de adeunda hereditate peteret à prætore, vt ex bonis hereditariis aliqua alienaret, venderet, solitum fuisse hoc illi permitti, *l. Aristo §. 1. cum duab. ll seq. de iure deliber.* Quoties igitur illi non permittitur vendere, ipso iure interdictum esse intelligitur. Et sane quandiu A deliberat, res hereditariæ dici eius non possunt. Itaque merito interdicitur venditione. Vtroque autem casu, h. e. cum à prodigo & deliberante aliquid emitur, emptio nulla est, si emptor sit malæ fidei, h. e. si sciat bonis interdictum esse, vel deliberanti ablatam esse potestatem alienandi, *d. l. si quis cum sciret, & hic in verbo sciens.* Quod obseruandum: nam necessariam conditionem includit. Alioqui enim si ignorans emeret ab eo, cui bonis interdictum est, emptio valeret, *arg. l. 4. sup. eod.* Vbi rerum sacrarum emptio valet si ab ignorante fiat, & valet propter bonam fidem. Ex his nata est hæc quæstio: an is, qui in fraudem creditorum vendit scienti, recte vendat, an emptio hæc valeat. Videtur non valere propter malam fidem: Scit enim eum alienare in fraudem creditorum. Resp. tamen est, va- B lere. Et hoc interest inter hanc speciem & superiores, quod quanquam in his omnibus sit mala fides emptoris, tamen in duabus primis interdictum est venditione, in postrema non est interdictum. Verumtamen in odium huius malæ fidei & fraudis, & in fauorem creditoris hoc constitutum est, vt emptio summo iure recte contracta in fraudem creditoris reuocetur, *§. item si quis in fraudem, Inst. de act. l. videamus, §. in Fauiana de vsur. toto ti. de his, quæ in fraud. creditor.*

Ad L. XXVII.

Qui à quolibet rem emit, quam putat ipsius esse: bona fide emit. at qui sine tutoris auctoritate à pupillo emit, vel falso C *tutore auctore, quem scit tutorem non esse: non videtur bona fide emere, vt & Sabinus scripsit.*

QVia multum interest inter bonæ fidei & malæ fidei emptorem, explicat quis sit vterque. Malæ fidei emptor est, qui scit rem, quam emit, non esse vendentis, aut qui emit ab eo, à quo non debuit, aut quoquo modo non debuit. Bonæ fidei vero emptor est, qui existimat esse vendentis, aut eum, à quo emit, posse vendere, & emit quoquo modo debuit. Eadem definitio vtriusque traditur in *l. bonæ fidei 100. de verb. sign.* Duo sunt exempla malæ fidei possessoris. Vnum hic est in principio bonæ fidei emptoris, ad quæ explicanda confert *l. quæcunque §. vlt. de Public.* & qua explicatur difficultas, quæ incidit in primum exem- D plum. Dubitari enim potest quis debeat probare tutoris auctoritatem intercessisse. At in ea *l. quæcunque §. vlt.* respondetur, emptorem hoc probare debere. Ex eadem l. recte colligitur exceptio secundi exempli: Nam illic dicitur, eum qui deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse. Et obseruandum est, male sustulisse Haloandrum in *l. quæcunque* dictionem *auctore,* quæ reperitur in Florentinis & cæteris fere libris excusis, hic quoque in *l. nostra.* Latissime quoque patet hæc distinctio bonæ fidei emptoris & malæ fidei: Ex ea enim petenda est ratio *l. 4. & sequentium sup.* vbi rerum sacrarum, & cæterarum emptio valet, quia emptor fuit bonæ fidei. Proponitur enim ignorans emisse. Hinc petenda est ratio *l. & si consensum §. vlt. cum l. seq. sup.* Hinc quoque petenda est ratio *l. si sciens, sup.* vbi emptor est malæ fidei. Itaque emptio nulla contrahitur. Huc pertinet quoque *l. si fundum, C. de rei* E *vind.* vbi emptor emit sciens ab eo, qui non erat dominus. Est quoque emptor malæ fidei qui mercatur contra interdicta legum, *l. quemadmod. C. de agricol. & censit.* Cuius legis inscriptio ita restituenda est: *Idem Augusti ad Maximum.* Emptor quoque est malæ fidei, qui dolo induxit venditorem vt venderet, *l. si dolus, & l. dolo, C. de rescind. vend.* Intellexisse autem quis sit emptor bonæ fidei, & quis sit malæ fidei, has vtilitates habet. I. Emptor bonæ fidei fructus facit suos, *§. si quis à non domino, de rerum diuis. Inst.* Deinde vsucapere potest, *l. qui fundum §. procurator, pro empt.* Præterea fruitur omnibus possessoris commodis, *l. igitur §. potest, de liber. causa.* Vbi hoc obseruandum est, eum videri esse bonæ fidei emptorem, qui non iustis rationibus existimat, quod existimare debuit, sed cum fine cal-

lidicate & dolo id existimat. Contra vero malæ fidei emptor nihil omnium horum consequitur, *d. §. si quis à non domino, l. non solum §. 1. de vsurpat. & vsucap.* Hinc quoque explicari debet *l. si in emptione §. item si emptor, eod.* Idcirco enim in eo §. emptio nulla est, quia sciebat emptor rem esse furtiuam, & erat emptor malæ fidei.

Ad L. XXVIII.

Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est & venditio: sed res emptori auferri potest.

RAatio huius iuris petenda est ex *l. si ita distrahatur §. 1. sup.* & ex *l. ex empto §. 1. de action. emp.* Exceptio huius regulæ vna est in *l. si in emptione, §. item si & emptor, inf. h.* vbi res aliena furtiua vendi non potest. Idque prohibitum est *l. Attilia §. furtiua, Inst. de vsucapion.* Ne tamen dominus conqueri possit, cautum est vt rem suam venditam ab emptore euincere possit. Et hoc quoque consultum est emptori, qui habet venditorem obligatum rei euictæ nomine, *l. ex empto §. 1. de act. emp. l. 1. de rer. permutat. inf.* Denique obseruanda est hîc differentia inter pignus & emptionem, quia res aliena pignori dari non potest, *l. quæ prædium, C. si res alien. pign. data sit.* Res autem aliena emi potest. Cuius differentiæ hæc ratio est quod in pignore oportet ius aliquod in re constitui: Qui autem nihil iuris in eam habet, constituere non potest: Quoniam nemo plus iuris in alium transfert, quam ipse habeat, *l. nemo, de regul. iur. l. traditio, de acq. rer. dom.* Traditio igitur sola sufficit in emptione, *d. l. ex empto, d. l. 1. de rer. permut. & d. l. si ita, hoc tit. sup.*

Ad L. XXIX.

Quotiens seruus venit, non cum peculio distrahitur: & ideo, siue non sit exceptum, siue exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur. Vnde si qua res fuerit peculiaris à seruo subrepta, condici potest, videlicet quasi furtiua. hoc ita, si res ad emptorem peruenerit.

AGitur hic de venditione serui ordinarij, quod intelligitur ex *l. sed etsi 30.* Dicitur enim illi subesse vicarius. Cui autem vicarius subest, is est ordinarius. Quoties igitur vendebatur seruus ordinarius, non vendebatur cum eo peculium, nisi nominatim hoc additum esset. Et hoc fiebat, quia plerunque plus est in peculio, quam in seruo, & vicarius pluris est quam ordinarius, *l. iustissime, inf. de edil. edic.* Vehementer igitur falleretur venditor, si quod multo pluris est seruo, eiusdem venditioni accederet. Idem responsum est, in *l. 3. in princ. eod.* Quod in emptione responsum est, constitutum quoque est in pignore, vt pignori dato seruo non intelligatur peculium pignori datum, nisi nominatim adiectum sit, *l. 1. §. 1. inf. de pignor.* Idem quoque obtinet in seruo legato, *l. si legatus, inf de pecul. leg.* quæ lex est coniungenda cum *h. l.* Cum igitur peculium remaneat venditori, nec transeat ad emptorem, eadem obseruantur in re peculiari surrepta, quæ in qualibet alia re nostra, quod hic traditur & duabus ll. sequentib. *Vnde si qua res.*] Effectus huius rei, condici potest, videlicet quasi furtiua. *si res ad empt. peru.*] Alter effectus huius rei. *Ex operis, l. 31. h. t.*] Quoties res aliqua est nostra, omnes eius rei fructus ad nos pertinent, *§. is vero, Inst. de rer. diuis.*

Ad L. XXXII.

Qui tabernas argentarias vel cæteras, quæ in solo publico sunt, vendit: non solum, sed ius vendit. Cum istæ tabernæ publicæ sunt, quarum vsus ad priuatos pertinet.

EMptio nulla esse videbatur, quia solum publicum vendebatur. Publicum autem nihil vendi potest, *l.*

A *22. sup. eod.* Sed respondet non vendi solum, sed ius in solo, h. e. in tabernis in solo positis. Tametsi enim sit publicum, vsus tamen tabernarum in eo ædificatarum, ad priuatos pertinet. Ratio iuris huius in eo posita est, quod solum accedit venditioni superficiei, & quod alioqui per se vendi non poterat, propter accessionem recte venditur, argumento *l. hanc legem, & l. in modicis, sup. h. t.*

Ad L. XXXIII.

Cum in lege venditionis ita sit scriptum, flumina, stillicidia vti nunc sunt, vt ita sint: nec additur, quæ flumina vel stillicidia: primum spectari oportet, quid actum sit: *si non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambi-*
B *gua enim oratio est.*

IN lege *Labeo 21.* hæc lex est exposita à nobis.

Ad L. XXXIV.

Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum seruum: neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. nec refert quanti sit accessio: siue plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accedat: an minus: plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicut
C *cum domus propter marmora & statuas & tabulas pictas ematur.*

HVius legis aliquot §§. supra exposuimus, *Nec refert quanti.* Obiicitur lex *iustissime, inf. de adilit. edic.* vbi dicitur hominem non accedere posse rei minoris pretij, & tamen hic videtis accedere fundo. Resp. hoc esse accipiendum de re minoris pretij, cui homo non conuenit, cum qua nihil habet commune. Homo autem conuenit fundo, & accedit fundo tanquam instrumentum, *l. proinde, inf. de adilit. edic. §. eandem rationem.* Recte igitur accedit fundo, quanquam fundus minoris pretij sit, & hoc quoque expressum est, in *l. quod si nolim §. vlt. & l. seq. inf. de adilit. edic. §. 1.* explicui in *l. 4. sup.*

D

Ad §. III. Si emptor.

III. §. Item si & emptor & venditor scit furtiuum esse, quod venit, à neutra parte obligatio contrahitur. Si emptor solus scit, non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur: nisi vltro quod conuenerit præstet. Quod si venditor scit, emptor ignorauit: vtrinque obligatio contrahitur. Et ita Pomponius quoque scribit.

HIc §. explicatus est in *l. qui rem alienam, l. qui a quolibet. Nisi vltro*] prior. Ita etiam sumitur in *l. 1. tit. de vsur. l. 1. de interdic.* Ita interpres Terentij etiam accepit. §4. exposui in *l sua rei 18. h. tit.*

E

Ad §. V. Alia causa.

V. §. Alia causa est degustandi, alia metiendi: gustus enim ad hoc proficit, vt improbare liceat: Mensura vero non eo proficit, vt aut plus, aut minus veneat, sed vt appareat, quantum ematur.

INterdũ venditio fit hac lege, vt degustetur quod est venditũ: interdũ vt quis illud metiatur. Priore casu emptio perfecta non est, priusquam degustatum fuerit. Idcirco enim de re gustanda conuenit, vt post gustum probare vel improbare liceat. Posteriore casu, emptio ante mensuram perfecta est. Idcirco enim de mensura conuenit, vt intelligatur quantum emptum sit. Hæc differentia magni est momenti; multum enim refert an emptio sit perfecta, an non;

quia vbi perfecta est, periculum statim ad emptorem pertinet, *l. quod sæpe §. in his, hoc tit. l. 1. inf. de peric. & comm. rei vend.*

Ad §. VI. Si emptio.

Si emptio ita facta fuerit, est mihi emptus Stichus aut Pamphilus: *in potestate est venditoris, quem velit dare: sicut in stipulationibus. Sed vno mortuo, qui superest dandus est. Et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed & si pariter decesserunt, pretium debebitur: vnus enim vtique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere: si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, vt quem voluisset, emptum haberet: & illud, an emptum haberet.*

HIc §. etiam magna ex parte est explicatus in *l. si ita distrahitur. Sicut in stipulationibus*] Hoc est expressum in *l. eum qui certarum 138. inf. de verb. oblig & l. 2. §. Scæuola, sup. de eo, quod certo loco*, qui locus est adhuc corruptus in omnibus libris editis. In Florentinis recte est, si pro *eam*, restituas, *eum. Sed vno, &c.*] Postquam res vendita est, periculum pertinet ad emptorem. *Si emptoris fuit arbitrium, &c.*] Hunc locum explicuimus supra in *l. 2.* Et hic notandum quod non possit conferri pretium in arbitrium vnius ex contrahentibus, *l. in vendentis, C. eod. l. hæc venditio, sup. eod.* Hæc exposui in *d. l. 2. sup.*

Ad §. VII. Tutor.

Tutor rem pupilli emere non potest, idemque porrigendum est ad similia: id est, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt.

RAtio huius §. est, ne fraus aliqua fiat pupillo. Deinde tutor esset auctor in rem suam, quod prohibitum est, *l. 1. inf. de auct. tutor.* Denique idem homo non potest fungi officio emptoris & venditoris, *l. 5. §. item ipse, inf de auct. tut.* Fungeretur autem officio vtriusque si rem pupilli emeret. Itaque pupillaris rei emptio recte illi interdicta est. Obiicitur *l. 5. C. eod.* Resp. conciliationem horum locorum petendam esse ex *d. l. 5.* Nam in ea dicitur non prohiberi tutorem emere rem pupillarem palam & bona fide. Ita igitur distinguendum est: Vel tutor emit palam & bona fide, & emptio valet: vel emit per interpositam personam & mala fide, & emptio nulla est, & prohibetur hæc emptio tutori. Eodem modo respondendum est ad *l. tutor rerum 56. de admin. tutor. inf.* In ea *l.* hoc aperte inuenitur, & hæc solutio confirmatur *l. pupillus §. item ipse tutor, inf. de auctor. tut.*

Ad L. XXXV.

Quod sæpe arræ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conuentio nihil proficiat: sed vt euidentius probari possit, conuenisse de pretio.

1. §. Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicet, quanti velis, quanti æquum putaueris, quanti æstimaueris, habebis emptum.

ARra est, quod ante pretium datur, & fidem facit contractus facti, ac totius pecuniæ soluendæ. Connanus ita definit: est ea pretij pars, quæ ab emptoribus firmandi contractus gratia repræsentatur. Hæc definitio falsa: Nam ex ea apparet arram esse partem pretij. Arra autem pars pretij non est, quia sine arra emptio consistit, & arra non semper datur. Sine pretio autem emptio nulla esset, *l. 2. sup. eod.* Deinde in pretio emptionis substantia consistit, *l. 3. C. eod.* In arra emptionis substantia non consistit, sed arra est argumentum tantum emptionis contractæ. Denique definitio Connani est conuersa ex Græco aliquo auctore apud quem omnino nulla fit mentio pretij

A (& hoc addidit de suo, male.) Ea definitio est in Etymologico Græco ἀῤῥαβὼν τὸ &c. Existimant vulgo arram dictam esse à re, pro qua datur: Certe veteres vocabant sæpius arrabonem, quam arram. Varro *lib. 3. de ling. Lat.* & passim apud Ter. & Plaut. Hæc de nomine arræ. Loco arræ dabatur aliquando annulus, *l. 5. §. item si institor. sup. de inst. act.* Plinius *lib. 33. c. 1. inf.* Ex quo apparet annulum quoque solitum fuisse dari pro sponsionibus, quod & reperitur in *l. si gratuitam §. vlt. inf. de præscrip. verbis.* Interdum aurum dabatur pro arra. *C. quando liceat ab empt. disced. l. 2.* De arra vero hoc ius constituitur, vt venditione celebrata, cui arra accesserit, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdat quod dedit. Si vero venditor, duplum restituere compellatur, *§. 1. Inst.*
B *eod.* Exemplum est in *l. 6. inf. de le. commiss.* vbi emptor perdit quod dedit. Quod si vtriusque consensu dissoluta sit emptio, vtili actione ex empto agit emptor ad repetendam arram, *l. ex empto §. is, qui vina, inf. de act. emp.* Sic interpretanda quoque est, *l. 2. C. quan. licet ab empt. disc.* Denique adiiciendum est arram fuisse solitam dari in argumentum sponsaliorum rite contractorum, *l. 38. inf. de ritu nupt. l. 16. C. de episcop audient.*

Ad §. II. Veneni.

II. §. Veneni mali quidam putat non contrahi emptionem: quia nec societas, aut mandatum flagitiosæ rei vllas vires habet. Quæ sententia potest sane vera videri de his, quæ nullo modo adiectione alterius materiæ, vsu nobis esse possunt.
C *De his vero, quæ mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, vt ex his antidoti, & alia quædam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.*

VEnenum est verbum medium, & continet tam id, quod ad sanandum paratum est, quam ad occidendum, *l. 3. inf. ad l. Cor. de sicar. l. qui venenum 236 de verb. signif. inf.* vbi IC. vtitur testimonio Homeri. Nonius Marcellus idem sentit explicans dictionem medicamentum. Et Seruius interpretans locum Virgilij 1. Georg *Ille malum virus*. Ait enim virus & venenum tam bonum esse, quam malũ. Veneni ergo mali non contrahitur emptio, idque similitudine mandati & societatis probatur: Nam rei flagitiosæ societas nulla est, *l. nec prætermittendum, sup. pro*
D *soc.* Mandatum quoque rei flagitiosæ nullum est, *§. illud quoque, Inst. de mand. l. si remunerandi §. rei turpis, l. si mandauero §. qui ædem, sup. mand.* Ita etiam emptio rei flagitiosæ & veneni mali nulla est. Cuius rei vna est exceptio: nisi ex eo veneno medicamentum salubre fiat, vt antidotum: quod venenum quidem est, & solet contra venenum dari. In Florentinis legitur, antidoti, contra venenum, non male. Nam Gellius *lib. 17. cap. 16.* ita vsurpauit. Et ex eo cap. Gellij delenda sunt verba *Populi Romani.* Eadem de causa emptio nummorum plumbeorum dolo malo contracta nulla est, *l. 9. de l. Corn. de falsis. inf.*

Ad §. III. Si quis amico.

E *III. §. Si quis amico peregre eunti mandauerit, vt fugitiuum suum quærat: & si inuenerit, vendat: nec ipse contra Senatusconsultum committit, quia non vendidit: neque amicus eius, quia præsentem vendit: emptor quoque, qui præsentem emit, recte negotium gerere intelligitur.*

TRaditur in hoc §. ratio, qua fugitiuus seruus vendi potest. SC. cautum fuit, vt non liceret fugitiuum vendere. Sic *l. 2. de plagiariis, inf.* Huc pertinet *l. in fuga, C. ad l. Fabiam de plagiar.* Accurs. existimat hoc SC. esse Libonianum, de quo agitur in *tit. ad l. Cor. de falsis. inf.* sed vehementer errat. Quomodo fuerit vocatum hoc SC. nondum legi. Certe apparet ex *l. 1. sup. de seruo fugit.* factum fuisse, Modesto consule, & hic Modestus reperitur consul vna cum Probo tempore Alexandri, *l. 9. C. de excusat.*

tutor. Vetus inscriptio, quæ sic habet: *Schola speculatorum legionum prima & secundæ adiutricum piarum, fidelium, Seuerianorum refecta per eosdem, quorum nomina scripta sunt infra, dedicante Flauio Æliano præfecto pratorio, Calendis Octobris, Modesto & Probo coss.* Sane si quis consul Modestus reperitur sub Marco Philosopho, libenter existimarem hoc Senatusconsultum fuisse factum tempore Marci. Nam apparet, ex *l. 3. sup. de seruis fugit.* Marcum habuisse hac de re orationem in senatu. Solebant autem Imperatores ante Senatusconsulta orationes habere, *l. cum hi, sup. de transact. l. pen. ad SC. Tertul. l. pen. de his quibus vt ind.* Ratio huius Senatusconsulti hæc fuit: quod seruus fugitiuus videatur esse liber, *l. quid sit §. idem recte, inf. de ædilit. edic.* Deinde hac ratione serui fierent faciliores ad fugam, quod ne contingat publice interest. Denique seruus fugitiuus fugiendo sui furtum facit, & se furtiuum facit, *l. 1. C. de ser. fugit.* Furtiua a. seruus non potest vendi, *l. si in emptione §. item emptor, sup. hoc tit.* Ratio autem vendendi huius serui hæc est, vt inquiratur ab emptore, & cum fuerit ab eo deprehensus, aut ab altero, eius nomine vendatur, h. & *l. in fugam, C. ad l. Fab. de plagiar.*

Ad §. IV. Si res vendita.

4. §. *Si res vendita per furtum perierit: prius animaduertendum erit, quid inter eos de custodia rei conuenerat: si nihil appareat conuenisse, talis custodia desideranda est à venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si præstiterit, & tamen rem perdidit, securus esse debet, vt tamen scilicet vindicationem rei & condictionem exhibeat emptori. Vnde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit. Ob id ipsum damnandus est: quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.*

Res vendita subrepta est venditori. Quæritur cui perierit emptorine, an venditori? Distinguendum est hoc modo: vel custodiam eius suscepit venditor vsque ad traditionem, cuius generis conuentio legitima est, *l. contractus, inf. de reg. iu. l. 1. in princ. inf. de peric. & comm. rei vend.* Hoc casu ad venditoris periculum res pertinet §. *cum autem, Inst. eod.* vbi eadem specie proponitur. Vel non suscepit custodiam, & hoc casu custodia talis in eo desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, *l. custodiam: inf. de peric. & comm. rei vend.* Obiicitur *d.* §. *cum a.* vbi dicitur hoc casu, vbi custodiam non suscepit, eum esse securum. Ex quo apparet eum custodiam præstare non debere. Resp. hæc non pugnant inter se, custodiam præstare & securum esse. Imo vero ipse est securus quod custodiam præstitit, ac dolo omni ac culpa caret. Sed dicet quis. Ergo nihil interest quando conuenit de custodia præstanda, vel quando non conuenit, quia vtroque casu præstanda est. Resp. multum interesse, quia quo casu conuenit de custodia præstanda, periculum pertinet ad venditorem: quo casu non conuenit, si eam præstitit, securus est, nec periculum sustinet, *d.* §. *cum a. & h.* §. Hac ergo custodia præstita si res subrepta sit, emptoris periculum est; vt tamen illi consulatur, venditor debet illi mandare vindicationem & condictionem rei. Difficultatem hic facit, quod emptione perfecta dominium transit in emptorem, & venditor desinit esse dominus. Itaque ne ipse quidem venditor videtur habere vindicationem. Sed respondendum est, venditorem ipso iure remanere dominum ante rei traditionem, §. *vtique, Inst. eod.* Addendum est, venditorem mandare quoque debere actionem furti, *l. eum qui emit 14. in pr. inf. de furt.* Cui rei duo obiiciuntur. Primum: venditor non videtur posse mandare actionem furti, cum ei non competat: Nam actio furti competit ei, cuius interest, *l. cuius, inf. de furt.* Nihil a. interest venditoris, cum non sustineat periculum, & pretium iam acceperit. Dicendum est, quia adhuc dominus est, idcirco competere actionem furti, *d. l. eum qui emit, & l. si vendidero, inf. de furt.* Deinde eius interest cedere & mandare actiones: quam molestiam non sustineret, si res esset salua. Alterum quod obiicitur eiusmodi est. Actio furti competit emptori suo iure. Ergo mandanda non fuit. Competit ei, quia eius interest rem saluam esse. *d. l. cuius, inf. de furt. §. furti, Inst. de obligat. quæ ex delicto.* Et hoc expressum est in §. *item si fullo,* in his verbis: *Sed & bonæ fidei emptor, Inst. de oblig. ex delic.* Dicendum est: interesse quidem emptoris, sed eum posse suum consequi alia ratione, nempe actione ex empto. Itaque nihil necesse est hanc actionem furti illi competere, *d. §. furti actio.* Deinde quod dicitur in illis verbis, *sed & bonæ fidei emptor,* diuersum est ab hac specie. Hic enim proponitur emptor emisse à vero domino, sed quia res nondum tradita est, nondum est dominus, nec potest agere actione furti. Illic vero proponitur res empta esse à non domino, & tamen tradita. Quanquam igitur emptor summo iure dominus fieri non potuit, res tamen tradita est. Et hæc traditio sufficit, vt se dominum bona fide existimet esse, & furti agat. Addendum denique est, si quid venditor consecutus est aliqua actione, id eum præstare debere emptori. Obiicitur huic rei *l. venditor, inf. de hered. vend.* vbi venditor nihil præstat eorum, quæ consecutus fuerat. Respondendum est, ibi rem fuisse subreptam ante venditionem, & proinde rem esse tantum præstandam, non duplum, quod vi actionis erat consecutus. Quod si rem alienam quis vendiderit, non videbatur condemnandus, vt has actiones mandaret, cum eas non haberet. Resp. tamen, eo magis esse damnandum, quod culpæ eius hoc adscribatur, qui vendidit rem, quam alienam esse sciebat, & qua subrepta sciebat, sibi non competere ius mandandarum actionum. Tenebitur ergo in idem, quod interfuit emptoris actiones esse mandatas.

Ad §. V. In his.

5. §. *In his quæ pondere, numero, mensurave constant, (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea seruantur, quæ in cæteris: vt, simul atque de pretio conuenerit, videatur perfecta venditio: modo vt, etiamsi de pretio conuenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumerata ve sint. Nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, vno pretio venierit: idem iuris est, quod in cæteris rebus. Quod si vinum ita venierit, vt in singulas amphoras: item oleum, vt in singulos metretas: Item frumentum, vt in singulos modios: Item argentum, vt in singulas libras certum pretium diceretur, quæritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quæritur & de his, quæ numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus & Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri: vt in singulos metretas aut in singulos modios, quos, quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quæ adnumeraueris &c.*

Res auersione vendita est, quæ confuse & aceruatim pretio insimul dicto, non in singulas res constituto, vendita est. Hæc definitio satis intelligitur ex *h. §. & l. 4. inf. de peric. & comm. rei vend.* Confirmatur *l. opus 36. inf. loc.* vbi opus auersione locatum opponitur ei, quod ita locatum est, vt in singulos pedes & mensuras à conductore præstetur. Confirmatur *l. vlt. sup. ad l. Rhod. de iactu.* vbi nauis auersione conducta opponitur ei, quæ ita conducta est, vt in singulas amphoras merces præstanda sit. Sic accipi debet *l. 1. §. exercitorem, inf. de institor.* Hoc proposito breuiter, hæc est sententia huius §. Rerum, pondere, numero, mensurave constantium per auersionem venditarum periculum pertinet ad emptorem, *l. qui officij 62. §. vlt. inf. h. t. l. 4. de peric. & comm. rei vend.* Rerum autem sine auersione venditarum, h. e. quæ singulæ emptæ sunt, non vniuersæ simul, periculum pertinet ad

venditorem priusquam hæ res adnumeratæ, admensæ, vel appensæ fuerint, vt h. Cuius rei multa exempla proponuntur, & inter cætera vnum de vino doliario, quod alibi vocatur doliare, *l. 1. de peric. & comm. rei vend.* Et dictum est à doliis, in quibus solet condi. Sunt autem dolia maiora & ampliora vasa, in quibus vinum vel frumentum conditur, eaque humi defigi & defodi plerunque solent, *l. dolia, inf. h. t. l. pen inf. de action. emp. l. Lucius 39. de leg. 3. l. & 3. inf. de trit. vino oleo leg.* Cato *de re rustica cap. 148.* quem locum citauit Budæus. Plinius *lib. 14. c. 21.* in quo capite pro, *sic coopercula,* est legendum, *sit opercula.* Obiicitur huic rei *l. 1. §. 1. inf. de peric. & comm. rei vend.* vbi vini per auersionem venditi periculum, emptione perfecta, non statim pertinet ad emptorem, vt diximus, sed tantum post degustationem. Respond. est, in ea. l. 1. conuenisse, vt emptor periculum præstaret, quod est repetendum ex superiore clausula, hoc modo: Aut non conuenit quoad periculum vini sustineat: & vsque ad degustationem sustinebit. Idque propter hanc conuentionem etiam emptione perfecta, sustinet periculum venditor, quod alioqui, sine conuentione scil. sustinuisset emptor, *d. l. 1. de peri. & comm. rei vend. §. sed & custodia, l. si quis vina §. si in auersione, de peric. & comm. rei vend. l. conuenit, C. de peric. & comm. rei vend.* Tres ll. seqq. explicatæ sunt supra l. 1. vbi diximus necessarium esse pretium in venditione. Illic est ratio harum ll.

Ad Leg. XXXIX.

Si debitor rem pigneratam à creditore redemerit, quasi sua rei emptor actione ex vendito non tenetur: & omnia in integro sunt creditori.

1. §. Verisimile est eum, qui fructum oliuæ pendentis vendidisset, & stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset: pretium, constituisse ex eo, quod natum esset vsque ad decem pondo olei: iccirco solis quinque collectis, non amplius emptor petere potest, quam quinque pondo olei, quæ collecta essent: à plerisque responsum est.

IN hoc §. 1. species hæc est: Dederam tibi pignori rem meam, non tuam. Quia rei suæ emptio nulla est, *l. suæ rei, sup. eod.* Rem autem suam vendidisse debitorem ex eo intelligimus quod pignori dederat. Rem enim alienam pignori dare non potuerat, *l. 2. sup. de pigner. act.* Sciendum tamen est, debitorem posse emere rem suam pignori datam per interpositam personam, *l. si mandauero §. sed hi, sup. mand.* Et ita accipienda est *l. epistola §. 1. sup. de pact. Verisimile est)* Dubitatio huius §. & §§. omnium sequentium pendet ex conuentione, ex pacto. *Stipulatus est, &c.)* Passiue hic accipitur, & in *l. si non sortem § si decem, sup. de condic. indeb. §. præterea, Inst. quibus modis toll. obligat.* His tribus locis tantum in toto iure accipitur verbum stipulatus passiue. *Vsque ad 10. pondo olei.* Quia hæc verba, *quod natum esset,* restringunt generalia verba, & taxationis vim habent, *l. cum certus, inf. de trit. vi. & oleo leg.* quæ lex coniungenda est cum hoc §. Ibi idem dicit in legato, quod hic in emptione. *Quam quinque.* Imo si nihil collectum sit, emptio nulla est, quoniam sine re emptio non consistit, *l. nec emptio, sup. eod.* Hæc enim verba quod natum esset, habent vim conditionis, & efficiunt vt emptio sit contracta sub conditione, *l. 1. inf. de condition. & demonstrat.* Cum igitur deficiat oleum, deficit conditio, & emptio nulla est, *l. si quis fundum 38. sup. eod.*

Ad L. XL.

Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat: vt emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, & de modo renuntiaret: & si ante eam diem non renuntiasset, vt venditoris fides soluta esset. Emptor intra diem mensura, quo mino-

A *rem modum esse credidit, renuntiauit, & pecuniam pro eo accepit: postea eum fundum vendidit: &, cum ipse emptori suo admetiretur, multo minorem modum agri, quam putauerat, inuenit. Quærebat, an id, quod minoris esset, consequi à suo venditore posset. Resp. interesse, quemadmodum lex diceretur: Nam si ita dictum esset, vt emptor diebus triginta proximis fundum metiatur, & domino renuntiet, quanto modus agri minor sit: quo post diem trigesimum renuntiasset, nihil ei profuturum: sed si ita pactum esset, vt emptor in diebus proximis fundum metiatur, & de modo agri renuntiet: & si in diebus triginta renuntiasset, minorem modum agri esse: quamuis multis post annis, posse eum, quo minoris modus agri fuisset, repetere.*

B *1. §. In lege fundi aquam accessuram dixit: Quærebatur, an etiam iter aquæ accessisset. Resp. sibi videri id actum esse: & ideo iter quoque venditorem tradere oportere.*

2. §. Qui agrum vendebat, dixit fundi iugera decem & octo esse, & quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat. Viginti inuenta sunt. Pro viginti, debere pecuniam respondit.

3. §. Fundi venditor frumenta manu sata receperat. In eo fundo ex stipula seges erat enata, quæsitum est, an pacto contineretur. Resp. maxime referre, quid est actum. Cæterum secundum verba, esse actum quod ex stipula nasceretur, non magis quam si quid ex sacco saccarij cecidisset: aut ex eo, quod auibus ex aëre cecidisset, natum esset.

C ET *de modo agri renunciet, &c.* Non intra 30. dies, sed quocunque tempore voluerit, multis post annis. Nam cum seruitus aquæ vendita sit, id quoque videtur venditum, sine quo aquæ seruitus esset inutilis, *l. 1. §. v susfr. sup. si vsufruct. pet. l. fistula 1. resp. inf. eod. l. si venditor, sup. de relig. & sumpt. fun.* Manu sata quæ sint explicatur in *l. pen. inf. eod. in pr.* Nomine manu satorum aut frumentorum ea tantum comprehenduntur, quæ ab agricola sata sunt. Si igitur ex stipula seges nata fuerit, aut ex eo quod cecidit ex sacco saccarii, aut auibus ex ea re, non videtur esse hoc exceptum hac conuentione. Stipula a. definitur in *l. sylua §. 1. inf. de verb. sign. spicas in messe deiectas, &c.* Ita accepit Varro *lib. 9. de lingua latina. Nemo reprehensus est,* inquit, *qui è segete ad spicilegium reliquit stipulam.* Ita quoque
D Ter. in Adelph. *præter hæc,* inquit, *meridie ipso faciam, vt stipulam colligat.* Ita vterque accepit stipulam, quemadmodum IC. in *d. l. sylua. Saccarius est,* qui saccis gestandis operam suam locat, & inde quæstum facit. Vnde Apuleius *lib. 1. de asino aureo* dixit saccariam facere, hoc est, saccis gestandis operam locare & inde quæstum facere. *Ex ere.* In Florentinis legitur *ex aere,* & recte.

Ad §. IV. Cum fundum.

Cum fundum quis vendiderat, & omnem fructum receperat: & arundinem cæduam, & syluam in fructum esse respondit.

E *5. §. Dolia, quæ in fundo domini essent, accessura dixit, etiam ea, quæ seruus qui fundum coluerat, emisset peculiaria emptori cessura respondit.*

6. §. Rota quoque per quam aqua traheretur, nihilo minus ædificij est, quam fistula.

RAtio huius §. est, quia fructus nomine arundo & cædua sylua comprehenduntur, *l. item si fundi §. vlt. & l. seq. de vsufr.* quæ coniungenda est cum *l. sylua, de verb. sig.* Eodem quoque modo dolia accedunt emptioni, quia dolia sunt in instrumento fundi, *l. inst. inf. de inst. vel instr. leg.* Imo etiam legato fundo sine instrumento dolia infixa debentur, *l. cum fundus 21. eod. tit.* Itaque recte hic responsum est, dolia accedere ven-

ditioni. Eodem quoque iure rota accedit venditioni ædificii proinde acicula. Est a. rota qua ex flumine aqua extrahitur vel fonte vel puteo. Isidorus *lib. vlt. etymol. 15.* Vitruuius *lib. 10. cap. 9. 10. & 11.* Tertullianus vocat rotas aquilegas in *lib. de anima.* Paulus vocat rotas aquarias *lib. 3. Sent. t. 6.* Earum mentio fit in *l. 2. sup. comm. præd.* Item apud Lampridium in Heliogabalo, qui solebat adulatores alligare talibus rotis.

Ad L. XLI.

Cum ab eo, qui fundum alij obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, vt esset is sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ante kalendas Iulias liberaret: quæsitum est, an vtiliter agere possit ex empto in hoc, vt venditor eum liberaret. Respondit: Videamus, quid inter ementem & vendentem actum sit: Nam si id actum est, vt omnimodo intra kalend. Iulias venditor fundum liberaret: ex empto erit actio, vt liberet: nec sub conditione emptio facta intelligetur: veluti si hoc modo emptor interrogauerit, erit mihi fundus emptus, ita vt eum intra kal. Iul. liberes. Vel ita, vt eum intra kal. à Titio redimas. Si vero sub conditione facta emptio est, non poterit agi, vt conditio impleatur.

Erit mihi fundus emptus, &c. Multum refert, an sub conditione, an vero sub modo contracta sit conuentio. Modum enim & conditionem differre ostendit *tit. de condit. & demonstrat. inf. & tit. de condit. sub mo C.* Sub modo ita concipitur conuentio: *erit mihi emptus fundus, vt eum intra kalendas Iulias liberes:* Sub conditione vero: *erit mihi emptus fundus si eum intra Calend. Iul. liberes.* Nam dictio, *vt,* modum significat. Dictio vero, *si,* conditionem, *l. demonstr. falsa §. vlt. inf. de condit. & demonst.* Modus non suspendit obligationem, & quod contractum est sub modo, statim debetur, *l. media, inf. de manumiss. testam.* Conditio vero suspendit obligationem. Et quod sub modo contractum est, statim peti potest. Ac statim, id est, simulatque modus exstiterit, *d. l. media, & l. causa, inf. de manumiss.* Et hoc casu peteretur statim fundus, nisi dies adiectus esset, qui obligationem differt. Die accedente statim petitur. Quod vero sub conditione contractum est, non potest peti nisi conditio exstiterit. Et si conditio nunquam exsistat, nunquam petitur. adiuuat hanc differentiam *l. eas 79. inf. de cond. & demonstr.* In cuius fine Haloander non recte addit negationem. Ita explicatum est hoc pactum quod videbatur obscurum.

Ad §. I. Mensam.

Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens, nulla est emptio: Pecuniaque eo nomine data condicetur.

Hic §. est à nobis explicatus in *l. quid tamen 14. sup.* Eguinarius Baro putauit hunc §. *& l. qui tamen,* non posse conciliari. Sed ego secutus Zasium in *d. l. quid tamen,* eas conciliaui. Et sequor eius sententiam, donec melior occurrat.

Ad L. XLII.

Domini neque per se, neque per procuratores suos possunt saltem criminosos seruos vendere, vt cum bestiis pugnarent. Et ita Diui fratres rescripserunt.

Idem dicitur in *l. circumcidere § seruo, inf. ad l. Corn. de sicar.* Ea ratio est: quia publice interest ne domini re sua male vtantur. Male autem vterentur si seruos suos ad bestias damnarent. Deinde hæc potestas dominorum visa est valde pernitiosa & periculosa: periculum enim est, ne animo suo & libidini satisfacerent, si plerunque seruos frugi & probos bestiis obiiciendos venderent. Præterea principis auctoritas eleuatur, cum priuatis permittitur, quod soli principi licere debet. Postremo, non licet dominis in seruos suos animaduertere, nisi causa in iudicio exactio examinata, *l. 2. sup. de his, qui sui vel alie. iur.* Proponitur autem hoc loco dominus non causa cognita, neque apud iudicem examinata seruum condemnasse. Merito igitur huiusmodi venditio prohibita est, quæ tot regulis iuris aduersatur.

Ad L. XLIII.

Ea, quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat seruum speciosum, domum bene ædificatam. At si dixerit hominem literatum vel artificem: præstare debet: nam hoc ipso pluris vendit.

1. §. Quædam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, vt eam emptor non ignorauerit. Veluti si quis hominem luminibus effossis emat, & de sanitate stipuletur: Nam de cætera parte corporis potius stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat.

2. §. Dolum malum à se abesse præstare venditor debet, qui non tantum in eo est qui fallendi causa obscure loquitur: sed etiam, qui insidiose, obscure dissimulat.

Hæc l. est paulo obscurior superiore. Obscuritatem animaduertes ex *l. si venditor, sup. cod.* Quædam sunt, quæ in vendenda re aliqua dicuntur vt præstentur. Quædam vero, quæ non dicuntur vt præstentur. Ea non dicuntur vt præstentur quæ palam apparent, vt hic: & quę ad nudam laudem serui pertinent, *l. sciend. inf. de ædil. edic.* Ratio huius rei est: Quoniam ignorantia supina est falli in iis, quæ palam apparent. Ac proinde præstanda non sunt. Deinde quæ nullam vtilitatem continent præter nudam laudem non dicuntur præstari quoque, vt si quis dixerit seruum frugi, seruum probum, edicto audientem, hoc confirmatur *l. quod si venditor, sup. de dolo malo.* Quædam sunt quæ dicuntur vt præstentur. Ea sunt quæ palam non apparēt, vt literatum esse seruum & præclarum alicuius rei artificem: & quæ non pertinent ad nudam tantum commendationem, sed præterea continent vtilitatem aliquam, propter quam res pluris vendita est, vt seruum esse curracem, vigilacem, *d. l. sciendum. l. si quid venditor, inf. de ædil. edic.* Non enim in his debet accusari ignorantia tanquam supina, quia palam non apparent, sed introspicere penitus oportet vt intelligantur. Huius posterioris vna exceptio est, nisi ea, quæ ad nudam laudem pertinent, animo fallendi & decipiendi dicta sunt, *d. l. quod si venditor.* Difficultatem hîc facit, quod hoc casu cum decipiendi causa venditor dixit, IC. ait dari actionem de dolo, *d. l. quod si venditor.* Obiicitur enim primum, quod in ea l. *quod si venditor,* dicitur interuenisse promissum. Ex quo intelligimus contractam fuisse obligationem. Si obligatio contracta est, actio de dolo dari non debet, quia actio de dolo datur tantum in subsidium alterius actionis, & altera actione deficiente. Resp. est, promissum in hac l. tantum pro pollicitatione accipi, ex qua nec obligatio, nec actio nascitur. II. Obiicitur *l. Iulianus §. si venditor, inf. de act. emp.* vbi dicitur: si venditor dolo mentitus fuerit, vt si dixerit, seruum esse artificio instructum, qui non erat, dari actionem ex empto. Videbatur autem danda esse de dolo, vel omnino non danda, si obligatio contracta non sit. Resp. in eo §. *si venditor,* hoc dictum erat eo animo, vt præstaretur, proinde obligatio contracta est, ex qua nascitur actio ex empto. Apparet autem ex verbis ipsius l. hoc dictum fuisse vt præstaretur, quia seruum esse artificio instructum, seruum esse peculiatum palam non apparet, nec nudam laudem continet, vt in *h. l. & d. l. sciendum.* Superiorum omnium vna est exceptio in his verbis: *Quædam etiam pollicitationes:* pleraque enim eorum, quæ dicta sunt, vt præstarentur, non præstantur si eiusmodi sint, & adeo in promptu, vt emptores ea ignorare non potuerint. Idque

est æquissimum, vt ignorantia scilicet supina & dissoluta hanc pœnam sustineat, *l. & si consensum §. 1. sup. hoc tit.* Obiicitur *l. apud Celsum §. item Labeo, de doli mali except.* vbi emptor sciens emerat hominem fugitiuum, & tamen stipulatus de eo erat, sc. fugitiuum non esse. Resp. IC. eum agere posse ex hac conuentione, nec doli mali exceptione repellendum: videbatur tamen repellendus cum id stipularetur, quod nemo ignoraret & ipse sciret. Resp. hæc valde diuersa esse, quia in §. *item Labeo,* emptor & venditor sciuerunt fugitiuum esse seruum, & dolus dolo compensatur, *l. dominum, inf. h. tit.* Hic vero emptor ignorauit lumina esse effossa, sed dissoluta fuit hæc ignorantia & supina, vt ei nocere debeat. Præterea in §. *item Labeo,* nominatim stipulatus est, seruum non esse fugitiuum. Itaque hæc quæstio expressa recte parit obligationem. Quod significat IC. eo in loco, cum ait, *quia hoc conuenit.* Hæc vero stipulatio interposita generaliter de sanitate, de quauis alia corporis parte accipienda potius est, quam de ea, in qua deceptus est emptor, vt ei noceat, tam generaliter de ea concepisse, vt h. dicitur in fi. Itaque crederem si stipulatus hic esset nominatim emptor, hominem cæcum non esse, conuentionem hanc valituram fuisse, *d. §. item Labeo.*

Ad L. XLIV.

Si duos quis seruos emerit pariter vno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in viuo constat emptio.

RAtio huius legis est petenda ex *l. cum eiusdem generis, de ædil. edic.*

Ad L. XLV.

Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro nouis emerit, Trebatio placere, ita emptori præstandum, quod interest, si ignorans interpola emerit, quam sententiam & Pomponius probat. In qua & Iulianus est, qui ait: si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri: si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit. Quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, vt aurum, quod vendidit, præstet.

VEstimenta interpola sunt vestimenta instaurata, renouata, quibus noua forma inducta est poliendo, vel à fullonibus, vel ab aliis. Isidorus *lib. 19. cap. 22.* ait, *interpola vestis illa vocatur, quæ dum sit vetus ad nouam speciem recurrat.* Vestimenta igitur interpola vendita sunt pro nouis, in quo deceptus est emptor, qui noua se emere existimauerat. Itaque propter hanc fraudem, & deceptionem tenetur venditor emptori, maxime cum agatur de iudicio bonæ fidei, cuius naturæ aduersatur, quemquam in eo decipi. Et idem dicitur in *l. præcipiunt, de ædil. edic.* vbi mancipia interpola vendita sint, id est, veterana, pro nouitiis. Sed dubitatio nunc incidit, quanti teneatur venditor emptoris? distinguendum est: vel venditor ignorabat ea esse interpola, & tenetur ipsius rei nomine tantum, id est, vt præstet quanti minoris res fuit: puta vestimenta vendita sunt 20. aureis, quia sunt interpola, æstimantur tantum 10. tenetur venditor in 10. quanti minoris sunt, *l. Iulian. in princ. de action. emp.* Idque æquissimum est ob malam fidem. Ignorantia enim, quæ dolo caret, non est grauius punienda. Vel sciebat venditor ea esse interpola, & tenetur præter rem ipsam etiam damni, quod ex ea contigit: forte emptor ea alii promiserat quasi noua, & pœnam adiecerat, nisi noua essent. Cum reperta sunt interpola, soluit pœnam. Tenetur igitur venditor eius pœnæ nomine, *d. l. Iulian. in princ.* Idque æquissimum est, vt mala fides, & dolus venditoris, quem in hoc præstat contractu, hanc pœnam sustinere videatur. Exemplum superioris distinctionis proponitur in orichalco, *hic in fi.* l. quod pro auro venditum est. Itaque si venditor ignorauit esse orichal-

A cum, tenetur tantum rei nomine, id est, quanti minoris. Si vero sciuerit, tenetur etiam damni, quod ex eo congitit. Vulgo autem in dictione orichalcum scribenda, peccatur. Scribenda enim per *o* non *au* diphthongum. Nam si per diphthongum scriberetur esset dictio composita ex Græco & Latino, quod inusitatum est. *Quintilian. lib. primi cap. 9.* Præterea Festus improbat hanc ὑβριδολογίαν. Denique hæc dictio habet correptam primam syllabam apud Poëtas, vt Horatium in arte poëtica: *Tibia non vt nunc orichalco iuncta.*

Ad L. XLVI.

B *Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se, vel per aliam personam, alioquin non tantum rem amittit, sed & in quadruplum conuenitur, secundum constitutionem Seueri & Antonini. Et hoc ad procuratorem quoque Cæsaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc consensum est.*

SVmma hæc est: qui officium administrat in prouincia, prohibetur emere. Is dicitur administrare officium, qui prouinciam regit, qualis est præses, proconsul, vel rector prouinciæ, dicebatur interdum quasi dux. Eodem numero est quoque, qui in ea prouincia militat, vt præfectus militum, vel tribunus. Hi enim omnes prohibentur in ea prouincia emere, *l. aufertur §. quod à præside, inf. de iure fisci. l. solet, de officio procons. l. quod officij, inf. hoc tit. l.* C *præfect. inf. de ritu nuptiar. l. vn. C. de contract. iud. l. plebiscito, sup. de officio præf.* quæ l. coniungenda est cum *l. qui officij, inf. & l. principalibus, sup. si cert. pet.* Huius prohibitionis hæc ratio est, ne per potentiam venditiones extorqueantur, & vi magis, quam iure emptiones contrahantur, *l. venditiones, C. de his, quæ vi metusve causa fiunt,* quam l. obseruandum est sumptam esse ex C. Theodosiano, *tit. de contr. empt.* vt appareat eam l. loqui de venditionibus metu extortis, quæ à præsidibus & à potentibus fiebant. Huc pertinet lex *pen. C. eod.* Altera quoque ratio est huius interdictionis, quod eiusmodi personas oportet officio suo, & publicæ vtilitati, non autem priuato compendio, & lucro vacare, quod fieret si illis commercia in ea prouincia permitterentur, *l. milites, inf. de re milit.* & ead. l. nomina-
D tim loquitur de emptione. Huc pertinet quoque lex *milites, loc.* quæ eadem de causa interdixit militibus conductionem. Si quis contra fecerit, pœna hac punitur, quæ hac l. continetur, & de hac l. aliquid constitutum est in *l. aufertur §. quod à præside, de iure fisci.* Vbi dicitur rem, quam amittit emptor, fisco vindicari, quod hic non dicitur. Sed addenda est legi vna exceptio, quæ est in *f. h. leg.* nisi specialiter hoc sit concessum à principe. Cuius concessionis specialis exemplum est in *l. qui officij, in princ. inf.* Concessum est enim præsidi in sua prouincia emere bona paterna, si à fisco distrahantur. Idque æquum fuit, ne bona è famili a exirent. Existimo specialiter hoc quoque posse illis concedi à principe in quibuslibet aliis bonis, quam paternis, id quod indicant verba generalia hoc loco: *nisi specialiter hoc concessum sit quibusdam.* Hoc quoque con-
E firmat *l. 1. de contract. iudic. C. in princ.*

Ad L. XLVII. XLVIII. XLIX.

L. 47. Si aquaductus debeatur prædio: & ius aquæ transit ad emptorem, etiamsi nihil dictum sit. Sicut & ipsa fistula, per quas aqua ducitur.

L. 48. Licet extra ædes sint.

L. 49. Et quanquam ius aquæ non sequatur, quod amissum est, attamen fistulæ, & canales, dum sibi sequuntur, quasi pars ædium ad emptorem perueniunt. Et ita Pomponius libro 10 putat.

HÆ ll. nihil habent difficultatis, quod non sit supra expositum. *Etiam si nihil dictum sit, &c.* Ratio est, quia hoc tacite inest contractui emptionis, quoniam aquæductus inutilis esset, nisi liceret aquam ducere, *l. qui fundum §. in lege, sup.* Idem dicitur quoque in *l. si venditor §. vlt. de act. emp.* Vbi pro *anum* legendum est *ahenum.* Est autem ahenum crater, quo aqua per fistulas ducta excipitur. *Dum sibi sequuntur.* Græce sequor cum datiuo construitur. Mallem legere, *dum seruitutem sequuntur,* si codice iuuaret. Temerarium enim est fingere lectionem aliam absque auctoritate codicis.

Ad Leg. L.

Labeo scribit: si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem: & per me stet, quo minus id à Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin præscriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto: quasi impleta conditione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.

QVin *præscriptis verbis, &c.)* Subiungit rationem. Idcirco agitur præscriptis verbis, quia non videtur contracta emptio. Subiungit tamen eo ipso, quod steterit per emptorem, quo minus emerit eum locum, videri emptionem contractam. Idque conuenit regulis iuris, quibus traditum est, quoties in potestate alicuius est, vt obligatio aliqua contrahatur, si per eum steterit, quo minus contraheretur, eum obligatum esse, *l. in exsecutione 85. §. vlt. inf. de verb. obligat. l. iur. ciuilis, inf. de condit. & dem.* Et simile est exemplum *sup. l. hac venditio §. 1.* Recte igitur emptio hæc contracta dicitur. Et proinde recte ex empto agitur. Ex quibus apparet actiones præscript. verbis concurrere interdum cum actionibus aliis, vt h. concurrit cum actione ex vendito. Simile exemplum est in *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. in l. si conuenit, inf. de rescind. vendit.* Nihil obstat *l. quoties, inf. de præscript. verb.* Quod enim dicitur, actionem præscriptis verbis dari, quoties alia deficit, id ita accipiendum est, dari actionem præscriptis verbis, si actio tuta deficiat, hoc est, qua tuto experiri liceat: plerunque enim dari potest alia actio cum act. præscriptis verbis, sed quæ minus tuta sit. Et hoc casu satius est agere præscriptis verbis.

Ad L. LI.

Litora, quæ fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur: quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant, nec viæ publicæ, aut loca religiosa, vel sacra. Itaque vt proficiant venditori, caueri solet, vt via, item litora, & loca publica in modum cedant.

VEnditus est fundus, cui proximum est litus, emptor egit actione ex empto, vt sibi cederetur litus. Quæstio in eo est, an litus debeat in modum agri computari. videtur accedere fundo, & debere computari in modum agri, tanquam accessio quædam, maxime cum sine vsu litoris fundo vix vti possimus: sed ea accessionis loco in emptionem veniunt, quæ emi possunt. Litora autem exempta sunt hominum commerciis, quia publica sunt, *§. riparum, de rer. diuis.* Itaque litora non accedunt vendito fundo, nisi hoc nominatim sit expressum. Quod vbi factum est, non est existimandum litora vendita esse, quæ vendi non possunt, sed ius tantum, quod est in litoribus: exemplo tabernæ argentariorum, quæ cum emuntur, non emitur solum publicum, sed ius tantum in illo, *l. qui tabernas, sup. eod.* Et huc pertinet *l. id quod §. 1. inf. de peric. & comm. rei vend.*

Ad L. LII.

Senatus censuit, ne quis domum, villamve dirueret, quo plus sibi adquireretur: neve quis negotiandi causa, eorum A *quid emeret, venderetve. Pœna in eum, qui aduersus Senatusconsultum fecisset, constituta est: vt duplum eius, quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero, qui vendidisset, vt irrita fieret venditio. Plane si mihi pretium solueris: cum tu duplum ærario debeas: repetes à me, quod à mea parte irrita facta est venditio. Nec solum huic Senatusconsulto locus erit, si quis suam villam, vel domum, sed etsi alienam vendiderit.*

HOc Senatusconsultum factum est imperante Adriano, id quod indicant Coss. quibus factum est, Auiola & Pansa, *l. cætera, inf. de leg. 1.* Nomina horum Coss. integriora sunt in veteri quadam inscriptione, hoc modo, Marco Aquilio Auiola & Correllio Pansa Coss. & Correl- B lii Pansæ meminit Plinius in epistolis. Huius Senatusconsulti vestigium exstat apud Spartianum in Adriano. *Constituit,* inquit, *inter cætera, vt in nulla ciuitate domus aliqua transferendæ ad aliam vrbem vllius materiæ causa diruerentur.* Hoc Senatusconsulto vetitum est, ne quis domum villamve diruat, & eius materias negotiandi causa emat vel vendat, *l. 2. C. de ædific. priuat. l. Marcellus 46. inf. de donat. inter vir. & vxor.* Nititur hoc Senatusconsultum ratione quadam l. duodecim tabul. quæ vetat ne quis tignum domibus iniunctum soluat, ne ruina ædificiorum decorum vrbis aspectum corrumpat, *l. gemma, sup. ad exhibend. §. cum in suo, de rer. diuis. Institut. l. 1. inf. de tigno iuncto.* Nam si liceret lucri & compendii causa diruere ædificia negotiandi causa, passim vrbes ruinis deformarentur, *l. 2. §. si quis nemine. & l. vlt. inf. ne quid in loco publ.* Ornatus C autem vrbium magnæ curæ fuisse veteribus legum auctoribus indicat lex *præscriptio, C. de oper. public.* quæ iubet omnia dirui, quæ decoram ciuitatis faciem corrumpunt. Si quis contra fecerit, si quidem emptor est, hac pœna punitur, vt duplum ærario inferat. Si vero venditor, irrita fiat venditio. Obiicitur lex *vlt. inf. de dam. inf.* vbi singuli, nempe emptor & venditor tantum simplum soluere coguntur hoc est, quod dicitur, hoc loco. Respondeo: emptorem hic quidem soluere duplum, sed eum soluere suo nomine, & venditoris, & sic singuli duplum tantum soluunt, vt *d. l. vlt.* Nam nomine venditoris soluit pretium, nec venditor agere potest cum eo actione ex vendito ad consequendum pretium, cum hic dicatur irritam esse venditionem. Quod si emptor soluisset, iam pretium ven- D ditor repetit, tanquam indebitum condictione indebiti. Indebitum enim est, cum emptio nulla sit. Neque æquum est, in eo contractu venditorem pretium aliquod accipere, in quo pœna simpla mulctari debet. Alia pœna est in re simili *l. si quis C. de ædific. priuat.* Si quis marmora, vel columnas ex vrbe rus in aliquam possessionem transtulerit, vt ea possessione priuetur. Eadem de causa hæc legari non possunt, ne scilicet vrbs ruinis quoque deformetur, *d. l. cætera, & l. Senatus, inf. de leg. 1. & l. nutu, de leg. 3.* Verum quoties hæc causa cessat, condictio quoque cessat, vt si quis de vna ciuitate in aliam marmora transferat, quoniam vtrobique publicum decus est, & quod vni ciuitati adimitur, alteri additur, *d. l. si quis, de ædific. priuat.* Idem est si in eadem vrbe, de vna domo in aliam transferantur marmora, quoniam quod hic deformatur, illic exornatur, E *d. l. 2. C. de ædific. priuat.* Vbi ait Imperator, hanc esse vnam exceptionem regulæ generalis. Altera exceptio est, *d. l. vlt. de dam. infec.* Nam licet de domo priuata ad publicum opus marmora vel columnas transferre. In quo iuris auctores maiorem habuerunt rationem publici ornamenti, quam priuati, & facile passi sunt deformari priuatum ædificium, vt publicum ornaretur. Tertia exceptio est, *d. l. Senatus §. Marcellus.* Maritus enim potest detrahere marmora & columnas ex diæta, quam in vxoris hortis fecit. Notandum autem est Marcelli sententiam diffuse explicari in ea *l. Senatus,* & exemplum proponit accommodatum generali regulæ, & eandem sententiam breuiter proponit *l. Marcellus, de donat. inter vir. & vxor.* Itaque coniungendi hi loci, vt recte intelligatur *l. Marcellus.*

Ad Leg. LIV.

Res bona fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet.

EXemplum huius l. recte quidem constituitur in *l. si voluntate, C. de rescind. vendit.* in his verbis: *Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem inualidum est.* sed multo aptius iudicabitur ope inscriptionis. Hæc enim l. sumpta est ex libro 1. Pauli *ad edictum ædilium Curulium.* Vlpianus autem lib. etiam primo ad edict. ædil. Cur. quod exstat in *l. 1. §. sed sciendum D. de adil. ed. inf. de adil. edic.* ait, non quolibet quam leuissimum efficere, vt vitiosus morbosusve habeatur, & redhibitioni sit locus. quæ regula similis est huic materiæ, & multa eius exempla proponuntur in *d. l. 1.* Et lex 2. eodem pertinet, quæ sumpta est quoque ex libro Pauli, vbi dicitur, homines melancholicos non redhiberi. Hinc igitur exemplum constituemus aptissimum huic loco. Certum est, homines fanaticos & furiosos redhiberi: ad eorum naturam proxime accedunt melancholici. Non tamen propter melancholiæ vitium quisquam est redhibendus, quia res non dicitur redhiberi propter rem minimam, vitium minimum.

AL. LV.

Nuda & imaginaria venditio, pro non facta est: & ideo nec alienatio eius rei intelligitur.

HÆc l. est à nobis explicata supra in l. 2. Exempla sunt in *l. 36. 37. 38. hoc tit.* Item recte constituetur exemplum huius regulæ ex similitudine inscriptionum, *leg. præcipiunt inf. de adil. edict.* Vbi vetatur homo minoris pretii in emptione accedere. Si igitur venditus sit gladius, ita vt ei homo accedat, imaginaria erit hominis venditio, & simulata, non vera.

Ad Leg. LVI.

Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur, &, si contra factum esset, vti liceret ei abducere: etsi per plures emptores mancipium cucurrerit, ei, qui primo vendit, abducendi potestas sit.

PActum de non prostituenda ancilla, & si prostituta esset, de ea abducenda à venditore, legitimum est, & comprobatur Hadriani constitutione, *l. 1. C. si mancip. ita ven. ne prostit.* Huc pertinet, quod Spartianus in Hadriano scripsit, vetuisse Hadrianum vendi ancillam, vendi lenoni, nisi causa præstita. Leno enim, quamcunque emit, eandem prostituit, cum nihil honestum, & liberale cogitet, sed potius omnia sordida, turpia, & quæstuosa. Non obstat lex *Diuus 7. inf. de iure patron.* vbi eadem pactio, id est, eiusdem pactionis inuentio tribuitur Vespasiano. Dicendum est enim pactionem, quæ est in *l. Diuus*, diuersam esse ab hac pactione. Id quod apparet ex *l. pen. inf. de seruis export.* Itaque deceptus est in eo Accursius in *l. sed in hac lege, sup. de in ius voc.* Ratio huius pactionis hæc est. Ad honeste viuendum pertinet, quod præcepto iuris traditur, ad tuendam pudicitiam, & auaritiam dominorum coercendam. Si quis ergo ancillam, contra hanc pactionem prostituerit, licet venditori abducere. Iurisconsultus alibi dixit manum iniicere, *l. sed si hac, de in ius voc. l. Imperator, qui sine manumiss. ad liberta. peruen.* Est autem abducere, siue manum iniicere propria auctoritate, non exspectato iudicis iussu vindicare. Ita vsurpauit Quintilianus libro septimo cum ait, *patrono in liberto manus inie-*

A
ctio esto. Vna est exceptio huius regulæ in *l. Titius, inf. de seru. export.* Vbi ancilla primum vendita fuit hac lege, vt si prostituta esset, liceret manum iniicere. Deinde vendita fuit hac l. vt si prostituta esset, libera fieret. hoc casu, si prostituta sit, non licet venditori abducere: Fit enim libera. Et tantus fauor est libertatis, vt ius priore pactione quæsitum exstinguatur. Ex his nascitur hæc quæstio, si is, qui hac lege vendidit, permisit prostitui: an libera fiat? Videbatur esse dicendum non fieri, quia vnicuique liceat recedere à conuentione, quam fecit. Verumtamen propter eundem libertatis fauorem constitutum est, vt libera fiat; quæ conditio videtur adiecta in gratiam libertatis, *d. l. Imperator.* Vbi Iurisconsultus ait, hoc scriptum fuisse ab Imperatore cum patre suo, quæ constitutio existimatur
B
vulgo deesse. Ego autem puto esse *l. 1. C si mancipium ita venierit ne prostit.* Dicta enim *l. 7.* continet eandem omnino sententiam, quæ est in *d. l. Imperator.* Itaque existimo quoque vitiosam esse inscriptionem leg. *Imperator*, vti multæ aliæ sunt vitiosæ. Et ita esse restituendam: *Imperator Seuerus, & Antoninus Augusti.* Hi enim sunt, quos Iurisconsulti intelligunt, cum dicunt, Imperator cum patre suo, *l. si duo §. vlt. sup. de in iureiur. l. 6. §. sed etsi, inf. de excusat. tutor.* Huic conuentioni est alia non dissimilis, quæ fere semper eodem loco, & coniunctim tractatur, si prostituta ancilla sit, libera fit. Cuius ratio eadem est, quæ superioris. Et huc pertinet *l. Diuus, de iure patron.* In qua Accursius existimat, hanc esse conuentionem, si sine priore conuentione veniit, erit libera. Finge ancilla veniit hac l. vt si prostituta esset, libera fieret. Si
C
sine eadem lege veniit, existimat fieri liberam. Ego vero contra existimo, non esse satis, vt libera fiat, si sine hac lege veniit, sed necesse esse vt prostituta sit, quod conuentio ipsa diserte desiderat. Et non peccatur aduersus conuentionem, cum prostituta sit. Huius rei hic est effectus, quod ea, quæ sic fit libera, est liberta prioris venditoris, *d. l. Diuus, & d. l. sed si hac lege.* Itaque non potest eum in ius vocare, nisi passus esset ipse eam prostitui. Eo enim casu, ius quoque patronatus ipse amittit. Alter effectus est, quod ancilla hoc modo liberata, emptor non agit emptionis nomine aduersus venditorem, *l. si mancipium 34. de euict.* Euictio enim contigit sine culpa venditoris.

D

Ad L. LIX.

Cum venderes fundum, non dixisti, ita vt optimus maximusque: *verum est, quod Quinto Mutio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum præstari oportere. Idem & in vrbanis prædiis dicendum est.*

QVi non adiecit in vendendo fundo formulam hanc. Vti optimus maximusque est: eum qualis est præstare debet, non liberum, *l. 35. sup. de seruit. vrb. l. 6. §. 4. sup. commun. præd. l. 21. sup. de condict. indeb. l. 8. in princ. inf. de act. emp.* Difficultas igitur huius legis pendet ex hac formula, *vti optimus maximus.* Sciendum est in primis, hanc formulam solitam adiici in venditionibus, Siculus *in libro de condition. agrorum.* Hæc formula significat fun-
E
dum esse præstandum liberum ab omni seruitute, *l. pen. de euict. l. si cum fundum 126. de verb. signific.* Adiuuat hanc interpretationem Cicero in oratione *de lege agrar.* vbi optimo iure prædia ea vocat, quæ sunt libera, non serua. Hæc formula eandem interpretationem recipit in legatis, *l. seruo 69. §. si fundus, de leg. 1. l. non tantum 168. de verbor. signif. l. si mihi Manius 92. §. 1. & l. Lucius 93. §. pen. de leg. 3.* Eandem quoque interpretationem recipit in stipulationibus *d.* lex *non tantum.* Hæc interpretatio porrigenda quoque est ad ædes venditas. In ea enim venditione eandem interpretationem habet, quam in venditione fundi, *l. vti optime, de verbor. signific.* Coniunge hanc *l.* cum *l. 6. comm. præd.* Vna exceptio est iuris huius, *d. l. si cum fundum,* quoties additur aliquid illi formulæ à quo inter-

pretationem accipiat, ex eo, non ex sua natura explicanda est. Ei vero hoc adiectum est: *Ius fundi deterius factum non esse per dominum, præstabitur.* Itaque propter hanc adiectionem non præstabit liberum, vt formula significat, sed hoc tantum *ius fundi deterius factum non esse per dominum*, id est, dominum fundi purum, & absolutum tantum præstabit, liberum autem fundum à seruitutibus non præstabit. Ita plerumque ex consequentibus præcedentia restringuntur, & explicantur, *l. si venditor* §. 1. *l. qui fundum* §. *qui agrum*, *sup. eod.* Latius quoque patet interpretatio huius formulæ. Cuius rei exemplum est in *l. cum de lanionis* §. *item cum fundus*, *de instrum. leg.* vbi fundo legato sub hac formula, *vti optimus maximusque est*, instrumenta ea legata videntur, quæ ad id pertinent, in quo maxima pars fundi consistit. Idem dicitur apud Paulum *libro 3. Sentent. tit. 6.* §. *fundo legato.* Itaque si hæc formula non est adiecta, *vti optimus maximusque est*, fundus præstari debet qualis est, i d est, si liber sit, liber; seruus, si seruus sit. Huius rei ratio est in *l. alienatio*, *inf. eod.* Hæc enim l. continet rationem huius, & hæc l. continet exemplum illius. Nam quoties res aliqua alienatur, cum sua causa alienatur. vt fundus, si alienatus sit, si liber est, alienatur cum hac causa: si seruus, alienatur cum eadem causa. Deinde in fine eius *l. alienatio*, subiungitur exceptio, *preterquam si aliquid nominatim sit constitutum.* In quibus interpretandis fallitur valde Accursius. Ita enim interpretatur, præterquam si constitutione aliqua contra aliquid cautum fuerit, veluti, *l. 2. C. si aduers. vendit. l. cum notissimi, C. de præscript. trig. vel quadrag. ann.* Sed sciendum est, hanc leg. *alienatio* Pomponij esse: dictam vero leg. *2. & l. cum notissimi*, esse Diocletiani & Iustini. Qui igitur fieri posset, vt Pomponius, de illis constitutionibus cogitasset, quæ multis post eum seculis latæ sunt. Similis error Accursij est in *l. 6. sup. de restitut. in integr.* Similis error in *l. 3. sup. de petit. hered. & l. 1. C. de reb. cred. & iureiur. in fi.* Pomponij igitur verba sic interpretor, præterquam si nominatim aliquid conuenerit inter contrahentes: Veluti si adiectum sit, *vti fundus optimus maximusque est*: hoc enim casu id ipsum præstandum est, de quo conuenit, etiamsi non insit rei venditæ ex sua natura. Ita explicata est ea *l. alienatio*, & l. nostra hæc. Sed Accursius nobis negotium facit. Summa igitur sententia legis nostrę hæc est: Qui vendidit fundum, *vti optimus maximusque est*, liberum præstare debet: Qui vero simpliciter vendidit sine hac formula, vendidit cum sua causa. Ergo si seruus sit, liberum præstare non debet. Accursius tamen existimat præstandum etiam esse hoc casu liberum. Quod existimo esse falsum. I. Quoniam Iurisconsulti constituunt differentiam inter fundum venditum sub hac formula, *vti optimus maximusque est*, & fundum simpliciter venditum sine hac formula, in hac *l. & d. l pen. de euiction.* At si simpliciter fundus venditus esset, sine hac formula, liber præstandus esset. Nam etiam sine illa formula venditus, liber esset, quod est absurdum dicere. Altera ratio. Diserte hic exprimitur, cum sine hac formula venditus est, non præstari liberum. Eodem pertinet *d.* lex *pen.* Vbi dicitur, venditorem euictionis nomine non teneri in eo iure quod tacite solet accedere, si non adiecta est illa conditio, *vti optimus maximusque fuerit.* Obiicit Accursius *l. quoties 61. de adilit. edic.* eandem quoque Alciatus obiicit. Respondeo, hæc l. nihil pugnat cum nostra sententia: Docet enim tantum quoties de seruitute agitur, victum præstare debere quanto minoris. At negamus hic agi de seruitute, idque aperte expressum est à Iurisconsulto, *h.l. & d. l. pen.* Eodem modo respondendum est ad *l. sed si quid* §. *1. de euict.* in qua legendum *seruitus*, pro *seruus*, vt docet *d. l. quoties*, & responsio ipsa. Vetustissimi quoque interpretes ita legerunt, vt Odofredus: *sed & si seruitus euincatur.* Obiicitur *l. in venditione 41. inf. de actionib. emp.* vbi vendita erat domus cum aquæductu, pro quo soluebatur pensio, de ea autem pensione in sententia nihil erat dictum: Et ait Iurisconsultus, deceptum emptorem agere posse ex empto.

A Respondendum est in specie *leg. in venditione*, non esse expressum, an vendita sit domus sub hac conditione, *vti optima maximaque est*, nec hoc quoque negatum est. Itaque in dubio ea potius interpretatio sequenda est, quæ iuris definitionibus conuenit. Interpretor igitur venditam esse domum sub hac formula, vti optima maximaque est, vel sub alia simili, quod obligat venditorem ad præstandam domum liberam omni seruitute. Alciatus ad legem, *qui vti optima maximaque*, *de verbor. significat.* aliud addit, nempe si quis sub hac formula, *vti optimus maximusque* emerit, nec fundus præstetur liber ab emptore, rescindi venditionem; id autem nullo iure probatur, nec ratione. Itaque non magis illi credendum est, quam alij, cum neque legem, neque rationem adducat. Deinde hoc esse falsum conuincitur *hac l. nostra*, *& d. l. pen. de euiction.* Vbi non dicitur rescindi venditionem hoc casu, sed liberum esse præstandum fundum, id est; euictionis iudicio propter seruitutem cum venditore agendum.

B

Ad L. LX.

Comprehensum erat lege venditionis, dolia sexaginta emptori accessura, cum essent centum. In venditoris fore potestate responsum est, qua vellet, dare.

DVæ difficultates hic occurrunt, quarum vtraque notatu & memoria digna est: breuiter & concise reiectis ambagibus expediemus vtramque. Vna itaque est, an

C necessaria fuerit conuentio, vt dolia accederent venditioni fundi? Nam ipso iure videntur esse vendita cum fundo, nec necessaria est conuentio, vbi ipso iure aliquid fit. Sed dicendum est quædam dolia accedere venditioni sine vlla conuentione expressa, qualia sunt ea, quæ defixa sunt, vel defossa, de quibus non agitur hic. Quædam vero non accedunt venditioni fundi, vt ea quæ mouentur. Itaque in his necessaria fuit conuentio, si vellet emptor ea accedere fundo, *l. cum fundus 2. inf. de instruc. vel instr. leg.* Altera difficultas est: cum sunt centum dolia, & sexaginta tantum vendita sunt, venditoris videtur esse non dare, quæ vellet, sed emptoris potius esse accipere quæ velit, quia pactio obscura est, quam solemus interpretari aduersus venditorem, & pro emptore, *l. Labeo*, *sup. eod.* Sed quod dicitur pactionem obscuram interpretandam esse contra venditorem,

D hoc ita accipiendum est, quoties alicunde certam interpretationem accipere non potest: Hic autem accipere potest certam interpretationem ex regula iuris, qua traditum est, cum res incerta debetur, vel per alternationem, vel alio modo, electionem esse debitoris. Merito igitur eligit venditor, quæ velit dare. Similia sunt exempla *sup.* in *l. si ita distrahatur*, *& l. si in emptione* §. 1. *&* §. *pen. eod.* Interim tamen moneo auditores, vt videant *Obseru* 1. *cap.* 10. vbi notaui pro verbis *eum deberi, quem venditor elegerit*, supponenda esse verba, *quem emptor.* Explicuimus *l.* LXI. in *l. suæ rei, supra.*

Ad Leg. LXII.

E *Qui officij causa in prouincia agit, vel militat, prædia comparare in eadem prouincia non potest: præterquam si paterna eius à fisco distrahantur.*

1. §. *Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro priuatis comparauit, licet emptio teneat, ex empto tamen aduersus venditorem experietur: vt consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.*

2. §. *Res in auersione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit: etiamsi res adsignata non sit.*

HAnc l. exposuimus quoque supra in *l non licet ex officio.* præter id quod diximus ibi, addendum est, non solum, Rectores prouinciarum, & cæteros prohiberi emere in prouincia, sed & eorum officiales, *qui circa eos sunt*, inquit Iurisconsultus, *l. principalibus*, *sup. si cert. pet. l. 3.*

C. si cert. pet. Et hoc accipiendum est de liberis, domesticis, assessoribus, & Comitibus eorum, l. vnic. C. de contract. iud. l. plebiscito, de officio præs. sup. l. diem functo, sup. de assessor. id intelligendumque est de officialibus temporariis, qui ad tempus tantum in prouincia officium gerunt: Nam qui sunt perpetui, quales sunt actuarij, tabularij, viatores, non prohibentur emere in prouincia, l. præsidis, sup. si cert. pet. Hac ratione Magistratus nostri, qui hodie in Gallia perpetui sunt, non prohibentur emere. §. 2. est à nobis explicatus supr. in l. loca sacra. Postremus §. est à nobis explicatus, in leg. quod sæpe. §. in his.

Ad L. LXIII.

Cum seruo dominus rem vendere certa persona iusserit, si alij vendidisset, quam cui iussus erat, venditio non valet. Idem iuris in libera persona est, cum perfici venditio non potuit in eius persona, cui dominus venire eam noluit.

DVbitatio huius §. primi in eo est, quod quæ necessaria sint ad venditionem, ea hic interuenerint. Itaque videtur emptio esse perfecta & valere. Nam interuenit pretium, merx, & consensus eius qui vendidit, qui solus est necessarius. Quamquam enim plerumque res aliqua adquiratur, tamen illius solus consensus est necessarius, qui emit vel vendidit, l. in huiusmodi. sup. h. t. Sed idcirco non valet venditio, quia mandatum est vt certæ personæ res venderetur, & vendita non est ei certæ personæ: Nam hoc casu propter mandatum necessarius est consensus mandantis, non autem vendentis tantum, l. sed si seruo, sup. eod. Defuit autem hic consensus mandantis, quia voluerat alij vendi, quam cui vendita res est. Est autem in hoc §. exemplum regulæ illius, quæ traditur in mandato, mandati scilicet fines esse diligenter custodiendos, l. diligenter, sup. mand. Quod nos monet, vt coniungamus hanc l. cum l. ita vt 36. sup. mand. quæ ex eodem libro sumpta est, & plurima eiusdem regulæ exempla habet.

Ad §. 1.

Demonstratione fundi facta fines nominari superuacuum est: si nominentur, etiam ipsum venditorem nominare oportet: si forte alium agrum confinem possidet.

HÆc regula hic traditur: In venditione fundi oportet fines demonstrari, l. Titius heres, inf. de act. emp. vbi additur non necesse esse eos nominari. Ex quo nascitur huius l. difficultas, quia propter fines non nominatos videtur incertus fundus venditus, & proinde nulla est venditio. Sed demonstratio est nominis vice. Nihil enim interest, an proprio nomine res aliqua nominetur, an vero alio modo quolibet demonstretur, l. certum 6. sup. si cert. pet. l. si in rem, sup. de rei vindic. l. nominatim, inf. de condit. & demonstrat. Obiicit Accursius d. leg. Titius heres. Dicendum est, eam legem nihil pugnare cum hoc loco, sed potius cum eo congruere: Nam illic dicitur fines esse ostendendos: hic vero demonstrationem fundi esse faciendam, quæ eadem sunt. Demonstratio enim fundi fieri non potest nisi finibus ostensis. Sed hic præterea additum, vbi fines ostensi sunt, non opus esse nominari. Rursus obiicit leg. quod sæpe §. vlt. sup. vbi dicitur, confinem non esse celandum in venditione fundi. Hic autem dicitur superuacuum esse nominare. Respondeo, diuersas esse has species: Nam illic agitur de confini, id est, vicino nominando. Hic vero de finibus & limitibus ostendendis. Inter quæ plurimum interest. Hoc autem imposuit Accursio, quod hoc loco legit confines, vt in d. §. vlt. d. leg. quod sæpe, legitur, confinem. Hic autem legendum est fines, non confines, vt in Florent. & aliis libris. Si quis instet, fines non posse demonstrari non nominato vicino, & hic quoque ita perinde nominandum fuisse vicinum atque illic: Respondendum est, discrimen aliud inter has species indi-

A cari ex his verbis d. §. vlt. confinem celauerit, quem emptor si audiuisset empturus non esset. Hic enim nullus talis vicinus fuit: proinde non necesse fuit nomen eius exprimi. Si autem non nominentur) Haloander addit hanc negationem, sed male. In Flor. enim legitur, si nominentur, quæ lectio melior est.

Ad L. LXIV.

Fundus ille est mihi & Titio emptus. Quæro, vtrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondi, personam Titij superuacuo accipiendam puto: Ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere.

B QVæro, an venditio in totum aut in partem consistat? Videbatur venditio tantum consistere in partem, hoc est, emptoris, & pro parte Titij esse nulla, quia Titius non contraxit, & alij per alium adquiri non potest, l. stipulatio ista §. alteri, de verbor. obligat. & tit. per quas person. nobis adquir. Instit. Deinde eadem de causa stipulatio hoc modo concepta, id est, ab altero, in personam absentis nulla est. Contractus quoque de constituta pecunia nullus est, d. §. alteri, l. cum quib. de constit. pecun. Responsum tamen est, emptionem valere, & quod Titio adquiri non potest, id adquiri emptori, & perinde esse, ac si Titius totum fundum emisset. Rationem iuris huius vulgo hanc reddunt, quod in contractibus est locus iuri accrescendi: Falsa est hæc sententia: Nam ius accrescendi locum habet in hereditatibus, legatis & testamentis, non
C autem in contractibus, & ll. omnes quæ loquuntur de iure accrescendi, de legatis & de hereditatibus loquuntur, nullæ autem de contractibus? Maxime l. vn. C. de caduc. tollend. quæ de iure accrescendi lata est, loquitur de donationibus causa mortis, testamentis & de hereditatibus, de contractibus nullam mentionem facit. Postremo rationes iuris repugnant, vt ius accrescendi locum habeat in contractibus: Nam quoties locus est iuri accrescendi, id alij accrescit, quod ab vno repudiatum, aut morte interueniente, vel alia idonea causa peti non potest. At hoc loco, non est repudiatum ab vno, nec ab eodem petitum: neque id etiam facere potuit, cum nihil iuris habuerit: Nam nec ipse contraxit: nec mandauit vt contraheretur nomine suo. Obiiciunt locum esse iuri accrescendi in vsufructu,
D t. de vsufructu accrescendo, sup. & vsufructum constitui pactionibus & stipul. §. 1. Instit. de vsufr. l. 3. sup. de vsuf. Ergo in contractibus esse locum accrescendi. Respondeo non esse locum iuri accrescendi in vsufructu pactionibus vel stipulationibus constituto, sed in vsufructu legato tantum, quod ipse t. de vsufr. accresc. indicat. Cuius ll. omnes loquuntur nominatim de vsufructu legato, non autem pactionibus aut stipulatione constituto. Obiicitur l. proprium, sup. comm. præd. vbi si quis seruitutem sibi & alteri sit stipulatus, adiectio alterius pro superuacua habetur, & tota seruitus adquiritur stipulatori. Respondeo: hoc non fieri iure accrescendi, sed propter naturam rei, hoc est, seruitutis, quæ indiuidua est, nec patitur vt quidquam decrescat, vel de ea minuatur. Obiicitur postremo hæc l.
E nostra, vbi res indiuidua non est suapte natura, tamen videtur locus iuri accrescendi. Respondeo: emptum fundum totum adquiri emptori non iure accrescendi, sed ex æquo & bono, quia tam emptori quam venditori expedit ita fieri. Venditori, qui non contraxit cum Titio, pretium ab eo petere non potest. Deinde, non vendidisset fundum nisi totum. Emptori vero expedit, qui citra mandatum Titij emit, & Titius forte ratum postea non est habiturus. Deinde empturus non fuisset nisi totum. Præterea vtrique expedit, totum fundum esse emptum vni, & in communionem non incidere, ad quam nemo inuitus est compellendus, l. si non sortem §. si 100. sup. de condict. indeb. l. si quis animalia 46. de solut. l. cum pretium §. dulcissimis, de leg. 2. Huc pertinet l. quod si vno, inf. de addic. in diem. Et hæ sunt rationes quidem, cur tota res hic vendita sit, non

propter ius accrescendi. Obiicitur rationi huius legis nostræ vel huic legi, *l. mihi 110. de verb. oblig.* vbi stipulatus 10. sibi, & alij, 5. tantum sibi adquirit non tota 10. pro parte ergo valet contractus, non in totum, vt hic. Dicendum est, illic agi de contractu stricti iudicij, quod strictissime solemus interpretari, nec verbis eius fauemus, vt ea per interpretationẽ ex æquo & bono ad alia producamus, *l. quicquid adstringendæ, de verb. oblig. inf.* Hic autem est contractus bonæ fidei, in quo ex æquo interpretamur, & voluntatem & vtilitatem contrahentium magis, quam verba spectamus. Obiicitur item *l. eum qui §. item si mihi, sup. de constit. pec.* vbi non potest adquiri obligatio constitutæ pecuniæ per alium. Itaque nec emptio quoque per alium adquiri posse videbatur. Dicendum est: diuersas esse species magis quam contrarias. Nam in eo §. *Item*, nulla pars obligationis adquiritur, quia tota erat collata in personam alterius. In hac autem specie pars tantum contracta est in personam alterius, pars vero in personam ex contrahentibus. Et idcirco pars collata in personam alterius, huic accedit propter naturam rei: suapte quidem natura indiuidua non est, sed propter vtilitatem contrahentium. Lex 65. explicata est in l. 20.

Ad Leg. LXVI.

In vendendo fundo quædam, etiamsi non condicantur, præstanda sunt: Veluti ne fundus euincatur, aut vsusfr. eius. Quædam ita demum si dicta sint, veluti viam, iter, actum, aquæ ductum præstatu iri. Item & in seruitutibus vrbanorum prædiorum.

HÆc l. 3. habet §§. omnino dissimiles. De §. 1. dicemus prius. Æquum est ea venire in venditionem, quibus non præstitis nimium falleretur emptor, & res ipsa abesset. Tametsi igitur dictum non sit, vt fundi euictio præstetur aut vsusfructus euictio, hæc tamen præstanda sunt, perinde ac si nominatim de iis conuenissent: Nam his non præstitis res abesset, sine qua emptio non consistit. Huc valde pertinet *l. ex empto, inf. de act. emp.* Vbi dicitur, hoc naturaliter inesse iudicio empti, vt res præstetur: & sane venditor præstare debet habere licere, *l. emptor. eod.* quod non esset, si res abesset, aut vsusfructus. Prima igitur exempla earum rerum, quę præstantur tametsi expressæ non sint, sunt rei euictio, & vsusfructus euictio. Subiicio nunc duas generales exceptiones huius regulæ. Vna est in *l. si fundum, C. de euict.* nisi emptor sciens alienum fundum esse, emerit, hoc enim casu non præstat euictionem fundi venditor. Non videtur enim deceptus qui sciens alienum fundum emit, & imputare sibi debet, qui non cauerit, cum cauere possit. Secunda est in *l. 1. C. eod.* Nisi fundus aliquis ex vendita hereditate euictus sit: Non enim hoc præstat venditor: Nam quoties venditur hereditas, ius quoddam venditur, non res certa. Tametsi igitur fundus aliquis ex hereditate euictus sit, aut res quæuis aliena, non desinit ius venditum esse. Imo etiamsi res omnes hereditariæ euincantur, nullam earum præstare debet venditor: quia hoc ius qui emit, speciem tantum quandam emit, non rem certam. Itaque si in hereditate nihil reperiatur: non desinit valere emptio: vt nec missilium atque iactus retis in mare, tametsi neque missilia capta sint, neque pisces, *l. nec emptio. sup. hoc tit. l. quod si in venditione & seq. infr. de hered. vel act. vend* Alterum exemplum eorum quæ præstantur, etsi dicta non sint, est in *l. si cum fundum, inf. hoc tit.* Imo plura sunt exempla huius rei in ea *l.* Primum enim exemplum est, præstandam esse bonam fidem & diligentiam à venditore, tametsi expressum hoc non sit. Idem dicitur in *l. 5. §. nunc videndum, sup. commod.* Hoc autem fit, quia vtilitas vtriusque, hoc est, emptoris & venditoris in hoc contractu vertitur. Alterum est, præstandum esse dolum, etiamsi non dicatur, *d. §. nunc videndum, & l. ea quæ commendandi, §. vlt. hoc tit.* Ita explicata est lex, *si cum venderes, inf.* nisi quod Accursius hic quærit, si venditor tradere possit rem

A venditam, num res ab eo vindicari possit? Et existimat vindicari posse. Ego autem nego posse: quia emptor cui nondum res tradita est, non est dominus, *l. eum qui, inf. de furt.* Itaque non potest agere rei vindicatione, quæ soli domino competit, & hoc expressum est in *l. Quintus 41. inf. de act. emp. l. qui pendentem 26. eod. l. si agens, sup. de rei vindic. l. seruum, C. de rei vind.* Quædam sunt, quæ non sunt præstanda nisi dicta sint: Ea videlicet, quib. non præstitis non nimium falleretur emptor, & res vendita non desineret esse integra. Eius generis sunt, iter, via, seruitutes rusticæ, vrbanæ. Ex quo conuincitur manifeste error Accursij, quem nuper reprehendi in *l. cum venderes, sup. hoc tit.* Hic enim dicitur nominatim, seruitutes non esse præstandas, nisi nominatim hoc conuenerit.

B

Ad §. 1. Si cum.

Si cum seruitus venditis prædiis deberetur, nec commemorauerit venditor, sed sciens esse reticuerit, & ob id per ignorantiam rei emptor non vtendo per statutum tempus eam seruitutem amiserit: quidam recte putant, venditorem teneri ex empto ob dolum.

SEruitus statuto tempore amittitur, *toto tit. quibus modis seruit. amit. sup.* Vbi Iurisc. perpetuo vtitur his verbis: *Seruitus amittitur statuto tempore.* Hoc statutum tempus apud veteres fuit biennium. Paulus tit. *de seruitutibus lib. 1. Sent. l. pen. C. de seruitutib. & aqua.* Et existimo C apud Iurisc. olim lectum fuisse *biennio*, pro, *statuto tempore.* Sed illud *biennio* immutatum fuisse à Triboniano propter *l. pen. & vlt. C. de seruit. & aqua,* vbi constitutum est à Iustiniano, vt seruitus inter præsentes quidẽ amitteretur 10. annis: inter absentes vero 20. Ne igitur responsa Iurisc. his constitutionibus repugnarent, scripsit Tribonianus *statuto tempore*, pro, *biennio.* Eodem modo mutauit *l. Attilicinus 17. inf. de pact. dotal.* Dos olim re mobili constans exigebatur annua, bima, trima die. Vlpianus *tit. de dotib.* Hodie vero exigitur statim post annum finitum. Cum igitur scriptum esset in ea *l. Attilicinus*, annua, bima, trima, ita mutauit Tribonianus. *statuto legib. tempore:* finge nunc: seruitutem amisit emptor non vtendo per statutum tempus, hoc est 20. inter absentes, & non vsus est, quia nesciebat ius seruitutis sibi competere, idque reticuerat venditor D in vendendo, itaque commisit dolum. Nam dolum commissum esse arguit scientia, quæ in mala fide constituit venditorem, *l. si sciens, sup. hoc tit. l. si fideiussor 29. in princ. sup. mand. & l. ea quæ commendandi, §. vlt. sup.* Venditor enim hic insidiose & obscure dissimulauit. Apparet igitur dolum esse commissum: propter hunc dolum tenetur actione ex empto. Itaque si venditor non sciuerit eam seruitutem deberi, est bonæ fidei venditor, & statim securus est, *arg. d. l. fideiussor §. 1. & §. si cum debitor, & l. si procurat. 8. §. pen. sup. mand.*

Ad §. II. Quintus.

§. 2. Quintus Mutius scribit: qui scripsit ruta cæsa, E *quæque ædium fundive non sunt, bis idem scriptum: nam ruta cæsa ea sunt, quæ neque ædium, neque fundi sunt.*

QVis scripsit puto legendum. Ita legitur in Flor. In *l. venditionis* solita sunt addi hæc verba: *Ruta cæsa. Varro lib. 8. de ling. lat. Cic. 2. de Orat. & in fine Top.* Festus Põpeius, ruta cæsa ita explicat: *Ruta cæsa dicuntur, quæ venditor possessionis vsus sui gratia concidit, ruendoque contraxit.* Quibus verbis hoc significat: Cum vendebatur possessio vel fundus, venditor excipiebat quidquid cæsum aut rutum esset. Nonius Marcell. explicat *ruta, diruta,* & citat ex *lib. 2. Georg. Virgilij.* Eadem est interpretatio Iurisconsult. in *l. fundi 17. §. 3. inf. de act. emp.* Vbi adfert exemplum rutorum & cæsorum. Hinc apparet, recte dictum esse in *hac lege,* Ruta cæsa quæque ædium non essent:

bis idem scriptum esse. Nam quæ sunt ruta & cæsa ædium non sunt *l. granaria 18. de action. emp.* Vbi regulæ nondum ædificiis impositæ in rutis & cæsis habentur. Id quoque confirmatur *l. in rutis 241. inf. de verb. signific.* ex quibus licet intelligere vitiosam esse scripturam leg. *si venditor §. Firmus* (in Florentinis) *inf. de act. emp.* Vbi ruta, cæsa, & vincta fixaque eodem loco ponuntur. At vincta & fixa ædium sunt. Ruta vero & cæsa ædium non sunt, & nominatim dicuntur ædib. non esse affixa, *d. l. fundi, d. l. in rutis, d. l. granaria,* & in hac ipsa *l. si venditor,* in Florent. Itaque in illa *l. si venditor,* ita legendum est: *An hæ vt vincta fixaque ædium essent, an vt ruta cæsaque non essent ædiū.* Et ita hæc lex *si venditor,* si ita legatur, conuenit cum aliis locis iuris, quos citaui. Superest vnus locus Cicer. *libro 2. de Oratore,* de hac re obiicit Crassus Bruto, quod in ædibus vendendis rutis cæsis receptis, solum paternum non recepisset. Qui locus mire torquet aliquem interpretem. Quærit enim cur illi obiiciatur, quod solum paternum in rutis cæsis non receperit, cum certum sit, solum nōn contineri appellatione rutorum cæsorum, ex *d. l. rutis.* Dicendum est, solum in eo loco, non accipi pro reliquiis soli paterni, vt existimauit, sed pro sella in qua Iurisconsulti sedentes respondebant. Itaque nonnulli eo quoque loco *solium* legunt, quod idem significat & vtramque dictionem vsurpat Festus in *d. solla.* L. 67. explicui in *l. cum venderes. L. 78. in 66.*

Ad L. LXIX.

Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, & circa eum lacum pedes decem. Quæro, numquid & decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus creuit: an proximi pedes decem ab aqua, Rutiliæ Pollæ iuris fiunt. Proculus respondit: Ego existimo eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse quatenus tunc fuit, & circa eum decem pedes, qui tunc fuerunt. Nec ob eam rem, quod lacus postea creuit, latius eum possidere debet, quam emit.

QVæstio est in eo, an intelligamus 10. pedes esse venditos circa aquam cum lacus creuit, an vero cum in eo statu est lacus, in quo fuit cum venderetur. Difficultas nascitur ex hac iuris definitione, quod commoda omnia, quæ accedunt rei venditæ, pertinent ad emptorem, & maxime quod alluuione accrescit fundo. In qua specie videmus versari *§. cum autem, Instit. eod. l. id quod, inf. de peric. & comm. rei vend. l. 1. C. de peric. & comm. rei vend.* Cum igitur lacus creuerit, videntur 10. pedes iure alluuionis adquisiti esse emptori. Respondet tamen, venditum intelligi fundum in eo statu, in quo fuit cum emeretur. Itaque si lacus creuerit, 10. pedes venditi aqua teguntur, neque intelligendi sunt 10. pedes ab aqua, quæ nunc creuit. Ratio huius decisionis hoc iure nititur, quod lacus accessionem vel decessionem non recipit, *l. vicinus §. vlt. inf. de aqua pluuia ar. l. lacus, inf. de adquir. rer. dom.* Vbi pro *exarescant,* legendum est *decrescant.* Ita legit vetustissimus interpres Goffredus. Et ratio hanc lectionem confirmat: Ibi enim recte opponuntur crescere & decrescere, quam crescere & exarescere. Et ita hæc verba opponuntur in *d. §. vlt. l. vicinus.* Deinde lacus est, qui perpetuam habet aquam, *l. 1. vt in flu. publ. nauig. lic.* Perpetuam autem non haberet aquam si exaresceret. lacus quoque debet esse perpetuus, *l. via §. 1. sup. de seruit. rustic.* perpetuus non esset si exaresceret. Accurs. *d. l. vicinus. §. vlt.* sic legisse videtur etiam Hanc lectionem in Obseruat. meis Obseruo, sed eam nunc aliis rationibus firmo.

Ad L. LXX.

Liberi hominis emptionem contrahi posse, plerique existimauerunt: si modo inter ignorantes id fiat, quod idem

A *placet, etiamsi venditor sciat, emptor autem ignoret. Quod si emptor sciens liberum esse, emerit: nulla emptio contrahitur.*

HAnc leg. explicuimus in *l. 4. sup. de contr. empt.* & in l. *si in empt. §. liberum hominem, sup. Plerique existimauerunt*) Hæc verba sunt probantis, non dubitantis, neque negantis.

Ad L. LXXI.

Imperatores Antoninus & Verus Augusti Sexto Vero in hæc verba rescripserunt: Quibus mensuris aut pretiis negotiatores vina compararent, in contrahentium potestate esse:

B *Neque enim quisquam cogitur videre, si aut pretium aut mensura displiceat: præsertim si nihil contra consuetudinem regionis fiat.*

VAria fuerunt rerum pretia pro rerum varietate. Et inde nata est difficultas huius l. & *l. vinum, sup. si cert. pet. l. ideo, de eo quod certo loco, l. pretia, inf. ad l. Falcid.* Res quoque variis mensuris & ponderibus venditæ fuerunt, vt apparet ex hoc loco, *& l. arbitrio §. de eo, sup. de dolo.* Imo in eadem regione plerumque sunt diuersa rerum pretia & pondera. Itaque nulla fit iniuria iuri publico, si conueniat de certa mensura vel pondere quibus res vendatur, & huic conuentioni standum est. Interposita est enim super adminiculis contractus, de quibus arbitrio nostro pacifcimur, *l. pacisci, de pact.* Nam sane super iis rebus, ex

C quibus emptionis substantia consistit, non licet contra ius publicum pacisci, *l. seq. & l. ius publ. sup. de pact.* Non est tamen hic inferendum, non licere contra regionis consuetudinem pacisci: hoc enim ad substantiam contractus non pertinet. Idque nominatim est expressum in *l. circa, C. loc.* In qua l. delendum est pronomen *hoc,* & pro *potest,* legendum, *possunt.*

Ad L. LXXII.

Pacta conuenta, quæ postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur. Quæ vero adiiciunt, credimus hoc non inesse. Quod locum habet in his, quæ adminicula sunt emptionis: veluti ne cautio duplæ præstetur,

D *aut vt cum fideiussore cautio duplæ præstetur. Sed quo casu agente emptore, non valet pactum: idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. An idem dici possit, aucto postea, vel deminuto pretio, non immerito quæsitum est: quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: Si omnibus integris manentibus de augendo, vel deminuendo pretio rursum conuenit, recessum à priore contractu & noua emptio intercessisse videtur.*

PActa & pacta conuenta idem significant. Hoc indicat *l. iurisg. §. idem responsum, sup. de pact.* vbi in eadem re solo verbo pacti vtitur. Hoc indicat *§. ait Prætor, d. l. iurisg.* vbi pacta conuenta dicuntur, quæ toto tit. de pact. dicuntur pacta simpliciter. Plerumque hæc nomina separantur, & altero eorum tantundem significatur quantum vtroque.

E Plerumque coniunguntur: Vnam tamen rem tantum & eandem significant. Hinc Paulus *lib. 1. Sent.* inscripsit titulum, *de pactis & conuentis.* Hinc Cicero *pro Cæcinna quæ indicia aut stipulationis, aut pacti, aut conuenti formula.* Pacta quoque nuda & pactiones idem significant. II Sciendum est, adminicula emptionis esse, quæ iuuant contractum, quæ sunt subsidio & auxilio contractui, sine quibus tamen consistit contractus, vt cautio duplæ. Est autem cautio duplæ, qua rei pretium promittitur in eum casum quo euincatur, *l. cum fundus 48. l. si dictum, 56. in princ. de euiction. inf.* Harmenopul. *lib. 1. tit. 9.* vertit τίμημα εἰς διπλοῦν, id est, *pretium in duplum,* siue duplum pretij. Huius quoque dupli meminit Varro *libr. 2. c. 10. de re rust.* Hæc adminicula emptionis debent esse extra natura

contractus, *l. iurisgen. §. item responsum, sup.* Ex quibus apparet error Accursij, qui existimauit naturalia esse contractus *accidentalia*. Nam si adminicula & ea quæ sunt extra naturam, eadem sunt, sequitur, ea quæ sunt secundum naturam vel naturalia esse, quæ adminiculis sunt accidentalia. Ex his quoque apparet substantiam & naturam eadem esse, & iisdem rebus constare. Videamus nunc de lege ipsa *pactorum*, quæ ex interuallo adiiciuntur contractui: quædam interponuntur super adminiculis contractus, quædam super substantia contractus. Quæ interponuntur super adminiculis, ea vel addunt vel detrahunt contractui: quæ addunt, non insunt contractui: quæ detrahunt, insunt. Exemplum eorum quæ addunt, est, vt cautio duplæ præstetur cum fideiussore. Solebant enim in emptione tantum cauere de dupla, non autem satisdare, id est, fideiussorem dare, *l. emptori, inf. de euictio.* Hoc igitur pactum non inest contractui. Itaque ait Iurisconsultus: quo quidem casu agente emptore non valet pactum, id est, hoc pactum emptori non prodest, nec eius actionem informat. Intelligo igitur hoc pactum non inesse, vt producat actionem: Nam quod attinet ad exceptionem, prodest vt omnia alia pacta, ex quibus exceptio, non actio nascitur. Et huc pertinent verba hæc huius l. *Idem vires habebit iure exceptionis agente venditore.* Quæ significant, hoc pactum tribuere exceptionem emptori, quod non potuit illi tribuere actionem. Et proinde dictum fuit initio, non inesse, hoc est, non informare actionem venditoris. Exemplum eorum pactorum quæ detrahunt, est, ne cautio duplæ præstetur. Solebat enim præstari hæc instituto & more perpetuo contrahentium. Inest igitur contractui hoc pactum, sed iure exceptionis, hoc est, vt id ad exceptionem prosit. Si igitur petatur cautio duplæ à venditore, hac exceptione se tuebitur. Idcirco autem adiecimus initio diuisionis, ex interuallo: Quia si pacta facta sunt in continenti, aliam vim habent: Nam formant ipsam actionem, id est, formam & legem dant contractui, *d. l. Iurisconsultus §. quinimo, l. cum dotem, C. de iure dot. l. si fundum, & l. initio, C. de pact. inter empt. & vend.* Itaque si in continenti adiectum sit, vt cum fideiussore cautio duplæ præstaretur, hoc pactum informabit actionem, vt iuxta illud actionem instituere possimus. Obiicitur lex *in bonæ fidei 13. C. de pact.* Vbi dicitur actio ex pacto in continenti adiecto dari, cum nunc diximus actionem tantum ex pacto informari. Respondeo, in illa *l. in bonæ fidei* interpretandum est *ex pacto*, propter pactum vel secundum pactum. Sic Latini auctores vsurpant præpositionem *ex*. Vulgo enim dicitur, ex præscripto, ex consuetudine, id est, iuxta præscriptum, consuetudinem. Hoc sensu non pugnabit quod diximus, sed conueniet cum *d. l. in bonæ fidei.* Hoc enim significabit *d. l. in bonæ*, iuxta pactum dari actionem, id est, actionem ex pacto. Formam accipere, non autem dari actionem ex pacto. Pacta vero, quæ interponuntur super iis, quæ ad substantiam contractus pertinent, vt super pretio, re, consensu: In his enim substantia emptionis consistit, vt hic *& l. 5. C. eod.* Ea, inquam, pacta insunt contractui, *l. iurisg. §. adeo, sup. de pact.* Vbi dicuntur ex eodem contractu esse, hic dicuntur inesse contractui. In his pactis ita distinguendum est: Hęc pacta vel interposita sunt re integra, vel non integra. Si res integra non est, nulla nascitur actio ex his pactis. Si vero res integra est, receditur his pactis ab emptione, & noua emptio fit, *d. §. adeo, l. si vnus §. pactus ne peteret, sup. de pact.* Et vtrumque est expressum in *l. 2. de rescind. vend.* Et quemadmodum à tota emptione nouo pacto recedi potest, ita ab eius etiam parte, *d. §. adeo. & d. §. ne peteret.* Et Iurisconsulti his casibus dicunt, contractum esse reformatum, renouatum, & repetitum, *l. iurisgentium §. quin imo, de pact.*

Ad §. 1. Papinianus.

§. 1. Papinianus: lege venditionis illa facta, Si quid sa-
A cri, aut religiosi, aut publici est, eius nihil venit. *Si res non in vsu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit, nec venditori proderit exceptio, quæ non habuit locum.*

PVblicorum duo sunt genera. Quædam sunt vel in vsu publico populi, quædam in patrimonio. Quæ sunt in vsu publico, vendi non possunt, vt campus Martius. Quæ in patrimonio, vendi possunt, vt hic. Itaque si venditum aliquid sit ex iis, quæ sunt in patrimonio populi, & postea velit venditor obiicere hanc exceptionem *si quid sacri aut religiosi*, quæ solita fuerat addi emptioni, *l. hanc legem, sup. eod.* Ea exceptio non proderit, neque oberit, quo minus recte res sit vendita publica. Obiicitur *l. apud Iulianum §. vlt. inf. de legat. 1.* Acc. soluit, ibi fuisse redacta sub pro-
B curatore Cæsaris, hic vero non. Hanc solutionem vitiosam esse indicat *l. 1. sup. de offic. procurat. Cæsar.* vbi redacta sub procuratore Cęsaris vendi non possunt à procuratore Cęsaris. Dicendum igitur est, conciliationem huius contrarij petendam esse ex verbis ipsius *l. apud Iulianum*, in his verbis: *Commercium eorum non est, nisi ex iussu Cæsaris.* Idem dicitur in *d. l. 1. de officio proc. Cæsar. l. si curator 8. inf. de iure fisci.* quę coniungenda est cum *d. l. 1.*

Ad L. LXIII.

Ædes sacra terræ motu diruta, locus ædificij non est profanus: & ideo venire non potest.

C EXplicuimus §. 1. in *l. 4.* & hic locus est in *§. sacræ, Institut.*

Ad §. 1.

§. 1. Intra materiam sepulchrorum hortis vel cæteris culturis loca pura seruata, si nihil venditor nominatim excepit, ad emptorem pertinent.

LOca pura opponuntur religiosis. Obseruandum, hoc esse sumptum ex Papin. Ille autem supra l. prox. proposuit exceptionem addi solitam in emptione fundorum. *Si quid sacri*, &c. Finge igitur, fundum esse venditum hac
D exceptione, l. *si quid sacri aut religiosi.* Certum erit hoc casu sepulchra esse excepta: quia sunt loca religiosa, quæ vendi non possunt, *l. 6. §. vlt. l. 8. §. si quis, l. 12. §. Senatusconsulto, de religiosis & sumpt. fun.* Et sane ex verbis apparet non fuisse vendita sepulchra. Sed quęritur, an loca pura intra maceriem sint excepta? Quæstionem faciebat, quod sepulchra excepta sint, & hæc loca coniuncta sunt sepulchris. Itaque propter coniunctionem & accessionem videntur debere excipi. Respondet tamen, non esse excepta, & eo ipso, quod excepta non sunt, vendita esse.

Ad L. LXIV.

E *Clauibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claues apud horrea traditæ sint: quo facto, confestim emptor dominium & possessionem adipiscitur, & si non aperuerit horrea. quod si venditoris merces non fuerunt, vsucapio confestim inchoabitur.*

SOlo consensu perficitur emptio, sed solo consensu non transfertur dominium rei emptæ, *l. eum qui emit, de furt. l. traditio, C. de pact.* Necessaria enim præter consensum rei traditio. Cuius ratio quędam hic traditur & effectus. Ratio rei tradendæ est per clauium traditionem apud horrea. idem dicitur in *l. qua ratione §. item si quis, inf. de adq. rer. dom, §. item si quis, Inst. de rer. diuis. l. 1. §. pen. inf. de adq. pos.* Quib. omnib. locis addenda est interpretatio ex his ll. videlicet ita videri dominium transla-

tum per clauium traditionem, si claues apud horrea traditæ fuerint. Ita enim videtur esse apprehensa possessio corpore, quæ oculis tantum & aspectu apprehensa est, *l. quod meo, inf. de adq. possess.* Clauium autem traditio fuit vetus symbolum transferendi dominij: Olim enim cum vxor in domum admittebatur, & domina participsque rerum constituebatur, claues illi tradebantur. Contra vero cum diuortium fiebat, & dominium rerum illi auferebatur, claues adimebantur. *Cic. 2. Philipp. Mimam illam res suas sibi habere iussit ex 12. tab. claues ademit, exegit.* Quanquam enim nonnulli eodem loco legant, *addidit:* malo tamen, *claues ademit*, quia in nonnullis veteribus libris ita reperitur, & Nonius Marc. ita legit in verbo *Eximere.* Effectus huius traditionis est dominium transferre; si dominus fuit qui tradidit: Nam plus iuris transferre non potuit, quam B habuit, *l. traditio, de adquir. rer. domin.* Si dominus non fuit qui tradidit, emptor tamen habet ius vsucapiendi. Idque obtinuit propter bonam fidem emptoris, qui ignorauit rem alienam sibi esse traditam, *§. 2. de vsucapion. Inst. l. sed etsi §. Marcellus §. prætor §. vlt. sup. de Public.* quæ iungenda est cum *l. si res aliena 10. de vsucap.*

Ad L. LXXV.

Qui fundum vendidit: vt eum certa mercede conductum ipse habeat; vel, si vendat, non alij, sed sibi distrahat: vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.

DVo sunt pacta emptionis in hac l. quib. similia sunt *l. si sterilis §. si sibi, de action. emp. & l. 2. C. de pact. inter emp.* Difficultas in his pactis nascitur. Primo, quod in priore pacto emptionis videtur deesse pretium. Itaque nulla esset emptio. Deinde, quod ex vtroque pacto Iurisc. dat actionem, cum tamen pacta nullam actionem producant. Ad primam difficultatem respondeo, vi & potestate inesse pretium in priore pacto. Ita respondet Iurisconsultus in *d. l. si sterilis §. si tibi.* Ad secundam respondeo, vtrumque pactum appositum fuisse emptioni ex continenti vel potius in ipso contractu. Itaque merito actionem producere, *l. iurisg. §. qui minor, & §. adeo, de pact.* Ideo etiam ex posteriori pacto dari actionem præscriptis verbis, *l. 2. C. de pact. inter empt.*

Ad L. LXXVI.

Dolia in horreis defossa, si non sint nominatim in venditione excepta, horreorum venditioni cessisse videri.

HÆc l. explicata est *sup. l. 40. dolia.* Ad eam interpretationem hoc addo: Vincta, fixaque sunt horreorum vel ædium, *l. si venditor hominis, de act. emp.* Dolia igitur defossa cum sint horrei, merito accedunt emptioni horreorum.

Ad §. I. Eum, qui.

§. I. Eum, qui in locum emptoris successit, iisdem defensionibus vti posse, quibus venditor eius vti potuisset: sed & longæ possessionis præscriptione, si vtriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta.

EMptor iisdem defensionibus vtitur, quibus venditor. Difficultatem hic facit, quod factum alienum alteri neque prodesse, neque præiudicare debet. Æquum tamen visum est, vt auctoris defensiones prodessent emptori, & ita non tam factum alienum videtur quam idem factum continuari inter emptorem & venditorem: ita vt si venditor possederit quinque annis inter præsentes, 10. inter absentes, & totidem quoque annis emptor possederit, hoc tempus sufficiat ad vsucapionem complendam. Perinde A enim habet ac si vnus, ac semper possedisset. Id rescriptum est à D. Seuero & Anton. *§. inter vend. Inst. de vsucap.* Id quoque comprobatum est auctoritate multorum Imperatorum, & Iurisconsultorum, *l. super longi, C. de præscript. longi temp. l. vlt. C. si quis ignor. rem min. emerit. l. id tempus, & l. si hominem, de vsucap. l. 1. §. emptori, pro empt. l. Pomponius, §. præterea, de adq. pos. l. de acces. & l. pen. de diuers. & temp. præscr.* Adeo autem verum est continuari poss. inchoatam à venditore, vt etiamsi emptor sciat alienam rem esse, non tamen interrumpatur vsucapio, sed semper continuetur. Mala enim fides superueniens recte inchoatam vsucapionem non vitiat, *l. vn. C. de vsucap. transform.*

Ad L. LXXVII.

In lege fundi vendendi lapidicinæ in eo fundo, vbique essent, exceptæ erant, & post multum temporis in eo fundo repertæ erant lapidicinæ. Eas quoque venditoris esse, Tubero respondit. Labeo, referre, quid actum sit, si non appareat, non videri eas lapidicinas esse exceptas: neminem enim nec vendere nec excipere, quod non sit: & lapidicinas nullas esse, nisi quæ apparent, & cædantur. Aliter interpretantibus totum fundum lapidicinarum fore, si forte toto eo sub terra esset lapis. hoc probo.

DIfficultas huius legis consistit in obscuritate pacti, quo lapidicinæ exceptæ fuerant. In quo sent. Labeo- C nis probata est existimantis lapidicinas quæ nusquam apparebant tempore venditionis, non pertinere ad venditorem, sed ad emptorem: duabus rationib. nititur Labeo. Prior ducta est ex interpretatione lapidicinarum. Lapidicinæ sunt quæ apparent, & in quibus lapides cæduntur. Cum igitur hic non appareant, nec lapides in illis cædantur, non videntur exceptæ. Altera ratio est ducta ab absurdo: si lapidicinæ, quæ postea apparent, sint exceptæ, continget vt totus fundus sit exceptus, quia apparere potest post venditionem in toto eo fundo sub terra esse lapides, quod absurdissimum esset & iniquissimum: Nam hoc casu venditor haberet fundum & pretium, emptor vero neque fundum, neque pretium. Hæ rationes Labeonis confirmantur multis similibus exemplis in his ll. *l. si seruitus, de seruit. vrban. l. fideiussor §. Lucius, de pignorib. l.* D *damni, de dam. infect. l. 2. §. 1. de heredit. vendit. l. locus, in fi. de adq. poss.* Postremo obseruandum est his ll. *vbique* positum, pro *vbicunque*. Sic *cuique* pro *vnicuique* in *l. iurisgen. §. ait Pretor, de pact.* Sic eadem dictio *vbique* in *l. quod nisi fiat. de op. libertor.* Sic in *l. vrbana familia, in fi. de verb. sign.* Vbi legebatur antea, *ibique habitet.* Et ita ea *l.* aduersabatur infinitis locis iuris ciuilis. Emendatũ autem est *vbique habitet*, & recte, neque pugnat cum aliis locis.

Ad l. LXXVIII.

Fistulas emptori accessuras in lege erat dictum. Quærebatur an castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, accederet. E *Respondi, apparere id actum esse, vt id quoque accederet, licet scriptura non continetur.*

§. Fundum ab eo emisti: cuius filij postea tutelam administrans, nequaquam accepisti possessionem. Dixi, tradere te tibi possessionem hoc modo posse: vt pupillus, & familia eius decedat de fundo: tunc demum tu ingrediaris possessionem.

DVo efficiunt hanc difficultatem. Primum est, quod tutor non potest rem pupillarem emere, nec cum pupillo contrahere, *l. si in empt §. vlt. sup.* Alterum est, quod tutor non potest esse auctor in rem suam, *l. 1 de auct. tutor.* Respondeo ad primam dubitationem, tutorem non emisse rem pupillarem, sed paternam, nec cum pupillo contraxisse, sed cum patre. Altera difficultas ita tollitur: Tutor dicitur

dicitur auctor in rem suam quoties cum pupillo aliquod negotium gerit, & contrahit, *l. 1. & l. pup. de auct. tut.* Hic autem in hac specie tutor non gessit negotium cum pupillo, sed cum patre. Eadem de causa tutor creditor patris pupilli sibi soluere potest, *l. quoties §. sicut, de administ. tut.* Eadem de causa creditor patris pupilli potest distrahere pignus, quod à patre accepit post eius mortem die solutionis finita, *l. Æmil. de minorib* & generaliter traditur *d. l. Æmil.* vbi pater pupilli non pupillus contraxit negotium cum patre inchoatum ita esse implendum quasi semper cum patre gereretur. Atqui in eiusmodi negotiis decreto prætorio opus non est, quod alioqui necessarium est semper in omnibus negotiis, in quibus periculum est ne fallatur pupillus, *l. 1. C. quando decreto opus non est.* Accurs. opponit l. 22. sup. quæ omnino non est contraria. Aliud est B quod monet difficilius. Quærit Accurs. an sit emendatus *h. §. per No. 72. vt qui obligatas res minorum.* Cuius Nouellæ h. e. sententia: Creditorem pupilli non posse eius esse tutorem aut curatorem. Acc. existimat emendari. Ego existimo hoc esse falsum, quia Nouella constitutio loquitur de creditore cui debetur pecunia mutui nomine, quod hic non reperitur. Deinde verius est nullum hic omnino esse creditorem: Nam proponitur pretium esse solutum ab emptore, & solius possessoris traditio superest. Itaque nulla restat obligatio.

Ad §. II. Qui.

§. II. Qui fundum ea lege emerat, vt soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit, si vnus C *omnem pecuniam soluerit, partem familiæ erciscundæ iudicio seruabit: nec si partem soluat, ex empto cum venditore aget: quoniam ita contractum æs alienum diuidi non potuit.*

IN hac specie hæc fuit quæstio. Cur vnus heredum cogatur totum pretium soluere, & cur satis non sit ab vno ex heredibus dimidiam partem pecuniæ solui, cum dimidia tantum pars fundi ad eam pertineat. Auget difficultatem quod hæc pecunia est æs alienum: Atqui vnus ex heredibus non cogitur dissoluere alienum æs totum: sed diuidetur inter heredes pro hereditariis portionib. Itaque introductum est l. 12. tab. *l. 1. C. de ann. & tribut. l. 2. & vlt. C. de hered. act. l. heredes 25. famil. ercisc.* Respondeo ad hos omnes locos: In illis agitur de pecunia debita titulo mutui, non D autem empti. Deinde quod est firmissimum, in illis omnibus locis agitur de herede, à quo exigitur æs alienum. Hic agitur de eo qui sponte vult soluere, vt rem emptam consequatur: quam si velit etiam consequi, non est audiendus, nisi totum quoque soluere velit. Quod si partem tantum consequi velit, & partem quoque pretij soluere, multo minus audiendus est, quia venditor non fuerat venditurus fundum nisi totum. Idque propter incommoda communionis, *l. si non sortem, sup. de condict. indeb. l. cum pater §. dulcissimis, de leg. 2.* Et hæc ratio fuit vt fundus emptus ab vno sibi & alteri, solus adquireretur emptori, *l. fundus ille, hic.* Hic igitur obseruandum est, æs alienum, quod suapte natura & *l. 12. tab.* diuidi debet, esse indiuiduum propter vtilitatem & voluntatem contrahentium. Et hæc conditio inest contractui tacite: si totum pretium soluatur agi E posse ex empto, vel vt res tradatur: alioqui non posse. Exempla similia æris alieni indiuidui sunt in *l. cui fundus, D. de condit. & demonst. l. qui ita §. vlt. de verb. oblig. l. tutor 41. §. 1. de vsur.*

Ad §. III. Frumenta.

§. III. Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses: dixisti te, si quid vi, aut tempestate factum esset, præstaturum ea frumenta: niues corruperunt si immoderatæ fuerunt & cótra consuetudiné tempestatis, agi tecum ex empto poterit.

CAsus fortuitus est, cui obsisti humana diligentia non potest, *l. in reb. commod. l. qua fortuitis, C. de pigner. act. l. 1. inf. de act. em.* Hic casus fortuitus interdum vocatur casus improuisus. Interdum periculum, *l. à proc. C. mand. l. 4. de peric. & comm. rei vend.* In hoc numero est incendium, naufragium, impetus latronum, vis maior, quam vim diuinam Græci θεῖαν appellant, *l. in rebus, l. contractus, de reg. iur. l. cum res, de leg. 1. l. opus, l. si merces, loc.* Hunc casum fortuitum nemo præstat. Quæ res dubitationem peperit tam in hac specie, quam in aliis: sed regulæ illius generalis sunt aliquot exceptiones in quib. casus fortuitus præstatur. Vna est cum culpa casum antecesserit. Altera est, nisi mora quoque hunc casum antecesserit. In pœnam & culpæ & moræ, hic casus prestatur, *l. in reb. l. si in Asia §. vlt. l. si plures §. vlt. depos.* Tertia exceptio est si non conuenit nominatim, vt casus fortuitus prestetur, vt hic: Nam hæc conuentio seruanda est. Vnum hic dubitari potest: Num hæc conuentio seruanda sit, quod vulgatis & vsurpatis IC. regulis in contractibus obsistat. Respondendum, nihilominus esse seruandam, *l. 1 §. si conueniat, sup. depos.* In deposito dolus tantum præstatur. Si conueniatur vt etiam culpa præstetur, præstari debet, *l. contractus, de reg. iur.* Itaque eo verius est, quod hæc conuentio interponitur super adminiculis contractus, non super substantia. Itaque improbari non potest, *l. pacta conuenta, sup. eod.* Si igitur casu fortuito frumenta corrupta sint, non dantur. Quod si casu solito, non fortuito, dantur. Leg. 79. exposui in *l. 2. & l. qui fundum.*

Ad L. LXXX.

Cum manu sata in venditione fundi excipiuntur: non quæ in perpetuum sata sunt, excipi viderentur (sed) quæ singulis annis seri solent, ita vt fructus eorum tollatur: Nam aliter interpretantibus, vites & arbores omnes excepta videbuntur.

SPecies principij est: Venditor vendidit fundum in venditione manu sata excepit. Idem verbum manu satorũ habuimus *sup. in l. qui fundum.* Obscuritas totius l. versatur in obscuritate pacti. Obscuritas huius pacti consistit in interpretatione huius dictionis *manu sata.* Existimat primo Acc. venditorem apposuisse hoc pactum, itaq; nos merito aduersus eum interpretati, *l. Labeo, sup. h. t.* sed diuinatio hæc est. Et Acc. ipse non stetit huic sententiæ. Itaque subiungit, ex proprietate verborum tolli obscuritatem huius pacti, quia sata proprie pertinent ad frumenta, plantata vero ad arbores, *§. si Titius, & §. qua ratione, Instit. de rer. diuis.* Sed verbum *serere* non minus ad vites & arbores pertinet, quam ad frumenta. Ita vsurpant auctores omnes rei rusticæ, & Latini omnes auctores. Pacti autem absurditas tollitur ex absurdo, quod hinc nasceretur, & ex iniquitate pacti. Nam *si manu satorum* nomine comprehenderentur vites & arbores, nihil forte fructus perueniret ad emptorem ex hoc fundo: quoniam eius fructus in arboribus & vitibus consistit, *l. arb. sup. h. t.* Hoc autem & absurdum esset & iniquum. Simile exemplum fuit *sup. l. in lege.*

Ad §. Huius.

§. I. Huius rei emptionem posse fieri dixi, quæ ex meis ædibus in tuas ædes proiecta sunt, vt ea mihi ita habere liceat, deque ea re ex empto agi.

DIfficultas huius §. in eo est, quod res nulla subesse videtur, & proinde quoque nulla esse emptio. Seruitus enim, quæ hic venditur, non tam res est, quam incorporale ius, habetur tamen in numero rerum, *tit. de reb. corporalib. & incorpor. Instit.* Sed quæstio est, quæ seruitus hic vendita sit. Accurs. respondet, seruitutem tigni iniiciendi esse venditam. Hæc opinio diserte pugnat cum Iurisconsulti verbis. Respondet enim vendita esse, quæ proiecta sunt. Ex quibus apparet venditam esse seruitutem proiiciendi. At quemadmodum proiectum & immissum differunt: ita

etiam seruitus proiiciendi & immittendi diuersa sunt, *l. malum* §. 1. *de verb. sig.* Non nego tamen ius tigni proiiciendi posse vendi. Hoc expressum est *l. si à te 16 si seruitus vind.* Imo omnes seruitutes vendi possunt, & permissum est earum commercium, *l. 4. de vsuf.*

Ad §. II. Silua.

Silua cædua in quinquennium venierat: quærebatur, cum glans decidisset, vtrius esset. Scio Seruium respondisse, primum sequendum esse quod appareret actum esse. Quod si in obscuro esset: quæcunq; glans ex his arboribus, quæ cæsæ non essent, cecidisset, venditoris esset: eam autem, quæ in arboribus fuisset eo tempore, cum hæ caderentur, emptoris.

QVid sit silua cædua docet Iurisconsultus in *l. silua cædua, de verb. signif.* huius mentio fit in *l. qui fundum* §. *cum fundum, sup.* vbi mendosa sunt verba hæc: *Arundinem ceduam & siluam* legendum est ordine inuerso, *Arundinem & caduam*. Nulla enim arundo nisi cædua est. In explicanda autem parte huius speciei inhærendum est proprietati horum verborum: Silua cædua vendita est. Ergo hę tantum arbores venditæ sunt, quæ cæduntur, & eæ solę pertinent ad emptorem. Quæ vero non cæduntur, venditę non sunt, & ad venditorem pertinent. Glans igitur earum, quæ cæduntur, ad emptorem pertinet. Glans vero earum, quæ non cæduntur, ad venditorem.

Ad §. III. Nemo.

Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat. Sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.

HIc §. conuenit cum *l. Sabinus, h. t.* Traditur hic nota, qua discernitur emptio ab aliis contractib. In emptione hoc agi debet, vt dominium transferatur in emptorem. In hoc differt hic contractus à locatione, *l. conuenit, h. t.* differt à commodato, *l. rei commodatæ, Commod.* à deposito, *l. licet* §. *rei, depos.* à pignore, *l. non solum* §. *qui pignori, de vsucap.* Obiicitur lex *si ita distrahatur* §. *1. sup.* vbi dicitur non necesse esse in emptione dominium transferre. Respondeo, aliud esse dominium transferre, aliud agi, vt dominium transferatur. Qui dominium non transtulit, non desiuit egisse vt transferret, actione ex empto tenetur. Eodem modo respondendum est ad *l. ex emp. de act. emp.* Ex qua apparet, satis esse rem tradere in emptione. qui autem tradit, non transfert. Verum qui tradit, facit vt transferret, quod satis est: Alioqui pretium cogeretur soluere. Quanquam igitur plerunque qui tradit dominium non transtulerit, nihilominus tamen hoc agit vt transferret. Et hinc fit, vt ius vsucapiendi competat emptori, §. *1 de vsucap. Instit.* Quod non competit in illis contractibus, quibus non agitur vt dominium transferatur: Nam in iis, qui possident animo dominorum, non possunt ideo vsucapere.

Ad L. LXXXI.

Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub vsuris, dedit pignori siue hypotheca prædia & fideiussorem Lucium: cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum. quod si id non fecerit die suprascripta, & soluerit debitum fideiussor creditori: iussit prædia empta esse, quæ creditoribus obligauerat. Quæro, cum non sit liberatus Lucius fideiussor à Titio, an si soluerit creditori, empta haberet suprascripta prædia? Respondit: si non vt in causam obligationis, sed vt empta habeat, sub conditione emptio facta est & contractam esse obligationem.

COmmissoria est pactum, quod in pignoribus & emptionibus adhiberi solebat. In pignoribus quidem, vt si pignora sua die liberata non essent, hoc est, pecunia soluta

A pro qua dabantur pignora, ea fierent creditoris. In emptionibus vero vt si pecunia sua die soluta non esset, res inempta fieret, *l. 1. inf. de l. commiss. l. 2. 4. & l. Æmil. de minorib.* Grauiter igitur lapsus est Hotomannus qui retulit l. commissoriam inter ll. populi Romani: Nam in eo libello de ll. po. Rom. lex significat partem iuris, quæ lata fuit à populo, magistratu interrogante, vt l. Horatia & Hortensia. At hoc loco l. significat pactum. Alioqui debuit omnes pactiones, quæ in emptionem incidunt, eo libro includere. Nam hæ pactiones vocantur ll. *l. fundi, l. fistulas* §. *qui fundum, l. in lege, h. tit.* Ex his apparet, vulgo male interpretes cum dicunt pactum l. commissorię: perinde enim est ac si quis diceret pactum pacti commissorij, quod absurdum est. Dicitur *commissoria*, quia cum ex ea pactione agi-

B tur, dicitur commissum esse. Sic commissa dicuntur, in *l. commisso, de public.* Ea lex olim in pactionibus habebat locum. Constantinus eam antiquauit, & sustulit tam in pignoribus quam in emptionibus. Obiicitur *l. vlt. C. de pact. pig.* quæ est Constantini, & tamen ex ea apparet, commissoriam esse sublatam tantum in pignoribus. Respondeo: factum hoc à Iust. qui in pignoribus tantum eam reprobauit. In emptionibus autem commissoriam probauit. Obiicitur *l. si fundus* §. *vlt. de pign.* vbi videtur l. commissoria probari in pignoribus. Respondeo, illic esse venditionem conditionalem, non autem commissoriam. In hac specie videbatur esse lex commissoria in pignoribus. Et hoc dubitationem mouet, quia hoc casu emptio nulla esset: non tamen esse commissoriam indicat descriptio, quam attuli-

C mus initio. Nam in hac specie non fuerunt vendita pignora creditori, cui obligata sunt: Nec obligatæ fuerunt res emptori, cui venditæ sunt. Interp. indicat his verbis: *si non vt in causa*, id est, si non vt obligata pignora essent fideiussori, vt ea haberet empta, vel si non vt obligatio pignoris contraheretur cum fideiussore, sed potius emptio. Quod autem hic Scæuola respondet sub conditione, suo more facit. Significat autem non esse contractam obligationem pignorum cum fideiussore, sed emptionem sub conditione. Cuius generis emptio recepta est, *l. hac vendit. h. tit.* § *pen. Instit. eod.* Obiicit Accurs. *l. 1. & vlt. C. de pact. pig.* nec dissoluit. Respondeo, eas ll. non pugnare cum hac specie, quia in illis ll. agitur de l. commissoria in pign. Hic vero de emptione sub conditione facta, quæ pugnantia non sunt, sed diuersa. Obiicitur rursum, quod pretium hic non sit de-

D finitum neque certum, sine quo emptio non contrahitur, §. *pretium autem, Inst. eod. l. hac vendit.* §. *pen. & vlt. eod. sup.* Respondendum est, cum non dubitetur hic an pretium sit constitutum, & dicatur simpliciter emptio facta esse sub conditione, ex eo factam emptionem apparere, vt debuit. Et verisimile est, illud pretium fuisse pecuniam, quæ soluta est vt pignora liberarentur.

Ad §. Lucius.

Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædijs Gaij Seij. Postea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his: quo iure, quaque conditione ea prædia Lucij Titij hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur. quæro an emptor Gaio Seio ad præstationem frumenti sit obnoxius. respondi, emptorem Gaio Seio, secun-

E *dum ea, quæ proponerentur, obligatum non esse.*

IVra quædam rebus cohærent, quædam personis. Iura rebus cohærentia res ipsæ comitantur ad quoscunque possessores peruenerint. Eius generis sunt bonitas, salubritas, seruitutes, *l. quid aliud 86. de verb signif.* Quam legem Alciatus non recte legit, *æqualiter se habentia*. Flor. autem recte, *qualiter se habentia*, id est, qualitatibus his vel illis affecta. sic IC. locutus est in *l. qui fundum 12. quemadm. seruit.* Eiusdem generis est pensio annua pro aquæductu, *l. in venditionibus, de act. emp.* Hoc ius rei cohæret, ad quemcunque possessorem venerit, vt supra. Personæ cohærentia sunt, quibus quis promisit se aliquid daturum facturumq;

veluti daturum 100 aureos aut ædificaturum insulam, eius generis est obligatio præstandorum 100000. modiorum frumenti singulis annis. Hac in obligatione nulla est imposita seruitus, nec omnino onus aliud, sed tantum promissori. Itaque vendito fundo emptor non tenebitur præstare hos modios, etiamsi in contrahendo adiecta fuerit hæc formula, quo iure, qua conditione: Nam hæc formula non significat iura personalia, quæ personas non egrediuntur, transire in emptorem, sed iura realia, quales sunt seruitutes. Et conditio accipitur pro seruitute, *l. via §. si fundo, de seruit. rustic.* Confirmatur *l. 1. §. si heres, ad Treb.* vb. æris alieni person alis actio fundum non sequitur, sed eum cui ex Treb. SC. restituta est hereditas. Confirmatur *l. actionum, de oblig. & act. vbi dicitur act. in person. aduersus eundem dari.* Hic autem obligatio personalis est, ex qua quoque actio personalis nascitur, *l. si fideicommissum §. tractat. de indic.* Vbi dicitur, æs alienum non esse loci alicuius certi, sed omnium facultatum, id est, non esse obligatum certum locum æri alieno, sed totum patrimonium, siue totam hereditatem. Obiicitur *l. vsufructu §. quoniam l. si pendentes §. si quid cloacarij, sup. de vsuf.* Vbi fructuarius obligatur nomine stipendij etiam. Et hæc in eum transeunt vna cum fundo, qui petitur. Obseruandum autem hic est in *d. §. quoniam*, legendum esse, *solarium*, id est, vectigal, quod soli nomine debetur: ibique legendum: *alimenta ab re ea relicta.* Vulgo enim legitur *ab eo.* Cum *ab ea re* legimus, tota difficultas sublata est. Id indicat dictio *ab ea re.* Id indicat quoque hæc. Onera comitantur res ad quoscunque possessores peruenerint. Mirum igitur non est si comitentur fructuarium, & ab eo debeantur. Obiicitur *l. 2. tit. de alim. legat.* Alimentorum præstatio, quæ videtur onus personale, sequitur fundi possessorem, etiamsi fiscus sit. Respondeo & hoc onus quoque reale esse. Deinde in ea l. non dicuntur alimenta à certo fundo præstanda, sed ab vniuersis bonis, siue à patrimonio. Hoc autem patrimonium æri alieno debitoris fuit obnoxium propter eam iuris rationem, qua omnia onera & debita hereditaria transeunt in heredem, *d. l. si fideicommissum §. tractatum, sup. de indic.*



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI,

Recitationes solemnes.

AD TITVLVM I.

De actionibus empti & venditi, lib. 19. Digest.

Anno 1588.

Ad Leg. I.

Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel empta est.

Actio empti, quę & actio ex empto dicitur, datur emptori: Actio autem venditi vel ex vendito datur venditori: Ex negotio enim emptionis & venditionis vltro citroque nascuntur actiones. Alias actio empti, integriori oratione, dicitur actio empti venditi: vel, actio ex empto vendito, vt *l. etsi vno 33. inf. h. tit. l. multum, sup. de hered. vend.* Et apud Varronem 2. *de re rust. Nec non emptor potest*, inquit, *ex empto vendito illum damnare, si non tradet.* Et sic vbicunque emptori datur actio ex vendito, vt *l. sed & hoc nomine. 26.* Digest.

A *& l si cum venditur §. si secundus, de euict. l. vlt. C. de pact.* id ita exaudiri oportet, ex empto vendito. Et similiter actio venditi, pleniore oratione, dicitur actio venditi empti, & vbi venditori datur actio empti, vt *l. vn. C. si seru. ext. se emi mand.* subintelligitur venditi empti. Primum autem in hoc tit. de actione empti datur *lex* 1. quæ docet, competere emptori actionem empti, si res vendita non tradatur, vt Varro illo loco dixit, emptorem posse ex empto vendito venditorem damnare, si non tradiderit. Et competere hanc actionem emptori in id, quod interest, id est, quanti rem habere emptoris interest. Vbi statim quærunt Interpp. an non etiam emptor, si rem malit, quam litis æstimationem, possit agere in hoc, vt omni modo res vendita sibi tradatur, maxime si venditor eam habeat in sua potestate: Quod
B Martinus admittit rectissime, & vsus probat, nempe vt, quemadmodum in iudiciis in rem, si possessor rem arbitrio iudicis non restituat, res ei aufertur manu militari, manu ministrorum prætoris, *l. qui restituere 68. de rei vindic.* ita in iudiciis in personam, qualis est actio ex empto, venditor qui rem non tradit, cuius tradendæ facultatem habet, eodem exemplo eam rem omni modo tradere cogitur emptori pretium offerenti, per manum scilicet militarem. Quod item fit in iudicio, quo agitur ex testamento legati nomine, in personam heredis, à quo legatum relinquitur, nimirum, vt rem ipsam, quæ legata est, præster omni modo, si ex facili eam præstare possit, *l. si domus, 71. §. qui confitetur & §. seq de leg. 1.* Quin & in *l. vlt C. de fideicommiss. libert.* seruo legato à legatario relicta fideicommissaria libertate, dicitur, legatario seruum petenti ex testamento,
C omni modo seruum esse præstandum, vt eum manumittat, & stultum atque inficetum iudicem esse, qui pro seruo legato pecuniam, id est, litis æstimationem inferri iubet. Inuenio etiam plane atque aperte, ita de re vendita Paulum definisse 1. *Sent. tit.* 13 *Si id, quod emptum est*, inquit, *neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, vt tradat, vel mancipet.* Et Iustin. in *Inst. de don.* donationes nuda voluntate perfectas ad exemplum venditionum in se habere necessitatem traditionis, necessitatem scilicet simplicem & absolutam, quoniam ait, *omnimodo in l. si quis argentum, §. vlt. C. de don.* vnde ille locus Institutionum translatus est, non necessitatem cum exceptione, κατ' ἀναδοχὴν: puta, si venditor non offerat litis æstimationem: necessitatem ergo abscissam, non necessitatem cum exceptione. Denique
D non prout elegerit venditor, sed prout elegerit emptor, & res, qua de agitur, tulerit venditor, vel rem ipsam tradere cogitur, vel præstare id quod interest, vt *l. volunt. 10. quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.* Obseruandum autem est *hanc l.* 1. esse ex libris Vlpiani ad Sabinum, & prima hęc verba legis, *Si res vendita*, &c. esse Sabini, atque adeo, vt fit, in ora notanda, nota illa, Σαβῖ dicitur, & mox sequi interpretationem Vlpiani: hoc est, *quanti rem habere emptoris interest*: quod quidem ait, interdum excedere vel egredi pretium rei, pretium scilicet verum, vel saltem pretium conuentum, vt puta si pluris intersit rem tradi, quam res valeat, vel empta sit, quo sane casu verum est, emptorem agere in id, quod interest, si sapit, vt *l. 4. C. eod. l. qui tibi, C. de hered. vend.* quia hoc genere plus laturus est, quam si de re ipsa omni modo tradenda ageret, quia, vt posui, id quod interest, lon-
E ge exsuperat rem ipsam, atque ita (quod maxime notandum) ad Sabinum Vlpianus congruum exemplum apposuit, quo proprie solo, si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur: Alioqui, si minoris, vel si non pluris, quam res sit, intersit, de re tradenda districte, & exacte emptor agere non prohibetur. Aliquando pluris, aliquando minoris interest, quam res sit, *l. Iulianus. 9. in fin. ad exhibend. l. in interd. 6. de vi & vi arm.* Aliquando non pluris, quam res sit. *l. locum 3. §. condemnatio, de tab. exhib. l. pen. quib. ex caus. in poss. eat. l. dominus 36. de lib. caus. l. 1. C. de iis, qui à non dom. manum.* vbi pretium initio dicit, & mox, *quanti interest*, sine disiunctione vel, quæ in quibusdam libris perperam additur, vt sit pretium quanti interest. Et ibi quoque Thalelęus: *Nota*, inquit, *pretium dici, quod mox vocat, quãti*

interest. Et hæc quidem est summa differentia inter rem,& id quod interest,quia non semper id,quod interest,rei coæquale est:Hæc,inquam,summa differentia inter rem &vtilitatem,quæ circa rem consistit, quæ dicitur id quod interest,&Græci vno verbo τὸ διαφέρον,quod est τὸ συμφέρον, id est, quod vtile est actori,quod expedit, vt Ioannes Chrysostomus in Epist. ad Philipp. Τὰ διαφέροντα interpretatur, τὰ συμφέροντα, εἰς τὸ δοκιμάζειν τὰ χρήσιμα. Vulgo: *vt probetis potiora melioraque*. Ille: *vt probetis quæ sunt vtiliora*. Ad hæc quæri potest, an quod diximus de actione ex empto, secuti opinionem Martini, idem dici possit, de actione ex stipulatu. Et vero, si ita concepta sit stipulatio, *rem tradi*, nemo ambigit,quin vt concepta stipulatio est,ita & concipi actio,& condemnatio sequi possit: sed etsi ita concepta sit,rem tradi,vel quanti ea res sit, id est, quanti interest dari,etiam in arbitrio stipulatoris erit,vel hoc,vel illud petere & exigere, exprimere inuito promissore, *l. stipulatio 21. §. siue, de noui oper. nuntiat. l. sed hæ personæ, 35. §. pen. de procurator.* At si stipulatio simpliciter ita concludatur, quanti ea res est dari, id est, quanti interest, fateor, non posse stipulatorem agere de re ipsa, sed æstimatione litis contentum esse debere, *l. si quis 11. de re iudic. l. prætoria, 2. de prætor. stipulat.* Præterea Accurs. quærit,an idem etiam dici possit de actione ex vendito, id est, vtrum emptor conuentus actione ex vendito, omnimodo cogatur pretium soluere: an vero alterius rei præstatione defungi,& se liberare possit? Et putat idem iuris esse in vtroque, nempe,vt liberetur emptor, præstando aliam rem,venditor præstando pecuniam,id est, quod interest,non rem venditam. Id vero iuris iam probaui in venditore locum non habere,& multo minus locum habet in emptore. Cur? Quia emptor in hoc obligatus est, vt det,id est, vt pretium faciat venditoris: venditor autem non est obligatus vt det, id est, vt rem faciat emptoris, sed vt tradat,id est,vt emptorem possessorem faciat, *l. 1. de rer. permut.* Et ratio diuersitatis perspicua hæc: quia emptor non debet certa corpora nummorum, sed certam quantitatem,certam summam: venditor certum corpus debet,& certi corporis non æque facile est dominium transferre in accipientem,atque certæ quantitatis: proinde emptor dare tenetur, venditor facere, id est, tradere: in obligationibus autem dandi facilius hoc admittitur, vt qui debet dare, omnimodo teneatur dare *l. vbi autem 75. §. vlt. de verbor. oblig. Stipulatio rem dari,continet*, inquit, *vt omni modo dominium efficiatur stipulatoris quoquo modo*. Multa alia in hanc legem sunt delicta Accursij, inter quæ illud eminet, quod & multos inuasit, tres esse species eius quod interest, commune,conuentum,singulare. Pretij hæc diuisio est,nō eius quod interest. Pretium vel conuentio facit, vel communis hominum consensus, & tritura fori, vel affectio & vtilitas singulorum, *l. pretia, ad leg. Falcid.* Hæc diuisio ei quod interest accommodari non potest. Aliud est res, siue rei pretium, longe aliud id quod interest: licet etiam addere tertiū, aliud pœna,aliud res, aliud quod interest: Aliud pœna ex *l. Neratius ait, 11. §. vlt. de seruo corr.* Pretij ratio varia, multiplex & mutabilis est: eius,quod interest, vna eademque ratio, & par sibi semper, vtpote quæ in omnibus iudiciis ita *inducatur*, sicut Iustinianus ait in *tit. C. de sent. quæ pro eo, quod inter. vt hoc,quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur.*

Ad §. 1.

Venditor, si cum sciret deberi seruitutem,celauit,non euadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignorauit: Omnia enim,quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. Sed scire venditorem & celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed etsi negauit, seruitutem istam deberi,cum esset ab eo quæsitum. Sed etsi proponas eum ita dixisse, nulla quidem seruitus debetur: Verum ne emergat inopinata seruitus, non teneor: *puto eum ex empto teneri: quia seruitus debebatur,& scisset. Sed etsi id egit,ne cognosceret emptor,aliquam seruitutem deberi, opinor eum ex empto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda seruitute, debere eum teneri: non si securitati suæ prospectum voluit. Hæc ita vera sunt, si emptor ignorauit seruitutes: quia non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignorauit.*

IN hoc §. proponitur alia sententia Sabini, his verbis: *Venditor si*, &c. Cui sententiæ statim subiicitur ratio Vlpiani: *Omnia enim*, inquit, *quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem*, vt M. Tullius 3. *de natura Deor. Quæ ex empto*, inquit, *aut vendito, locato aut conducto, contra fidem fiunt, & contra fidem venditor fundi facit, qui celat seruitutem, quam fundum vicino debere non ignorat*, emptor ignorat; bona enim fides exigit, ne vllum rei incommodum venditor emptorem celet. Et eleganter Val. Max. *lib. 8. c. 2. Bonæ fidei venditorem nec commodorum spem augere, nec incommodorum cognitionem obscurare oportere.* Itaque eo nomine venditor tenetur emptori actione ex empto in id quod interest. Ergo non tantum si rem non tradat, sed etsi sciens celet seruitutes ignoranti emptori, quæ onera & incommoda sunt prædiorum. Etiam verbis Sabini Vlpianus addit hanc interpretationem, vt scire venditor & celare videatur, non tantum si non admonuit emptorem, si reticuit: sed etsi, cum hac de re interrogaretur, negauit falso istam seruitutem deberi, quod tamen non tam celare, quam mentiri est. *Celare*, est tacere. Itemque si sciens venditor seruitutem deberi, ita confuse & persusorie dixerit, nullam quidem fundum seruitutem debere, verum si forte emergat inopinate, se eo nomine teneri nolle, etiam hoc modo celare videtur emptorem: erat enim in his verbis dolus aliquis, dissimulatio aliqua, atque ideo eo nomine tenetur ex empto in id quod interest. Idemque est, si alio quocunque modo egerit venditor, ne cognosceret emptor aliquam seruitutem deberi, & generaliter, vt ait, si improbato more, malo more *l. 1. §. si cui cautum, de extraord. cognit. l. & qui, 19. §. 1. de negot. gest. l. isti quidem 8. de eo, quod met. caus.* si mala ratione, vt *l. cum seruus 54. mand.* si mala fide venditor in celanda seruitute versatus est, tenetur ex empto, quia decepit emptorem. Omnibus actionibus bonæ fidei inest actio de dolo, *l. & eleganter, 7. §. non solum, l. si quis 9. de dolo.* Venditor, inquam, tenetur ex empto, si id egit, vt falleret emptorem, non etiam, vt ait (quod maxime interpretatione indiget) si suæ securitati venditor prospectum voluit, vt puta si palam dixerit, fundum optimum maximum non esse, id est, liberum non esse: vel si non dixit, fundum optimum maximum esse, *l. cum venderes 59. de contrah. emp.* si nominatim cauerit, nullam fundum seruitutem debere à se, nec quidquam præstitum iri, seruire enim eum fundo vicino. Et, vno verbo, si dolus malus ab eo absit, si id egit, vt sibi consuleret, non vt deciperet emptorem, si animus ei fuerit rei suæ bene gerendę, non fallendi emptoris. Et quod attinet ad modum adiectum sententię Sabini: si modo eam rem emptor ignorauit, eius hanc rationem Vlpianus reddit, quia non videtur esse celatus emptor, qui sciuit seruitutem deberi, nec sciens certiorari debuit.

Ad L. II. Si in emptione.

Si in emptione modus dictus est, & non præstatur, ex empto est actio.

HÆc lex est ex libris Pauli ad Sabinum. Ac sane primi duo versus videntur esse Sabini, quibus tertia proponitur causa, ex qua emptori aduersus venditorem competit actio ex empto, si modus agri, quem in vendendo eo vel tradendo venditor dixerit, non præstetur, vtputa, si in eo agro non tot inueniantur iugera, quot venditor dixit: nam & hoc casu, qui sciens in modo, in mensura agri, in quantitate agri fefellerit emptorem, tenetur actione ex empto in id quod interest. Quod ita explicat idem Paulus 2. *Sentent. tit. 17.* vt teneatur officio iudicis in duplum eius, quod mentitus est: duplum finis est vsurarum, *l. nihil interest 4. §. pen. de naut. fœn.* finis eius quod interest

l. cum forte 44. hoc tit. & l. vn. C. de sentent. quæ pro eo quod, &c. finis item pœnarum, quæ pro eo, quod interest, vel pro vsuris in stipulatum deducuntur, *l. pœnam 44. de vsur.* Verba autem Pauli illo loco hæc sunt: *Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplum eius, quod mentitus est, officio iudicis æstimatione facta, conuenitur.* Et *lib. 1. tit.* 19. actionem empti de modo agri, cum emptor à venditore deceptus est, duplari aduersus venditorem, si inficietur se minorem dixisse modum, quam sit in agro, & mendacij conuincatur, quod esse ex 12. tabul. Marc. Tullius testis est 3. *Offic* qui ex 12. tab. ait, *venditorem, qui inficiatus est ea, quæ lingua nuncupauit, quæ dixit, quæ locutus est, dupli pœnam subire.* Lex bonæ fidei iudicio, quod erat nimium resecauit, eius quod interest ad duplum coarctata æstimatione, videlicet, vbi damni dati certa ratio est, quod & generaliter in omnibus casibus certis Iustinianus obtinere voluit. Vitiosum est vbique, quod nimium est, *l. 2. §. vlt. de aqu. & aq. plu. arc. l. cum plures, §. nimium de administr. tut.* Et hæc de venditore, qui mentitus est. hic tenetur in id quod interest: ille vero qui imprudens & ignorans maiorem modum dixit, quàm esset in agro vendito, tenetur actione ex empto æstimatoria, quanti minoris emisset, si sciisset minorem esse agri modum, vt *l. tenetur 6. hoc tit.* Nihil enim refert, quomodo emptor fallatur, ignorantia, vel calliditate venditoris, *l 1. §. causa, de ædil. ed.* Vtroque enim casu venditor emptori obligatur, sed ignorans leuius, sciens grauius.

Ad §. Vacua possessio, &c.

Vacua possessio emptori tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fideivecommissorum seruandorum causa in possessionem est, aut creditores bona possideant. Idem dicendum est, si venter in possessione sit. Nam & ad hoc pertinet vacui appellatio.

Qvod sequitur in hac lege: *Vacua possessio,* &c. pertinet ad primam sententiam Sabini, quæ proposita est in *princ. l. 1. Si res vendita non tradatur, &c.* Vbi, si res vendita non tradatur, id est, si possessio eius rei libera & vacua emptori non præstetur, vt *l. venditor 36. hoc tit. & aliis innumeris.* Si, inquam, rei venditæ possessio libera & vacua non tradatur, quod euenit, si alius eam rem possideat, vel in eius possessione sit (vt ait Paulus in *hoc §.*) crediti seruandi, vel legatorum seruandorum causa, fideicommissorum, aut ventris nomine, qui ingredientem emptorem prohibere possit: si, inquam, superior in possessione emptor futurus non est, vt *l. ex empto 21. §. idem Neratius, hoc tit.* His enim casibus vacua possessio, vacua traditio, vacua res empta non videtur, ideoque competit emptori eo nomine actio, quanti interest rem vacuam sibi tradi, vt *l. si fundus, 33. loc.*

Ad l. III. Ratio Possessionis.

Ratio possessionis, quæ à venditore fieri debeat, talis est vt si quis eam possessionem iure auocauerit, tradita possessio non intelligatur.

Agitur hac ipsa de re in *l. 3.* ex Pomponio etiam scribente notas ad Sabinum. *Traditio possessionis,* sic legendum omnimodo, non, *ratio possessionis,* vt semper in consequentibus, traditio possessionis, tradere possessionem. *Traditio possessionis,* inquit, *quæ à venditore fieri debet, talis est, vt si quis eam possessionem iure auocarit, tradita possessio non intelligatur:* nempe, quia vacua possessio non est, quam alius iure auocare potest. Ergo si res védita & tradita, creditori véditoris sit pignori obligata, vacua possessio tradita nõ videtur, quia possessionem actione Seruiana vel hypothecaria creditor auocare potest, *l. si cum venditor 66. de euict.* Denique vt eleganter ait *l. non videtur 22. de adquir. poss. non videtur possessionem adeptus, qui eam ita nactus est,*

A *vt retinere non possit.* Ergo & hoc casu ex empto actioni locus est; & nihil huic sententiæ obstare Accursius animaduertit recte *l. Iulianus 13. §. ex vendito, hoc tit.* vbi dicitur, possessionem à venditore emptori traditam videri, si precario tantum ei concessa sit, quam tamen constat ab eodem auocari posse, quandocunque voluerit: Hæc est precarij natura, quoniam id non pertinet, neque respicit ad superiorem Sabini sententiam, de qua agimus; sed ad id, quod proponitur in *illo §. ex vendito,* emptorem, qui nondum soluit pretium, si re vendita fruatur, vt si ante solutum pretium eius rei precariam possessionem venditor ei concesserit, vt *l. cum emptor 38. de damn. infect. l. is qui in puteum 11. §. Aristo, quod vi aut clam.* vel etiam, si eam rem emptor ante solutum pretium conduxerit à venditore, donec
B pretiũ solueret, vt *l. seru. emp. 16 de peric. & com. rei vend.* ex hac causa vsuras pretij emptorem venditori dependere, quia & ipsius rei fructus percipit: Fructuum perceptorum ratio eum subiicit pensitationi vsurarum, *l. curabit 5. & l. fructus 13. C. eod.* Illud vero Accurs. non recte: auocata possessione rei venditæ, non dari emptori euictionis nomine actionem ex stipulatione duplæ. Repugnat enim *l. stipulatio ista 38. §. si quis forte, de verbor. oblig.* & *l. si mancipium 34. §. vlt. adhibita l. seq. de euict.* quæ docent, etiam euicta possessione committi stipulationem duplæ, & nihil est verius. Euicta, inquam, & auocata possessione: Nondum enim euicta possessione, cessat actio ex stipulatu, & competit tantum actio ex empto in id quod interest, vt *l. si seruum 4. in princ. hoc tit. l. huiusmodi 84. §. qui seruum,*
C *de leg. 1.*

Ad §. I. Si emptor.

Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, & ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem, quia & qui fundum dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere, stipulari intelligitur. Nec tamen fructuum præstatio ea stipulatione continetur. Neque rursus plus debet esse in stipulatione, sed ex empto superesse ad fructuum præstationem. §. 2. Si iter, actum, viam, aqua ductum per tuum fundum emero, vacuæ possessionis traditio nulla est. Itaque cauere debes, per te non fieri, quo minus vtar.

Notanda est etiam alia differentia inter actionem ex stipulatu, & actionem ex empto, ex *§. 1. hac l. 3.* In
D quo ab initio ex Sabino, vt opinor, refert, emptore, qui fundi venditi vacuam possessionem tradi stipulatus est, agente ex stipulatu, in eam actionem fructus postea captos non venire. Quod mox confirmat Pomponius hoc argumento, cuius interpretatio obseruanda est: *quia,* inquit, *& qui fundum dari stipulatur* (sic habent Florentini rectissime, *fundum dari,* non *fundum tradi*) *quia,* inquit, *& qui fundum dari stipulatur,* quæ stipulatio plenior & vberior est, quam *fundum tradi,* nimirum, quia & hoc continet, vt plena proprietas omnimodo efficiatur stipulatoris *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* quod illa *fundum tradi,* non continet, *l. si rem 28. de verb. oblig.* Ac præterea, quod illa quoque stipulatio *fundum dari,* continet, vt vacua possessio trada-
E tur; nam & possessio pars fundi esse intelligitur, *l. Mauius 66. §. pen. de leg. 2.* Fructuum tamen præstationem non continet, postea ex fundo perceptorum. *Neque rursus,* inquit, *plus debet esse in stipulatione,* id est, non plus debet inesse & contineri stipulatione, quam verbis comprehensum est: quia vt eleganter ait *l. quidquid 99. de verb. oblig. Quidquid astringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligitur.* Ergo fructus, de quibus nihil est expressum, hac vel illa stipulatione, *fundum tradi, vel fundum dari,* non continentur. Sed superest tamen actio ex empto ad fructuum præstationem ex die emptionis, si pretium solutum sit. Et recte ait, *actionem ex empto superesse ad fructuum præstationem;* quia quod ad cætera venditionis attinet, empti venditi obligatio per stipulationem nouata est, ita vt non supersit actio ex empto. Verum

sunt, vel ex empto, vel ex testamento agi cum eo poterit. Sed A *si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex empto non posse: quoniam doli mali exceptione actor summoueri potest. Quemadmodum si falso existimans, se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione summouerit, Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, vt liberetur.*

HEres testamento damnatus est, rem suam vel hereditariam vendere L. Titio, quod legatum valet, & ita accipitur, vt non vendat quidem gratis eam rem, remisso pretio, sed vt eam vendat iusto pretio, vel pretio, quod testator ipse definierit, *l. si cui legetur 49. §. vlt. de legat.* 1. Heres autem, vt damnatus est, eam rem vendidit L. Titio. non tantum actione ex empto, sed etiam actione ex testamento B heres conueniri potest ab emptore eodemque legatario, *de reliquis*, inquit, *quæ per consequentias emptionis propria sunt*, quæ verba puto esse Sabini: Nam & hæc lex est ex Pauli libro 5. ad Sabinum, & præponi debuit legi superiori, quæ est ex quinto, vt seruaretur series librorum, quæ plerumque in his libris seruari solet: nam inscriptio vitiata non est: certum namque est, libro 5. ad Sabinum complura Paulum scripsisse de legatis. Actione autem ex testamento heres conueniri potest, siue res, quæ veniit tradita sit, siue non, quandiu eius rei iuri vel consequentiis aliquid deest, *l. etiam 27. de solut. l. huiusmodi 84. §. ædes, de legat.* 1. *l. debitor 59. ad Trebell. l. duos 14. de vsufr. leg.* Ideoque etiam actione ex testamento cum herede, eodemque venditore agi potest, vt ait, de reliquis, quæ per consequentias emptionis propria sunt, veluti vt res tradatur, C si tradita non sit, vt præstetur quanti interest scisse emptorem, quod venditor sciuit, vt caueatur de euictione, de fuga, de sanitate, homine vendito, erronem non esse, furtis noxisque solutum esse, aut iumenta, quæ veneant, esse, bibere, vt oportet, quæ dicuntur cętera venditionis in *l. si duo 13. §. si quis iurauerit, de iureiur.* quæ iure empti continentur, *l. fideiussor 15. de doli except.* quæ iure emptionem consequuntur: Et *per consequentias* ait: non per cōsequentiam: sic semper nostri auctores loqui solent, per consequentias, non per consequentiam, *l. sin autem 27. §. sed & is qui, de rei vindic. l. si fideiussor 19. de dolo, l. relegatorum 7. §. dubitabam, de interdic. & releg. l. moris 9. de pœn. l. 1. §. item aut per semetipsum, de iniur.* Gellius, *per sequelas quasdam, libr. 6. cap. 1.* quod Chrysippus κατὰ παρακολούθησιν vocat. D Quod sequitur in hac l. nota siue exceptio est Pauli ad superiorem Sabini sentent. cuius mens hęc: Si heres falso existimans se damnatum vendere, vendiderit per errorem, hoc casu agi cum eo ex empto non posse, *quoniam*, inquit, *doli mali exceptione emptor submoueri potest*: vbi pro *ex empto*, omni adseueratione confirmo, esse legendum, *ex testamento*, quoniam certum est ex empto agi non posse, & submoueri actorem qui agit ex empto, non exceptione doli mali, sed ipso iure, *l. prædia 28. hoc t. l. si is, cui res 37. de furt.* quia bonę fidei iudiciis doli exceptio inest, idcirco nec opponitur quod inest satis, continetur que bonæ fidei iudicio, *l. huiusmodi 84. §. qui seruum, de lega.* 1. *l. sed et si ideo 21. in fi. sol. matr.* At is, qui agit ex testamento, quæ actio stricta est; *l. in actionib. 5. in fi. adhibita l. seq. de in lit. iur.* Is, inquam, qui agit ex testamento, in specie E proposita non submouetur nisi oppposita exceptione doli mali. Itaque legendum hoc loco, *ex testamento*, non *ex empto*. Quod & subiecta comparatio actionis ex stipulatu probat, de herede qui falso existimans se damnatum dare rem certam, stipulanti legatario, se eam rem daturum promisit, qui & hoc casu, si stipulator agat ex stipulatu, doli mali exceptione opposita eum submouere & repellere potest, quod contra voluntatem testatoris petat. Potest etiam hoc casu, vt ex Pomponio Paulus tradit, heres cum legatario agere incerti, vt ex stipulatu liberetur. Liberationes res sunt incertę, quia incorporeæ, & ideo incerti condicuntur, *l. 2. §. alud, de donat. l. si quis 12. de nouat.* Vel ergo heres contentus erit exceptione doli, vel aget, id est, condicet liberationem condictione incerti, qui per errorem se ex stipulatu obligauit.

Ad L. VI. Tenetur ex empto.

Tenetur ex empto venditor, etiamsi agnouerit minorem fundi modum esse.

INitio hoc ostenditur, venditorem teneri ex empto non tantum scientem minorem modum agri esse, quam ipse diceret, sed etiam ignorantem: fieri ergo deminutionem pretii pro rata, sicut in *l. 4. §. vlt. sup.* quem exposui heri, nunc iterabo euidentius. Si venditor maiorem modum agri dixerit, etiamsi ignorans id fecerit, vt si dixerit totum B agrum continere viginti iugera, & inueniantur tantum octodecim, tenetur ex empto pro numero & quantitate iugerum, quæ desunt, quæ desiderantur. Basilica: πρὸς τὸ ποσὸν τῆς ἐργασίας τῶν ζυγῶν pro numero, inquam, iugerum, deminuto scilicet pretio pro rata, vt & ibi Basil. notant his verbis: καὶ ὑ ἀφ τὸ μέτρον τὸ τίμημα μειοῦται, pro numero, inquā iugerum, quia pro bonitate & pro qualitate loci, qui nullus exstat, æstimatio fieri non potest. Aliud tamen dicendum est, quod etiam proponitur in *d. l. 4. §. vlt.* si venditor dixerit totius agri modum integrum, sed errauerit in dicendo partis agri modo, vt si dixerit, in eo agro, siue latifundio, quod venibat, esse vineam iugerum decem, quæ sit octo tantum, hoc casu pro qualitate & bonitate loci, quo vinea posita est, vel qui vineæ adfinis est, æstimatio fit: C nec enim hoc casu, vel similibus deficit locus, cuius bonitas æstimetur, cum totius agri modus integer est, conueniebat modus agri totius, sed non conueniebat vineæ, quæ in eo agro erat modus: Itaque non pro numero iugerum, quæ desunt vineæ, sed pro bonitate loci vineæ ipsius, aut loci vineæ proximi, qui vineis conseri potuit, æstimatio fiet, quæ est euidentior interpretatio *d. §. vlt. l. 4.* Florentiæ autem hic perperam scriptum est: *agnouerit*, pro, *ignorauerit*; *Tenetur ex empto venditor, etiamsi agnouerit.* Legito, vt in aliis, *etiamsi ignorauerit minorem fundi modum esse.* Et ita *in l. si minor 9. C. eod.* siue sciens, siue ignorans, vt ait, venditor agri dixerit minorem esse capitationem agri, id est, tributum soli, quod fisco debetur, Græci vocant συντέλειαν, venditor ex empto teneri dicitur, quanto minoris. Et valde notandum ibi, quod *capitationem* dicit D de agro, quæ videbatur potius esse tributum capitis, non soli, capitis censio, capitis exactio, ἐπικεφάλια apud Cicer. in Epistolis ad Atticum: Et tamen illo loco, eodemque modo prorsus in *l. vlt. C. Theodos. sine cens. vel reliquis, &c.* capitatio dicitur de prædio, de tributo, quod prædium debet publico. Itemque apud Saluianum *lib. 1. Cum possessio*, inquit, *ab eis recesserit, capitatio non recedit.* Capitatio scilicet non hominis, sed possessionis. Glossa etiam adfert hoc loco *l. 1. § si ignorauerit, depos.* & intelligit, ne diu erres in quęrendo, *§. si cista 41.* vbi dicitur, eum apud quem cista signata deposita est, teneri singularum rerum notione quæ in cista sunt, etiamsi ignorauerit res ibi esse, si existimauerit, vacuam cistam esse. Videtur autem hanc notam Pompon. apposuisse ad sententiam Sabini propositam in *l. 2. hoc tit.* E

Ad §. I.

Si vendidi tibi insulam certa pecunia, & vt aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito vt reficias. Si autem hoc solum vt reficeres eam conuenisset: non intelligitur emptio & venditio facta, vt & Neratius scripsit.

QVod sequitur in *hac l. 6. § 1.* etiam ex Sabino est: Si vendidi tibi domum certo pretio, *& vt aliam domum meam reficeres*, mihi esse actionem ex vendito, vt aliam domum meam reficias, nimirum, quia id in partem pretii cessisse intelligitur, id est, videor vilius tibi vendidisse, vt aliam domum meam reficeres, vt *l. si sterilis 21. §. pen.*

hoc tit. l. fundi 79. de contr. empt. & l. veluti 6. de seruit. rust. prad. Obserua verba Sabini: *Si vendidi tibi*, inquit, *insulam certa pecunia, & vt aliam insulam meam reficeres*, pecunia pro pretio, vt in *l. eum qui 14. de furt. l. quæsitum 9. de distract. pignor.* Si ergo, inquit, vendidi certo pretio, & vt aliam domum meam reficeres: nam si simpliciter vendidi hoc modo, vt aliam domum meam reficeres, nullo dicto certo pretio, si, inquam, vendidi hoc modo, vt aliam domum meam reficeres, non est emptio venditio, vt Pompon. subiicit ex Neratio, id est, *ex l. insulam 6. de præs. verb.* quę Neratii est, non est emptio venditio, quia de certo pretio conuentum non est. Non est igitur actio ex vendito vt reficias, sed actio præscriptis verbis, quasi nouo negotio gesto.

B

Ad §. 1. Sed si aream.

Sed si aream tibi vendidi certo pretio, & tradidi, ita vt insula ædificata partem dimidiam mihi retradas: verum est, & vt ædifices agere me posse ex vendito, & vt ædificatam mihi retradas. Quamdiu enim aliquid ex re vendita apud te superesset, ex vendito me habere actionem constat.

ADdit Pomponius aliam speciem: Vendidi tibi aream certo pretio, ita vt in ea domum ædificares & domo ædificata, vt partem eius dimidiam mihi retraderes. In hac specie emptio venditio facta intelligitur, & mihi competit actio ex vendito, vt in area vendita domum ædifices, & vt ædificatæ domus partem mihi retradas. Idemque est, si conuenerit, vt post aliquod tempus totam rem venditam mihi retraderes, reddito pretio, *l. 2. C. de pact. int. empt & vendit.* Vbi tamen ait, in hac specie competere actionem præscriptis verbis, quasi non sit emptio venditio: vel actionem ex vendito, vt retradas & reuendas rem, quasi sit emptio venditio, & posteriori adhærendum est. Nam si licet vti actione ex vendito, vt post tempus res retradatur & reuendatur, superuacua est actio præscriptis verbis, *l. Labeo 50. de contrah. empt.*

C

Ad §. Si locum

Si locum sepulchri emeris, & propius eum locum, antequam mortuus tibi inferatur, ædificatum à venditore fuerit, poteris ad eum reuerti.

LOcum sepulchri emisti, locum sepulchro ædificando, locum profanum, quo nondum mortuus quisquam illatus erat, propius eum locum antequam mortuus inferretur, id est, antequam religione occuparetur, venditor ædificauit prope eum locum, nullo intermisso spatio, eo nomine tenetur ex empto, quia nullus est vsus sepulchri, nisi circum sepulchrum certum aliquod spatium relinquatur, in frontem & in agrum, vt loquebantur. Et coniungenda est *cum hoc §. l. si propius 3. de mort. infer.* quæ est ex eodem libr. Pomponii, & adhibenda etiam ad hanc speciem lex *qui bona fide 13. §. si quis iuxta, de dam. inf.*

Ad §. Si vas

Si vas aliquod mihi vendideris, & dixeris, certam mensuram capere, vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus præstes. Sed si vas mihi vendideris, ita vt adfirmares integrum: si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim præstabis mihi: si vero non id actum sit, vt integrum præstes, dolum malum dumtaxat te præstare debere. Labeo contra putat, & illud solum obseruandum, vt nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum præstari debeat. Et est verum: Quod & in locatis doliis præstandum Sabinum respondisse, Minicius refert.

QVemadmodum venditor tenetur ex empto, si minorem agri modum præstet, quam dixerit, ita *in §. si vas*, ex Sabino proponitur, eodem iudicio teneri eum, qui vase vendito, minus pondere vel mensura præstat, quam dixerit. vt si vas dixerit esse capax trium metretarum, & tot metretas non capiat: si dixerit, vas esse certi ponderis, & minoris esse inueniatur. Et ad hanc Sabini sententiam Pomponius addit quod sequitur: *Sed si vas mihi vendideris, ita vt affirmares integrum*, &c. Sensus hic est: Si in vendendo vase dixeris, id esse integrum, etiam teneri te ex empto, si cassum sit, non integrum, vt scil. præstes id quod eo nomine perdiderit emptor, id est quanti interest emptoris. Imo etsi nihil dixeris de integritate, de sinceritate vasis, te omnimodo teneri ad præstandum vas integrum, nisi in contrarium aliud specialiter actum sit: Alioqui id semper agi intelligitur, vt vas præstetur integrum, quoniam nullus alioquin, aut vix vllus alioquin vasis vsus est, sicut in §. *si locum*, cum veniit locus sepulchro faciendo, id etiam agi intelligitur, vt præstetur itus, aditus, ambitus ad sepulchrum, alioquin nullus est sepulchri vsus. Et ita vero in supradicta specie Labeonem existimare, nempe, etiamsi nihil de eo dictum sit, venditorem omnimodo teneri ad præstandum vas integrum. *Omnimodo*, id est, etiamsi id nesciuerit esse cassum, fractum, pertusum, contaminatum: nam in hac re venditoris ignorantia excusabilis non est, *l. sed addes 19. §. 1. loc.* Sicut nec in dictione modi vel ponderis, nemo præsumitur sui vasis pondus vel mensuram ignorare, nec item vitium sui vasis: itaque ignorantia illa crassa nimis & resupina est, ac proinde non excusat. Et longe alia est ratio in speciebus propositis initio *l. Iulianus 13. hoc tit.* In quibus sciens separatur ab ignorante, quod ibi explicatur. Quod autem de vasis venditis idem ex Minicio, qui fuit ex Sabinianis, refert, Sabinum respondisse vasis locatis, nempe id agi vt integra præstentur, alioquin frui eis conductori non licet. At videamus, cur tamen vasis commodatis, fiat distinctio inter scientem & ignorantem, aliter quam vasis venditis, aut locatis: nam si sciens commodaui ignoranti vasa vitiosa, teneor commodati: si ignorans, non item, *l. in rebus 18. §. pen. commod.* Varietatis rationem hanc esse opinor, quia commodatum est gratuitum & species beneficii: proinde commodatarius æqui boni consulere debet beneficium quod accepit ab eo, qui id in eum contulit bona fide, bonoque animo, nesciens vasa esse vitiosa, etiamsi res aliter se habuerit. Qua ratione etiam ad res commodatas edictum Æditlitium non pertinere verum est, sicut nec ad res donatas *l. ad res*

D *62. de ædil. edic.* iuxta prouerbium, quod D. Hieronymus adfert initio epistolæ ad Ephes. *Non esse respiciendos dentes iumenti donati.* At emptionis, aut conductionis longe alia ratio est, quia cum emptori, vel conductori pretium absit quod dedit rei habendæ vel fruendæ causa, nullum à venditore vel locatore beneficium accipere videtur. Vnde & quæ ab eo in soluendo pretio exigitur sinceritas, nempe vt nummi sint puri, probi, profani, sui, quod & in manumissionibus seruorum exprimi refert Festus, eadem etiam sinceritas exigitur à venditore, vel locatore, in tradendis vasis venditis, vel locatis.

Ad §. 5. Si tibi.

Si tibi iter vendidero: ita demum auctorem me laudare

E *poteris, si tuus fuerit fundus, cui acquirere seruitutem volueris. Iniquum est enim me teneri si propter hoc acquirere seruitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.*

§. 6. Sed si fundum tibi vendidero, & ei fundo iter accessurum dixero, omnimodo tenebor itineris nomine: quia vtriusque rei quasi vnus venditor obligatus sum.

HOc §. alia sententia Sabini proponitur: Si tibi iter vendidero per fundum meum, & ideo non possis vti itinere, quod fundi vicini dominus non sis, non potes eo nomine ad me reuerti, & me laudare auctorem, quia hoc tibi, non mihi, imputare debes: cur enim emisti iter ad fundum non tuum? Seruitus nisi fundo proprio acquiri non potest, *l. 1. si seruit. vind. l. 1. commun. præd. l. si sub vna, 136. §. 1. de verb. oblig.* Inutilis igitur hęc itineris ven-

ditio eſt: & ex venditione inutili non eſt regreſſus ad auctorem. Aliud dicendum eſt, vt ſubiicit Pomponius, ſi tibi fundum vendidero, & ei iter acceſſurum dixero per fundum vicinum: nam euicto itinere, omnimodo teneor ex empto, quia vtriuſque rei, fundi & itineris ſcilicet, vna venditio eſt, & vna euictio: igitur, quam venditor præſtare debet, ſiue res principalis, ſiue acceſſio euincatur. Fac me vendidiſſe fundum alienum, quæ venditio non eſt inutilis, & fundo dixiſſe iter acceſſurum, vt de fundo mota controuerſia emptor laudare auctorem poteſt, ita & mota itineris controuerſia, quod fundo nominatim acceſſit, vt *l. euicta re 16. in prin. de euict.* Denique vt fundi euictionem præſtare venditor debet, ita & itineris: quamuis ſummo iure iter non potuerit emptor acquirere fundo, cuius dominium non acquiſiuit, quod eſſet alienus fundus quem emit: hoc facit cohærentia fundi, nempe vt vna res veniiſſe, vna venditio eſſe intelligatur. Acceſſio ſequitur cauſam rei principalis; itaque quantum ex his concludere licet, multum intereſt per ſe væneat iter, an accedat emptioni fundi: Multum, inquam, intereſt an per ſe væneat iter, quæ venditio inutilis eſt, ſi emptor vicini fundi dominus non eſt: an accedat emptioni fundi. Sicut multum intereſt, an locus ſacer væneat per ſe, quæ venditio non valet: an emptioni maioris partis accedat, *l. ſi in emptione 24. de contrah. empt.*

Ad §. 7. Si filiusfamilias.

Si filiusfamilias rem vendiderit mihi, & tradiderit, ſicut paterfamilias tenebitur.

Filiusfamilias ex omnibus contractibus & delictis tanquam paterfam. obligatur, *l. filiusfamilias 8. de oblig. & act. l. tam ex contractibus 57. de iud. l. 1. §. filiumfamilias depoſ. l. pertinet 2. §. hi qui, de cap. minut. l. vlt. §. 1. de verb. oblig.* Ergo & ex contractu emptionis venditionis. Vnde *ſi filiusfamil.* inquit, *rem vendiderit mihi & tradiderit, ſicut paterfamilias tenebitur,* actione ex empto, vt præſtet cætera venditionis. Cætera ita explicanda ſunt, ſi dolo &c. v. ad §. ſeq.

Ad §. Si dolo.

Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, ex empto eo nomine actio emptori competit. Nam & dolum malum eo iudicio æſtimari oportet, vt id quod præſtaturum ſe eſſe pollicitus ſit venditor emptori præſtari oporteat.

§. 9. Si venditor ſciens obligatum aut alienum vendidiſſet, & adiectum ſit ne ve eo nomine quid præſtaret: æſtimari oportet dolum malum eius, quem ſemper abeſſe oportet in iudicio empti, quod bonæ fidei ſit.

Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, puta, ſi, dum fundum venditū tradit, arbores excidit, vel exſtirpauit, vt *l. & eleg. 7. §. non ſolum, de dol.* eo nomine ex empto tenetur emptori. Hæc ſententia eſt Sabini, ad quam Pomponius addit rationem, quia iudicio ex empto dolus æſtimatur, dolus vindicatur, quandoquidem iudicio ex empto ineſt etiam actio de dolo, ipſius iudicij poteſtate & natura, quod & allatis aliis duobus exemplis demonſtrat: Si venditor ſe præſtaturum aliquid pollicitus ſit, decipiendi emptoris cauſa quod nec præſtiterit, tenetur ex empto, non tam propter pollicitationem, quæ per ſe nullam obligat, parit, quam propter dolum malum, *l. quod venditor 37. de dolo.* Item (quod eſt alterum exemplum) ſi venditor ſciens dolo malo alienum fundum vendiderit, vel fundum alij obligatum, & adiecerit, ne eo nomine quicquam emptori præſtaret, ſi fundus ei ab aliquo euinceretur, nil hæc cautio callida nimis, ſcienti venditori proficit, vt *l. 30 §. vlt. hoc tit.* quia dolo malo in ea re verſatus eſt, nec quicquam valet pactio ne dolus malus præſtetur *l. ſi vnus 27.*

A *§. illud, de pact.* Iudicio igitur empti venditi venditoris dolus æſtimabitur, quem, vt eleganter ait, ſemper abeſſe oportet in iudicio empti, quod bonæ fidei eſt, & iudicio bonę fidei nihil magis eſt contrarium quam dolus & fraus. Et hoc plane eſt, quod Marc. Tullius ait: *Dolum malum vindicari in bonæ fidei iudiciis.* Pompon. *æſtimari* ait. Quin & ab eodem iudicia bonæ fidei dicuntur eſſe de mala fide, libro *de natura Deor.* id eſt, de dolo malo, contrariorum id efficiente natura quæ talis eſt, vt poſitio vnius ſit excluſio alterius: quo fit, vt quod de bona fide iudicium eſt, ſit etiam de mala fide. Hæc, vt expellatur, vt remoueatur, illa vt dominetur & præualeat.

B Ad L. VII. Fundum mihi.

Fundum mihi cum venderes deducto vſufructu, dixiſti eum vſumfructum Titij eſſe, cum is apud te remanſurus eſſet. Si cœperis eum vſumfructum vindicare, reuerti aduerſus te non potero, donec Titius viuat: nec in ea cauſa eſſe cœperit, vt etiamſi eius vſusfructus eſſet, amiſſurus eum fuerit. Nam tunc (id eſt, ſi capite deminutus vel mortuus fuerit Titius), reuerti potero ad te venditorem. Idemque iuris eſt, ſi dicas eum vſumfructum Titij eſſe, cum ſit Seij.

In hac lege proponitur: Fundum mihi vendidiſti, hoc adiecto nominatim, *deducto vſufructu,* quem vſumfructum Titij eſſe dixiſti, cum non eſſet Titij; ſed vt eum tibi exciperes & detraheres, non potero eo nomine ad te reuerti, etiamſi eum vſumfructum tibi vindicaueris, quamdiu Titius viuet, cuius vſumfructum eſſe mihi dixiſti; quandiu, inquam, Titius viuet, & integri ſtatus erit, id eſt quandiu non erit Titius in ea cauſa, vt etiamſi vſusfructus eius eſſet, amiſſurus eum fuerit. At mortuo Titio, vel capite minuto, quo caſu vſusfructus, ſi eius fuiſſet, interiiſſet, & rediiſſet ad proprietatem, tunc ad te reuerti potero, vt mihi vſumfructum præſtes, Titio, cuius mihi dixiſti vſumfructum eſſe, è medio ſublato, quia tunc apparet me fuiſſe à te deceptum, qui vſumfructum, qui apud te remanſurus erat, Titii eſſe falſò dixiſti. Mendacium ſpecies eſt doli, *l. 1. de dolo.* Idemque eſt, *ſi vſumfructum dixeris eſſe Titij, qui erat Seij,* quia & hoc caſu non aliter ad te reuerti potero, quam ſi Titius fuerit mortuus, vel capite minutus: Viuo enim Titio, nec capite minuto nulla mihi fraus facta videtur. At mortuo Titio vel capite minuto, perſeuerante vſufructu apud Seium, tum demum comperio & ſentio me eſſe deceptum, & ideo doli mali nomine regreſſum habeo aduerſus venditorem, vt mihi vſusfructus æſtimationem præſtet. Huic loco poteſt opponi *l. minor 39. §. vlt. de euict.* cuius ſententia hæc eſt: Vendidiſti mihi ſeruum vel fundum, & in eo tradendo dixiſti: In eo ſeruo vel fundo vſumfructum eſſe Titii, qui erat Seii. Seio vindicante vſumfructum, ſtatim ad te reuerti poſſum, nec exſpectare debeo quoad Titius moriatur, aut capite minuatur. Hæc ſententia nihil loco propoſito officit. Nam quod ſtatim reuertitur emptor ad auctorem ſuum, Seio vindicante vſumfructum, id ideo fit, quia venditor fundum vendidit ſimpliciter, non detracto vſufructu, & quod dixit in eo fundo, vſumfructum Titii eſſe, pro eo eſt, ac ſi dixiſſet, non ſuſcipere ſe defenſionem, non ſubiicere ſe defenſioni emptoris aduerſus Titium, ſi vindicauerit vſumfructum, at ſuſcipere ſe defenſionem aduerſus ceteros. Ergo alio, quam Titio, vindicante vſumfructum recte ait, ſtatim venditorem auctoritatis nomine obligari. Quæ eſt ſpecies & ratio longe diuerſa eſt ab ea, quæ proponitur in hac lege.

Ad L. VIII. Si tibi liberum.

Si tibi liberum prædium tradidero, cum ſeruiens tradere deberem: etiam condictio incerti competit mihi, vt patiaris eam ſeruitutem, quam debuit, imponi.

§. 1. Quod ſi ſeruum prædium in traditione fecero, quo

liberum tibi tradere debui: tu ex empto habebis actionem, remittendæ eius seruitutis gratia quam pati non debeas.

IN venditione fundi dixisti, fundum venditum fundo tuo, quem retinebas seruum fore, puta, iter, aut viam fundo tuo debiturum; species enim seruitutis exprimenda est *l. in tradendis 7. comm. præd.* Liberum tamen eum fundum emptori tradidisti, nulla imposita seruitute, per imprudentiam, per errorem. habes condictionem incerti aduersus emptorem, vt patiatur eam seruitutem imponi. Seruitutes res incorporeæ, atque adeo res incertæ sunt, & incerti condicuntur, *l. sed etsi 22. §. vlt. de condict. indeb. l. si binarum 34.* (quam & hic glossa adduxit) *de seruitut. vrb. præd.* quæ lex etiam ostendit, in hac specie cum condictione incerti concurrere actionem ex vendito, *vt l. 5. hoc tit. l. ex empto 11. §. ego illud, hoc tit.* quod & hoc loco articulus, *etiam*, indicat. *Etiam condictio incerti*, inquit, ac si diceret, non tantum ex vendito, sed etiam condictio incerti. Ex contrario autem, si in vendendo fundum liberum, fundum optimum maximum dixero, in tradendo seruum fecero, imposita seruitute viæ, emptor actione ex empto consequetur, vt ea sibi seruitus remittatur, quam per errorem imponi passus est. Quin & condictione incerti, meo iudicio, eius seruitutis liberationem emptor persequi potest. Remissiones, liberationes incerti condicuntur, *l. 2. §. 1. de donationib. l. 3. de condict. sine cau.*

Ad L. IX. Si is, qui lapides.

Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, vt eos tollat.

EVm qui vendidit lapides erutos è suo fundo, vel qui in suo fundo erant, cogere emptorem posse, qui in eis tollendis moram trahit, cogere, inquam, eum posse, actione venditi, vt eos tollat, quia interest eius non impediri per lapides fundi sui vsum liberiorem. Qua ratione & extra causam emptionis eo nomine datur interdictum, *l. prætor ait 7. §. vlt. de dam. infec.* Hinc apparet, ex fundo alieno emptos lapides emptorem suis sumptibus tollere debere, *vt l. si cum 34. de dolo.* non etiam venditorem lapides tollere, & ad emptorem perferre debere.

Ad L. X. Non est nouum.

Non est nouum, vt duæ obligationes in eadem persona de eadem re concurrant. Cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, heres exstiterit, constat esse duas actiones in eiusdem persona concurrentes: propriam & hereditariam, & debere heredem institutum, si velit separatim duarum actionum commodo vti, ante aditam hereditatem primum venditorem conuenire, deinde adita hereditate hereditarium. Quod si prius adierit hereditatem, vnam quidem actionem mouere potest, sed ita, vt per eam vtriusque contractus sentiat commodum. Ex contrario quoque, si venditor venditori heres exstiterit, palam est, duas euictiones eum præstare debere.

HÆc lex est ex Vlpiani libris ad Sabinum, & quod proponit initio, non esse nouum, *vt duæ obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant*, id proponitur etiam ex Iuliano, qui Sabinianus fuit, *in l. 5. de fideiussor.* quæ est ex eodem libro Vlpiani. Non esse, inquam, nouum, vt duæ obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant: Obligationes, inquam, actiuæ vel passiuæ. Actiuæ sunt, quas quis habet, passiuæ, quibus obstrictus est, *vt l. si mulier 50. §. ex asse, de iure dot.* Fac ita esse. L. Titius duobus separatim diuersis temporibus eandem rem vendidit: vtrique tenetur ex empto, vt rem tradat, vel præstet, quanti interest rem tradi. Verum antequam cuiquam eam rem traderet, vnus ex emptoribus alteri emptori heres exstitit. Hic duas obligationes & actiones ex empto habet, vnam proprio nomine, quasi contra venditorem A proprium, alteram nomine hereditario, quasi contra venditorem hereditarium: qui & vtriusque actionis commodum consequetur, si in agendo hunc ordinem seruauerit, id est, si ante aditam hereditatem alterius emptoris egerit proprio nomine, & rem, vel id, quod interest consecutus fuerit. Deinde adita hereditate agat nomine hereditario, in quantum defuncti interfuit rem tradi. Quod non ita succedit, non ita euenit, si hic ordo neglectus fuerit, puta, si prius adierit hereditatem alterius emptoris, quam ageret suo nomine, quoniam hoc casu vtraque actio concurrit vno eodemque tempore, vtraque competit, vtraque defertur simul vno eodemque tempore: Qua ratione vnam tantum ex eis mouere debet, non vtramque, vel ex causa hereditaria scilicet, vel ex causa propria, quia ipse eas confudit & contulit in vnum tempus, qui potuisset eas separare B supradicto ordine seruato, nempe si ante aditam hereditatem cœpisset agere proprio nomine: Si vero emptor hoc casu vnam tantum actionem mouere potest, ergo & vnius tantum actionis commodum consequi, id est, semel litis æstimationem, non semel & iterum: imo vtriusque actionis, vt est scriptum hoc loco, vnam quidem actionem mouere potest, quod est, debet; sed ita vt per eam vtriusque contractus sentiat commodum, quod ita interpretor, vt vna actione consequatur vtriusque contractus commodum, non vtrumque commodum, id est, vt semel tantum consequatur rem vel litis æstimationem, non bis. Neque enim video qua ratione fieri possit vt in actionem, quæ intenditur ex vno contractu, simul veniat commodum actionis ex altero contractu, ita vt vtrumque consequi C possit, quia distincti & disparati contractus sunt, distinctæ actiones, quæ nec coniunguntur, vna tantum actione electa & instituta, siue deducta in iudicium. Posui, quod Vlpianus ponit, vnum eundemque eandem rem vendidisse duobus, & emptorem vnum alteri heredem exstitisse. quid fiet ex diuerso, si vnus idemque separatim eandem rem emerit à duobus, vt *l. si rem quam 29. de euict.* & vnus ex venditoribus alteri venditori heres exstiterit? Priori specie proponitur vnus venditor, & duo emptores, & emptorem emptori heredem exstitisse, hac vero posteriori specie proponitur vnus emptor, duo venditores eiusdem rei, & venditorem venditori heredem exstitisse. Et in hac quoque specie placet re euicta, emptorem duas actiones habere, vnam ex proprio, alteram ex hereditario contra-D ctu. Et similiter venditorem duas euictiones præstare debere, quod ait in extremo huius legis. denique emptorem duas actiones habere euictionis nomine, venditorem similiter duas euictiones præstare debere: Atque ita hoc casu in persona emptoris, de eadem re duæ empti venditi obligationes actiuæ concurrunt, & in persona venditoris duæ obligationes passiuæ. At si quidem prius egerit emptor ex vno contractu, antequam venditor, idemque heres alterius venditoris hereditatem adiret, deinde adita hereditate agere potest ex contractu altero, atque ita duarum actionum commodo frui. Verum idem non assequetur, si post aditam hereditatem prius egerit ex hereditaria causa, quia electa actione ex hereditaria causa, vtriusque commodum in eam deduxit, vtramque actionem confudit, atque adeo exactione secuta vtramque consumpsit. Quod etiam ita E procedit, si reus stipulandi, id est, stipulator alteri correo stipulandi heres exstiterit: Duas enim species obligationis sustinet, sed altera eius executione secuta, alteram consumit, *l. generaliter, 5. de fideiussor.* Item si reus promittendi, alteri reo promittendi eiusdem rei nomine, heres exstiterit, duas obligationes sustinet, *l. si reus 15. de duob. reis.* Sed ex vna si conueniatur & exigatur, vtraque consumitur, *d. l. generaliter.* Neque tamen idem euenit, si reus promittendi, reus principalis, heres exstiterit fideiussori: neque enim duas obligationes sustinet, quia adita hereditate fideiussoris, statim fideiussoria obligatio perimitur, & remanet tantum principalis, quæ maior & plenior est *d. l. generaliter l. cum reus 14. l. debitori 50. de fideiuss. l. debitor 3. de separat.* Et omnino hæc est definitio auctoris, vbi ali-

qua est differentia obligationum, vt in supradicta specie, si vna sit principalis, altera accessoria, principalis accessoriam, minorem maior tollit: Vbi autem pares & eiusdem potestatis obligationes sunt, nec vna maior altera, vel plenior, vt si reus promittendi correo heres exstiterit, in eius persona vtraque obligatio consistit: sed si ex vna conuentus præstiterit, sicut diximus, vtraque perimitur. Et ita explicanda est hæc quæstio, quæ alioquin est difficilis.

Ad L.XI. Ex empto.

Ex empto actione is, qui emit, vtitur. §. 1. *Et inprimis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci quod præstari conuenit. Cum enim sit bonæ fidei iudicium, nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil conuenit, tunc ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt, huius iudicij potestate.*

§. 2. *Et inprimis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere. Quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: si non fuit, tantum euictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*

INitio docet, quod est certissimum, ex empto actionem dari emptori, & in eam id demum deduci quod præstari conuenit inter contrahentes, non verbis solum, sed animis: *Conuentio enim contrahentium legem dat contractui, l. contractus 23. de reg. iuris, l. in emptionibus 23. de pact.* Hanc omnimodo pactis conuentis suo contractu contrahentes fingunt, arctantque vt volunt. Vnde & si in contrahenda emptione venditione conuenerit, ne quid euictione secuta venditor præstaret, id seruari oportet, *l. pacta 72. de contr. empt.* Præterquam si in ea re dolus malus venditoris arguatur, vt didicimus supra *ex l. 6. §. vlt.* & facit etiam *l. seruus quem 3. §. vlt. infr.* quia vt ait *d. l. 6. §. vlt. semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonæ fidei est, dolum malum.* Qua ratione etiam ait hoc loco, in actione empti venditi potissimũ seruari & præstari oportere id de quo conuenit, *quia* inquit, *nihil magis bonæ fidei cõuenit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est.* Ergo quod conuenit expressim vel tacite, quia quod actum est, pro expresso, pro cauto habetur, id est, quod agi intelligitur pro cauto habetur, *l. cum quid 3. de reb. cred.* Quod si in contrahenda emptione venditione nihil specialiter conuenit, si nulla lex emptioni venditioni dicta fuerit, *tunc*, vt ait, *iudicio ex empto ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt huius iudicij potestate. Naturaliter*, id est ex natura ex empto actionis, ex natura contractus, vt *l. si in venditione 60. de euict. l. vlt. C. de assert. toll.* Et eodem sensu *in l. in causa 16. §. pen. de minor. & l. item si pretio 22. §. vlt. tit. seq.* in pretio emptionis venditionis, locationis conductionis, naturaliter licere contrahentibus se inuicem circumscribere, citra dolum malum tamen, id est, hanc esse naturam contractus, vt quam potest plurimo venditor vendat: emptor vero quam minimo emat: venditor vt pulchre vendat, sicuti loquuntur, emptor vt pulchre emat, id est, vili. Hanc esse substantiam contractus, id est, naturam, *l. si voluntate 8. C. de rescind. vend.* Id ita fieri ἰμμεχῶς, vt ait *Nou. 97. si ædes male emptæ sint*, vt est apud Plaut. in Mostell. *nobis has haud redhibere licere*, id est, si carius emptæ sint: nam & emptori verius est non competere beneficium quod lex *2. C. de rescind. vend.* dat venditori soli, qui male vendidit. Hoc autem in primis naturaliter inest potestate iudicij ex empto vendito, vt ipsam rem vẽditor præstet, id est, tradat, inquit. *Præstare* interpretatur esse tradere, propter verbi ἀμφιβολογίαν: nam & dare significat & facere & sinere vel pati: & tradere vacuam possessionem, & in idiotismo, mutuum dare, *l. vlt. C. quod cum eo. &c.* Et in legibus formulisque antiquis hæc tria verba, eodem gressu feruntur, eodemque pede, *dare, facere, præstare, l. qui libertinus 37.*

A *de oper. libert. l. oblig. 3. de oblig. & act. l. Iulian 13. §. Idem Iulian. h. t.* Generale verbum, vt fit plerunque, subiicitur duobus specialibus, dare, facere. Tradendo autem rem venditam venditor, si rei dominus est, dominium eius transfert in emptorem, *l. traditio 20. de acq. rer. dom.* Videlicet, qui modus est ex duodecim tabulis, si emptor pretium soluerit, aut eo nomine satisfecerit, veluti fideiussore aut expromissore, aut pignore dato, vel si venditor ei fidem habuerit de pretio, *Fides habita*, vt Liuius ait quodam loco, *magis obligat fidem.* Et hæc ostenduntur multis in locis in iure, *§. venditæ, Instit. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contrah. empt. l. Paulus 38. §. quæsitum, de liber. cau.* Varro 2. de re rust. *Gregem venditum non mutare dominum, nisi si as adnumeratum sit.* Venditio sola domi-
B nium non transfert, sicut nec promissio sola, quæ fit stipulanti, *l. & eum 18. de manumiss.* Traditione naturali opus est, *l. traditionibus C. de pact.* Si autem venditor dominus non est rei venditæ, traditio eius rei transfert possessionem in accipientem, & euictionis tantum nomine venditorem obligat, *l. 1. de rer. permut.* Sub eodem etiam modo, eademve exceptione, *si pretium soluerit, vel eo nomine satisfecerit*, vt hoc loco ostenditur aperte. Et in hoc est differentia inter emptorem & venditorem, cuius rationem exposui *in l. 1. sup.* Venditor enim non cogitur facere rem accipientis, satis est venditorem obligari euictionis nomine, & purgari de dolo malo: At emptor cogitur facere nummos accipientis, *l. si mandauero 22. §. si mandauerim, & l. cum seruus 54. mand.* quæ differentia etiam proponitur hoc loco.

C

Ad §. 3. Redhibitionem.

Redhibitionem quoque contineri empti iudicio & Labeo, & Sabinus putant, & nos probamus.

§. 4. *Animalium quoque venditor cauere debet, ea sana præstari, & qui iumenta vendidit, solet ita promittere, esse, bibere, vt oportet.*

SEquitur, actioni ex empto etiam inesse redhibitionem rei venditæ, quoties redhibitioni locus est, veluti ob morbum vitiumve rei venditæ, quod reticuit venditor, quodve latebat. Concurrit enim cum actione ædilitia,
D quæ redhibitoria dicitur, ciuilis actio ex empto, *l. cum mancipium 51. de ædil. ed.* Et liberum igitur est, de redhibitione agere, vel ciuili actione, id est, ex empto, vel ædilitia. Ciuilis est perpetua: ædilitia temporaria. Hunc vero concursum miror Accursium non probare, qui est sane certissimus. Id etiam inest huius iudicii potestate, vt iumentorum venditor caueat emptori *ea sana præstari, & esse, bibere, vt oportet.* Quod etiam hic proponitur *in §. animalium*, vt in venditione ouium vel caprarum apud Varronem 2. *de re rustica*: *Illasce oues vel capras hodie sanas recte esse & bibere posse.* qua de re tamen eodem Varrone auctore, lanii emptores sibi caueri frustra desiderant, quia *ad cultrum*, inquit, *iumenta emunt, vt mox ea ingulent.* Idem etiam frustra desiderarent, *quia ea*, vt ait, *ad*
E *altaria emunt.*

Ad §. Si quis virginem.

Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionẽ quidem ex hac causa non esse; verumtamen ex empto competere actionem ad resoluendam emptionem, vt pretio restituto mulier reddatur.

SI ego me virginem ancillam emere putaui, quæ iam erat mulier, non ideo minus emptio valet, quia in sexu non erraui, quod satis est: Error in pudicitia vel integritati puellæ non vitiat emptionem venditionem, *l. alioquin*

quin 11. de contrah. empt. Quod vtique verum est, etiamsi venditor sciuerit eam esse mulierem, & me errare passus sit. Neque vero eo nomine redhibitioni locus est ex ædilitio edicto, quia ædiles hunc casum edicto non comprehenderunt: nec vitiatam mulierem, vitiosam esse, aut morbosam existimauerunt: Cessare igitur actionem ædilitiam: competere tamen actionem eiusdem ex empto, vt resoluatur venditio, vt distrahatur, vt pretio restituto mulier redhibeatur, vel contra, vt muliere redhibita pretium restituatur, quia mihi mens fuit emendæ virginis, non mulieris, qui nec, si sciuissem iam ei vitium oblatum esse, eam mihi vllo modo comparassem. Multo plures sunt causæ redhibitionis iure ciuili receptæ, quam iure honorario, & contra, quæ iure honorario, id est, ædilitio edicto, receptæ sunt, eædem etiam iure ciuili continentur, §. *redhibitionem, supr.* Latius enim patet actio bonæ fidei, quam actio stricta. *Bona fidei nomen,* vt ille ait, *patet aut manat latissime.*

Ad §. 5. Is, qui vina.

Is, qui vina emit, arræ nomine certam summam dedit: Postea conuenerat, vt emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait, vt arra restituatur, vtilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. Ego illud quæro, si annulus datus sit arræ nomine, & secuta emptione pretioque numerato, & tradita re, annulus non reddatur: qua actione agendum est; vtrum condicatur quasi ob causam datus sit, & causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. Et Iulianus diceret, ex empto agi posse. Certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est annulus.

EMptor vini arræ nomine venditori dedit certam pecuniam. postea conuenit inter eum & venditorem, vt venditio irrita fieret: conuentio valet, si res sit integra, id est, si neque pretium, aut pars pretij numerata sit, neque res tradita, *l. emptio 3. de rescind. vendit.* Arra non est pro parte pretij, sed argumentum tantum pretij conuenti & contractæ emptionis venditionis, *l. quod sæpe 35. in princip. de contrah. empt. & Instit. in princip. de empt. & vendit.* Et arrarum datio quasi alius contractus est, qui proxime sequitur emptionem venditionem, *l. contractus 16. C. de fide instrum.* Nec tamen male dicitur arrale pactum, *l. ex arrali 3. C. de act. empt.* Conuentio enim dandæ arræ ex pacto contractus euadit: post dationem arræ, pactum quod traditione sumpsit effectum, contractus est: At etiamsi arra data sit venditori, non ideo minus res est integra, si cætera emptionis venditionis secuta non sint, *l. 2. C. quan. lic. ab empt. disced.* Arræ datio non deintegrat rem. Itaque etiamsi arra interuenerit, statim contrario consensu emptio venditio dissoluitur, antequam arra restituta sit emptori. Verum quæritur, qua actione emptor, dissoluta emptione mutuo consensu, arram recuperet & repetat à venditore? Et hoc loco docet eo nomine emptori dari actionem ex empto, vtilemque eam actionem esse etiam ad distrahendam emptionem. Quid est quod ait, ad distrahendam emptionem? Nonne distracta satis iam ante fuit contrario consensu? Sic sane. Igitur ad distrahendam emptionem, id est, ad distrahenda reliqua emptionis venditionis, ad repetendum pignus, ad repetendam arram, ad resoluendum arrabonicum contractum. Nunc finge, datum esse venditori annulum arræ nomine, vt hic proponitur, & *in l. quicunque 5. §. si ei quem, de instit act.* datum, inquam, esse annulum arræ nomine, non pecuniam numeratam, vt in superiori specie, inter quæ hæc differentia est, quod arra, si in pecunia numerata consistat, imputari potest in pretium, nec repeti, *l. vlt. sup. de l. commiss.* non etiam si consistat in annulo, vel alia quacunque re. Ideoque ex vtraque parte impleta emptione venditione, id est, pretio soluto & re tradita necessariam esse emptori actionem ad repetendum annulum, vel quam aliam rem arræ nomine datam, quod non possit ea imputari in pretium, quod in emptione venditione omnimodo consistere debet in pecunia numerata. Et docet ad

A repetendum annulum, aliamve rem arræ nomine datam, emptori suppetere actionem ex empto, vel, vt hoc loco significatur, condictionem ob causam, causa non secuta, quæ actio & causa finita competit, *l. quod Seruius 8. de condict. cau. data.* videlicet, si quæ finita est, nec ante secuta fuerit: Vel etiam suppetere condictionem sine causa, quæ etiam concurrit cum condictione ob causam dati, causa non secuta, *l. 1. §. pen. de condict. sine caus.* Iam didicimus supra, concurrere actionem ex empto cum condictione indebiti, *l. 5. & 8.* concurrit etiam cum ceteris omnibus condictionibus. Nam & condictionum omnium ea conditio est, vt vbi manifesto vna competit, competant & ceteræ, & quam voluerit eligendi ius actori, potestasque sit. Concurrit autem in hac specie cum actione ex empto condictio sine causa, vel, condictio ob rem datam, re non secuta, non vt reddatur res, quæ vendita & tradita, aut pretium, quod numeratum est, *l. si non 8. C. de contrah. empt. l. 1. C. de action. empt.* sed vt reddatur arra, cuius causa finita est, ex vtraque parte impleta fide contractus; non vt rescindatur contractus principalis, sed vt rescisso principali, alia quadam ratione, rescindatur etiam arrabonicus.

Ad §. Venditorem.

Venditorem etiamsi ignorans vendiderit, fugitiuum non esse præstare emptori oportere, Neratius ait.

8. Idem Neratius, etiamsi alienum seruum vendideris, furtis noxisque solutum præstare te debere ab omnibus receptum ait, & ex empto actionem esse, vt habere licere emptori caueatur, sed & vt tradatur ei possessio.

§. 9. Idem ait non tradentem, quanti interest condemnari, satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet.

§. 10. Idem Neratius ait, propter omnia hæc satis esse, quod plurimum est præstari, id est, vt sequentibus actionibus deducto eo, quod præstitum est, lis æstimetur.

§. 11. Idem recte ait, si quid horum non præstetur, cum cætera facta sint, nullo deducto condemnationem faciendam.

VEnditor serui sui vel alieni, nihil refert, etiamsi ignorauit eum seruum fugitiuum esse, quod frequentius in seruo alieno ignoratur, præstare tenetur emptori ignoranti, *fugitiuum eum non esse*, vbi fugitiui appellatione etiam continetur erro. Erro enim est pusillus fugitiuus, *l. quid si 17. §. erronem, de Ædil. edic.* Ratio autem huius sententiæ hæc est, quia *emptori rem venditam habere licere* omnimodo venditor præstare debet: Atqui fugitiuum habere non licet; itaque quasi euictionis nomine venditor tenetur iudicio ex empto, vt præstet fugitiuum non esse, *l. Iulianus 13. §. item qui furem, hoc tit.* Item, quod mox sequitur, *vt caueat venditor, habere recte licere.* Eodemque modo etiam ignorans venditor præstare debet seruum, quem vendidit, *furtis noxisque solutum esse*, id est, non esse obnoxium noxalibus actionibus, qua de re etiam specialiter cauere debet, furtis noxisque solutum esse, *l. si emptori 30. de euict. l. quoties 3. si famil. fur. fec. dic. l. vlt. de rer. permut. l. aliud est 174. de verb. sign. l. emptori 4. C. de act. empt.* Varro 2. *de re rust. In pastorum emptione,* inquit, *solet stipulatio intercedere, sanum eum esse, furtis noxisque solutum.* Et hodie scilicet, quod etiam exprimebatur, *sanum esse*, id est, venditionis tempore, vt furtis noxisque solutum esse venditionis tempore, *l. cum in venditione 3. de euict.* & plerumque additur verbum, *præstari*, furtis noxisque solutum esse præstari, *l. si ita 31. de euict. l. hac stipulatio 200. de verb. sign.* Vnde & apud Varronem in cautionum formulis: *Illosce iuuencos sanos recte de pecore sano esse, noxisque præstari: Illosce boues sanos esse, noxisque præstari: Illasce sues sanas esse, habereque recte licere, noxisque præstari.* Omnibus iis locis videtur legendum: noxisque solutos vel solutas præstari, quod est apertissimum. Venditor autem, qui non cauit, vt ex Neratio proponitur *in §. item ait.* (qui

est satis obscurus, nec dilucide ab vllo, quod sciam, adhuc explicatus) Venditor, inquam, qui non cauit, tenetur, vt ait Neratius, quanti plurimum venditorem periculum subire oportet, id est, in duplum: Vltra duplum enim venditor plerumque non periclitatur, *l. cum forte 44 hoc. tit.* Et hoc distat, qui non cauet, ab eo, qui non tradit rem venditam. Nam is qui non tradit, tenetur quanti emptoris interest, rem habere, vt *l. 1. in princ. hoc tit.* etiamsi id egrediatur pretium rei supra duplum: Neque enim in æstimatione eius, quod interest, definitio dupli fuit perpetua ante Iustinianum, id est, ante *l. vn. C. de sentent. quæ pro eo quod inter.* Is autem, qui non cauit, non tenetur in id omne quod emptoris interest, non in detrimenta omnia, quæ ex ea re emptor traxit: Neque enim tenetur vltra duplum, id est, quod plurimum, quantive plurimum periculum eum subire oportet, *d. l. cum forte.*

Sequitur ex eodem Neratio, *propter hæc omnia,* de quibus caueri oportet emptori, puta *sanum esse mancipium, fugitiuum non esse, erronem non esse, furem, vespillonem non esse, furtis noxisque solutum esse, & habere recte licere:* Propter, inquam, hæc omnia, si nihil eorum cautum sit, nihilve eorum cauere velit venditor, quanti plurimum periclitari auctorem, id est, venditorem oportet, puta duplum præstari, non supra duplum, ita vt, quod plane declarat illud, *plurimum,* quod initio Nerat. dicit esse duplum, illud plurimum finiri duplo, ita inquam, sicut ita idem Nerat. ait, vt si, quod exempli gratia, de fuga cautum non sit, egerit emptor, & venditor eo nomine aliquid præstiterit, eo quod præstitit, deducto ceterarum rerum nomine, de quibus etiam non cauit, & de quib. sequenti loco cum eo agitur, reliquum solummodo præstetur, ne plus duplo emptor consequatur à venditore, ob id solum, quod non caueat emptori cautionibus solemnibus, cautioneve solemni, quæ complectatur omnia illa capita. Et ad hoc valde facit *l. cum fundus 48. de euict.* quæ est etiam Neratij. Et hoc si nihil eorum, quæ dicta sunt, caueat venditor. Videamus quid sit dicendum, si quid eorum non cauerit, de cæteris cauerit venditor emptori. Et quod notandum est ex hoc loco, si quid eorum cautum non sit, etiamsi de cæteris cautum sit, ob non præstitam vna de re cautionem, sine deductione, sine deminutione vlla, in solidum venditorem damnari, quanti plurimo periclitari eum oportet, id est, duplo tenus, quia pro eo est, ac si nulla de re cauisset qui non cauit de omnibus. Cautionis causa indiuidua est, & quamdiu aliquid superest, quod non sit in cautionem deductum, tamdiu non potest videri emptori cautum esse, *l. 2. de prætor. stip.* Paria hæc sunt, nulla de re cauere, vel non cauere de omnibus, sed de quibusdam tantum. Atque ita *hic* §. explicandus est, vsque ad §. *idem lib. 2.*

Ad §. 13. Idem lib. 2.

Idem lib. 2. respons. ait, emptorem noxali iudicio condemnatum ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit. Idemque putat, etsi ex stipulatu aget, & siue defendat. noxali iudicio, siue non, quia manifestum fuit, noxium seruum fuisse, nihilominus vel ex empto vel ex stipulatu agere posse.

Siue venditor hominis caueat, siue non caueat, *furtis noxisque solutum eum hominem esse,* & emptor conuentus post traditionem hominis actione noxali eiusdem serui nomine ob furtum, quod alij fecerat ante venditionem vel traditionem, litis æstimationem præstiterit, vel seruum dederit in noxam, venditor emptori tenetur actione ex empto, quia furtis noxisque eum solutum esse præstare debet, vel actione ex stipulatu, si stipulatio intercesserit, furtis noxisque eum hominem solutum esse, *vt quanti minimo,* inquit, *emptor defungi potuit, id saltem ei venditor præstet,* quanti minimo, vt Plautus in Epidico, *quati emi potest minimo.* quanti auté minimo emptor defungi potuit, id est, quá A minima præstatione iudicio noxali se liberare potuit, vt si absolui potuit, datis decem pro litis æstimatione, pro damni æstimatione, & retento seruo, qui longe maioris erat pretij, & tamen seruum noxæ dedere maluerit, quam pecuniam dare, non pretium serui ei præstabit venditor, quem dedit in noxam, sed decem tantum, quorum solutione defungi, & se liberare potuit. Imputatur emptori, quod cum expediret præstare litis æstimationem, noxæ æstimationem potius, quam seruum ipsum noxæ dedere maluerit, vt *l. vtiles 39. de petit. hered.* Nec potest igitur ita re gesta auctoris sui conditionem deteriorem facere, auctoris sui obligationem augere. Etiam addit, nihil referre qua actione agat emptor, quia noxali iudicio condemnatus est serui empti nomine, actione ex empto, an actione ex stipulatione, *fur-* B *tis noxisque solutum esse,* si interposita fuerit, quia & actioni ex stipulatu locus est, cum emptor condemnationem subiisse, & iudicatum fecisse proponatur. Nec vlla est ratio obiiciendæ *l. 4. in princ. sup. eod.* quę ex stipulatione duplæ dicit, agere emptorem non posse, antequam ei aliquid absit. Primum enim hic de alia stipulatione agitur: deinde, quod caput est, emptori hic ponitur abesse seruum, quem noxæ dedere maluit, quam pecuniam dare; quin etiam subiicitur *in hac l.* siue seruum noxali iudicio defendat emptor, siue indefensum relinquat, & ducatur iussu prætoris ab actore, vt fit *l. sed alio 2. §. vlt si ex noxal. cau. agat.* vtrique actioni locum esse, cum scilicet melius erat non defendere seruum noxium, quam litigare: quia scilicet euidens & manifestum erat noxium seruum esse, nec celari id, aut defugi vlla ratione poterat. Neque enim in venditoris gra- C tiam, quæ in effectu nulla foret, cogitur emptor malam causam agere. Et inde καθολικὸν, illud glossæ & Doctorum, *id quod notorium est, probatione non indigere.* Certe ita est, *quia nec accusatione indiget, c. manifesta, & can. seq. 2. q. 1.* M. Tullius in Academ. *nihil potest esse,* inquit, *clarius aut illustrius ipsa euidentia & perspicuitate.* Verum autem non est, quod Glossa notat in hac specie, cum seruum indefensum emptor relinquit, quem manifestum erat noxium fuisse, qui manifestarius fur erat, saltem debuisse emptorem id denuntiare venditori, serui nomine noxale iudicium intentari, quia hæc denuntiatio, siue laudatio actoris tunc tantum necessaria est, cum emptor defensionem serui suscepturus est, de cuius proprietate vel pigneratione lis mouetur, vt & eum defendat venditor, & liti subsistat, non, vt D hic proponitur, cum emptor denuntiat sibi verum & æquum, vt eleganter ait *l. quotiens 9. §. sicut, de admin. tut.* vnumquemque sibi verum denuntiare debere. Cum, inquam, emptor denuntiat sibi verum, cum à seipso quod iustum est, iudicat, vt Dominus dixit apud D. Lucam, & ideo defensionem serui manifeste noxij non suscipit. Itaque omissa serui defensione, propterea quod seruus ei abest, quem indefensum iussu prætoris actor abduxit, agere emptor confestim potest actione ex empto, vel ex stipulatu, licet non laudauerit auctorem; hoc enim exigitur duntaxat, cum emptor conuenitur actione in rem directa vel vtili, non cum actione in personam, qualis est actio noxalis furti, vel legis Aquiliæ.

E Ad §. Idem Neratius.

Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere præstare emptori, vt in lite de possessione potior sit. Sed Iulianus lib. 15. ff. probat, nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit. Erit igitur ex empto actio, nisi hoc præstetur.

IN hoc §. ex Neratio proponitur, venditorem in re tradenda debere præstare emptori, vt in interdictis possessoriis, in lite de possessione potior & superior sit, id est, non tantum dominij, sed etiam possessionis mota cotrouersia, debere laudatum & denuntiatum auctorem liti subsistere, & lite amissa euictionem præstare; quam sententiam sub-

iicit, Iulianum non probare, qui existimabat statim venditorem ex empto conueniri posse, etiam antequam possessio emptori sit euicta, quod nec rem tradidisse venditor videatur, qui vacuam omni lite possessionem non tradit emptori: Ex empto igitur statim conueniri posse, quanti interest, quasi re nón tradita, qua de re diximus satis *in l. 2. §. vacua, & l. 3. in princ. hoc tit.* Possessione autem euicta emptori, competit etiam emptori aduersus venditorem actio ex stipulatione habere licere, interposita euictionis nomine, *l. stipulatio 38. §. si quis forte, de verb. oblig.*

Ad §. 14. Cassius.

Cassius ait, eum, qui ex dupla stipulatione, litis aestimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caueri solet, nihil consequi posse. Iulianus deficiente dupla, ex empto agendum est.

POst hæc datur §. *Cassius*, in quo hoc proponitur valde notandum, euicto seruo emptori, si emptor aduersus venditorem egerit ex duplæ stipulatione, & duplum consecutus fuerit, id est, duplum eius, quod propter emptionem vel dedit, vel obligatus est, nihil eum consequi posse cæterarum rerum nomine, de quibus cautum ei est: *de quibus*, inquit, *in venditionibus caueri solet*: quia quod plurimum consequi potuit, id iam consecutus est, puta, duplũ, quo contentum eum fuisse propter illa omnia stipulatio duplæ demonstrat. Quinimo, meo iudicio, etsi aliquid particulatim consecutus sit, non duplam integram, puta fugæ nomine, quod seruus qui veniit, fugitiuus sit, deinde is seruus euincatur, residuum duntaxat actione ex stipulatu ad finem dupli consequi potest: quod seruari etiam in actione ex empto heri diximus, *in §. idẽ Neratius ait.* In actione, inquam, ex empto deficiente dupla, inquit, ex Iuliano, id est, non interposita stipulatione duplæ, vt & Albericus & Fulgosius recte interpretantur: quia & actione ex empto supra dictum euictionis nomine periclitari venditorem non oportet, *l. quod si nolit 31. §. quia assidua, de adil. ed. l. cum forte 44. hoc tit.*

Ad §. 15. Denique

Denique lib. 10. apud Minicium ait, si quis seruum ea conditione vendiderit, vt intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid præstaretur, & emptor hoc fieri intra diem non desiderauerit: ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit. Tunc enim in hoc fieri, vt per ipsum, & per heredem eius emptorem habere liceret. Qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret, & ideo empti iudicio tenebitur. §. 16. Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque: Nam si iure creditoris vendiderit, deinde hæc fuerint euicta, non tenetur, nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor. Hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor præstabit. Denique etiam repromittit de dolo. Sed etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam, vel non esse eius, qui sibi obligauit, vendiderit, tenebitur ex empto: quia dolum eum præstare debere ostendimus.

ET quod mox sequitur: *Denique lib. 10. apud Minicium ait*, vt ille articulus *denique* demonstrat, illatio est deducta ex eo, quod proxime dixit, Iulianum, deficiente dupla, id est, stipulatione duplæ, ex empto agendum putare. Finge: vendidisti seruum ea lege & conditione, *vt intra triginta dies duplam promitteres emptori stipulanti*, postea, id est, post triginta dies, ne quid præstares: legem hanc venditor dixit, emptor vero ea neglecta, intra diem tricesimum, duplam sibi promitti non desiderauit: deficit igitur stipulatio duplæ, non deficit tamen re euicta actio de dupla, quicunque eam rem euicerit: Eo enim nomine emptori competit actio ex empto in venditorem, si venditor sciens alienam rem vendiderit, quam postea dominus euicerit, quia præstare debet dolum malum abesse, in quo plane versatur, qui sciens rem alienam vendidit, *l. 6. §. vlt. h. t.* Et ideo præstat euictionem, etiamsi pepigerit, ne post tricesimum diem euictione secuta, quicquam præstaret. Hæc enim pactio non excusat dolum malum, non purgat dolum malum. Sed si ignorans rem alienam vendiderit, proculdubio non præstat euictionem, quia sibi cauit lege dicta, ne de euictione teneretur, nisi intra triginta dies ab eo cautio duplæ desideraretur. Quod rursus ita intelligendum est, vt ignorans, qui sibi cautione prospexit, ne quid euictione secuta præstaret, non teneatur quidem re ab extraneo euicta, sed teneatur omnimodo re euicta à se ex alia causa, vel ab herede suo, quia improbe venditor ipse rem, quam vendidit, euincit, *l. vindicantem 17. de euict.* Ergo & heres eius improbe eam euincit, qui in omne ius eius succedit, quia eadem fere persona esse intelligitur. Et hoc est quod ait, *ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienam rem vendidit: tunc enim in hoc fieri.* Sic Florentini, repone, *in hoc teneri, teneri* pro *fieri*, (*vt in §. qui autem, inf.*) *Tunc enim*, inquit, *in hoc teneri, vt per ipsum & per heredem eius emptorem habere liceret*, qui propius ad vicem eius accedit: per ipsum inquam, & per heredem eius, non per omnes scilicet. Eademque distinctio fit, inter scientem scilicet, & ignorantem, in pignore distrahendo, si creditor pignus vendat iure creditoris, id est, vt de euictione non teneatur: Creditor aut vendit pignus iure communi, & de euictione tenetur: aut iure creditoris, iure pignoris, & de euictione non tenetur, ignorans scilicet fundum esse alienum, ignorans rem sibi pigneratam esse alienam, atque adeo ignorans eam sibi obligatam esse, quia rei alienæ pignus non consistit. Ignorans, inquam, creditor, qui pignus vendidit iure creditoris, non præstat euictionem emptori, nisi ipsemet rem euincat, vel heres eius, *l. etsi is, 10. de distract. pign.* Imo nec tenetur creditor ad pretium restituendum, quod percepit bona fide, quia suum recepit: cum tamen (quod discrimen obseruandum est) venditor teneatur ad pretium restituendum, licet non teneatur ad euictionem, qui ea lege vendidit, ne quid secuta euictione præstaret. Creditor autem, qui sciens alienum esse pignus, id vendidit iure creditoris, id est, ita vt euictionem non præstaret, nihilominus præstat euictionem omnimodo aduersus omnes, id est, quisquis rem euicerit, etiamsi de dolo malo non repromiserit emptori, quia doli mali cautio inest bonæ fidei iudicio. Et hac de re exstat titulus in Codice specialis, *Creditorem euictionem pignoris non debere.*

Ad §. 17. Si quis rem.

Si quis rem vendiderit, & ei accessurum quid dixerit, omnia quidẽ, quæ diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sint. Vt tamen euictionis nomine non in duplum teneatur, sed in hoc tantum obligetur, vt emptori habere liceat, & non solum per se, sed per omnes.

SI in emptione venditione fundi dictum sit, *accedere Stichum seruum*, non tantum rei principalis, id est, fundi, sed etiam accessionis, id est, Stichi, euictionem venditor præstat, vt *l. 6. §. si tibi iter, h. t. l. euicta re 16. in princip. de euiction.* Quia accessio pars est venditionis, *l. quod si nolit 31. in fi. de adil. edic.* Et pleræque res sæpenumero propter accessionem solam emuntur, *l. si in emptione 34. in princ. de contrah. empt.* Sed hoc interest, quod euicta accessione, simplam duntaxat venditor præstat, quisquis eam euicerit, vt *d. l. euicta re.* Euicta autem re principali, duplam præstat. Cur tam varie? Quia accessio plerunque non est tanti, vt propter eam dupla præstari vel promitti debeat. De rebus tantum pretiosis dupla præstatur, aut promittitur, *l. emptori 37. §. 1. de euict.* Et hæc ita procedunt in actione ex empto, de qua est hic §. Actio ex stipulatione duplæ forte non competit, nisi euicta re principali, quia stricta stipulatio est, vt omnis stipulatio, & quia, tametsi accessio sit pars venditionis, non est tamen pars rei.

Ad §. vltim.

Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat præstare. Et multum interesse arbitror, vtrum hoc polliceatur, per se, venientesque à se personas non fieri, quo minus habere liceat: an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id præstare, ne alius euincat. Proinde si euicta res erit, siue stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur: siue non est interposita, ex empto non tenebitur. Sed Iulianus lib. 15. Digest. scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri quo minus habere liceat, posse defendi: ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verumtamen vt pretium reddat teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstatum iri: pretium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & pretium venditor retineret, nisi forte (inquit) si quis omnes istas suprascriptas conuentiones recipiet, quemadmodum recipitur, vt venditor nummos accipiat, quamuis merx ad emptorem non pertineat. Veluti cum futurum iactum retis à piscatore emimus, aut indaginem plagis positis à venatore, vel pantheram ab aucupe. Nam etiamsi nihil capit, nihilominus emptor pretium præstare necesse habebit. Sed in suprascriptis conuentionibus contra erit dicendum: nisi forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra à nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex empto eum teneri: quia dolo facit.

Est hic §. de stipulatione, *habere recte licere*, quam de venditore emptor stipulatur euictionis nomine, de qua & ante dictum est. *Qui autem*, inquit, *habere licere vendidit*, id est, interposita stipulatione habere licere, vt alio loco, *qui dupla vendidit*, id est, interposita stipulatione duplæ. Venditor autem, qui promisit *habere licere emptori stipulanti*, multum interest, vt in hoc §. ostenditur, vtrum hoc promiserit, *per se, & heredem, cæterosque successores suos, non fieri, quo minus habere liceat*, id est, non euinci rem, an vero *per se, & per omnes, per quoscunque*. Nam si *per omnes*, quicunque rem emptori euicerit, stipulatio committitur: *si per se, heredemque suum duntaxat*, non aliter stipulatio committitur, quam si vel ipse ex noua causa, vel heres eius, rem euicerit emptori. Et hoc vero specialiter exprimi oportet: per se heredemque suum, non fieri, quo minus rem emptam habere recte liceat, non etiam, per omnes. Alioquin generaliter concepta stipulatio habere licere, ex natura contractus vel hoc continet, curaturum se suo periculo, ne quisquam omnino emptori rem euincat, *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Vel, si huic stipulationi habere licere subdita sit alia stipulatio pœnalis, vel quanti ea res est, hoc continet, neminem facturum, continet factum alienum quod recte in stipulationem deducitur, subdita pœna, vel stipulatione, quanti ea res est. Denique hoc continet, neminem omnino facturum, quo minus emptori rem habere liceat, vt *l. stipulatio 38. 1. de verb. oblig.* Itaque si extraneo rem euincente, venditor præstare euictionem nolit actione ex stipulatu, de se tantum heredeque suo specialiter promittere debet: vel non interposita stipulatione habere licere, ne euictionis nomine teneatur actione ex empto, specialiter in vendendo pronuntiare debet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, non etiam per omnes. quod si fecerit, re euicta ab extraneo, non tenebitur quidem ex empto euictionis nomine in id quod interest, sed tenebitur ad pretium restituendum emptori. Aliter, quod notandum, quam creditor qui pignus vendidit iure creditoris, siue lege pignoris, id est, ea lege, ne euictionem præstaret, qui re euicta, nec tenetur ad id quod interest emptoris, nec ad pretium restituendum, *§. sententia sup.* Ratio est in promptu, quia suum recepit. At qui rem tuam vendidit iure communi, & pronuntiauit

A non per omnes, sed per se tantum heredemque suum non fieri quo minus habere recte liceat, re euicta ab extraneo, hactenus tenetur ex empto, vt pretium restituat emptori, non vt præstet si quid pluris emptoris intersit rem habere, vt fit in specie *l. si fundus 33. tit. seq.* Itemque si aperte in venditione comprehensum sit, *nihil euictionis nomine præstitum iri*, quæ conuentio vtilis est, si dolus absit venditoris, id est, si ignorans rem alienam, vel alij obligatam vendidit, vt *d. §. sententia* & *in fi. huius l. & l. 6. §. vlt. sup. h. t.* Sciens omnimodo tenetur de euictione id id quod interest, nec quicquam illi illa conuentio prodest. Ignorans qui dolo malo caret, re ab extraneo euicta pretium tantum restituere debet emptori, non etiam vtilitatem, id est, quod interest, quod interdum egreditur pretium rei, quia vt ait,

B nec bonæ fidei contractus, qualis est hic, qui est in manu, patitur, vt hac conuentione emptor rem amittat, & venditor pretium lucrifaciat: hac, inquam, conuentione nihil euictionis nomine præstitum iri. Nec moueri debemus, quod etiam hic ostenditur ex Iuliano, eo, quod valet conuentio, qua hoc agitur nominatim, vt venditor pretium accipiat & retineat, etiamsi merx, siue res ad emptorem non peruenerit, vt fit cum à piscatore emitur futurus iactus retis, qui & *bolus* dicitur, vnde & *bolonas exercere* apud Donat. in Eunucho. In idiotismo, emere iactum retis, *c'est acheter vn traict.* Latinis quoque *emere fortunam tractus.* Idem fit, cum à venatore emitur *indago*; plagis positis, vt ait, id est, quodcunque clauso cinctoque saltu, vbi sunt feræ, dispositis protensisque plagis venator ferarum ceperit. Plagæ Philoxeno sunt χωινγηνκὰ λίνα. *Ce sont les toiles.* Vel

C etiam cum emitur *Panthera* ab aucupe *Pantheram* dicit (quod admoneo propterea quod docti viri in hac re modica errant) à nominatiuo Panthera: à nominatiuo Panther, dixisset Pantherem, non Pantheram: vt crater dicimus & cratera, ita & panther, & panthera, pantheræ: id vero est retis magni genus; Et hoc loco, quod hoc retis genere quodcunque auium ceperit auceps; Et hoc pantheræ nomen etiam idiotismus retinet. *Les oyseaux se prenent à la panthere, ou au traineau.* His vero omnibus casibus, quamuis forte nihil ceperit venator vel piscator, vel auceps, quamuis nulla sit merx, quæ ad emptorem pertineat, tamen venditori pretium præstari debet, quia id agitur in his negotiis contrahendis, non vt res certa veneat, sed vt spes tantum, vtique spes vt alea, *vt fortuna iactus*, sicut *A-*

D *puleius* loquitur *1. Apologia, vt fortuna tractus*, sicut *Valer. 4. c. 1.* Denique vt incertum rei, hoc est alea, sit loco mercis, *l. nec emptio 8. de contrah. empt. l. nam hoc 11. de hered. vendit. & l. seq.* Vnde & in Adelphis: *Spem pretio non emo.* Et Sueton. in Augusto: *Solebat*, inquam, *inæqualissimarum rerum sortes, & auersas tabularum picturas in conuiuio venditare, incertoque casu spem mercantium vel frustrari, vel explere.* At in supradictis conuentionibus, quæ duæ sunt non tres, vt DD. volunt, vna, si venditor pronuntiet, *per se, heredemque suum non fieri:* (male Florent. *non teneri*) quo minus habere liceat, per se, inquam, heredemque suum, non igitur per omnes. Altera, si venditor pronuntiet, *nihil se euictionis nomine præstare.* In his omnibus conuentionibus, de quibus præcipue agitur hoc loco,

E longe alia interuenit ratio, quam in emptione aleæ. Emitur enim his casibus res certa, corpus certum, quo euicto ab extraneo, æquum non est etiam emptorem pretij damnum facere, venditorem damno emptoris adolescere. Conuentionem illarum vis hæc est, vt venditor, re euicta ab extraneo, non teneatur in id quod interest, non etiam vt & pretium emptori, quod accepit, restituere, vel etiam quod nondum accepit, remittere non teneatur. Videlicet si bonæ fidei venditor fuit. Nam qui sciens rem alienam, vel alij obligatam vendidit ignoranti, tenetur etiam in id quod pluris interest, quam res empta sit, nec ei quicquam supradictæ conuentiones proficiunt, quia dolo fecit, quod & ante dictum est satis & sæpius. Et hæc sunt, quæ continentur in hoc §. cui statim subiungitur de iactu retis empto *in l. 12.*

Ad Leg. Si iactum.

Si iactum retis emero, & iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est. Si quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit.

SI à piscatore emero iactum retis, & piscator siue *iaculator*, vt Plautus loquitur, qui & rete iaculum dixit, ad differentiam verriculi. Si piscator, inquit, qui vendidit iactum retis, iactare retem noluit. Sic est scriptum in Florent. & apud Plautum sæpissime, & apud Varronem *3. de re rust. Quibus*, inquit, *cibus ministratur per retem*. Et paulo infra: *Intra retem aues sunt, omne genus*, quibus verbis significatur panther, vel panthera. Et hoc quoque Charisius Sosipater notauit, retem dici muliebri genere, & in consuetudine esse, vt dicamus, *in retes meas incidisti*. Verum ad rem: si piscator, qui vendidit iactum retis, noluerit retem iactare, iudicio empti incertum huius rei, τὸ ἄδηλον huius rei à iudice æstimandum esse, quanti scilicet emptum est incertum rei: vel quanto pluris venire aut reuenire potuit, forte propter piscariam copiam eius loci, in quo vt retе iactaretur, conuenerat. Contra vero Accursius, vt probet incertum iactus non æstimari, obiicit *l. quemadmodum 29. §. plane si culpa, ad leg. Aquil.* vbi si culpa nautarum nauis impulsa sit in retia piscatorum, eaque ruperit, ita vt nihil expiscari potuerint, æstimatur quidem damnum retibus illatum, sed non damnum amissæ capturæ: quia incertum erat, an aliquid capturi essent. At respondeo, hic agi de captura principaliter, quæ quo minus fiat, per piscatorem stat, qui eam sub incerto vendidit pretio certo, ibi non agi de captura principaliter quæ erat incerta, sed de retibus ruptis. Et hæc de piscatore, qui non vult iactare retem. Sed si piscator iactauerit retem, & quod ceperit, quod extraxerit piscium vna iaculatione noluerit præstari emptori, forte quod esset ingens & pretiosissima captura quædam, quæ pretium non conuentum longe exsuperaret: tum actione ex empto id æstimari debet, quodcunque extraxit piscium, & quanti id fuerit, in tantum damnari debet emptori, quoniam tanti emptoris interest, vt re non tradita, damnari venditor soleat, quanti emptoris interest, *l. 1. in princ. l. prox. §. idem ait non tradentem, sup.* At finge, quod Suetonius refert *in lib. de claris Rhetoribus*, & Valer. *lib. 4. cap. 1.* & Diogenes Laertius *in Thalete*, & Plutarchus *in Solone*. Quidam piscatorem trahentem retem adiit, & pepigit bolum siue iactum retis, quanti emeret, & nummos soluit. extracto reti nullus piscis infuit, sed sporta auri obsuta infuit, quæritur ad quem bolus ille pertineat, ad piscatorem, eundemque venditorem boli, an ad emptorem? Et, vt breue faciam, dicerem pertinere ad piscatorem, quia non de quacunque captura, sed de captura piscium contrahentes intellexerunt? Vel si vnus intellexit de captura piscium, alter de fortuna quacunque tractus, nulla venditio esse intelligitur, quia non consenserunt in eandem rem, *l. in venditionibus 9.* cum sequentibus aliquot, *de contr. empt.*

Ad Leg. XIII. Iulianus,

Iulianus lib. 15. inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto. Ait enim qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione præstaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit, & emptorem decepit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstaturum ei. Siue igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem: siue pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit præstandum.

PRoponitur initio legis differentia quædam quæ est inter scientem & ignorantem venditorem. Et est ea qui-

A dem non in genere obligationis, quia in facto, quod ibi proponitur, vterque sciens vel ignorans tenetur iudicio empti venditi, sed est differentia in condemnatione, quia pluris condemnatur sciens quam ignorans. sciens in id omne, quod emptoris interest circa vel extra rem: ignorans in tantum duntaxat, in quantum minoris emptor emisset, si & ipse ignorans ab initio non fuisset. Finge: vendidi pecus morbosum, vel tignum vitiosum, tignum cariosum, & astute celaui emptorem, qui rei emptæ hæc vitia inesse nesciebat: quia decepi emptorem dolo malo, condemnabor ei, vt præstem omnia detrimenta, quæ ob eam rem accepit: vt si vitio tigni ædes corruerint, vel si contagione morbosi pecoris totus grex perierit, damnabor id omne præstare, quod eo nomine perdidit emptor, puta æstima-
B tionem ædium, æstimationem gregis, etiam vltra pretium rei, vltraque duplum pretij. Tanti enim emptoris interest, vt ait idonee venisse, id est, recte & bona fide. At si ignorans vendidi, non damnabor emptori, nisi quanto minoris empturus esset, si id ita esse scisset. Ignorantia huiusce rei non excusat, sed minuit condemnationem: quia condemnatio ignorantis & bonæ fidei venditoris leuior est, quam scientis & reticentis: *si sciens*, inquit, *reticuit & emptorem decepit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstaturum ei.* Hæc est pœna reticentiæ, quam M. Tullius ait à Iurisconsultis constitutam esse, *3. Offic.* Recte, inquam, si sciens reticuit. Neque enim, vt idem Tullius ait, quicquid reticet venditor, id celat emptorem, sed si, cum quid scit venditor, id ignorare emolumenti sui cau-
C sa velit emptorem, cuius interest id scire. Denique aliud est celare, aliud reticere. *Celare* est scienter reticere, vt in *l. 1. §. 1. hoc tit.* Non celat nisi sciens: at reticet aut reticere potest etiam ignorans. Recte ergo, si sciens reticuit. Et hæc est differentia, quæ proponitur initio legis huius. Cui obiici contra potest quod iam diximus in *l. 6. in princ. §. si vas, sup.* quodque habemus in *l. si minor 9. C. eod.* Si minor sit modus agri venditi, si minor mensura vasis, si pondus leuius, si maior capitatio agri, quam dixerit venditor, siue id ignorauerit venditor, siue sciuerit, tenetur tantum quanto minoris: non igitur pluris damnari scientem quam ignorantem, quod & in plerisque aliis causis euenit, vt in causa redhibitionis. Nam si redhibitioni locus sit, vterque tenetur actione redhibitoria, *l. 1. §. causa, de Ædil. ed.* Et in causa euictionis: nam vterque tenetur de euictione, siue
D sciuerit siue ignorauerit rem alienam esse, *l. 11. §. 1. hoc tit.* Id vero certum est ex *d. l. si minor.* Si maior sit capitatio agri quam dixerit venditor, & scientem & ignorantem teneri tantum quanto minoris actione æstimatoria, sic vocatur. At si minor sit modus agri, si non tot iugera in agro inueniantur, quot dixit venditor, videtur sciens in duplum teneri, vt ex Paulo docui in *l. 2. in princ. sup. hoc tit.* Verum vt & ibidem docui, id ita intelligendum est, si venditor inficietur, se eum dixisse modum agri, quem dixit, & mendacij conuincatur, alioquin etiam sciens, tenetur tantum, quanto minoris emisset emptor, vt *l. 4. §. vlt. hoc tit. & l. qui libertatis 69. §. vlt. de euict.* Nec ergo plus ex hac causa debet sciens quam ignorans. vterque tenetur in hoc tantum, vt fiat deminutio pretij. Cur ergo (hæc est redditio
E obiectionis) in specie hic proposita pluris damnatur sciens quam ignorans? hæc est præcipua difficultas huius legis. Videamus an hoc ideo fiat, quia in supradictis speciebus, si minor inueniatur agri aut vasis modus, si vasis pondus breuius sit, si maior sit capitatio agri, satis abundeque est emptori, si eo nomine ex pretio deminutio fiat. At in specie hoc loco proposita, si pecus morbosum, aut tignum vitiosum venierit, deminutio pretij non in totum satisfacit emptori, propterea quod nec vllus videtur esse vsus, vllumve pretium (quod etiam plerúque nullum est) pecoris morbosi, vel tigni vitiosi. Et ideo placuit scientem venditorem non satisfacere emptori, si ex pretio deminutionem fieri patiatur, nisi etiam omnia detrimenta, omnia damna resarciat emptori, quæ ex ea emptione fecit: quia & sæpe numero ea res non recipit deminutionem pretij, quæ ob il-

la vitia adeo vilis est, vt nec eam emptori vllo modo habere expediat. Ratio est verissima. Et quod ita definitur in pecore morboso, aut tigno vitioso, quod quis vendidit sciens, vt scientia & dolus malus plectatur eo, quo dixi, modo: Idem dici potest, si quis sciens vestimenta interpolata vendiderit pro nouis, si aurichalcum pro auro, si mensam cupresseam pro citrea, quæ est longe maioris pretij, *l. si sterilis, 21. §. quamuis, hoc tit. l. Labeo 45. de contrah. empt.* At iis casibus, puta, ignorantem pecus esse morbosum, aut tignum vitiosum, æquum est teneri tantum, quanto minoris emisset emptor (id est, vt patiatur fieri deminutionem pretij) quanto minoris inquam emisset emptor, vel quod idem esse affirmo, quanto minoris res, cum veniret, fuerit. Neque enim inter has formulas vllum discrimen esse reperio, nec constituendi discriminis glossæ vllam rationem esse, cum non alio pretio præsumatur emptor sui compos empturus fuisse, quam vero & iusto. & consequenter nulla in æstimatione facienda differentia est inter actionem quanto minoris ciuilem, & actionem quanto minoris ædilitiam, vel honorariam, quam etiam glossæ vocant male, prætoriam. Nam ius ædilitium est quidem pars iuris honorarij, sed non iuris prætorij, aliud Ædilis aliud Prætor. Ciuilis quanto minoris, & honoraria quanto minoris, vtraque minuit pretium, quanti res valet, vel empta est. Et recte *l. 1. in princ. hoc tit.* paria hæc facit, quanti res valet, & quanti empta est: Nam nec pluris valuisse videtur quam empta est, nec pluris quisquam eam, nisi insanus, emisse vel empturus fuisse, quam valeat. Id quod proxime *in §. si venditor, inf.* euidentius confirmabimus. Male etiam ex interpretibus quidam, quos Accursius notat, ponunt regulariter, ignorantem venditorem nullo modo teneri ex empto. Huius sententiæ astruendæ causa adducta *l. cum venderes 59. de contrah. empt.* quæ nihil omnino ea de re dicit vel innuit, & adducta *l. si sterilis 21. §. 1. hoc tit.* quæ extra suam speciem locum non habet. Ergo regulam non facit. Species hæc est: Si venditor ignorans onus tributi siue capitationis, quæ prædio imposita erat, nihil de tributo dixerit, nullo modo tenetur, si iustissima fuit ignorantiæ causa, vt si prædium hereditarium vendiderit, *l. qui in alterius 42. de regul. iuris.* Si quid dixerit de tributo agri, & minus dixerit quam esset in tributo, etiam ignorans tenetur quanto minoris, *d. l. si minor, C. eod.* At si nihil dixerit, qui prædium quod ei iure hereditario obuenerat, vendidit, cum ignoraret eius prædij causam vel onera, nullo modo tenetur. Et huic similis est, qui mox notabitur in *§. 1.* alius casus, quo scilicet etiam ignorans nullo modo tenetur. Ad hæc notandus est adhuc casus specialis, quo ex diuerso ignorans venditor tenetur in id, quod interest, non quanto minoris tantum, puta si ignorans dolia vitiosa, dolia cassa vel pertusa vendiderit, *l. sed addes 19. §. 1. loc. l. 6. §. sed si vas, hoc tit.* Et huius specialis casus ratio hæc videtur esse, quoniam intolerabilis & inexcusabilis ignorantia hæc est, quia patresfam. solent & debent in doliis seruandis, quæ vasa figulina erant, omnem adhibere curam & diligentiam, ea, vt auctores rei rusticæ loquuntur, picando, id est, pice illinendo, & operculando, & inspiciendo, scrutando sæpius, vt vitiorum, si quæ forte contraxerint, non possint esse ignari, aut prætendere ignorantiam, eademque eorum cura in aliis vasis figulinis & fragilibus, *d. §. sed si vas*, vbi doliis & alia vasa iunguntur. Postremo notandum est, sententiæ propositæ initio huius l. nihil obstare *l. si sterilis 21. §. cum per venditorem, hoc tit.* Sententia huius legis hæc est: eum, qui sciens vendidit pecus morbosum, aut tignum vitiosum, totius damni nomine, quod ex ea emptione emptori contigit, teneri, vt si ædes, quibus fulciendis aut exædificandis empta tigna erant, corruerint: vel si pecoris empti contagio infecerit gregem, cui supplendo comparatum erat; totius, inquam, damni, quantumquantum sit, nomine teneri, cuius tamen damni siue vtilitatis, siue eius quod interest, ratio, in his exemplis, videtur sumi extra rem: si ædes corruerint, si

A grex perierit, quod damnum contigit extra rem, quæ venit. Et tamen §. *cum per venditorem,* vult obseruari tantum, quanti intersit circa rem, non quanti intersit extra rem Sed nihil est, quod tam facile expediri possit. In illo §. *cum per venditorem,* non agitur de scientia & calliditate, & dolo malo venditoris, qui decepit emptorem, sed de mora à venditore facta in re tradenda, quæ quidem mora siue cunctatio venditoris vindicatur præstatione, quanti interest, rem venditam habere, cuius forte hodie pretium creuit: Denique vindicatur præstatione vtilitatis, quæ circa rem ipsam consistit. At scientia & dolus venditoris hoc amplius vindicatur præstatione cuiuscunque damni, quod ex ea emptione aliis rebus emptoris extrinsecus acciderit, vt hoc loco, & *l. Labeo 45. de contrah.* B *empt.*

Ad §. 1. Item qui furem.

Item, qui furem vendidit aut fugitiuum: si quidem sciens, præstare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitiuum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitiuum scisset, circa furem non tenetur. Differentiæ ratio est, quod fugitiuum quidem habere non licet, & quasi euictionis nomine tenetur venditor: furem autem habere possumus. §. 2. Quod autem diximus, quanti emptoris interfuit, non decipi, *multa continet, vt si alios secum sollicitauit, vt fugerent, vel res quasdam abstulit. §. 3. Quid tamen si ignorauit quidem furem esse, adseuerauit autem bonæ frugi, & fidum, & caro vendidit?* C *Videamus an ex empto teneatur. Et putem teneri. At qui ignorauit. Sed non debuit facile quæ ignorabat adseuerare. inter hunc igitur, & qui scit, interest. Qui scit, præmonere debuit, furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. §. 4. Si venditor dolo fecerit, vt rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, empti eum iudicio teneri, vt præstaret emptori, quanto pluris seruum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus.*

IN hoc §. prolato alio exemplo aliave specie proponitur quodammodo & alia differentia inter scientem & ignorantem venditorem. qui sciens fugitiuum, aut furem seruum vendidit, nec præmonuit emptorem, tenetur emptori D quanti eius interest non decipi, vt si res quasdam emptoris fugitiuus secum abstulerit, vel si alios seruos emptoris sollicitauerit, vt secum fugerent, huius damni æstimationem venditor emptori præstare tenetur, vt *l. 1. C. de Ædil. act.* Venditor autem ignorans fugitiuum esse seruum, quem venumdabat, tenetur tantum quanto minoris; ignorans furem, nullo modo tenetur. Et inter fugitiuum & furem differentiæ ratio hæc est, quam adfert Vlpian. hoc loco, quia fugitiuum vel erronem (idem enim est in errone) habere non licet, & quasi euictionis nomine tenetur venditor, etiamsi ignorauerit fugitiuum eum esse, *l. 11. §. venditorem, hoc tit.* Venditor enim euictionem præstat omni modo, etiam ignorans. Et hoc tantum interest, quod ignoranti prodest pactum ne de euictione teneatur, scienti non E item, *l. 6. §. vlt. l. 11. §. sententiam, & §. vlt. hoc tit.* At furem habere & corrigere licet emptori. Ergo quasi per causam euictionis, si quid seruus surripuerit emptori, venditor, qui ignorauit talem esse seruum, nullo modo tenetur, nisi scilicet vt & hic proponitur, temere adseuerauerit, quod mangones & venalitiarij solent, *eum furem non esse,* quia non debuit facile, quæ ignorabat, adseuerare: non debuit facilis esse ad temerariam indicationem morum serui, venalis scilicet. Lex est vetus 12. tabul. vt ea præstentur, quæ lingua nuncupata sunt in emptionibus venditionibus, id est, non tantum ea quæ stipulanti solemniter promisit venditor, sed etiam ea quę indicauit, quæ dixit, quæ pollicitus est, quæ adfirmauit: nec enim *indicare,* hoc loco est commendare vel laudare venalem, quæ res non obligat venditorem, *l. sciendum 19. de Ædil. edic. l. ea quæ 43.*

de contrah. empt. Verum *indicare*, est vt carius vendat, adfirmare de moribus & probitate serui aliquid, eaque re pellicere emptorem ad seruum carius emendum: qui autem adfirmat seruum bonæ frugi & fidum esse, & hoc adfirmat siue indicat, furem non esse, id quod præstare debet, *l. si quid venditor 18. & l. seq. de Ædil. edic.* Indicatio, affirmatio, adseueratio obligat, non commendatio, quæ etiam sæpenumero fidem leuat apud emptorem, vbi *plenius æquo Laudat venales, qui vult extrudere, merces.* vbi nimis extollit merces. Indicatio fit serio, quia & simul pretium ponit, & indicat palam, proscribente venditore, aut iussu venditoris, prædicante præcone, aut postulante emptore, hoc fere modo: *indica quale sit mancipium: indica quanti: fac pretium.* Commendatio autem vltro fit & obiter, inuitandorum emptorum causa. Præterea indicatio fit plerunque decipiendi emptoris causa, commendatio simpliciter, & ex commendatione simplici, ac minime versuta, ex vanitate orationis sola, nulla nascitur actio: ex indicatione fraudulosa est actio, non quidem actio ædilitia, quæ dicitur esse aduersus dictum promissumve, de qua id *l. 1. & l. si hominem 47. de Ædil. edic.* & *l. quod venditor 37. de dolo.* Quia hæc actio aduersus dictum promissumve est de iis tantum, quæ venditor se præstaturum dixit vel pollicitus est, *l. sciendum 18. eod. l. 6. §. vlt. hoc tit.* sed competit eo nomine actio de dolo, vt ait *d. l. 37.* de dolo, id est, actio ex empto, vt ibi glossa interpretatur recte, quæ est ex dolo potius, quam de dolo. Quanquam & omnis actio bonæ fidei recte dicitur esse de dolo, siue de mala fide, apud M. Tullium: Verum illam *l. 37.* operæ pretium puto, vt exponam distinctius & explicatius totam: Initio ponit, si quid venditor dixerit, commendandæ rei venalis causa, id sic habendum esse, quasi neque dictum, neque promissum sit, hoc est apertissimum. Quia omnis commendatio futilis & vana est. At si dixerit decipiendi emptoris causa, æque, inquit, id sic habendum est, ac si neque dictum, neque promissum esset, videlicet vt ob id non teneatur actione aduersus dictum promissumue, id est, actione ædilitia aduersus dictū promissumve. Male olim addebatur, *vt non nascatur aduersus dictum promissumve empti actio,* quę vox *empti* merito abest à Florent. Ait agitur, si quid dixerit decipiendi emptoris causa, id æque sic habendum esse, ac si non dixisset, quod attinet ad actionem ædilitiam aduersus dictum promissumve: quia non dixit, se id præstaturum, quo solo casu competit actio aduersus dictum promissumve. Verum etiam si non dixerit, se id præstaturum, tamen id præstare debet actione ciuili ex empto. Itaque lex illa est fugitiua, id est, non sub congruo titulo posita: quia non est de actione de dolo prætoria, de qua est ille titulus, sed de actione de dolo, id est, ex empto. Et ita etiam *in l. si seruus 21. in princ. de euict.* de dolo, id est, ex empto. Et similiter *in l. 1. C. de dol.* quę est etiam fugitiua, de dolo mandati. Ad hęc notandum est, hanc differentię rationem, quā tradit Vlpianus hoc loco, *inter fugitiuum & furem*, vt ignorans fugitiuum, teneatur quanto minoris: ignorans furem, nullo modo, quasi scilicet hæc ratio adminiculo quodam vel sufflamine indigeret; Accurs. perperam adiungere hanc rationem: quia quicunque accedit ad emptionem serui, scire debet, furta propria seruorum vitia esse, & seruos fere omnes furaces esse, adducto ab Accurs. illo Virg. versu: *Quid domini facient, audent cum talia fures?* fures, id est, serui. Inde etiam apud Corn. Tac. 13. *histor.* furtum appellatur seruile probrum, *seruili*, inquit, *probro respersus est, tanquam scyphum aureum in conuiuio Claudij furatus.* At reiicienda omnino hæc appendicula Accurs. est. Nam & fuga proprium est seruorum vitium, & concreta cognataque simul hæc duo in vno homine plurimum fuga & furtum. Vnde & hoc loco fugitiui mentio qui furto emptori res quasdam abstulerat, & *l. 1. qui seruo, § vlt. de furt. & l. vlt. de fugit. & l. si quis 12. C. ad l. Fab. de plag.* Martial. quoque:

A pedibus didicere manus peccare proterua,
Non miror furem, qui fugitiuus erat.

A Quamobrem non furti magis, quam fugæ vitio plerunque seruos laborare, scire omnis emptor debet, & quam rationem in fure addit Accurs. eadem locum habet in fugitiuo, vt plane non sit propterea idonea causa separandi fugitiui à fure. Itaque contenti simus ratione Vlpiani, nec laboremus, vt Vlpiano prudentiores esse videamur. Pertinet ad hæc etiam species, quæ sequitur in *§. si venditor.* Venalitiarius venditor mancipiorum, vt carius seruum venderet, mentitus est de artificio, aut de peculio serui, mentitus, inquam, est, sciens dolo malo, non mendacium dixit. Nota est differentia *inter mentiri & mendacium dicere.* Sane eo nomine venditor tenetur emptori actione ex empto, non in id quod interest, vt is, qui sciens fugitiuum aut furem vendidit, & celauit emptorem, qui sciens reticuit, id est,
B celauit. Maior est pœna reticentiæ, quæ emptorem ruere patitur, & in apertam fraudem incurrere per errorem, quam mendacij. Quoniam eo nomine venditor in tantum duntaxat tenetur, quanto pluris emptor seruum emisset, *si ita*, vt ait, *peculiatus esset*, vel *si eo artificio instructus esset*, quo instructum eum esse, falso venditor adseuerauit, id est, quanto pluris emisset eo, quod ita peculiatum esse seruum (aut peculiosum, vt Plautus loquitur in Rudente) venditor, aut ita idoneum alicui artificio sibi persuasisset. Quod perinde est, ac si diceret, quanto minoris emisset si aut peculiatum, aut eo artificio instructum eum non esse, scisset. Non est nouum aut insolens in Latino sermone, vt duæ res contrariæ dicantur, figura verborum inspecta, vna tamen eademque res vtroque sermone significetur. In promptu
C est exemplum, cum vita aliquem functum, aut morte functum dicimus. Vtrumque idem est Ita & Paul. in hac ipsa specie, *lib. 2. Sent. tit. 17. Si vt seruum quis*, inquit, *pluris venderet, de artificio vel peculio mentitus est, actione ex empto conuentus, quanto minoris valuisset, emptori præstare compellitur.* Hic ait, *quanto pluris emisset.* ibi *quanto minoris emisset, aut valuisset.* nihil refert. Sed Paulus addit exceptionem: *nisi paratus sit, eum seruum redhibere*: quæ exceptio: *Nisi paratus sit*, scilicet emptor eum redhibere, etiam huic loco applicari potest, vt puta, si nullo pretio emptor eum empturus fuerit, si scisset, eum expeculiatum aut imperitum seruum esse: Actio æstimatoria quanto minoris, interdum exitum habet redhibitoriæ actionis, *l. bonem 43. §. aliquando, de Ædil. ed. l. si is 25. §. 1. de except. rei iud.* Vel potius illa exceptio: *Nisi paratus sit, eum redhi-*
D *bere*, sic accipiatur *nisi venditor paratus sit, eum redhibere.* Et idem erit sensus, id est, nisi venditor paratus sit, eum recipere & rehabere reddito pretio, vt apud Plaut. *in Mercat.* dixit, se redhibere, si non placet, id est, venditor dixit, se recepturum hominem venditum, si non placeret emptori. *Redhibere* est commune verbum emptoris & venditoris. Verum in re ipsa, nihil interest vtrum exceptionem illam referas ad emptorem, an ad venditorem. Quoquo enim referas, exceptio ipsa eundem sensum refert. Illud maxime obseruandum est, ita demum sententiæ *huius §. si venditor*, locum esse, si dedita opera indicauerit, non commendauerit, seruum bene peculiatum esse, seruum literatum, aut artificio aliquo egregie instructum esse, *literulis Græcis imbutum*, vt apud Horat. idoneum arti cuilibet, in
E hoc scilicet, vt pluris eum venderet, *l. ea qua 43. de contrah. empt.* Indicatio temeraria obligat, & fraudulenta assensio multo magis. Etiam obserua ex hoc loco collato cum supradicta sententia Pauli, liquere, nihil interesse dicas, quanto minoris emptor emisset, an quanto minoris res valuisset.

Ad §. V. Per contrarium.

Per contrarium quoque idem Iulianus scribit, cum Terentius Victor decessisset, relicto herede fratre suo, & res quasdam ex hereditate, & instrumenta & mancipia Villicus quidam subtraxisset: quibus subtractis facile quasi minimo valeret hereditas, vt sibi ea venderetur, persuasit, an venditi

iudicio teneri possit? Et ait Iulianus, competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hæres subtractæ non fuissent.

SEquitur autem in §. *per contrarium*, idem ex contrario dicendum esse, puta, si emptor sciens dolo malo persuaserit venditori, rem, quam sibi vendi cupiebat, esse parui momenti, modici æris, exigui pretii, vt eam rem minoris emeret. Finge, vt in *eo §. per contrarium*, proponitur, & in *l. si quos 9. in princ. de dolo l. qui nondum 4. C. de hered. vel act. vend.* quidam vita decessit, herede relicto fratre suo, cui nondum certo de quantitate hereditatis, facile persuasit, quia ex ea hereditate res quasdam subtraxerat, & instrumenta emptionum, vel auctoritatum, vel nominum, & mancipia quædam, facile, inquam hisce rebus subtractis atque suppressis, ei persuasit, quasi minimo valeret hereditas, vt eam sibi minimo addiceret: Quæ ingens fraus est, & ideo placet, doli nomine emptorem venditori teneri actione ex vendito, quanto pluris hereditas valeret, si supra dictæ res ab emptore subtractæ non fuissent. Qui locus etiam coniunctus cum superiore demonstrat, nihil referre dicamus, *quanto pluris hereditas valeret*, an, *quanto pluris vendidisset*, si supradictæ res subtractæ non fuissent.

Ad §. VI. Si idem Iulianus.

Idem Iulianus, dolum solere à venditore præstari etiam in huiusmodi specie ostendit. Si cum venditor sciret fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit, vni municipio deberi: verum postea legem consignauerit, si qua tributorum, aut vectigalis, indictionisve quid nomine, aut ad viæ collationem, præstare oportet, id emptorem dare facere, præstareque oportere: ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem. Quæ sententia vera est.

IAm ante Vlpian. varias proposuit species, quibus venditorem emptori dolum malum præstare oportet. In hoc §. proponit aliam. Venditor sciens agrum, quem venum exposuerat, pluribus municipiis legata debere, id est, tributa aut vectigalia, quoniam Basilica vertunt, διαφόροις πόλεσιν ὑποκεῖσθαι, quæ scilicet ab eo agro diuersis municipiis testamento legata erant, vt *l. vsufructu 7. §. vnde Celsus, de vsufr.* in tabula proscripsit vni tantum municipio deberi, vt qui prædium venum exponebant conditionem eius & qualitates plerunque solebant indicare, tabula publicè proposita. M. Tull. 3. Offic. *Cum ædes*, inquit, *proscribas, tabulam tanquam plagam ponas, ne in eam aliquis incurrat imprudens.* Verum paulo post, idem venditor hanc legem & conditionem adscripsit, vel consignauit generaliter, *si qua tributorum aut vectigalis, indictionisve*, &c. Consignare hoc loco est, quod ante dixit conscribere, & subsignare, subscribere, signare, scribere, apud Festum. *Tributum* autem vocatur onus fructuum, qui ex agro percipiuntur, quod fisco debetur: *Vectigal*, canon Emphyteuticus, vel, vt est in Basilicis hoc loco, ἐμφύτευμα, quod Reipubl. vel municipio debetur, nomine agri vectigalis, id est, emphyteuticarii, in quo alii Respub. concessit ius ἐμφυτευτικόν. *Indictionem* autem vocat nouum, extraordinarium tributum, quod ad tempus indicitur, vt *l. quæro, 28. de vsufr. leg.* Quod vero ad viæ collationem spectat, onus est eorum, qui prope viam publicam prædia possident, nempe vt eam muniant, instruant, reficiant, vt *l. si pendentes 27. §. si quid, de vsufr. l. in summa 6. C. de pignor. & hypot. l. ad instructiones C. de sacrosanct. eccles.* Quod quidem onus qui exigunt, à Mar. Tullio *viam exigere* dicuntur, in prætura vrbana contra Verrem, vbi Asconius Pedianus, *exigere*, inquit, *viam magistratus dicuntur, cum viciniam cogunt munire, quam diligentissime sumptu facto.* Id vero etiam extra ordinem & ad tempus imponitur, exigiturque, *l. cui muneris 12. de mun. & honor.* Sicul. Flaccus libr. de condition. agror. *In quarundam*, inquit, *viarum publicarum tutela, à possessoribus per tempora certi summa exigitur.* At in specie proposita hoc loco, generalis illa lex: *Si qua tributorum*, &c. ad ea tantum pertinet, quæ ignorauit venditor, & de quibus præmonere & certiorare emptorem non potest, non etiam ad ea, quæ sciuit, & dolo malo celauit emptorem, vt *l. quæro 39. hoc tit. l. qui libertatis 99. §. pen. de euict.* Ideoque hanc reticentiæ & doli mali pœnam subit venditor in hac specie, vt iudicio empti emptori præstet, quanti eius interfuit non decipi. Maior est pœna reticentiæ scientis venditoris, qui emptorem ruere patitur, & per errorem in maximam fraudem incurrere, quam mendacii. Reticentia quasi vulpeculæ. Mendacium quasi Leonis, vel audacissimi hominis videtur: Ideoque reticentia, quæ quasi vulpina est, odio quoque est digna maiore, *&*, vt ille ait, *totius iniustitiæ nulla capitalior est pestis, quam eorum, qui tum, cum maxime fallunt, id agunt, vt viri boni esse videantur.* Quod agit proculdubio, qui sciens quid reticet, qui sciens reticuit, vt ait hæc l. in princ. qui consulto reticuit, vt *l. quæritur 14. §. pen. de Ædil. edic.* non qui ignorans reticuit. Reticet vel sciens, vel ignorans, celat sciens tantum. Vnde qui sciens vendidit fugitiuum aut furem, & celauit emptorem, tenetur in id, quod interest, §. 1. *in hac l.* Qui autem mentitus est de peculio vel de artificio venalis, non tenetur in id quod interest, sed quanto minoris tantum, §. *si venditor, sup. hac l.* Item qui sciens reticuit tributum agri, capitationem agri, tenetur in id quod interest, *l. si sterilis 21. §. 1. hoc tit.* Qui mentitus est de quantitate tributi, tenetur quanto minoris tantum, *l. si minor 9. C. eod.* Et hinc apparet grauiorem esse pœnam reticentiæ scientis, quam mendacii.

Ad §. VII. Sed cum.

Sed cum in facto proponeretur, tutores hoc idem fecisse, qui rem pupillarem vendebant, quæstionis esse ait, an tutorum dolum pupillus præstare debeat. Et si quidem ipsi tutores vendiderunt, ex empto eos teneri nequaquam dubium. Sed si pupillus auctoribus eis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est, tutoribus in residuum perpetuo condemnandis: quia nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc, quod dolo tutorum factum est.

HIc §. est de eodem genere doli mali, quo de actum est in superiori §. Tutor rem pupillarem vendidit, puta prædium vrbanum, cuius alienatio vetita non erat ante Constantinum Imperat. sed rustici tantum prædii, aut suburbani: Et cum prædium illud plurib. vectigalia deberet, proscripsit tutor vni tantum debere, & cætera quoque egit dolo malo, quæ proposita sunt in superiori §. Quis tenetur præstare dolum, pupillus an tutor? vel quatenus eorum quisque? Et hac distinctione vtitur in hoc §. si quidem ipse tutor vendidit suo nomine, proculdubio tenetur ex empto, quasi deceperit emptorem: Nam etsi non decepit, quasi ex proprio contractu, tenetur ex empto, *l. tutores 39. §. aduersus, de admi. tut. l. post mortem 5. in fi. quando ex facto tut. &c.* At, quæ est altera pars distinctionis, si pupillus vendidit tutore auctore, vel etiam si tutor pupilli nomine, nihil refert, sciens dolo malo, & reticens, quod scit, quodque intererat emptoris etiam scire, pupillus quidem ipse qui dolo caret, non tenetur ex dolo tutoris nisi quatenus ex eo locupletior factus est. Tutor autem ex eo perpetuo in residuum tenetur nomine doli, non actione de dolo, quæ temporaria est, sed actione in factum, vt heic Fulgosius obiter notat, quæ est perpetua actio, *l. itaque 28. in fin. de dolo.* Quia cum tutor ipse non vendiderit suo nomine, cessat in eum actio ex empto. Et quod ait, in residuum tutorem perpetuo teneri ex suo dolo, verum est, vt dixi, in actione in factum, quæ est perpetua, & in eo etiam, quod Ioannes notauit, videlicet etiam deposita administratione tutelæ, deposito officio, finita tutela tutorem in residuum teneri. Ex eo quod tutor bona fide contraxit pupilli nomine, deposito officio non tenetur, *d. l. 5. l. 1. C. eod. l. cum quædam 26. C. de admin. tut.* Quia id, quod

bona fide gessit, post depositum officium, siue post pubertatem transfertur in adolescentem, vel in curatorem eius *l. à tutoribus 33. §. 1. de admin. tut.* At ex causa doli mali proprii tutor tenetur etiam post depositum officium, quia, vt hic ait eleganter, id quod dolo tutoris factum est etiam post depositum officium, non transfertur, non onerat adolescentem At quod hic dicitur in residuum teneri tutorem, non pupillum, vel in solidum si nihil ad pupillum peruenerit, id dicitur indistincte, siue tutor soluendo sit, siue non. Et hoc indistincte non videtur esse verum, imo & neutro casu esse verum, siue soluendo sit, siue non. Primum enim si tutor sit soluendo, si tutor sit locuples, multo magis ex dolo tutoris pupillus tenetur, quia quod præstiterit, à tutore consequi potest, *l. 1. §. hoc edicto, ne vis fiat ei, qui in possess. miss. l. summa 21. §. si dolo, de pecul. l. 1. quando* B *ex facto tut.* Sed etsi tutor soluendo non sit, æquum est, ne qui cum eo contraxit pupilli nomine, ex dolo eius damnum sentiat, & ideo, vt ei accommodetur actio residui in pupillum, cuius locum tenuit tutor, cuiusque nomine contraxit, vt *l. illud 4. §. 1. de euict.* Verum hoc casu (vt res tota explicetur) id est, cum tutor soluendo non est, pupillus ex dolo eius quodammodo non tenetur, effectu non tenetur, quia absoluitur si paratus sit cedere quales quales actiones, quas eo nomine habet cum tutore, *l. vlt. de admi. tut.* quæ lex vlt *ex d. l. summa 21. § si dolo & ex l. sed etsi 3. §. pen. de tribut act.* adscribenda videtur non libro 20. Epist. Pomponii, sed lib. 8. vt *l. pen. eiusdem tit.* Sed & in *d. l. 3. §. pen. de trib. act. ex d. l. vlt. de admin. tutor.* absque dubio legendum est: *Si soluendo tutor non sit.* Itaque hoc casu, si effectum & exitum rei spectas, ex dolo tu- C toris pupillus efficaciter non tenetur. Sed & priore casu, cum tutor soluendo est, verum est tutorem in residuum teneri vel emptori, vel pupillo, quoniam si pupillus emptori solidum aut residuum præstiterit, regressum habet aduersus tutorem vt rem ab eo seruet exue facultatibus eius. Itaque superiora quæ retuli, nihil officiunt sententiæ huius §. Et ita quoque re explicata verum relinquitur, quod est in regula iuris, *Dolum tutoris pupillo non nocere, siue soluendo est tutor, siue non l. neque 198. de reg. iur. l. dolus 3. quand. ex facto tut.* Nam si soluendo est tutor, ab eo pupillus, quod ex dolo eius præstiterit, protinus seruare & consequi potest: si soluendo non est, pupillus nihil aliud præstat, quam actionem, quam in tutorem habet, inanem quidem illam in præsenti propter tutoris inopiam, sed quæ proce- D dente tempore, auctis facultatibus tutoris vtilis fieri potest, & sic qualiscunque cessio actionum, pro iusta præstatione, pro satisfactione est, vt & in *l. Titio fundus 73. de condit. & demonst.* Quia etsi nunc sint inutiles, possunt postea vtiles & efficaces fieri, tutori fauente fortuna.

Ad §. Offerri.

Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur: & ideo etsi pretij partem offerat, nondum est ex empto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.

§. 9. Vnde quæritur, si pars sit pretij soluta, & res tradita postea euicta sit, vtrum eius rei consequetur pretium integrum, ex empto agens, an vero quod numerauit? Et puto magis id, quod numerauit, propter doli exceptionem. E

SEntentia *huius* §. hæc est; Emptorem qui nondum soluit pretium, non recte agere ex empto, vt sibi rem venditor tradat, nisi offerat totum pretium, de quo conuenit. Tertullianus libro de pœnitentia: *Ineptum est*, inquit, *pretium non exhibere, manum ad merces mittere.* Nisi, inquam offerat totum pretium: offerenti partem nondum competit actio ex empto, vt rem accipiat à venditore vt *l. fistulas 78. §. pen. de contr. empt.* Ratio hæc est, quia venditor rem venditam, quasi pignus retinet, quoad pretium ei soluatur: & pignoris causa est indiuidua, *l. rem 65. de*

A *euict.* Sicut parte debiti soluta, etiam maxima parte, vel pene toto debito, ad nummum vnum duntaxat, quid desit, si, inquam vel vnus nummus solutioni desit, non luitur, non soluitur, non liberatur pignus vlla ex parte, nec debitori competit actio pigneratitia ad repetendum pignus, quod totum obligatum manet, etiamsi vnus nummus tantum solutioni desit: Recte autem ait, venditorem rem venditam retinere, quasi pignus: recte, quasi pignus, quia rei suæ pignus non est, *l. neque pignus 45. de reg. iur.* Et res vendita ante traditionem est venditoris, traditione, non venditione dominium transfertur in emptorem, & rem venditam, quoad pretium omne soluatur, à venditore retineri etiam quasi pignus constat ex *l. quod si nolit 31. §. idem Marcellus, de ædilit. ed. l. hereditatis 12. de hered. vend. l. dote 3. de dote præleg.* Inde quæritur hoc loco, si parte tantum pretii soluta, rem emptori venditor vltro tradiderit, fide habita de residuo, quæ postea euincatur emptori, verum emptor actione ex empto de euictione, integrum pretium consequatur, de quo conuenit, an id tantum, quod prænumerauit? Et ait, non posse emptorem actione ex empto consequi, nisi partem pretii, quam soluit, propter exceptionem doli mali, non quæ opponatur à venditore: quia nec eam opponi necesse est, sed propter exceptionem doli mali, quæ iudicii potestate inest actioni ex empto, & quæ non patitur exigere emptorem plus, quam ei absit. Summa igitur huius §. hæc est, solutionem partis neque parere emptori actionem ex empto, ad rem sibi tradendam à venditore, neque re tradita postea euicta, ad integrum pretium restituendum. Nec obstat huic postremę sententiæ *l. ex facto 43. §. Iulianus, de vulg. substit.* quam obiicit glossa, nec respondet tamen. In specie *illius §. Iulianus*, heres institutus, idemque substitutus filio testatoris impuberi, si ex institutione ceperit partem tantum, vt puta, si institutus ex semisse, ceperit quadrantem tantum, altero quadrante sibi à fisco erepto aliqua ex causa; ex substitutione nihilominus capit integrum semissem, ex quo fuit scriptus, licet integrum semissem non habeat. Verum hoc fit ideo, quia ab initio, vt institutus est ex semisse, ita & ex semisse heres extitit: quod satis est, vt pro rata eius, etiamsi ex eo pars ei corrasa sit, vel erepta à fisco, vel etiamsi totum semissem amiserit, puta redactus in seruitutem, nihilominus, si deinde manumissus fuerit, existente casu substitutionis pupillaris, semissem ex substitutione consequetur. At in specie proposita, emptor ab initio soluit partem tantum, & ideo non nisi pro rata eius, quod soluit, euictione secuta, repetitionem habet. In hac specie inspicitur, quantam pecuniam emptor soluerit, in illa, quanta ex parte defuncto heres extiterit, vt *l. qui liberis 8. §. vlt. & l. si filius 10. in princ. de vulg. substit.* Extitit autem heres ex integro semisse, ergo & integrum semissem feret ex bonis impuberis iure substitutionis pupillaris.

Ad §. 10. Si fructibus.

Si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud conuenit, exploratum est. §. 11. Si in locatis ager fuit, pensiones vtique ei cedent, qui locauerat. Idem & in prædiis vrbanis, nisi si quid nominatim conuenisse proponatur.

QVod ad hunc §. attiuet, sciendum est, cum agro qui veniit, etiam emptori tradi debere fructus, nisi aliud actum sit nominatim, puta, nisi venditor fructus sibi receperit, exceperit. Fructus, inquam, quibus maturis ager veniit, si à venditore demessi & percepti sint, quia pars agri fuisse videntur, & ob eos etiam pluris ager venisse, *l. Quintus 40. hoc tit. l. Fructus 44. de rei vindic. l. vlt. §. pen. quæ in fraudem credit. l. in Falcid. 9. ad l. Falcid.* Et secundum hanc definitionem, illa cuiusdam nobilis exceptio non fuit recipienda, qui cum pratum vendidisset quod

in eo erat vt subsecaretur, cum herba crescere desiisset, & æstu aresceret, dicebat se pratum vendidisse, non fœnum, cui secando mox immissurus messorem erat: quoniam qui fundum vendidit, iam maturis fructibus, etiam fructus vendidisse intelligitur. Verum vt non auditur emptor, qui agrum sibi tradi desiderat, nisi offerat totum pretium, vt didicimus heri *ex §. superiori*, ita nec si desideraret sibi tradi fructus, qui maturi erant emptionis tempore, quique, vt dixi, pars agri esse videbantur. At quid si ager venierit satis iam, sed immaturis fructibus? Et immaturi quidem fructus, quia valde incertus est eorum prouentus, non videntur auxisse pretium agri, sicut maturi, itemque messioni proximi, *d. l. vlt. §. pen. quæ in fraud. cred.* Sunt tamen & immaturi pars fundi, non minus quam maturi. At si qui apud venditorem permaturauerint, & ab eo percepti fuerint, minus de eis dubitatur, an emptori ex die perfectæ emptionis restituendi sint, videlicet, si pretium numeratum sit, vt apud *Paul. 2. Senten. tit. 17.* legendum esse docui *Obser. 21. c. 15.* Alioqui vsuræ pretii nondum numerati compensantur cum fructibus. Hoc vero bonæ fidei ratio exigit, vt fructus venditor præstet emptori, fructus omnes perceptos post perfectam venditionem, *l. venditor 21. de hered. vend. l. 3. §. 1. in fi. h. tit. l. fructus 13. & l. pen. C. eod.* non perceptos ante perfectam emptionem, *l. necessario 8. §. 1. de peric. & comm. rei vend.* vt puta venditione contracta sub conditione, percepti ante conditionem impletam, quod est ante perfectam venditionem, non pertinent ad emptorem, sed ad venditorẽ: In fructibus maturis magis dubitabatur, an ad venditorem pertinerent, qui erant messioni proximi, an ad emptorem. Sed, vt hoc loco definitur, illi etiam emptori cedunt ex die emptionis, id est, non immaturi tantum, sed etiam maturi, vel ob id, quod eo carius venisse fundus videatur. His igitur verbis, *Si fructibus iam maturis*, recte addunt Albericus & Fulgosius *& multo magis si immaturis*, quia de maturis magis dubitabatur, quia maturi videbantur relinquendi esse venditori. Mox autem quod valde notandum est, docet Vlpianus, hac in re fructus naturales prædiorum rusticorum distare plurimum à fructibus prædiorum vrbanorum, id est, à pensionibus, & à pensionibus quoque prædiorum rusticorum, si locata fuerint à venditore sub pensionibus certis siue mercedibus. Nam etsi eæ pensiones pro fructibus prædiorum accipiantur, *l. prædiorum 36. de vsur. l. mercedes 29. de petit. hered.* cedunt tamen venditori, non emptori: nisi aliud nominatim actum sit, puta, prædio vendito accessuras pensiones, locationes siue mercedes, vt *§. in his inf. in hac lege & l. si cum fundum 68. de contr. empt.* Et ratio differentiæ inter fructus, qui ex prædiis rusticis proueniunt vel natura, sponte, vel cultura nostra & opera, & pensiones prædiorum, hæc est; quia ex re ipsa, ex prædiis ipsis pensiones non sunt, sed ex negotio gesto, ex obligatione, ex locatione venditoris. Fructus alii prædiorum rusticorum ex re ipsa sunt, idcirco emptori rei debentur.

Ad §. 12. Sed etsi.

Sed etsi quid præterea rei venditæ nocitum est, actio emptori præstanda est, damni forte infecti, vel aquæ pluuiæ arcendæ, vel Aquiliæ, vel interdicti quod vi aut clam.

HIs additur hoc loco, venditorem emptori teneri, non tantum vt præstet fundum venditum, & fructus ex die emptionis, sed etiam vt præstet actiones, quas interim, id est, post venditionem & ante traditionem adquisiuit, quod rei venditæ nocitum esset, puta actionem ex stipulatione damni infecti, actionem aquæ pluuię arcendæ, actionem legis Aquiliæ, interdictum quod vi aut clam. Quæ omnes actiones sunt de damno dato rei venditæ. Et addi his possunt actiones de furto, re vendita subtracta, veluti actio furti, & condictio furtiua & vindicatio, vt *l. eum qui 14. & l. si vendidero 80. in princip. de furt.* Hæ omnes actiones, quas interim quæsiuit venditor, vel quod rei venditæ damnum illatum esset, vel quod furto ea res subtracta esset, cedendæ, dandæ, præstandæ sunt emptori & transferendæ à venditore in emptorem: Sed non etiam actio ex locato pensionum nomine, quę post venditionem, ante traditionem rei venditæ deberi cœperunt. Hæc non est cedenda emptori, quia nec locationi emptor stare cogitur, *l. emptorem 9. C. de loc. & cond.* nisi aliud conuenerit. Quod vtique fauore fisci, fisco vendente, tacite conuenisse intelligitur, ne emptor expellat conductorem, vel vt emptor conseruet locationem, & approbet, atque sequatur, *l. vlt. de iure fisci.* Sed non etiam priuato vendente: Tunc enim speciali conuentione opus est. Quin etsi ex conuentione, vel vltro emptor eam locationem conseruauerit, etiam præteritarum ante traditionem pensionum, ei commoda non debentur, quia ex negotiatione sunt venditoris, non ex re ipsa, nec ex vtilitate, quæ circa rem versetur, remve ipsam respiciat, & attingat. Falluntur valde interpp. qui & actionem ex locato emptori cedendam esse arbitrantur pensionum nomine, contra manifestam sententiam huius §. quam valde confirmat *l. venditor 21. de hered. vend.* Cuius sensus hic est: si post venditionem serui tibi factam, ante traditionem eundem seruum alij vendidero, & pretium accepero, ac deinde is seruus sua morte interierit, antequam fecissem moram in eo tibi tradendo, nihil tibi debeo, ne pretium quidem, quod accepi. Quia, vt ait, pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem meam percepi. Quod ibi de pretio emptionis venditionis dicitur, cur non traham etiam ad pensiones? quod & sæpissime in iure dicitur pretium locationis.

Ad §. 13. Item si quid.

Item si quid ex operis seruorum, vel vecturis iumentorum, vel nautarum quæsitum est, emptori præstabitur: & si quid peculio eorum accessit; non tamen, si quid ex re venditoris.

SEquitur in *hoc §.* Venditorem etiam emptori præstare debere quidquid interim, id est, post venditionem & ante traditionem quæsierit ex operis seruorum venditorum vel serui venditi, *vt §. si quid seruo, inf.* non etiam quod seruus venditus interim quæsiuerit ex re venditoris. Quoniam id apud venditorem manere oportet. Item præstat venditor emptori quidquid interim adquisiuit ex vecturis iumentorum venditorum, vel ex naulis nauium venditarum, id est, ex locatione nauium vel iumentorum, vel seruorum. Quod non congruit cum eo, quod paulo ante dixit de locatione prædiorum rusticorum vel vrbanorum, ex qua pensiones, quæ interim cucurrerunt, dixit non esse præstandas emptori. Et varietatis ratio hæc est: quia in fructu hominis sunt operæ, & ob operas mercedes, *l. in hominis 3. de operis seruor.* Et similiter in fructu iumentorum sunt vecturæ, quæ sunt operæ iumentorum. In fructu quoque nauium sunt vecturæ, & ob vecturam mercedes siue naula, *l. si nauis 62. de rei vindic. l. cum seruus 37. §. 1. de legat. 1.* Sunt, inquam, in fructu, nec vllus alius harum rerum fructus est: At mercedes prædiorum non sunt in fructu, neque hoc quisquam vnquam abscise dixit, sed in plerisque causis, loco fructuum accipiuntur, *l. mercedes 28. de petit. hered.* quia non hic est proprius vel solus fructus prædiorum, vt ex eorum locatione pretia redigantur, eorum proprius fructus est gignere fructus, producere nascentia quæ dicuntur. Postremo seruo vendito cum peculio, si quid interim peculio accesserit extrinsecus, non ex re venditoris, id quoque venditor præstare emptori debet, quod etiam hic proponitur. Seruo, inquam, vendito cum peculio, alioqui peculium non sequitur emptorem serui, *l. quoties 20. de contrah. empt. l. cum in venditione 3. de euict.* His adde: Emptori vendito statulibero,

cui, exempli gratia, data erat libertas si decem daret, si ab eo statulibero decem venditor acceperit, eam quoque pecuniam emptori restituere debet, *l. item si ob id 3. de doli except.* Itemque quod post emptionem fundo vendito per alluuionem accreuerit, *l. id quod 7. de peric. & comm. rei vend.* Et ad hoc spectat §. *si Titius*, qui sequitur.

Ad §. 14. Si Titius.

Si Titius fundum, in quo 90. iugera erant, vendiderat, & in lege emptionis dictum est, in fundo centum esse iugera, & antequam modus manifestetur, 10. iugera alluuione adcreuerint: placet mihi Neratij sententia existimantis, vt si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat aduersus eum, quamuis 10. iugera adcreuerint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur: si vero ignorans vendidit, ex empto actionem non competere.

Cuius species hæc est. Titius vendidit fundum nonaginta iugerum, quem in lege venditionis dixit esse centum iugerum, & antequam constaret maiorem eum dixisse modum, per alluuionem fundo accreuerunt decem iugera, ita vt alluuionis beneficio hodie fundus sit centum iugerum, sicut venditor dixit in lege venditionis. Quæritur, an nihilominus venditor teneatur emptori, quod maiorem agri modum dixerit? Et scientem teneri ait, vt scilicet fiat deminutio pretij pro rata, vt *l. 4. §. vlt. hoc tit. l. qui libertatis 69. §. vlt. de euict.* non imputato emptori commodo alluuionis, quod expleuit modum, quem dixerat venditor. Ergo quod accessit per alluuionem, id erit emptori in lucro, & nihilominus agens aduersus venditorem hoc consequetur, vt pro rata decem iugerum, quæ deerant, pretium minuatur: *Quia dolo venditor fecit, nec dolus purgatur*, inquit, vt necesse est, *l. 1. de rerum permut.* Ignorantem autem venditorem non teneri, qui tamen aliàs non minus teneretur, quam sciens, vt docui initio huius legis. Quia hoc casu æquum est, beneficium naturæ prodesse bonæ fidei venditori potius quam emptori, quasi id benefecerit, donaueritque flumen venditori potius, ne quid ei de pretio deperiret, quam emptori. Lucanus de alluuione:

--- *His rura colonis*
Accedunt donante Pado ---

Alluuio, est donum & beneficium fluminis, quod in dubio fingimus datum periclitanti damnum pati, id est, venditori, deminuto pretio, potius quam emptori captanti lucrum. Nego in hac specie, quod glossæ volunt tamen, fundum venisse ad mensuram: Non enim dictio modi venditio est ad mensuram, nec venditio ad mensuram, aliter quam si in singula iugera pretium constitutum sit. Et quod dicitur, commodum omne, quod contigit post venditionem perfectam ad emptorem pertinere, simul & incommodum, nihil prorsus obstat. Hoc enim est verum generaliter, specialiter autem falsum, vt in hac specie, commodum alluuionis non prodest emptori, si is, qui vendidit, bonæ fidei venditor fuit; sed prodest venditori potius, qui errauit in modo agri. Sicut item in specie commodi, quod post venditionem ex locatione prædiorum accessit, quod etiam non pertinet ad emptorem, sed ad venditorem, §. *proximo, supra.* Pleraque sunt generaliter vera, quæ sunt specialiter falsa, *l. moris 9. §. sunt autem, de pœn.* Cætera breuiter explicabuntur in §. *si fundum.*

Ad §. 15. Si fundum.

Si fundum mihi alienum vendideris, & hic ex causa lucratiua meus factus sit: nihilominus ex empto mihi aduersus te actio competit.

In hoc § hoc tantum ostenditur: si fundus alienus, quem mihi vendidisti, ex causa lucratiua meus factus sit, vt-

A puta, si mihi donatus sit, vel legatus à domino, non ideo minus teneris mihi ex empto, quod eum mihi fundum ipse non tradideris, nempe, vt mihi pretium restituas, quod forte prænumeraui, & pretij vsuras, & si quid præterea etiam propter eam emptionem erogaui, vt *l. si vendideris 9. de euict. Duæ causæ lucratiuæ in eandem rem, & eundem hominem concurrere non possunt.* Hæc est certissima regula iuris. At lucratiua vna, veluti causa donationis, & altera non lucratiua, veluti causa emptionis, quia, pro re emptori pretium abest, concurrere possunt.

Ad §. 16. In his autem.

B *In his autem, quæ cum re empta præstari solent, non solum dolum, sed & culpam præstandam arbitror. Nam & Celsus lib. 8. Digestorum, scripsit, cum conuenit, vt venditor præteritam mercedem exigat, & emptori præstet, non solum dolum, sed & culpam eum præstare debere.*

Sententia autem §. *in his*, breuiter hæc est: In his quæ dixit accessura venditor, non minus quam in re principali venditorem præstare debere dolum & culpam, *vt l. si cum fundum 68. de contr. empt.* Non solum, vt ab eo absit dolus malus, sed etiam culpa, in seruanda accessione, vt si pensiones prædij venditi accessuras dixerit, quæ alioqui non sequerentur emptorem, vt dixi in §. *si fructib. sup.* Non minus diligentiam venditor exhibere debet in hisce pensionibus exigendis & seruandis, quam in seruandis prædiis. C Accessionis nomine etiam verum est venditorem præstare euictionem. Sed in causa euictionis hoc interest, quod euicta accessione venditor simplam duntaxat debet, euicta re principali, duplam, quod iam habuimus supra in *l. 11. §. si quis rem, hoc tit.*

Ad §. 17. Idem Celsus.

Idem Celsus libro eodem scribit, fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti, & antequam traderes coactus es communi diuidundo iudicium accipere. si socio fundus sit adiudicatus, quantum ob eam rem à Titio consecutus es, id tantum emptori præstabis. Quod si tibi fundus totus adiudicatus est: totum (inquit) eum emptori trades, sed ita, vt ille soluat, quod ob eam rem Titio condemna- D *tus es. Sed ob eam quidem partem quam vendidisti pro euictione cauere debes: ob alteram autem, tantum de dolo malo repromittere. Æquum est enim eandem esse conditionem emptoris, quæ futura esset, si cum ipso actum esset communi diuidundo. Sed si certis regionibus fundum inter te & Titium iudex diuisit, sine dubio partem, quæ adiudicata est emptori tradere debes.*

Ad huius §. quæstionem multa & varia pertinent, quæ sunt subtilia valde, nec explicatu facilia admodum: Tamen si eam quæstionem diligenter pertractare volumus, ea omnia diligenter excutienda sunt. Species hæc est: Fundi, quem cum Titio communem habebas pro indiuiso, antequam te Titius prouocaret ad diuisionem iu- E dicio communi diuidundo, quod post dictatum iudicium communi diuidundo non posses, *l. alienationes, 13. famil. ercisc.* partem, quæ tibi competebat vendidisti, & priusquam traderes aut cederes eam partem emptori, prouocatus à Titio socio tuo, iudicium communi diuidundo accipere, & litem contestari coactus es: Huius iudicij exitus declarabit quantum te emptori partis tuæ præstare oporteat: Nam ita distinguendum est: Aut fundum communem arbiter diuisionis diuisit inter socios certis regionibus: Aut totum eum fundum alterutri adiudicauit, vicissim præstita pecunia alteri, vt fit in iudicio diuisionis. Priore casu, id est, si fundum diuisit certis regionibus, pars quæ tibi obtigit ex diuisione, & adiudicata est, à te emptori præstanda est. Pars igitur pro diuiso, quam non vendidisti, non pars pro indiuiso, quam vendidisti. Quia cum expectares vel

ſperares iudicium communi diuidundo, non tam videris partem pro indiuiſo, quam tunc in fundo habebas, vendidiſſe, quam partem, quam faceret tibi euentus iudicij communi diuidundo ante traditionem à ſocio dictati & inſtituti. Denique partem pro indiuiſo vendidiſſe videris ſub incerto euentu futuri iudicij communi diuidundo, quod partem illam incertam, prouocante ſocio, forte facturus erat certam, quod nec emptor ignorauit fieri potuiſſe, partem ſcilicet incertam, id eſt, pro indiuiſo, fieri certam potuiſſe per diuiſionem, id eſt, fieri potuiſſe partem pro diuiſo. Et tamen quod merito obiici poteſt, ſi creditori pars fundi communis pignerata ſit pro indiuiſo, poſtea facta diuiſione inter debitorem, qui eam partem ſuo creditori pigneraūit, & alterum ſocium, non pars pro diuiſo, quæ debitori adiudicata eſt, pignori erit, ſed pars pro indiuiſo, vt ab initio ante diuiſionem, *l. ſi conſenſit 7. §. vlt. quib. mod. pig. vel hypot. ſol. l. ſi quis 6. §. ſi fundus, comm. diuid.* Quod obſeruatur etiam, cùm vnus ex ſociis fundi communis legauit vſumfructum partis ſuæ, & poſtea inter heredem eius, & alterum ſocium facta diuiſio eſt per arbitrum communi diuidundo. Legatario enim competit vſusfructus in parte pro indiuiſo, ſicut ante diuiſionem, non in parte pro diuiſo, *l. is qui fundum 31. de vſuf. leg.* Idemque trahi poteſt ad maritum, cui mulier, quæ cum alio fundum communem habebat, inſtrumento dotali partem ſuam dedit in dotem, ſi poſtea diuiſio fundi fiat certis regionibus inter mulierem & ſocium. Nec enim pars pro diuiſo quæ obtigit mulieri, dotalis eſt, ſed pars pro indiuiſo. Diuiſio inter alios facta, vt cauſam vſusfructus vel pignoris non mutat, ita nec cauſam dotis. Quod in creditore, vſufructuario, marito, Bartolus hoc loco docet, quem ſequi tutius eſt, fieri hac ratione: Quia ij tres, creditor, fructuarius, maritus, ius habent in re: pignus eſt ius in re, vſusfructus ius in re: dos ius in re: Et quod in re ius ſemel adquiſitum eſt, diuiſio inter alios facta immutare aut conuellere non poteſt. Diuiſio, inquam, inter alios facta, vt loquitur *d. l. is qui fundum 31.* Nam ſi fiat diuiſio inter creditorem pigneratitium, & alterum ſocium, vt poteſt, accepto iudicio communi diuidundo, *l. communi 7. §. ſi debitor, com. diuid. l. ſi probatum 2. C. eod. l. 1. §. ſi communis, de reb. eor. qui ſub tut.* Vel ſi diuiſio fiat inter fructuarium, aut maritum, & alterum ſocium, tunc in ea tantum parte, quam diuiſio attulerit, creditori vel fructuario, vel marito, pignus conſiſtit, vel vſusfructus, vel dos, maxime ſi ipſe prouocauerit ad diuiſionem, non ſi prouocatus fuerit. Hæc enim diſtinctio, vt infra demonſtrabo, vbique in hac cauſa vel quæſtione ſeruatur. Et hæc de creditore pigneratitio, de fructuario, & de marito. Emptoris, de quo cœpi dicere initio, puta, qui emit partem vnius ex ſociis fundi communis pro indiuiſo, longe alia ratio eſt, quam creditoris, vel fructuarij, vel mariti: quia emptor non habuit ius in re, id eſt, non rem emptam, ſed hominem tantum, id eſt, venditorem obligatum habuit: ideoque diuiſione facta inter venditorem & alterum ſocium, priuſquam partem venditam tradidiſſet ſuo emptori, etiam non habet emptor niſi in venditorem actionem perſonalem ex empto, qua venditor tenetur emptori in hoc tantum, vt partem pro diuiſo ei præſtet, quam ex diuiſione tulit, non partem pro indiuiſo, quam vendidit ab initio, videlicet ſi ipſe venditor prouocatus fuerit ad diuiſionem, *ſi coactus*, vt ait hoc loco, quæ verba perpendenda ſunt, *communi diuidundo iudicium acceperit*, ſi vice partis pro indiuiſo, quā in fundo habuit, coactus eſt accipere partem pro diuiſo, quia per eum non ſtetit, quo minus traderet partem, quam vendidit, non etiam ſi ipſe prouocauit, quia tunc per eum ſtetit, quo minus præſtaret partem, quam vendidit, id eſt, partem pro indiuiſo. Et eodem exemplo Bartolus hoc loco, & in *l. Qui Romæ 121. §. vlt. De verbor. obligat.* contra Azonem exiſtimat, ſi duo fratres à patre heredes inſtituti & inuicem ſubſtituti per fideicommiſſum, ita ſcilicet, vt qui prior ſine liberis vita decederet, partem ſuam ſuperſtiti reſtitueret, ſi diuiſionem paternorum bonorum fecerint, nec in-

A terpoſuerint cautionem, nihil ſe contra diuiſionem facturos, poſt mortuo altero ſine liberis ſuperſtiti fratri iure fideicommiſſi cedere partem totam, quæ defuncto obtigerat ex diuiſione, nec fideicommiſſo contineri partem pro indiuiſo, quam ſinguli habuerunt in bonis ante diuiſionem, ſed partem pro diuiſo tantum, quæ cuique per diuiſionem obtigit. Quod vel eo maxime verum eſt, quia diuiſio facta non eſt inter alios, ſed inter ipſoſmet fratres, & prouocante, vt ponendum cenſeo, ſuperſtite fratre. Et de priore membro diſtinctionis initio propoſitæ hæc dixiſſe ſufficiat. Quod quidem membrum fuit de fundo diuiſo certis regionibus. Nunc dicendum eſt de altero membro & ſubdiſtinguendum hoc modo: Aut fundus communis, quod commode regionibus diuidi non poſſit, totus adiu-

B dicatus eſt Titio ſocio tuo, aut tibi, qui partem tuam ante diuiſionem vendidiſti. Si Titio ſocio tuo totus adiudicatus es, præſtita, vt fit, ab eo tibi certa pecunia pro pretio partis tuæ, te partem tuam, iuſſu arbitri ſocio vendere coacto, eam tantum pecuniam emptori prę́ſtare debes, pecuniam vice partis tuæ, qui quidquid hac in re egiſti, coactus egiſti, coactus veniſti ad iudicium communi diuidundo, coactus vendidiſti partem tuam, vt ſocius haberet totum. Sin vero totus fundus tibi adiudicatus eſt, & inuicem certa pecunia tu Titio condemnatus es, pro pretio portionis Titium contingentis, etiam totum emptori præſtare debes. Imo & emptor fundum totum cogitur accipere actione ex vendito, *l. commu. 7. §. vlt. comm. diuid.* Quid dico, totum fundum? an totum

C præſtare debet, qui vendidit partem tantum? an totum recipere, qui emit partem tantum? Sic ſane. Quia etſi emptori præſtetur totus fundus, totum tamen eum eodem iure non accipit, ſed partem vnam iure venditionis, quam tu feciſti, & partem alteram iure venditionis, quam Titius fecit tibi. Et hanc quidem partem accipit emptor ſub onere præſtandæ pecuniæ Titio, in quam tu Titio condemnatus es, aut ſi iam eam pecuniam Titio ſoluiſti, ſub onere tibi reſtituendæ eius, perinde ac ſi ipſe emptor accepiſſet iudicium communi diuidundo. Quod & pignori vel doti data parte communis fundi obſeruatur, *d. l. 7. §. ſi debitor, comm. diuid. l. cum in fundo 78. §. pen. de iur. dot.* Et diſcrimen harum partium ex eo etiam apparet, quod, vt hic proponitur, ob eam partem, quam vendidiſti, pro euictione cauere debes, ob alteram, quam ſocius tibi vendidit per

D adiudicationem iudicis, ſatis eſt ſi caueas de dolo malo, nec etiam pro euictione cauere debes. Quod & *d. l. 7.* circa finem demonſtrat, dum ait, ſolum illud ſpectandum eſſe, num forte fraus aliqua, id eſt, dolus malus venditoris interuenit. At quod non eſt omittendum, etſi ob alteram partem de euictione non caueas, nec parte altera euicta, de euictione tenearis, tenetur tamen eo nomine eidem emptori Titius, ſicut venditori ſocio ſuo teneretur. Emptor enim ſubit per omnia locum venditoris ſui, ſub legibus iiſdem, ſub conditionibus iiſdem, quibus venditor ſuus tenebatur, vel tenebat obligatum venditorem ſuum, quem vtique tenebat obligatum pro euictione, *l. ſi familia 15. C. famil. erciſc.* & non in ſimplam tantum, vt in ſpecie *l. ſi plus 74. §. 1. de euict.* ſed in id quod intereſt, vel in duplam. In ſimplam tenetur, puta, ad pretium reſtituendum vel

E remittendum, qui vendidit inuitus, vt *d. l. ſi plus §. 1.* At hic non videtur inuitus vendidiſſe Titius, qui prouocauit ad iudicium, quia videtur vendendi animum habuiſſe, vt Græci notant eleganter in *l. & ideo 12. de condict. furt.* his verbis, προσκαλεσάμενος γὰρ ἐκποιοῦντος ἔχει διάθεσιν: id eſt, *qui prouocat ad iudicium communi diuidundo, habet is animum alienantis.* Et ita hoc loco Fulgoſius rectè contra gloſſam. Hæc vero locum habent, vbi, quod ponit *hic §.* Titius te prouocauit. Vnde videamus, quid ſit dicendum, ſi tu prouocaueris Titium ad iudicium communi diuidundo, non Titius te, & totus fundus tibi vel Titio adiudicatus ſit. Dico, ſi Titio adiudicatus ſit, te emptori teneri, vt partem præſtes, quam vendidiſti: quia facto tuo euenit, vt iam mihi eam partem præſtare non poſſis, qui prouocaſti ad diuiſionem,

diuisionem, nec igitur liberaberis præstando pecuniam, quã Titius tibi condemnatus est: Sin vero totus tibi fundus adiudicatus est, etiam emptor inuitus non accipiet totum fundum, sub onere præstandæ pecuniæ, sed destrictè petet etiam hoc casu partem pro indiuiso, quam emit à te. Ergo in hac etiam specie videndum est, vter prouocauerit, tu an Titius. Qua ratione etiam in specie *d. l.* 7. § *si debitor*, ponitur creditor, cui pars fundi communis pignerata est, fuisse prouocatus ab altero socio, vel ab altero creditore alterius socii. Quo casu debitor non rectè agit pigneratitio iudicio, de parte sua reciperanda, oblata pecunia debita creditori; cui totus fundus adiudicatus est, nisi paratus sit recipere fundum totum, quod ita non fieret, si creditor ipse prouocasset ad iudicium. Et similiter in specie *d. l. cum in fundo* ponitur, maritum, cui pars fundi communis in dotem data erat, prouocatum esse, non prouocasse. Hæc distinctio vbique seruanda est, & seruatur etiam in aliis plerisque causis, si res communis inter me & te surrepta sit, & ego te prouocauero iudicio communi diuidundo, eaque res tibi adiudicata fuerit in solidum: quia facto meo qui prouocaui dominium eius rei amisi, quod meum erat pro parte, & condictionem furtiuam amisi, quæ soli domino dari solet. Sed si tu me prouocaueris, tametsi facto tuo dominium amisi, re tota tibi adiudicata, non amisi tamen condictionem furtiuam, quæ est sententia *d. l. & ideo*. Ac præterea maritus, qui fundum, quem vxor cum alio communem habebat, in dotem accepit, prouocari potest ad iudicium communi diuidundo, non prouocare; quia alienationem fundi dotalis non habet, *l. mariti 2. C. de fun. dot.* Idemque est in minore 25. annis, qui cum alio fundum communem habet, nam & hic prouocari potest, non prouocare. Quod sequitur in §. *sequ.* est facillimum.

Ad §. 18. Si quid seruo.

Si quid seruo distracto venditor donauit ante traditionem, hoc quoque restitui debet. Hereditates quoque per seruum adquisita, & legata omnia. Nec distinguendum cuius respectu ista sint relicta. Item, quod ex operis seruus præstitit venditori; emptori restituendum est: nisi ideo dies traditionis è pacto prorogatus est, vt ad venditorem operæ pertinerent.

QVæ præcedunt omnia sunt de iis, quæ venditorem emptori præstare oportet, & huius tractatus finis est hic §. Si quid venditor serui, post venditionem ante traditionem seruo vendito donauit; id emptori restitui oportet, non remanere apud venditorem. Atqui id est ex re venditoris, & quod est ex re venditoris restitui non oportet, §. *si fructibus, supra*. Sed sic respondeo: Interest vtrum concesserit aliquid dominus seruo ex re sua, puta, vt haberet in peculium, an donauerit. Si concesserit, id remanere apud venditorem debet: si donauerit post venditionem perfectam, vt posui, contemplatione ipsius serui venditi vel emptoris, proculdubio id alienare, id perdere voluit, & plane alienauit & abdicauit à se donationis genere. Retinere igitur id non potest. Etiam additur in *hoc §. hereditates, & legata omnia*, id est, cuiuscunque generis per damnationem vel per vindicationem, per seruum venditum post venditionem perfectam ante traditionem interim adquisita venditori, qui nondum desierat esse dominus, qui nondum tradiderat seruum venditum; ad commodum emptoris, non venditoris pertinere, etiamsi, quod notandum, ei seruo relicta sint contemplatione venditoris. atque ideo possint videri esse ex re venditoris, cuius beneficio & gratia seruo ea obuenerunt. Nam hæc est ratio notanda, vt quæsita ante venditionem perfectam, etiamsi contemplatione emptoris relicta sint, ad venditorem pertineant, non ad emptorem, *l. cum ea 23. §. vlt. de Ædil. edic.* Ita quæsita post venditionem perfectam, etiamsi contemplatione venditoris relicta sint, ad emptorem, cuius periculo seruus fuit interim, non ad venditorem pertinent. In extremo autem *huius* §. repetit id quod iam attigerat in §. *si fructibus, sup.* id quod seruus venditus post venditionem ante traditionem interim venditori adquisiuit ex suis operis, ex locatione suarum operarum venditorem emptori restituere oportere, quasi fructus hominis venditi, vt addam hanc exceptionem, quæ extat hoc loco, *nisi ideo dies, &c.* id est, nisi aliud nominatim actum sit, quæ exceptio subiicitur semper.

Digest.

A

Ad §. 19. Ex vendito.

B *Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet.*

§. 20. *Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. in primis pretium quanti res venit, item vsuræ pretij post diem traditionis. Nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum vsuras pretij pendere.*

VLpianus, expositis iis quæ actione ex empto venditorem emptori præstare oportet, à §. *ex vendito* incipit tractare de iis, quæ ex diuerso, actione ex vendito emptorem venditori præstare oportet. Et in primis; vt ait præstare debet emptor venditori pretium, quanti res venit, pretium conuentum: Basilica: τὸ συμφωνηθὲν τίμημα, sicut *in l. 11. in princ. hoc tit.* dixit, actione ex empto venditorem emptori in primis præstare debere rem ipsam; quæ
C venit. Duo enim hæc sunt ex quibus huius contractus substantia præcipue consistit, res & pretium. Præstare etiam emptor venditori debet vsuras pretii post traditionem rei, post rem acceptam à venditore: quia cum re emptor fruatur, æquum est eum etiam vsuras pretii dependere, quæ veluti quidam fructus sunt, siue reditus pecuniæ, vt *l. filius 5. §. vlt. de collat. dot.* Rei respondet pretium, & fructibus rei similiter respondent vsuræ pretii, *l. vsuræ 34. de vsur.* Et hoc quidem quod ait de vsuris præstandis post traditionem rei, confirmat etiam *l. curabit 5. & lex fructus 13. C. eod.* Et paul. *2. Sentent. tit. 17. post rem traditam*, inquit, *nisi emptor pretium statim exsoluat, vsuras eius præstare cogendus est.* Forte & sicut venditor, si pretium ei nu-
D meratum sit, præstat, restituitve fructus emptori ex die emptionis venditionis, vt docuimus in §. *si fructib.* Ita & emptor, cui iam res tradita est, præstabit vsuras pretii ex die emptionis: quod quidam tentant, nec tamen id existimo esse verum, quia non eadem hac in re est ratio emptoris & venditoris: Emptori, si pretium soluerit, debentur fructus rei ex die emptionis, quia & ex eo die periculum omne rei ad eum pertinet. si periculum ex eo die; ergo & commodum ex eodem ipso die. Venditori autem non debentur vsuræ pretii, nisi ex die traditionis, vt ait hoc loco, & non ex die emptionis, quia nec ad venditorem periculum pretii pertinet, quod nullum est, quia pretii nomine non debentur certa corpora nummorum, sed certa quantitas in genere, quæ perire non potest. Atque ita hac in re
E multum distat venditor ab emptore. Ex die traditionis debet emptor vsuras pretii, ex die autem emptionis venditor debet fructus, si pretium ei numeratum sit. Post diem vero traditionis vsuræ pretii consistunt, & venditori debentur, etiamsi emptor pretium venditori obtulerit, nisi id etiam deposuerit & obsignauerit. Sola oblatio non liberat ab vsuris, sicut nec etiam depositio, vel obsignatio sola sine oblatione: neque enim desinunt currere vsuræ pretii, etiamsi id emptor deposuerit & obsignauerit, nisi etiam id ei obtulerit, cum ei facultas esset offerendi venditori vel heredi eius, *l. euictis 18. §. 1. de vsur. l. 2. C. de vsur.*

Mm

Ad §. 21. Possessionem.

Possessionem autem traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem percipiendi fructus.

ET quod ait hoc loco, *post diem traditionis rei*, id ita mox interpretatur, vt non tantum post traditionem vacuæ possessionis, quæ dominium transtulerit in emptorem, vsuræ pretij veniant in actionem ex vendito, sed etiam post traditionem precariæ possessionis. Vt si ante numerationem pretij emptori eius rei precaria possessio concessa sit, *l. cum emptor 38. de dam. infect. l. is qui 11. §. Aristo, quod vi aut clam, l. ea quæ 29. de precar.* Quæ quidem possessio precaria dominium rei non transfert in emptorem, & à venditore, quandocunque ei libuerit, reuocari potest, sed quod ad causam debitarum vsurarum attinet, nihil refert precaria, an iusta & plena possessio emptori tradita fuerit, quia cum etiam iure precarij emptor re fruatur, æquum est vt vsuras pretij tardius soluti dependat. Quod memini me etiam exponere *in l. 2. §. 1. sup. hoc tit.* Iure precarij emptor rem possidet, eiusque rei fructus capit, quoniam precibus impetrauit, vt sibi possidere, & vti frui liceret, vt *l. 1. in fin. l. & habet 15. §. pen. de precar.* Nec obstat *l. serui emptor 16. de peric. & comm. rei vend.* quam obiicit Accursius, quæ etsi loquatur de seruo vendito nondum tradito, quem emptor interim conductum rogauit, facile concedo, quod in illo obtinet, idem etiam obtinere in eo, qui precario rogauit. Quid autem id est? Nempe vt iure dominij emptor nihil per eum seruum acquirere possit; quia nondum factus est dominus per traditionem, possit tamen iure precarij seruo vti frui ex liberalitate venditoris & domini, atque ita sibi habere operas serui, vel ob operas, mercedes, quas constat esse in fructu hominis. Non omittam, quod etiam hic DD. notant, nec iure pontificio improbari vsuras pretij, quæ venditori debentur post diem traditionis, quia earum vsurarum causa non est captatio lucri, sed causa earum est ratio fructuum, quorum percipiendorum per traditionem emptor facultatem nactus est, vt scilicet fructus rei pariant, & quodammodo pensent vsuræ pretij. Quod & ita Accurs. notauit ex Azone in *d. l. curabit. 5. Ratio*, inquit, Accurs. *fructuum perceptorum adeo iusta est, vt & iure Canonico vsuræ pretij, quasi quod sua interest, id est, quasi quod venditoris interest, debeantur.* Multum enim semper interest, vtrum vsuræ infligantur & exigantur ob lucrum tantum, an ob damnum, quod quis fecit, lucrumve quod amisit, *l. cum quidam 17. §. si pupillo, de vsur. l. socium. 60. pro soc. l. illud 29. §. 2. de Ædil. ed.* Et pluribus Laurentius, qui vnus est ex glossographis Decretalium, *in c. conquestus, extra, de vsur.*

Ad §. 22. Præterea.

Præterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, vt puta, si quid in ædificia distracta erogatum est. Scribit enim Labeo & Trebatius, esse ex vendito hoc nomine actionem. Idem etsi in agri serui curationem impensum est ante traditionem, aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat, etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius Labeo ait, & si quid in funus mortui serui impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

§. 23. Item si conuenerit, cum res veniret, vt locuples ab emptore reus detur, ex vendito agi posse, vt id fiat.

§. 24. Si inter emptorem prædiorum & venditorem conuenisset, vt si ea prædia emptor heresve eius pluris vendidisset, eius partem dimidiam venditori præstaret: & heres emptoris pluris ea prædia vendidisset, venditorem ex vendito agendo, partem eius quo pluris vendidisset, consecuturum.

A SEquitur in §. *præterea*, etiam emptorem venditori præstare sumptus, quos in re vendita necessario venditor fecit post venditionem ante traditionem. Non semper venditionem & traditio sequitur statim, sed vel differtur ex pacto, vt §. *si quid seruo, sup.* vel ob causam non numerati pretij, vt § *offerri, sup.* Vnde si quid in ædificia vendita interim erogauit venditor, id ab emptore consequitur iudicio ex vendito. Idemque est, si quid venditor serui impenderit in curationem siue ἰατρικὴν eius, cum ægrotaret, vel in disciplinam eius, in quam verisimile est etiam emptorem libenter sumptus facturum, vel etiam si quid in eius serui funus impenderit defuncti sine culpa, & ante moram venditoris, etiam seruis funera ducebantur. Nec mirum, cum & auibus, quæ paulum ingenio valuissent, apud Plin.

B 10. *lib. c. 10. 43.* quod & Statius 2 *syluarum* significat his verbis, *Et volucres habuere rogos*, in Epicædio Pileti liberti, non serui. Item si in vendendo fundo conuenerit, vt ab emptore daretur idoneus & locuples reus, qui nouandi animo in se susciperet pretij obligationem, qui proprie expromissor dicitur. Et ita *in l. si rem alienam 9. §. omnis, de pign. act.* reo dato, id est, expromissore. Si itaque in vendendo conuenerit, vt emptor daret expromissorem pretij nomine vt id fiat actione ex vendito, venditor consequetur. Item si conuenerit, vt si prædium venditum pluris emptor, heresve eius venderet, eius, quo pluris vendidisset, partem dimidiam venditori præstaret. Et hoc quoque præstare tenetur iudicio ex vendito, vt est *in §. seq.* Et omnino, sicut in iudicio ex empto, id demum deducitur, quod præstari conuenit, *l. 11. sup. hoc tit.* Ita & in iudicio ex vendito. In hac

C igitur specie augetur pretium rei, si emptor pluris eam rem vendiderit: vt ex contrario minuitur pretium rei, si conuenerit, vt quo minoris rem emptor venderet, id à venditore reciperet, arg. *leg. si pater 12. §. pen. de pact. dot.*

Ad §. 25. Si procurat.

Si procurator vendiderit, & cauerit emptori, quæritur, an domino vel aduersus dominum actio dari debeat? Et Papin. lib. 3. Resp. putat, cum domino ex empto agi posse vtili actione, ad exemplum institoriæ actionis, si modo rem vendendam mandauit. Ergo & per contrarium dicendum est, vtilem ex empto actionem domino competere.

D PRocurator ex mandato domini vendidit, & cauit de re tradenda: nuda cautio sufficit, *l. emptor 14. C. de act. empti vend.* Quæritur, an domino competat actio ex vendito in emptorem? An emptori in dominum actio ex empto? Regulariter per procuratorem, cum sit liber homo, nobis non acquiritur actio vel obligatio. Ideoque refert ex Papiniano, in dominum emptori esse actionem ex empto vtilem, ad exemplum institoriæ actionis, vt *l. liberto 31. in princ. de neg. gest. l. in eum 19. de instit. act.* Omnis actio vtilis dicitur dari ad exemplum alterius cuiusdam actionis. Emptori ergo in dominium competere actionem ex empto vtilem, ad exemplum institoriæ actionis, quæ ex contractu institoris datur in dominum, id est, quasi institoriam actionem (Nec enim procurator est institor) vt ait *l. idemque 19. § idem Papinianus, Mand.* Quod ita procedit,

E si procurator soluendo non sit, sicut si institor soluendo non sit, tum ex contractu eius in dominum est vtilis actio, qui eum præposuit tabernæ vel officinæ, *l. 1. in fi. l. 2. de instit. act.* Eodem vero modo etiam domino, qui rem emi mandauit, competit in venditorem actio ex empto, quæ est sententia huius loci. Ergo & per contrarium dicendum est, vtilem ex empto actionem competere domino, qui rem emi mandauit. Prior pars est de domino, qui rem emi mandauit. Et ita hoc loco actio ex empto accipietur proprie, vt & Martinus sensit recte, non improprie pro actione ex vendito. Et summa totius § hæc erit: Si dominus vendi mandauit, in dominum emptori esse vtilem actionem ex empto, si procurator soluendo non sit. Item ex contrario, si dominus emi mandauerit, eandem actionem esse

domino in venditorem. Et hic proculdubio est sensus huius §. vulgo incognitus.

Ad §. 26. Ibidem Papinianus.

Ibidem Papinianus respondisse se refert, si conuenerit, vt ad diem pretio non soluto, venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adiectum, quod vsuram legitimam excedit, diuersamque causam commissoriæ esse ait: cum ea specie (inquit) non fœnus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur.

IBidem Papinianus respondisse se refert, scil *lib. 3. Resp.* & respondisse *lib. 11. Responsf.* Nam responsio *in hoc* §. proposito simile aliud responsum est ex *lib. 11. in l. pecuniæ* B *9. de vsur.* de pecunia credita, qua ad diem non soluta, si creditor duplum sibi reddi stipulatus sit; ea stipulatio non tenet in altero tanto, id est, in duplo quatenus excedit modum legitimarum vsurarum, sed pro modo tantum temporis, quod in pecuniæ solutione cessatum fuit. Et ita vt in hoc §. proponitur, si in venditione conuenerit re vendita centum quæ soluerentur Calendis Iuliis, vt centum ad diem non solutis, pœnæ nomine ducenta præstarentur. Hæc conuentio longe excedit modum vsurarum constitutionib. definitum, qui duplex est: primum, vt vsura non sit maior centesima, id est, ne plus quotannis in centenos reddat, quam duodenos, vt semper obtinuit ante Iustinianum, & vt, cum vsura sortem æquauerit, consistat, finem accipiat, ne altero tanto sit amplior quam sors, id est, ne duplum egrediatur. Denique vt centesimo mense consistat: C Nam vsura centesima quot mensibus reddit vnum nummum, id est, duodecim quotannis, & centesimo igitur mense æquat sortem, nec vlterius progreditur, *l. si non sortem 26. sup. de condict. indeb. l. in nautica 3. de naut. fœn. l. si pro mutua 8. C. si cert. pet.* Pœna, quæ est vice vsurarum, pœna pro vsuris, vt loquuntur, non potest excedere licitum modum vsurarum, *l. pœnam 44. de vsur.* Itaque quod vltra hunc modum est, prorsus inutile est, nec in eo stipulatio vel pactio vllas vires habet, & vt subiicit in hoc §. non est, quod in contrarium moueamur exemplo pacti siue legis commissoriæ (sic vocatur) quæ venditionibus licito iure addi solet, puta (hæc est lex commissoria) vt pretio ad diem non soluto, res inempta sit, & emptor, si quam forte partem pretij prænumerauerit, eam amittat, si & residuam sua D die non numerauit, *l. 4. 6. & vlt. de lege commiss.* Hæc pactio licita est, & vtilis omni ex parte. Quoniam hoc genere fœnus illicitum non contrahitur, sed lex tantum adiicitur contractui legitimo. Pactione autem superiore fœnus illicitum contrahitur: Quod enim fœnus grauius excogitari potest, quam si conuenire liceat, vt Calendis proximis pretio non soluto duplum præstetur? cum iure legitimo, pro cessatione vnius mensis debeatur tantum nummus vnus. Quod ait in hoc §. *In fraudem constitutionum*, &c. simul & *ex l. constitutionibus 20. C. de vsur.* apparet, constitutiones potissimum vsuris dedisse & posuisse modum, nec legem Gabiniam, quæ ante id tentarat, id vnquam efficere potuisse. Maior fuit apud populum auctoritas Principis, quam populi totius apud populum. Hæc est sententia huius §. At ne omittamus quod in eum Accursius perperam E omnino, animus certe eius errat auius, obiicit *leg. vtrum 23. in fin. de petit. hered.* quæ pœnam quidem tardius soluti pretij probat, & probanda vtique est vel ob id, quod venditoris interest, sed non supra licitum modum vsurarum. Itaque nihil fuit causæ, cur obiiceretur, quod & idem Accursius cognouit, & si cognouit, non debuit quod tam leue erat obiicere & argutari in re tam perspicua. Idem Accursius obiicit *l. Lucius 47. inf. hoc tit.* vbi vltra pœnam, de qua conuenit pretio venditori iam soluto, si res omnes, quas vendidit, venditor non traderet intra certum tempus, nullis aut quibusdam tantum rebus traditis, ait etiam vltra pœnam, ex empto agi posse in vsuras pretij iam soluti, ex tempore scil. moræ factæ à venditore in tradendis rebus venditis. Primum, vt respondeam & rem hanc explicem: A Ibi non agitur de pœna tardius soluti pretij, quæ vice vsuræ est, sed de pœna tardius traditæ rei venditæ, quæ vice vsuræ non est. Ac pręterea, quia, vt ibi proponitur, emptor pretium soluit ex pecunia mutuatitia, ex pecunia fœnore sumpta sub grauissimis vsuris, & grauissimas vsuras expendi æquum est, vt vltra pœnam, etiam ex tempore moræ hasce vsuras à venditore recipiat. Hæc est ratio *d. l. Lucius 47.* quæ nihil refragatur nostro §. Obiicit etiam Accursius *l. sciendum 42. de euict.* Lex ait, ex causa emptionis duplæ stipulationem committi: nihil est facilius. Hoc est omni vero verius, ex causa emptionis duplæ stipulationem committi, euictionis nomine scil. sed non etiam nomine tardioris solutionis pretij. Postremo obiicit *l. promissis 37. C. de transact.* quæ, promisso transactionis non impleto, ait pœnam in stipulatum deductam, si quid contra transactionem fieret, peti posse, eo non inspecto, quanta sit pœna; pœnam igitur integram peti posse. Cur ita? Nihil est facilius: quia scil. nec tunc pœna est vice vsurarum. pœna est perfidiæ pœna, cuius quantitas legibus finita non est.

Ad §. 27. Si quis colludente.

Si quis colludente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus, vt aut stetur emptioni, aut discedatur.

§. 28. Sed & si quis minorem 25 annis circumuenerit, & huic hactenus dabimus actionem ex empto, vt diximus in superiore casu.

SI quis colludente procuratore meo, rem meam ab eo, forte pecunia corrupto, minoris emerit, malæ fidei emptio est, cui equidem stare inuitus non teneor. Itaque nec emptori aduersus me datur actio ex empto, nisi in hoc tantum, vt vel discedam à toto contractu, vel totum approbem, non vt contractui stare cogar, qui mala fide initus est. Idemque seruatur, si quis minorem viginti quinque annis in emendo circumuenerit, forte colludens cum curatore eius, vt *l. pen. de minor.* Nam & eadem conditio adolescenti defertur, vt probet vel improbet contractum. Sicut *in l. cum quæritur 16. de admin. tut.* nemo cogitur stare iis, quæ per collusionem procurator suus gessit, cui quicquid mandatum est, id ea lege semper intelligitur ei fuisse mandatum, vt omnia administraret sincera fide. D

Ad §. 29. Si quis à.

Si quis à pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex vno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.

IN §. *si quis* docet, aliquando claudere contractum emptionis venditionis, puta, non vltro citroque, sed ex vna tantum parte, siue ἑτεροπλεύρως parere obligationem. Vt si pupillus sine tutoris auctoritate rem mobilem vendiderit: emptor enim pupillo obligatur, non etiam pupillus emptori, *l. si id quod §. 1. de rescind. vend.* Et alias notaui multa exempla. Idemque euenire & in cęteris contractibus, ex quibus solet mutua obligatio nasci; vt non semper nascatur mutua, sed claudeat contractus, vt in locatione & conductione, *l. sicut. 20. §. 1. l. qui fundum 32. tit. seq.* & in mandato, *l. potest 41. Mand.*

Ad §. 30. Si Venditor.

Si venditor habitationem exceperit, vt inquilino liceat habitare, vel colono, vt perfrui liceat ad certum tempus: magis esse Seruius putabat, ex vendito esse actionem. Denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, vt ex locato cum colono experiatur, vt quicquid fuerit consecutus, emptori reddat.

Digest. Mm ij

IN §. *pen.* hæc proponitur species: Venditor prædii excep t inquilino, cui ipse locauerat ædes, vt habitaret: vel colono, cui ipse locauerat fundum, vt fundo perfrui liceret ad certum tempus, ad tempus locationis conductionis, id est, vt emptor staret locationi, vt sineret inquilinum, vel colonum frui re conducta. Proculdubio agi cum emptore ex vendito potest, vt id faciat, vt ne expellat inquilinum, vel colonum ante tempus: hoc conuentio facit, alioqui non tenetur emptor stare locationi venditoris, nisi id nominatim actum sit, *l. emptorem 9. C. loc.* Quod si forte colonus interim deteriorem fundum fecerit, si damnum dederit, potest etiam emptor cum venditore ex empto agere, vt agat eo nomine ex locato cum colono, & quod ab eo consecutus fuerit, sibi restituat. Et hoc alias etiam fit sæpissime, nempe vt quis agat tecum in hoc, vt tu agas cum alio, & quod tu ab alio extorseris, sibi præstes, *l. si laborante 2. circa fin. princ. & §. pen. ad l. Rhod. l. cum in plures 60. §. messem, tit. seq. l. si tibi 8. inf. de opt. leg. l. si sic legat. 75. §. vlt. de legat. 1.*

Ad §. vlt.

Ædibus distractis vel legatis, ea esse ædium solemus dicere, quæ quasi pars ædium, vel propter ædes habentur, vt puta puteal.

IN hoc §. hoc ostenditur, Ædibus legatis aut venditis, legatario vel emptori cedere ea, quæ quasi pars ædium sunt, puta, quæ ædibus adfixa sunt, vel quæ propter ędes habentur, veluti puteal, inquit, vt *in l. fundi 17. §. pen. hoc tit.* Puteal, vt *l. item 14. hoc tit.* interpretatur operculum putei, id est, inquit, quo puteum operitur: Dicebant enim promiscue puteus & puteum recto casu, & putei vel putea in plurali. Eodem quoque sensu absque dubio dicitur puteal Libonis: neque enim est tribunal, vt interpretantur, sed est operculum putei de cœlo tacti, cui Libo imposuit operculum in speciem arę, atque ita condidit fulgur, quo puteus ille tactus erat. Denique puteal est περιστόμιον, Basilica: τῦ φρέατος σχῆμα. Falluntur igitur, qui puteal tribunal Libonis esse putant. Fallitur & Halicarn. in fi. lib. 3. qui quod puteal M. Tull. 1. de diuinat. dicit, id φρέαρ interpretatur, cum non sit φρέαρ, sed φρέατος σχῆμα. Additur *in l. Lines 15. hoc tit.* etiam lines ædium esse, quas Basilica δεξαμενὰς interpretantur recte: Sunt enim lacus lapidei aquam continentes. Et labra, λουτῆρες, lauacra, in quibus mulieres lintea lauant, quæ etiam duo, quia fere idem sunt Afranius & Laberius coniungunt: Labella, lines (inquit) vel lenes, apud Nonium Marcellum in verbo *Lenis*, vasis genus, &c. Et ita Martialis;

Tepida natabis lene, Congedi, vada.

Vnde & iampridem ita docui esse legendum in *l. si quando 17. §. 1. si seruit. vind.* Labra & lenes.

Sequitur in eadem *l. 15.* etiam ædium esse fistulas, quæ salientibus iunguntur, puta, Siluanis, vel Tulliis (sic vocabantur) personis, ex quarum rostris aqua salire solet. Et si fistulas, quæ applicantur salientibus, & canales igitur, quibus deducitur aqua. Vitruuius *8. ca 7.* Fistulas ponit in omnes lacus & salientes. At ędium vel fundi negat esse pisces, qui sunt in piscina ędium venditarum, vel fundi venditi, quoniam ij non parantur ędium, vel fundi, sed patris-familias causa. Eademque ratione nec pulli, pauones, meleagrides, numidicę, & cetera animalia, quę sunt in fundo ædium, aut fundi esse intelliguntur. Itaque nec fundo vendito emptorem sequuntur, nisi id actum sit nominatim.

Ad L. XVII. Fundi nihil est. Et ad §. vlt.
L. Granaria XVIII.

Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Ædium autem multa esse, quæ ædibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, vt puta seras, claues, claustra, multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villæ haberi: vt puta vasa vinaria

A *torcularia: quoniam hæc instrumenti magis sunt, etiamsi ædificio cohærent.*

§. 1. Sed & vinum & fructus perceptos, villæ non esse constat.

INitio huius legis definitur, fundi emptorem nihil aliud sequi, nisi id, quod terra se tenet, id est, quod solo cohæret, & continetur, quod terræ iniunctum, infixum, illigatum est: Ruta cæsa, non sequi emptorem, quia terra non tenentur. Ruta cæsa, sunt, quæ terra non tenentur, quæ eruta & concisa sunt, non infixa, illigata, iniuncta, *l. in rutis cæsis, de verb. sig. ce qui ne tient point à late, ou à clou, ou à cheuille.* Hæc sunt ruta cæsa. Ædium autem, vel ædificii emptorem pleraque sequi, quæ terra non tenentur, quæ ve ædibus illigata, iniuncta non sunt, vt sera, & clauis, &

B claustra, quæ censetur esse partes ædium, *l. quæsitum §. fistula 24. de instruct. vel instrum. leg.* Claustra, inquam, quæ ædes exterius claudunt, *cadenats.* Claues seruiunt seris & claustris. Vnde apud Catonem de re rustica Claues, cum claustris, & *in l. librorum 52. §. vlt. de lega. 3.* Armariis vel loculis legatis, claues & claustra legatario cedere. His addit *in §. pen.* huius legis Epitonia, id est, machinas, quibus intensis aqua ex imo in summum exprimitur: & funditur, immittiturque etiam in ipsum triclinium, si hoc velit paterfamilias, quæ etsi non sint fistulis applumbata, si non sint affixa, tamen ædium sunt, puta, si vaga relinquantur in ædibus, vt iis vtatur paterfamilias, cum ei erit commodum. Denique Epitonia, quæ habentur ad exprimendam & fundendam aquam, etiamsi non sint affixa ædibus,

C ædium sunt, sicut seræ, & claues, & claustra. Dixi, ad fundendam aquam, vt Seneca *13. Epist. Nisi aquam,* inquit, *argentea epitonia fuderint.*

Additur in hac lege, pleraque etiam ædificii emptorem non sequi, etiamsi adfixa sint ædificio, etiamsi in solo defossa sint, vt vasa vinaria, inquit, & torcularia: Quia instrumentum fundi, aut villæ, quæ fundi pars est, sunt potius, quam pars fundi, vt *l. instrumento 8. de instr. vel instr. leg. l. vlt. de supell. leg.* Nec propter fundum etiam aut villam habentur, sed propter vinum aut oleum, quod ex fundo percipitur; quod etiam vinum vel oleum, vt & ceteros fructus, constat villæ aut fundi non esse. Sed *in d. l. 8.* suadet omnino hic locus, vt tollamus negationem illo loco: In instrumento fundi esse dolia, *licet defossa non sint.*

D Nam illis verbis, *licet defossa non sint,* quod erat dubium, remouere videtur. Atqui non erat dubium, dolia nondum defossa in instrumento fundi esse: de illis maior fuit dubitandi ratio, quæ defossa sunt, quia terra tenentur: At & hæc in instrumento fundi esse, non etiam partem fundi, ex hoc loco patet, quia dicitur, vasa vinaria etiam defossa & depressa in terram instrumenti esse. Dolia autem sunt vasa vinaria, *l. vinaria 206. de verb. signif. l. Lucius 93. §. vlt. de legat. 3.* At rursus quod obstare videtur, *in l. dolia, 76. de contr. empt.* dicitur dolia in horreis, vel in cellis vinariis defossa, si nominatim excepta non sint à venditore, quasi partem horreorum, emptorem horreorum sequi. Et hoc quidem puto esse verum, horreis aut cellis vinariis venditis, quia nec sine iis horrea vinaria esse videntur. Vnde & Varro in Manio apud Nonium: *Hæc adeo,* inquit,

E *emptoribus accedunt, cellæ, claues, claustra, dolia.* At non idem obtinet ædibus venditis, aut fundo vendito, in quo sint dolia defossa: Hæc enim emptorem non sequuntur, nisi id actum sit nominatim: Nam & sine doliis fundus est fundus, domus est domus. Quod tamen ita intelligi velim, nisi adeo ampla sint dolia, vt propter magnitudinem inde moueri non possint: nisi ita illigata, infixa, inędificata sint, vt ibi perpetuo posita, & pars prædii esse videantur, *l. cum fundus 21. l. dolia 26. de inst. vel instr. leg.*

Ad §. II. Fundo.

Fundo vendito vel legato sterquilinium & stramenta, emptoris & legatarij sunt. Ligna autem venditoris vel heredis: quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata

ſunt In ſterquilinio autem diſtinctio Trebatij probanda eſt; vt ſi quidem ſtercorandi agri cauſa comparatum ſit, emptorem ſequatur: ſi vendendi, venditorem: niſi ſi aliud actum eſt. Nec intereſt, in ſtabulo iaceat, vel aceruus ſit.

A

SEquitur in §. 1. huius legis: Fundo vendito, vel legato, ad emptorem, vel legatarium ſterquilinium pertinere, ſi fundi ſtercorandi cauſa paratum ſit, non ſi vendendi, ſi negotiandi cauſa, nec intereſſe, iaceat illud in ſtabulo, an ſit aceruus, inquit, aceruus ſtercoris, *l. ſi alius* 7. §. *ſi quis, quod vi aut clam.* Eademque ratio eſt ſtramentorum, nempe vt emptorem & legatarium ſequantur, quæ ſcil. pecoribus ſubſterni ſolent, vt acus, vt ſtipula. Theophilus φυμάδας vocat *in tit. de vſu & hab.* vbi Accurſius per quam inepte ſtramen eſſe Melegan, id eſt, ſurgum, ſiue milium Indicum. At lignorum, quæ comburendi cauſa conciſa ſunt, alia ratio eſt: Ligna enim pertinent ad venditorem, vel heredem: quia fundi non ſunt, tametſi ad eam rem comparata & conciſa ſint, vt in fundo ſcilicet conſumantur, ſed ſunt patriſfamilias familiæque ſuæ.

B

Ad §. 3. Quæ tabulæ.

Quæ tabulæ pictæ pro tectorio includuntur: item quæ cruſtæ marmoreæ, ædium ſunt.

§. 4. Reticuli circa columnas, plutei circa parietes, item Cilicia vela ædium non ſunt.

SEquitur in hac lege, ædium eſſe, & emptorem igitur ſequi, tabulas pictas & cruſtas marmoreas, quæ pro tectorio includuntur. Nota, quod ait, *quæ pro tectorio includuntur*, id eſt, quæ vice tectorij, vice operis albarij, vel marmorati, vel arenati, includuntur in parietes rudes & impolitos. Vice, inquam, tectorij. Nam tabulæ, quæ ornatus tantum cauſa parietibus ædium adfiguntur, non vice tectorij, ædium procul dubio non ſunt, *l. pen. de verb. ſig.* Ædium etiam non eſſe hoc loco traditur reticulos circa columnas, qui quales ſint, Varro explicat 3. *de re ruſt. cap. 5. Inter columnas*, inquit, *exteriores pro pariete reticuli è neruis fiunt.* Et ſimiliter pluteos ligneos, quibus præſepiuntur parietes, & cilicia vela, quibus fores aut feneſtræ præſepiuntur, ædium non eſſe, & auferri à venditore ædium poſſe, quia hæc inſtrumenti magis ſunt, *l. quæſitum* 12. §. *vela, de inſtr. & inſtrum. leg.* Vbi ea vela ideo parari dicit, ne ædificia vento aut pluuia laborent. Et Sidonius 4. *Epiſt.* 24. *Cilicum vela foribus appenſa.* Caſſiodorus *in Pſal. 34 Cilicium*, inquit, *fit ex hœdis, aut capris aſperum ſetigerumque tegumentum, quod ſolebant induere olim Monachi quidam.* Solinus *c. 36. Ipſa tectoria*, inquit, *cilicina ſunt; ita nuncupant*, inquit, *velamenta è caprarum pilis texta.* Et rationem appellationis Varro expoſuit in fine ſecundi, de re ruſt. quod ea tonſura caprarum primum in Cilicia inſtituta ſit. Procopius 2. de bello Perſico, τὰ καλύμματα φασὶν ἐξ αἰγείων τριχῶν ἃ δὴ καλοῦσι κιλίκια. Suidas in verbo ἐγέστα corrupte pro σεγέστα, vel σεγέστρια, vt apud Suetonium quoque in Auguſto cap. 83 *Seſtertio vel lodicula inuolutus*, pro *Segeſtrio.* Qui locus nondum emendatus fuit. Suidas inquit fieri ſegeſta ſiue ſegeſtria, ἐξ αἰγείων τριχῶν τῶν λεγομένων κιλικίων.

C

D

E

Ad §. 5. Item quod.

Item quod inſulæ cauſa paratum eſt, ſi nondum perfectum eſt, quamuis poſitum in ædificio ſit; non tamen videtur eſſe ædium.

SEquitur in hac lege: Ea etiam ædium non eſſe, quæ ædium cauſa parata ſunt, ſi nondum ſunt perfecta; quamuis in ædibus poſita ſint: quia poſita quidem ſunt in ædibus, ſed nondum tamen ædibus impoſita & collocata. Neque enim imperfecta perfecte imponi poſſunt. Et ſic in fine huius legis ait, generaliter ea, quæ parata ſunt vt imponantur, nondum impoſita ſunt, non eſſe ædium aut fundi; palos vineæ cauſa paratos, antequam collocentur, fundi non eſſe. Et *in l. ſeq.* tegulas nondum impoſitas, quamuis tegendi ædificij gratia allatæ ſint, non eſſe ædificij. Neque vero huic ſententiæ obloquitur *l. etſi non ſunt* 20. §. *quid ergo, de aur. & arg. leg.* quæ argenti facti appellatione, ſi quis legauerit argentum omne factum, quod ſuum eſſet, id eſt, vaſa argentea omnia, ait, contineri vas argenteum, quod fabricari cœpit, licet nondum ſit perfectum, & ei deberi, cui argentum factum legatum eſt: Quod facile concedo, nempe vt factum videatur, quod fieri cœpit, quaſi & id quoque deſtinatum fuerit legatario, cui argentum factum legatum eſt, ſed non etiam concedo legatis ædibus, legatario deberi, quod ędium cauſa fieri cœptum, nondum perfectum eſt: quia id nondum eſt portio ædium: ergo legatarium ſequi non poteſt, quaſi portio ædium.

Ad §. 6. Si ruta.

Si ruta & cæſa excipiantur in venditione, ea placuit eſſe ruta quæ eruta ſunt, vt arena, creta & ſimilia: cæſa ea eſſe, vt arbores cæſas, & carbones, & his ſimilia. Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait, fruſtra in lege venditionis de rutis & cæſis contineri: quia ſi non ſpecialiter venierunt, ad exhibendum de his agi poteſt. Neque enim magis de materia cæſa, aut de cæmentis, aut de arena cauendum eſt venditori, quam de ceteris, quæ ſunt pretioſiora.

POſt hæc additur generaliter, ea quæ ſunt in rutis cæſis ea quæ rutis cæſis adnumerantur, emptori ædium vel fundi non cedere, quod iam dixi ſupra, etiamſi nominatim ea venditor ſibi non exceperit, vt ſolebat fieri olim. Vendebantur ſcilicet prædia receptis rutis cæſis, id eſt, exceptis rutis cæſis, quam exceptionem hic locus oſtendit ex ſententia Galli Aquilij eſſe ſuperfluam, quia & citra hanc exceptionem res ita ſe habet, vt ruta cæſa pertineant ad venditorem, non ad emptorem, *l. ſi venditor* 38. §. *vlt. hoc tit. l. in vendendo* 66. §. *vlt. de contr. empt. l. Celſus* 5. §. *idem Iulianus, ad exhib.*

Ad §. 7. Labeo.

Labeo generaliter ſcribit, ea quæ perpetui vſus cauſa in ædificijs ſunt, ædificij eſſe, quæ vero ad præſens, non eſſe ædificij: vt puta (fiſtulæ) temporis quidem cauſa poſitæ, non ſunt ædium: verumtamen ſi perpetuo fuerint poſitæ, ædium ſunt.

8. §. Caſtella plumbea, puteal, opercula puteorum, epitonia fiſtulis adplumbata, aut quæ terra continentur, quamuis non ſint adfixa ædium eſſe conſtat.

9. §. Item conſtat ſigilla, columnas quoque, & perſonas, ex quorum roſtris aqua ſalire ſolet, villæ eſſe.

10. §. Ea, quæ ex ædificio extracta ſunt, vt reponantur, ædificij ſunt: at quæ parata ſunt, vt imponantur, non ſunt ædificij.

11. §. Pali qui vineæ cauſa parati ſunt, antequam collocentur, fundi non ſunt, ſed qui exempti ſunt hac mente, vt collocentur, fundi ſunt.

SEquitur mox alia generalis definitio Labeonis, ea, quæ perpetui vſus cauſa in ędificiis ſunt, id eſt, in ędibus, aut in villa, vel prætorio, ædificij eſſe, quæ temporis tantum cauſa ibi ſunt, ædificij non eſſe. Proinde fiſtulas perpetuo poſitas ædificij eſſe, ad tempus poſitas ædificij non eſſe. At caſtella plumbea, vt ait *in* §. *pen.* in quibus ſcilicet aqua ſeruatur, quæ ex hiſce caſtellis, cum erit commodum, fiſtulis ducatur, aut canalib. vt *l. fiſtulas* 78. *de contr. empt. l. ſi venditor* 38. *vlt. hoc t.* Caſtella, inquam, plumbea & puteal, & opercula puteorum, id eſt, putealia, vt iam dixi *in l.* 13. §. *vlt. & l.* 14. *ſup. hoc tit.* portionem ædium eſſe abſque dubio aut villæ: itemque ſigilla & columnas &, vt ſubiicit, perſonas etiam, ex quarum roſtris aqua ſalire ſolet: quas quidam vocabant ſilanos vel ſyluanos, vel Tullios, vt docet 11. *Obſc. c.* 2. quam adire potes.

Ad L. XVIII. Granaria.

Granaria, quæ ex tab. fieri solent, ita ædium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt, quod si supra terram sunt, rutis & cæsis cedunt.

§. 1. Tegulæ, quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamuis tegendi gratia allatæ sunt, in rutis & cæsis habentur. Aliud iuris est in his, quæ detracta sunt, vt reponerentur, ædibus enim accedunt.

NOn est omittenda *l.* 18. in qua ostenditur, granaria, quæ sunt supra terram, granaria ambulatoria, quasi ruta cæsa, ad venditorem pertinere, Granaria autem facta ex tabulis, quorum stipites defossi sunt in terram, quasi iuncta & infixa, pertinere ad emptorem ædium. Alia erant granaria sublimata, quibus vtimur, apud Vitruuium, *lib.* 6. *c.* 9. Alia erant sub terris, quæ σιροὺς vocabant, vt Varro scribit 1. *de re rust. c.* 57. Et ea vtique etiam sunt pro parte ædium, aut villæ.

Ad L. XIX. veteres, & l. seq. XX.

L. 19. Veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue vtebantur.

L. 20. Idem est, & in locatione & conductione.

LEx 19. & 20. simul explicabuntur: Nam & nexa est altera alteri. Est autem maxime obseruanda earum inscriptio. Lex decima nona est Gaij ad edictum prætoris *titulo de Publicanis* (sic est scriptum) *prætoris*, vrbani scilicet, vt *l.* 5. *de publ.* Ergo ad edictum vrbicum. Lex autem 20. est eiusdem ex *lib.* 21. ad edictum prouinciale, quod proponebatur in prouinciis, scilicet, à præsidibus vel proconsulib. quo quidem libro constat ex *l.* 2. *de publ.* Gaium etiam tractasse de publicanis. Ergo vtraque lex pertinet ad publicanos, qui sunt conductores publicorum, & quia publicanos veteres redemptores vel emptores publici appellauerunt: Ideo tractans de publicanis Gaius admonuit, *veteres appellationib. quib. vtimur in emptione venditioneque promiscue vti etiam in locatione & conductione.* Nam conductorem publici, id est, publicanum emptorem vel redemptorem appellasse: conductionem publicam emptionem, locationem vero venditionem. Censorinus de die natali: *Publici*, inquit, *redemptor ex anni magnitudine in lucro damnove est.* Festus *venditiones*, inquit, *olim dicebantur censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant.* Et alio loco: *Redemptores*, inquit, *antiqua consuetudine dicebantur, qui cum quid publice faciendum aut præbendum conduxerant, effecerantque, tum demum partes accipiebant.* Nam antiquitus inquit, *emere* pro *accipere* ponebatur. Quos *veteres* dicit Gaius *in h. l.* 19. hos significat Festus his verbis, *olim, antiquitus, antiqua cõsuetudine.* Idemque Festus *veteri consuetudine militem mercenarium*, id est, conductitium, *emptiuum* vocat. Et Plautus in Epidico, *Operam*, inquit, *Epidici nunc me emere pretio pretioso velim*, id est, *conducere operam.* Et Hyginus 11. de limit. agr. *Mancipib. ementib.* sic interpretatur, *mancipib. conducentibus.* Vnde & his verbis apud Festum *manceps* dicitur, qui quid à populo emit conducit-ve. Conductio tantum significatur ἐκ ϖαρμίαν, ex geminatione, vt Liuius 43. illo loco, *quæ publica vectigalia vltro tributa locassent, ea rata locatio ne esset, & vt denuo locarentur, vtque omnib. redimendi conducendique promiscue ius esset*, his verbis, *redimendi, conducendique* conductio tantum significatur. Et his quidem argumentis adductus iam pridem ostendi sic esse legendum *in l. 20. Id est, & in locatione & in conductione*, vt quasi vno contextu, vno tenore, vna saliua legamus vtramque legem hoc modo: *Veteres in emptione venditioneque appellationib. promiscue vtebantur*, id est, *& in locatione & conductione*, vt *lex* 20. sit interpretatio *legis* 19. nimirum hæc, veteres promiscue vsos emptionis venditionisque appellationib.

A etiam in locatione & conductione. Conductorem scilicet vocasse emptorem, conductionem vocasse emptionem, locationem venditionem, locatorem venditorem, conductorem emptorem. Sicut & pretium promiscue dicunt in vtroque contractu interuenire, quod in locatione proprie est merces, non pretium. Nusquam autem inuenies veteres emptionem pro venditione, vel contra, posuisse: nusquam locationem pro conductione, vel contra. Itaque nihil est certius, quam in *l.* 20. pro *idem est*, esse reponendum. *id est*, quod delicti siue mendi genus in his libris est frequentissimum. Nam & in *l.* 46 *pro soc.* & *l.* 30. *inf. h. t.* & *l.* 81. *de hered. instit. l. item veniunt* §. *ait senatus, de pet. hered. l. item si pretio* 22. *tit. seq. l.* 2. *de vsuf. leg. l.* 10. §. *quoties, de compens. l.* 1. *C. de alim. pup. præst.* In his omnibus locis pro *idem*
B *est*, vel *item*, legendum, *id est.* Non est necesse vt singulos illos locos excutiam, essem nimis longus, excutiet illos singulos quisquis per se, & inueniet esse verum.

Ad L. XXI. Si sterilis.

Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis 50. cum id emptor ignorauerit, ex empto tenetur venditor.

INitio hoc proponitur: vendidisti mihi partum, qui ex ancilla tua quandoque ederetur, mihi ignoranti eam esse sterilem, vel maiorem quinquagenaria, qua plerunque ętate mulier omnis sterilescit, teneris mihi ex empto, quanti mea interest, vel eo nomine, quod rem venditam non tra-
C das, quia nec potes eam tradere. Et teneris, vt glossa ait, etiamsi ignoraueris eam esse sterilem, vel eius ætatis, quæ sit extra omnem gignendi spem, quia existimasti & vere affirmasti mihi eam esse prægnantem, eam quamprimum parituram, & partum itaque quem sperabas, mihi vendidisti, quod vtique præstare debes mihi secundum quod affirmasti mihi, spemque gignendi partus fecisti. Obseruandum est ex hoc loco, mulierem maiorem annis quinquaginta, pro sterili haberi: quod & Philosophi tradunt. Et hac ratione lex Iulia & Papia maiorem quinquagenaria nuptias contrahere noluit: quod tamen postea Iustinianus permisit, *l. pen. C. de nupt.* Et hoc de lege Iulia & Papia, non tantum Iustinianus illo loco refert, sed etiam Vlpianus *lib. reg. tit.* 16. Et ratio legis Iuliæ & Papiæ hæc erat, quia iustæ non sunt nuptiæ, nisi fiant liberorum procreandorum cau-
D sa: quod & tabulis nuptialibus inseri solebat, vt docui in *cap. vlt. extra, de condit. appos.* Hæc vero causa contrahendarum nuptiarum plane deficit in ea, quæ excessit annum quinquagesimum: Ergo cum ea non sunt iustæ nuptiæ. Et longe alia est ratio concubinæ vel concubinatus: quia voluptatis potius, quam liberorum procreandorum causa concubina domum suscipitur. Vnde & cuiuscunque ætatis mulierem, etiam maiorem quinquagenaria, concubinam habere possumus, *l.* 1. §. *vlt. de concub.*

Ad §. I.

Si prædij venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex empto. Quod si ignorans non prædixerit, quod forte heredi-
E *tarium prædium erat, non tenetur.*

SEquitur §. 1. qui est de venditore prædii tributarii, qui nihil emptori dixit ea de re: ac si quidem sciens reticuerit, emptor ignorauit, tenetur ex empto, quanti emptoris interest non decipi: Sciens, inquam, vel qui scire debuit. Nam in iure hæc sunt paria semper, scire vel scire debere, id est, obtendere ignorantiam non iustam. At ignorans, qui scilicet habuit iustam ignorantiæ causam, vt puta quia prædium, quod vendidit erat hereditarium, cuius qualitates ipse nondum bene cognouerat, iustissima est ignorantia heredis, *l. qui in alterius* 41. *de reg. iur.* Ignorans igitur emptori nullo modo tenetur, quia habet iustam ignorantiæ causam. Et hoc, si nihil dixerit de tributo, cui prædium quod veniit, obnoxium erat: At qui dixit de tributo,

sed per ignorantiam id dixit minus esse quam esset, tenetur quanti minoris emisset emptor, si sciisset veram quantitatem tributi. Sciens quoque non tenetur, nisi quanto minoris *l. si minor, C. de act. empt.* Et iam memini me superius dixisse & exposuisse maiorem esse reticentiæ pœnam, quam mendacij. Vterque est in dolo, sed reticentis dolus punitur magis, quam mentientis. Qui sciens tributarium agrum esse, id celauit emptorem, tenetur in id quod interest: qui autem mentitus est in quantitate tributi, tenetur quanto minoris tantum. In ignorante quoque differentia est: Nam ignorans tributarium esse agrum, nullo modo tenetur: ignorans quantitatem tributi tenetur quanto minoris tantum. Huius ignorantiæ origo iusta esse non potest, nec probabilis allegatio hæc est, si quis dicat tributarium esse prædium, vel si sciat tributarium esse prædium, & nesciat quantum debeat inferre tributi nomine. Hæc nescientia non est probabilis. At illius qui nescit prædium esse tributarium, ignorantia potest esse iusta & probabilis, vt si sit prædium hereditarium, quo exemplo etiam vtitur Paulus in hoc §.

Ad §. II. Quamuis.

Quamuis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse: tamen venditor teneri debet quanti interest, non esse deceptum: & si venditor quoque nesciet, veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt.

PErgamus *ad §. quamuis.* Vulgo ita legitur: *Quamuis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem non esse.* In Florentinis autem legitur, *emptionem esse.* Sed nullo modo est recedendum à vulgari scriptura, siue lectione, quod & apparebit ex sententia huius §. quæ est huiusmodi: Venditor sciens dolo malo vendidit cupressеam mensam pro citrea, quæ longe pretiosior est, vt Plin. indicat *13. cap. 15.* eo nomine venditor tenetur ex empto, quanti interest emptoris non decipi: Ignorans etiam tenetur, quia huius rei ignorantia defendi excusariue non potest, & vix audietur venditor si dicat, cupresseam putaui esse citream: quia vnusquisque homo sanus præsumitur esse peritus discernendarum materiarum. Ignorans ergo hoc casu tenetur, non quidem vt opinor in id quod interest statim, sed vt mensam citream præstet, & recipiat cupresseam, *l. 45. de contrah. emp.* Consensere quidem in hac specie contrahentes in corpore quod venijt, sed dissensere in qualitate substantiali & materia, qui dissensus nullam emptionem facit, *l. 9. & 14. de contrah. emp.* Quamobrem vulgo recte legitur hoc loco: *quamuis non sit emptio, tamen emptori competere actionem ex empto:* vt Modestinus quoque *in l. qui officij 62. §. 1. eod. tit.* ait: quamuis emptio non teneat, si quis ignorans loca sacra, vel religiosa, vel publica pro priuatis emerit, ex empto tamen ei datur actio aduersus venditorem, maxime scientem, vt consequatur id quod interest eius, ne deciperetur. Ei etiam hoc loco docet Paulus: Quamuis emptio non teneat, tamen ex empto actionem esse. Ergo ita statuamus: ex emptione ipso iure nulla ex empto actionem esse, inspecto facto potius & conuento, quam iure ipso. Res est perspicua.

Ad §. Cum per venditorem.

Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino (puta) negotiari, & lucrum facere, id æstimandum est, non magis, quam si triticum emerit, & ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laborauerit. Nam pretium tritici, non seruorum fame necatorum consequitur. Nec maior

A *sit obligatio, quod tardius agitur, quamuis crescat: si vinum hodie pluris sit. merito: quia siue datum esset, haberem emptor: siue non, quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.*

SEquitur §. *cum per venditorem*, quem etiam perspicuum reddes, si ita dixeris: si per venditorem mora fiat, quo minus rem tradat: puta, si interpellatus congruo loco & tempore rem non tradat, quam vendidit, tenetur ex empto in id omne quod emptoris interest, non quidem in id omne, quod quoquo modo interest, sed in id omne, quod interest circa rem. *omnis*, inquit, *vtilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem*, quæ scilicet venijt, *consistit*, vtilitas & id quod interest idem est; ergo
B vtilitas emptoris quæ extra ipsam rem consistit, quæ rei non cohæret, sed extrinsecus adsumitur, in æstimationem non venit. Diuersa hæc sunt *extra rem, & circa rem.* Seneca de beneficiis: *Omnia ista*, inquit, *ita extra rem sunt, vt nec circa rem sint.* Dicimus autem circa rem ipsam, consistere pretium rei quod emptori abest, quod prænumerauit venditori, & etiam quod emptionis causa erogauit, puta, quod dedit proxenetæ, *an corretier*: quod dedit vxori (vt fit nonnunquam) venditoris, quod dedit præconi aut quæstori, quo interueniente facta auctio est, quod dedit fisco vectigalis nomine: Nam qui quid emebant, modicum aliquid inferebant fisco, *l. 8. de hered. vend. l. debet 17. de Ædil. edic. l. 6. de lib. caus.* Circa rem etiam dicimus consistere, id quo res quæ tradita non est, hodie pluris est, pretio eius adaucto post moram venditoris. Extra rem autem
C consistere dicimus compendium negotiationis. Exempli gratia, quod ex vino vendito, si in eo tradendo moram venditor non fecisset, emptor negotiari & lucrum facere potuit, quod in considerationem, vel in æstimationem vtilitatis emptoris non venit, quia extra rem longe petitur. Illud etiam extra rem, illamve vtilitatem etiam extra rem consistere dicimus, quæ consistit in detrimento, quod in rebus suis sustinuit emptor ob moram venditoris, vt si mancipia emptoris fame perirent, ob eam rem quod triticum venditum non est traditum. Et hæc etiam quæ extra rem posita est vtilitas in actionem ex empto non venit: sed ea tantum, quæ consistit circa rem ipsam, vt puta, pretium tritici, quanti id emit, vel quanti id hodie, si haberet, pluris vendere potuerit, non æstimatio mancipiorum fame
D necatorum, quæ est sententia huius §. In quo præcipue notandum est, agi tantum de mora à venditore in tradendo facta. Aliud enim seruatur, si venditoris reticentia quædam fallax interuenerit, vt docui initio *leg. 13. sup.* quia reticentiam puniri placet, habita etiam æstimatione vtilitatis extraneæ, vtilitatis, quæ extra rem consistit. Et rectissime Accursius hoc loco, ob rem male traditam (vt si sciens venditor tradiderit tignum vitiosum, quod vendiderit, aut pecus morbosum.) Ob rem, inquam, male traditam, & dolo malo, peti posse etiam quod extra rem. Ob rem autem non traditam, peti tantum posse id quod interest circa rem ipsam. Grauius esse male tradere & perfide, quam omnino non tradere. Quæ interpretatio huius §. summe notanda est: nam in eo interpretando D D. nostri se suis aculeis
E minibus pungunt.

Ad §. 4. Penul.

Si tibi fundum vendidero, vt eum conductum certa summa haberem, ex vendito nomine mihi actio est, quasi in partem pretij ea res sit.

§. 5. Sed etsi ita fundum tibi vendidero, vt nulli alij eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alij vendideris.

VEnio *ad §. pen.* Si vendidi tibi fundum ea lege, vt eum certa summa ad certum tempus conductum haberem, mihi ex vendito actio competit, vt sinas me eum fundum conductum habere, vel præstes quanti ea res est, quia;

inquit, ea lex, ea pactio videtur mihi cessisse in partem pretij, *vt l. fundi, de contrah. empt. l. 6. in fi. de seruis export. l. 6. §. 1. sup. hoc tit.* & quasi igitur de parte pretij mihi ex vendito competit actio, vt conductione perfrui liceat. Idemque est, vt subiicit, si pepigero ne fundum venditum, postea alij, sed mihi venderes: Nam si alij vendideris, mihi competit actio ex vendito quanti ea res est, *l. 75. de contrah. empt.* Et hoc est quod dicitur in *l. 7. §. quin imo, de pact.* pactum ex continenti adiectum contractui bonæ fidei formare ipsam actionem ex contractu, in hac specie pactum format actionem ex vendito. Et huc etiam pertinet *l. 13. §. item si conuenit, & §. si inter, §. pen. hoc. tit.*

Ad §. Vltimum.

Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viueret, aut in singulos annos, decem. Emptor primo anno maluit decem præstare, secundo anno habitationem præstare. Trebatius ait, mutandæ voluntatis potestatem habere, singulisque annis alterutrum præstare posse: & quandiu paratus sit alterutrum præstare, petitionem non esse.

IN §. *vlt. hui. l.* hoc tantum proponitur: cum domum venderem, excepi mihi habitationem quoad viuerem, aut pro habitatione quam aliunde peterem quotannis aureos decem; Disiunctiua est obligatio, habitationem, vel quotannis aureos decem, ergo electio est debitoris, siue emptoris, iuxta regulam iuris, *l. plerunque 10. §. vlt. de iure dot.* Denique electio est emptoris, vt vel præstet habitationem, vel aureos decem in singulos annos. Emptoris partes sunt, vt eligat quid venditori præbere malit, habitationem, an decem aureos in annos singulos: & non tantum, vt eligat semel, sed vt singulis quibusque annis eligat, quid præstare malit: adeo vt si primo anno præstiterit habitationem, secundo possit præstare decem, & absolui onere præstandæ habitationis, vel contra. Denique vt possit subinde variare, *l. eum qui certarum 138. §. vlt. de verb. oblig.*

Ad L. XXII. XXXIV. & XLII.

L. 22. Si in qualitate fundi venditor mentitus sit, non in modo eius, tamen tenetur emptori. Pone enim dixisse eum quinquaginta iugera esse vineæ, & quinquaginta prati: & in prato plus inueniri: esse tamen omnia centum iugera.

L. 34. Si fundo vendito in qualitate iugerum captio est, ex empto erit actio.

L. 42. Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiauerit: & ita vtrumque vno pretio tradiderit: & alteri aliquid defiit: quamuis in altero exsuperet: forte si dixit, vnum centum iugera, alterum ducenta habere, non proderit ei, quod in altero ducenta decem inueniuntur, si in altero decem desint. Et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari. Vtique si exiguus modus sylua defiit: & plus in vineis habeat, quam repromissum est: an non facit dolo, qui iure perpetuo vtitur? Nec enim hic quod amplius in modo inuenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet. Et tunc tenetur venditor cum minor modus inuenitur. Videamus tamen ne nulla querela sit emptoris in eodem fundo, si plus inueniat in vinea quam in prato, cum vniuersus modus constat. Similis quæstio esse potest ei, quæ in duobus fundis agitata est, & si quis duos statuliberos vno pretio vendat: & dicat vnum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat. Nam & hic tenebitur ex empto actione, quamuis emptor à duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari: & si quid deest emptori, siue pro modo, siue pro qualitate loci, hoc ei resarciri.

HÆ tres ll. quia prope pertinent ad eandem quæstionem & causam, simul explicabuntur. Finge; vendi-

A disti mihi fundum, qui constabat ex vinea & prato, & dixisti repromisistique, cum fundum esse centum iugerum, ita distincto numero & qualitate iugerum nominatim, vineam esse quinquaginta, pratum totidem iugerum: & constat quidem vniuersus modus, conuenit modus in vniuerso, quia fundi totius centum iugera inueniuntur: non conuenit tamen in parte, quia in vinea non inueniuntur nisi quadraginta iugera, in prato tamen inueniuntur sexaginta; id est, decem amplius quam dixeris: vnde & in qualitate iugerum sequitur te fefellisse emptorem, vel teipsum: quia pars fundi non est tota talis, qualem esse dixisti: quæ res, si sit emptori fraudi, si, vt Vlpian. ait in *l. 34. inf. hoc tit. si in qualitate iugerum captio sit, in qualitate loci,* vt ait *l. 42. in fi. hoc tit.* emptori eo nomine teneris ex empto in id

B quod interest. Possit eius interesse, vt quod plus est in prato, quam dixeris, id sit in vinea, vt puta, si ea sit regio, isve tractus, in quo vberior sit possessio vinearum, quam pratorum, vt olim fuisse in Italia, agricolis modo scientiæ sociantibus diligentiam, Columella docet *lib. 3. cap. 3.* Idemque *lib. 4. cap. 3.* bene positam vineam, bonique generis, & bono cultore, nunquam non, inquit, cum magno fœnore gratiam reddidisse. Quod probat exemplo eius, qui duas filias, & vineis consitum vnum fundum habebat, cuius partē tertiam cum nubenti filię maiori dedisset in dotem, nihilominus æque magnos fructus ex duabus partibus eiusdem fundi percipiebat: eundemq; post minori filia nuptui collocata, & dimidia parte agri reliqui in dotē data, nec sic quicquam ex pristino reditu detraxisse: partem scilicet illam fundi tertiam, quæ apud illum remanserat,

C postea melius excolendo, quam antea vniuersum fundum. Cato quoque primatum dedit bonis & bene cultis vineis. Fit autem in specie proposita æstimatio pro bonitate decem iugerum, quæ exsuperant in prato, & in vinea desunt, vt posuimus, *l. 4. in fi. hoc tit.* non pro numero iugerum quæ desunt, vt pretium deminuatur pro rata. Sicut Vlpianus eodem libro 70. quo & id quod exstat in *l. 34. hoc tit.* scripsit, euicta parte fundi venditi, bonitatis æstimationem fieri, non in partem pretij agri, *l. 14. de euict.* Est autem species huius legis, pene similis illi, quæ proponitur in *l. 42. hoc tit.* Et hoc fere tantum interest, quod hæc *lex 22.* est tantum de vno fundo vendito: illa de duobus fundis venditis, in qua etiam attingit Paulus speciem propositam in hac *l. 22.* quod latior & integrior explicatio totius *leg.*

D *42.* facile demonstrabit. Ponitur ibi quidam duos fundos vendidisse simul vno pretio, & separatim dixisse cuiusque modum siue mensuram, & in vno minus inueniri, in altero plus, quantumque deest vni, tantum abundare in altero. Ponere licet vnum fundum fuisse vineam, alterum pratum: & in vinea minus, in prato plus inueniri, & dicitur quidem initio *d. leg. 42.* ex sententia Labeonis, emptori competere actionem ex empto, quod vineæ modus qui dictus est, non sit integer. Idque concedo facile verum esse, si vt posuimus, & vt ponitur in hac lege 22. minus sit in vinea, plus in prato. Verum quærit ex contrario Paulus in d. l. 42. quid sit dicendum si plus sit in vinea, minus in prato. Vel, vt ibi proponitur, si ex duobus fundis, qui simul venierunt vno pretio, puta sylua & vinea, plus inueniatur in vinea, minimum autem desit in sylua: num sit æ-

E quum (hæc est species) hoc casu venditori subueniri, data exceptione doli aduersus emptorem, qui agit ex empto, quod minor sit syluæ modus quam venditor dixerit promiseritque? Et videtur non posse actionem ex empto elidi, vel excludi per exceptionem doli mali, quia dolo malo non facit emptor, qui iure publico vtitur aut iure suo, qui ordinaria actione experitur, *l. 155. §. 1. de regul. iur.* Et videtur illo loco *leg. 42. An non facit dolo,* emptor scilicet, qui iure perpetuo vtitur, videtur, inquam, illo loco, pro *iure perpetuo* legendum, *iure publico,* vt *l. 13. §. 1. de iniur.* vel quod magis est, *iure proprio,* iuxta notissimam regulam iuris: *nullus videtur dolo facere, qui iure suo vtitur.* Ius autem hoc est proprium emptoris, vt quod plus est in vinea, id compendio eius cedat potius, quam venditoris,

vtque de eo, quod syluæ deest, habeat actionem ex empto. At rursus tentat Paulus, sicut vno eodemque fundo vendito, qui constat ex vinea & prato, nulla est querela iusta emptoris, vniuersus modus fundi constat, & plus sit in vinea, minus in prato: quia vinea prato quæstuosior & vtilior homini est, cui etiam curæ magis vinum, quam fœnum, & nihil igitur damni facit emptor, cui in vinea abundat & affluit quod prato deest. At è contrario, vt in hac l. 22. proponitur, si minus sit in vinea, plus in prato, iusta est querela emptoris, apud quem defectus qui est in vinea, pluris est, quam excessus, qui est in prato. Priore casu defectus, qui est in prato, collatus cum excessu vineæ nihil est, & præ lucro vineæ merito contemnitur. Quamobrem nec emptori competit actio ex empto, quæ tamen posteriori casu, qui est casus *l. 22.* competit. Denique species *legis 22.* est de vno fundo vendito qui constabat vinea & prato. Species *l. 42.* est de duobus fundis venditis, in qua tamen eadem distinctio videtur adhibenda esse: Nam & vnus fundus veniisse videtur, cum duo venierint simul vno pretio, vt proponitur *in l. 42.* vinea scilicet, & sylua cædua, vel sylua glandaria. Ergo si plus sit in vinea, minus in sylua, cessat actio ex empto. Contra, si plus sit in sylua, minus in vinea, competit actio ex empto. At retro obiici potest, duos quidem fundos simul vno pretio veniisse in specie *leg. 42.* duas tamen emptiones esse, duos contractus, *l. cumplur. de euict. l. etsi vno, infra, hoc tit.* Et consequenter separatim de quaque actione agendum & iudicandum esse: nec si minus sit in sylua, ideo cessare actionem ex empto, quod plus sit in vinea, quamuis vendito vno eodemque fundo, in quo erat vinea & sylua, hoc casu proculdubio cessaret actio ex empto, quia vna emptio est, videlicet, si plus foret in vinea, quam in sylua. Et duobus fundis venditis, indistincte ex empto actionem esse, siue in hoc, siue in illo fundo minor, quam dictus sit modus inueniatur. Paulus in eadem *l. 42.* probat à simili: Facto quidam testamento, duobus seruis Sticho & Pamphilo libertatem dedit directam, Sticho sub conditione, si heredi quindecim daret: Pamphilo, si quinque daret: duo sunt statuliberi, quibus directe sub conditione certæ pecuniæ dandæ heredi libertas relicta est: heres vtrumque statuliberum vendidit vno pretio, quod notandum: quo casu conditio dandi heredi transfertur in emptorem, id est, implenda est in persona emptoris, *l. statuliberi à cæteris §. vlt. de statulib.* At heres in vendendo dixit, Stichum decem dare iussum, qui erat iussus dare quindecim, & Pamphilum etiam iussum dare decem, qui iussus erat dare quinque tantum. Congruit summa in vniuerso: quindecim enim & quinque efficiunt viginti: sicut & decem, & decem: sed non congruit in singulis statuliberis. Nam Stichus quindecim dare iussus est, non decem tantum, Pamphilus autem non decem, sed quinque tantum. Denique heres minorem dixit partem esse in conditione Stichi, maiorem in conditione Pamphili: ideoque ex empto tenetur emptori. Neque vero alia ratio debet esse duorum fundorum venditorum, quam duorum statuliberorum. Concludit autem ad extremum Paulus *in d. l. 42.* re satis prolixe vexata in vtramque partem, quæ Pauli methodus obseruatu digna est: concludit, inquam, in omnibus supradictis casibus, puta, de duobus fundis, vel duobus statuliberis venditis vno pretio, si de minore modo vnius fundi, vel de minore pecunia vnius statuliberi emptor agat ex empto, compensari debere lucrum cum damno, excessum cum defectu, officio iudicis scilicet, quia actio bonæ fidei est, *l. plane 38. de petit. hereditat.* etiam non opposita exceptione doli, quæ nec videtur locum habere: quia dolo non facit emptor, qui iure suo vtitur. Quod exsuperat igitur in vinea, compensari debet cum eo, quod deest sylua: Quod exsuperat in Sticho, compensari debet cum eo, quod deest in Pamphilo. Contra, si quid deest vineæ, id non supplet & exæquat id quod exsuperat in prato vel in sylua, id emptori resarciri debet agenti ex empto. Similis autem lucri & damni compensatio fit in specie *leg. si negotia 11. de negot. gest.* Sed non

A in specie *leg. 23. 25. & 26. pro soc.* Quid ita? Cur tam varie? Negotiorum gestorum (vt paucis stringam illarum ll. species) quod domino parauit lucrum, compensat cum damno, quod domino negotiisve domini intulit, *d. l. si negotiat.* At socius non compensat lucrum, quod auxit societatem cum damno, quod societati intulit, ex decreto Marci: contra sententiam tamen Pomponij *d. l. 23. 25. 26.* quod trahendū etiam videtur ex illo decreto ad negotiorum gestorem. Et in specie quoque *l. 42.* non compensat quis lucrum, quod attulit cum damno, quod idem intulit eidem rei vel homini: sed emptor lucrum quod facit in vinea, compensat cum damno, non quod ipse fecit, (nullum enim fecit vel intulit) sed cum damno simpliciter, id est, cum eo, quod modo vel qualitati agri deest. Et

B ita supra dictæ *ll.* nihil officiunt *legi 42.* Nihil etiam officit *lex si duos, de euict.* Vbi, si duo serui simul venierint, quinis, vt ait, id est, singuli quinque, Stichus & Pamphilus, & Stichus dignus fuerit quinque, Pamphilus decem, euicto Sticho, non ideo minus emptori actio competit euictionis nomine, quod Pamphilus valeat decem, id est, non compensatur quod plus est in Pamphilo, cum eo quod Sticho deest. Hoc vero ideo fit, vt respondeam breuiter & aperte: quia duo illi serui non confuse vno pretio venierunt, sed quinis: si quinis, ergo non vno pretio, sed suo quisque, licet simul venierint. In specie autem *leg. 42.* duo fundi, vel duo statuliberi, non tantum simul, sed etiam vno pretio confuse venierunt.

C

Ad L. XXIII.

Si quis seruum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit, non solum peculij nomine quod seruus habuit tempore, quo manumittebatur: sed & eorum, quæ postea adquirit, tenetur: & præterea cauere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum peruenerit, restitutum iri. Marcellus notat, *Illa præstare venditor ex empto debet, quæ haberet emptor, si homo manumissus non esset. Non continebuntur igitur, quæ si manumissus non fuit adquisiturus non esset.*

QVi vendidit seruum cum peculio, si ante traditionem eum manumiserit, vt potuit, *l. 11. C. eod tit.* quia venditio non mutat dominium, sed traditio, quæ fit ex causa venditionis: atque ita, si sibi ipse abstulerit facul-

D tatem tradendi serui, tenetur emptori in id quod interest, in cuius ratione deducitur peculium, quod is seruus habuit venditionis aut manumissionis tempore: Nam & quod peculio accessit post venditionem, non ex re venditoris, emptori præstari oportet, *l. 13. §. si fructibus, sup.* Deducuntur etiam in æstimationem eius quod interest, ea quæ is seruus post manumissionem sibi adquisiuit, ac præterea, vt hic ostenditur, cauere venditor debet emptori, quicquid ex hereditate liberti ad se peruenerit iure patronatus, id restitutum iri. Hæc est sententia Iuliani, quæ proponitur in hac *lege.* Cui subiicitur statim Marcelli nota, quæ pertinet ad id tantum, quod dixit Iulianus, venditorem præstare debere emptori ea, quæ seruus post manumissionem adquisiuit, aut eorum æstimationem: quoniam, si ea adquisiturus non fuisset, si in seruitute mansisset, id est, si

E manumissus non esset, Marcellus recte sentit, nihil eo nomine emptori venditorem præstare oportere, sed ea tantum, quæ haberet emptor, si is seruus manumissus non esset, ea quæ in seruitute quæsiuisset, ea quæ emptori præripuit manumissio, non etiam ea, quæ non nisi manumissus adquisiturus esset, veluti dotem vxoris, vel salarium, vel honorarium, vel stipendium: quæ non nisi per liberos homines adquiruntur. Et quod attinet ad cautionem, qua Iulianus dixit, emptori venditorem oportere cauere, nihil obstat quod Gloss. obiicit, conuentionem de futura successione non valere, *l. vlt. C. de pact.* quia id ita intelligitur, vt non valeat conuentio, si conuenerit, *vt tibi succederem*, vel, *vt tibi non succederem*, vel, *viuo Lucio Titio*, si conuenerit inter eos, qui sperant, se præmorienti Titio he-

redes futuros ab intestato, quibus inter se legibus bona partirentur, vt *d. l. vlt.* Quæ conuentio nefariæ spei conuentio est, de qua Philippus eleganter ad filios, apud T. Liuium *lib. 40. Viuo,* inquit, *& spirante me, hereditatem meam ambo, & spe, & cupiditate improba creuistis.* At si conuenerit ex iusta causa, vt in specie proposita huius legis, vt successionem, quæ tibi obueniret, vt bona quæ tibi obuenirent à liberto iure patronatus, mihi restitueres: hæc conuentio valet. Et valet vtique etiamsi facta fuerit, cum maritus, qui non est soluendo, inuita vxore, vel etiam volente vxore, quasi negotium eius gerens, seruum dotalem manumisit: quo casu recte cauet vxori, quicquid ex hereditate liberti ad se peruenerit, restitutum iri, *l. si constante 24. §. si vir, inf. sol. matr.* quia æquum est, commodum iuris patronatus ad mulierem redire. Valet etiam conuentio habita inter duos, hoc modo, vt si qua hereditas alterutri obuenerit, communis sit, *l. 3. §. de illo, pro soc.* quia non est hæc conuentio de successione hominis certi, sed incerti, si qua forte obuenerit vnde vnde, vel ex testamento, vel ab intestato.

Ad L. XXIV. Si seruus.

Si seruus, in quo vsusfructus tuus erat, fundum emerit, & antequam pecunia numeraretur, capite minutus fueris, quamuis pretium solueris, actionem ex empto non habebis, propter talem capitis deminutionem: sed indebiti actionem aduersus venditorem habebis. Ante capitis autem minutionem, nihil interest, tu soluas, an seruus ex eo peculio, quod ad te pertinet: nam vtroque casu actionem ex empto habebis.

INitio proponitur hæc species, vel hoc initio proponitur. Seruus cuius vsusfructus tuus erat, fundum emit, & antequam pretium solueretur, capitis deminutione vsumfructum amisisti: deinde pretium soluisti de tuo, an habes actionem ex empto, vt tibi fundus tradatur? Minime, quia seruus, cuius vsusfructus alienus est, adquirit quidem fructuario ex duabus causis, ex suis operis, & ex re fructuarii. Sed non videtur esse: imo nec ex re fructuarii, quod est ex re eius qui capitis deminutione fructuarius esse desiit. Ergo actio ex empto per eum seruum quondam fructuario non adquiritur, etiamsi pretium soluerit de suo: verum indebiti soluti condictionem habet, si per errorem soluerit: forte nondum factus certior emancipationis. Absens emancipari potest, *l. pen. C. de emancip. lib.* Et fac igitur illum eius serui vsumfructum adquisisse ex causa castrensi, vel quasi castrensi, ante emancipationem, & amisisse per emancipationem: quia emancipatio est minima capitis deminutio, qua etiam constabat hoc iure ante Iustinianum amitti vsumfructum. Et de minima etiam capitis deminutione, non de ceteris, recte censent hunc locũ accipiendum esse Albericus & Fulgosius: quia condictionem indebiti quidem habere potest is, qui minimam capitis deminutionem passus est, sed non etiam, qui passus est maximam, quia seruus effectus est: nec etiam qui passus est mediam, quia cum factus est peregrinus, omnia eius bona, & iura etiam postea quæsita, fiscum sequuntur, *l. 2. C. de bon. proscript.* Cui non obloquitur *lex 22. §. is cuius, mand.* quoniam non de capite minuto loquitur, sed de confiscato, absque capitis deminutione. Quod autem ait, eum qui post amissum vsumfructum capitis deminutione, pretium, soluit de suo, non habere actionem ex empto, ei nihil obstat *lex 25. §. 1. de vsufr.* quam glossa obiicit, nec se ab illa vllo modo expedire potest. Quoniam ibi seruus, in quo vsusfructus alienus erat, rem non emit tantum, sed etiam per traditionem accepit, non quidem pretio soluto, sed tantummodo ab eo satisfacto, veluti dato fideiussore: atque ita rei emptæ dominium adquisiuit, *l. si fur 12. insi. eod tit. l. quod vendidi 19. de contrah. empt.* Cui autem adquisiuerit dominium, proprietario an fructuario, in pendenti est, vt ait, donec solutio pretij id declarauerit. Nam si

A proprietarius pretium soluerit de suo, ei ex post facto dominium adquisitum fuisse intelligitur. At si fructuarius pretium soluerit de suo, ei retro adquisitum dominium fuisse videtur, vt *l. seruus 42. §. vlt. de adquir. rer. dom.* Etiamsi quod facile concedo (tametsi id illa *lex 25. §. 1.* non dicat) etiamsi id soluerit post capitis deminutionem. At in specie huius leg. seruus qui rem emit, eam per traditionem non accepit ante capitis deminutionem fructuarij, id est, integro statu fructuarij, nec pro pretio etiam satisfecit, atque adeo dominium eius rei non adquisiuit. Itaque nec si post capitis deminutionem quandam fructuarius pretium soluerit de suo, de re tradenda actionem ex empto habere potest: ante capitis deminutionem, manente adhuc vsufructu si soluerit de suo, vel etiam si seruus soluerit ex B peculio pertinente ad vsufructuarium, proculdubio ex empto agere poterit etiam post capitis deminutionem, quasi iam quæsita sibi actione ante capitis deminutionem, ante casum status sui.

Ad §. 1.

Seruum tuum imprudens à fure bona fide emi: is peculio, quod ad te pertinebat, hominem parauit, qui mihi traditus est: posse te eum hominem mihi condicere, Sabinus dixit. Sed si quid mihi abesset ex negotio, quod is gessisset, inuicem me tecum acturum de peculio. Cassius veram opinionem Sabini retulit. In qua ego quoque sum.

SEruus alienus, qui ab extraneo bona fide possidetur, C veluti ab emptore bonæ fidei, qui eum forte à fure aut plagiario emit imprudens, duplicis iuris siue generis peculium habere potest; vnum quod pertineat ad bonæ fidei emptorem, vt puta, si quid ex re eius quæsierit, vel ex suis operis, alterum quod pertineat ad dominum: vt puta, si quid aliunde adquisierit. Hoc cognito finge: Seruus tuus quem bona fide possidebam, ex peculio ad te pertinente, ex nummis peculiaribus ad te pertinentibus, à domino emit certum hominem, qui tamen cum tibi tradi deberet, quasi comparatus ex tua pecunia, à domino eodemque venditore mihi, non tibi traditus est: ex traditione igitur factus meus: æquum tamen est, me tibi eum hominem reddere, ne & pecuniæ, & hominis damnum facias. At quæso qua actione istum hominem à me recipies? Non D actione ex empto: quia ego eum non vendidi, sed condictione sine causa, quod sine causa is homo sit apud me, qui emptus est ex peculio ad te pertinente, ex pecunia tua. Ac inuicem, si quid mihi absit ex eo negotio quod seruus tuus gessit, vt si quid impenderim in exhibitionem vel curationem hominis, quem seruus tuus ex pecunia tua comparauit, id à te consequar actione de peculio negotiorum gestorum: quod hoc loco & eisdem verbis *in l. cum fundus 31. §. 1. de reb. cred.* traditur ex Sabino & Cassio, qui discipulus fuit Sabini, & Iuliano, qui & ipse Sabinianus vel Cassianus fuit. His autem Iulianum adiecisse constat ex dicta *l. cum fundus §. 1.* vsque ad finem legis, qui §. est satis difficilis explicatu: His inquam, adiecisse Iulianum: si is homo quem seruus tuus emit ex tua pecunia, mihi traditus sit, tibi etiam, si hac via vti malis, in venditorem integram ex E empto actionem esse, vt tibi hominem tradat, quem vendidit seruo tuo. Ac tum venditor eum à me hominem repetere potest condictione indebiti, vt *l. 22. §. fugitiuus, mand.* & repetitum tradere tibi, vel etiam tibi cedere debet, quam in me habet condictionem indebiti, si modo & tu ei pretium solidum offeras, vt *l. 13. §. offerri, sup. hoc t.* & solida quoque cetera, quæ iure venditi continentur, solida, inquam, non peculio tenus, *l. si seruus 57. de Ædil. edic.* Quia tamen emptionem ratam fecisti agendo ex empto, posse etiam alia via te ad ius tuum peruenire, emptionem non habendo ratam, & vindicando nummos, quos venditori seruus tuus soluit ex peculio ad te pertinente, si exstant apud venditorem. Quod tamen, si feceris, si exstantes apud venditorem nummos vindicaueris, rursus teneris

venditori actione de peculio ex empto, vt pretium ſoluas, actione, inquam, de peculio, non in ſolidum. Sed ſi nummos venditor bonæ fidei conſumpſerit, nec tibi reſtituerit, ceſſat actio de peculio pretij nomine, ne bis idem venditor conſequatur. Obſeruandum autem eſt, vt nihil dubitationis reſideat in illa *l. cum fundus*, in fi. eius *l. Soluere* accipi pro *tradere* hominem venditum, vt ſæpe *in tit. de ſolut.* homo vel quæcunque res alia *ſolui*, id eſt, *tradi* dicitur. Alias proprie pecunia ſoluitur, res vero tradi dicitur, *l. 4. §. pen. & vlt. inf. ſi cui plus quam per leg. Falcid.*

Ad §. vlt.

Seruo vendente hominem: fideiuſſor venditionis, omnia præſtare debet, in quæ obligaretur, ſi pro libero fideiuſſiſſet. Nam & in dominum actio ſic datur, vt emptor eadem conſequatur, quæ libero vendente, conſequi debuiſſet, ſed vltra peculij taxationem dominus non condemnatur.

RESTAT §. *vlt. h. l.* In ſpecie ſuperiori proxima, quod dixit *d. l. cum fundus §. vlt.* ita demum domino in eum, qui vendidit ſeruo ſuo ementi ex ſua pecunia integram eſſe actionem ex empto, ſi modo pretium ſolidum venditori offerat, *& cetera omnia* (hæc ſunt verba legis) *quæcunque, ſi libero homini vendidiſſet, ei deberentur.* Quæ qualia ſint declaratum eſt in *l. 13. §. ex vendito, & ſequentia.* Idem vero docet, *in hoc §. vltimum*, obtinere, ſi ſeruus hominem peculiarem forte vendiderit. Prior ſpecies eſt de ſeruo, qui emit: hæc poſterior de ſeruo, qui vendidit: Nam actio ex empto datur in dominum emptori vt eadem conſequatur, quæ ei deberentur, ſi liber homo vendidiſſet: actio, inquam, ex empto de peculio, non vltra peculij taxationem, vt ait: Nam in ſolidum dominus non tenetur, niſi venditionem ratam habuerit, *l. 1. §. ſi ratam, quod iuſſu.* Et his eſſe conſequens Iulianus ait *in hoc §. vlt.* vt fideiuſſor venditionis à ſeruo datus, qui & plerunque à quocunque venditore datur, *l. 3. ſup. de reſcind. ven. l. Latinus 56. de Ædil. edic. l. Stichum 95. §. vlt. de ſolut. l. non idcirco 12. C. de contr. emp.* vt, inquam, fideiuſſor venditionis, quem ſeruꝰ dedit, perinde ciuiliter, obligetur, atque ſi pro libero homine rem vendente aliquā fideiuſſiſſet, quamuis naturali tantum obligationi acceſſerit: Nam ſeruus erat obligatus tantum naturaliter, non ciuiliter ex cauſa venditionis: At hic fideiuſſor tenetur in ſolidum: Dominus peculio tenus tantum, ſi venditionem ratam non habuerit: Dominus enim etiam inuitus tenetur de peculio, *l. ſi quis ſeruum, in fi. de pecul.* Fideiuſſor autem non niſi volens ex ſtipulatu tenetur.

Ad L. Qui pendentem. XXV.

Qui pendentem vindemiam emit, ſi vuam legere prohibeatur à venditore, aduerſus eum petentem pretium exceptione vti poterit. Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quæ venit, neque tradita eſt: *ceterum poſt traditionem ſiue lectam vuam calcare, ſiue muſtum euehere prohibeatur: ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit: quemadmodum ſi aliam quamlibet rem ſuam tollere prohibeatur.*

HÆc lex eſt de eo, qui pendentem vindemiam emit, & à venditore vuam legere prohibetur. Pendentem vindemiam dicit, vt M. Cato vinum pendens, & oleam pendentem, & noſtri quoque auctores, oliuam pendentem, *l. ſi debitor, de contr. empt.* Et ſæpiſſime, fructus pendentes, qui & fructus ſtantes dicũtur, *l. 7. §. interdum, ſol. mat. l. 26. de furt.* vt arbores ſtantes, *l. Quintus inf. hoc tit.* et Ouid. *ſtantes Cereris decerpſit ariſtas.* Et alio loco: *Et ſegetis canæ ſtantes percurrere ariſtas.* Carolus etiam capitulorum ſexto capit. 21. *Si ignis,* inquit, *inuenerit ſpicas, comprehenderitque, vel aceruos frugum, vel ſtantes fructus in agris,* &c. Vuam autem legere dicit, vt Varro 4. *de ling.*

A *quæ lat.* vinum legere, vinum pro vua, vt Plaut. in Trinummo: *Vinum priuſquam coactum eſt, pendet putidum.* Idemque Varro 1. *de re ruſt.* facit differentiam inter vuam legere & eligere: Legi vuam ad bibendum: eligi ad edendum. Habemus autem etiam aliud exemplum emptæ vindemiæ pendentis apud Plin. 14. *Natural. hiſtor. cap. 4. Vineas,* inquit, *ad vix credibile miraculum perduxit, eas diligenter excolendo, vt intra octauum annum quadringentis nummorum, id eſt, 400. millibus, emptori addixerit pendentem vindemiam.* Ait autem Iulianus in hac *l. 25.* emptorem pendentis vindemiæ, ſi à venditore vuam legere prohibeatur, aduerſus venditorem actione ex vendito petentem pretium, (quod quidem moris erat peti appetente vindemia, vindemiæ faciendæ tempore, vt indicat ſecunda

B Epiſtola Plinij *libr. 8.*) habere aduerſus venditorem, inquam, exceptionem mercis non traditæ, vindemiæ non traditæ, vt *l. 5. §. ſi ſeruus, de dol. except.* Cuius exceptionis hæc formula perelegans *in hac l.* proponitur: *Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quæ venit, neque tradita eſt. pecunia* pro *pretio*, vt alibi ſæpiſſime. Venditor igitur, qui pretium petit, offerre debet rem ſiue mercem: vt ex diuerſo emptor qui rem petit, offerre debet pretium, *l. 13. §. offerri, ſup. hoc. tit.* Et vero etiam in hac ſpecie, vt Gloſſ. notat recte, oblato pretio emptor habet aduerſus venditorem actionem ex empto, vt rem tradat, id eſt, vt patiatur emptorem vuam legere. Venditoris enim patientia in hac ſpecie pro traditione habetur, id eſt, ſi emptorem venditor patiatur vuam legere, tradidiſſe rem videtur. Sic in ſeruitutibus prædiorum, patientia eius, qui dominus eſt

C prædij ſeruientis, & vſus alterius pro traditione eſt, *l. quoties 20. de ſeruit.* Sic ingreſſus in poſſeſſionem, etiamſi ea poſſeſſio non tradatur à venditore, ſi modo adſentiatur ingredienti in poſſeſſionem, pro traditione eſt. Et ita etiam recte dices, patientiam venditoris pro traditione eſſe, *l. 2. C. de acquir. poſſeſſ. l. 2. C. ſi quis alteri vel ſibi, l. non idcirco 12. C. de contr. empt.* At in ſpecie propoſita, ſi poſt traditionem huiuſmodi, id eſt, ſi poſtquam ſciente & patiente venditore, emptor collegit vuam omnem, poſtea venditor non patiatur emptorem lectam vuam calcare, vt ait, vel ſi non patiatur emptorem muſtum euehere, ceſſat quidem actio ex empto de re tradenda, quæ iam tradita eſt, ſed competit emptori, quaſi domino iam facto per traditionem actio ad exhibendum, & rei vindicatio: competit

D etiam actio iniuriarum, quæ & in quemlibet alium competit, qui rem meam me tollere prohibet, *l. 13. §. ſi quis me, de iniur.* Calcabatur vinum, vel in vinea ipſa, vel in torculari venditoris, in vaſis preſſoris pertinentibus ad venditorem, vt lex vini pendentis apud Catonem indicat, quæ iubet vinaceos & fæces relinqui venditori, muſtum autem exportari ab emptore. *Vinaceos,* inquit, illutos, ex quibus ſcilicet nondum eſt facta lora, nondum expreſſum vinum tortiuum, vt vocant, & circumcidaneum: & fecem inquit, vindemiæ ſcilicet, non florem muſti: Tria enim ſunt in muſto, flos, flox, vinum. Cæcilius apud Nonium Marcellum: *Ego,* inquit, *neque florem, neque floces volo mihi, vinum volo.* Ex eo autem, quod ait Iulianus in hac lege, emptoris eſſe vuam legere ſuis operis, ſuis ſumptibus,

E ergo, confirmatur valde quod ſupra habuimus in *l. 9.* emptis lapidibus ex fundo vendito, emptoris eſſe, eos eruere ſuis ſumptibus, & euehere: quod & de qualibet alia re dici poteſt.

Ad L. Si quis XXVI. & L. Quidquid. XXVII.

L. 26. Si quis cum fundum venderet, dolia centum, quæ in fundo eſſe affirmabat, acceſſura dixiſſet, quamuis ibi nullum dolium fuiſſet, tamen dolia emptori debebit.

L. 27. Quidquid venditor acceſſurum dixerit, id integrum ac ſanum tradi oportet, veluti ſi fundo dolia acceſſura dixiſſet, non quaſſa, ſed integra dare debet.

HÆ duæ leges ſimul explicabuntur. Si venditor fundi dixerit, fundo acceſſura dolia centum, quæ in fundo eſſe affirmabat, quamuis in eo nulla ſint dolia, tamen emptori tenetur omnimodo, vt præſtet centum dolia, actione ex empto: vt plerunque quæ in re principali vendita ſeruantur, eadem & obtineant in acceſſionibus, *l. 11. §. ſi quis rem, l. 13. §. in his, ſup. hoc tit. l. itaque 32. & l. ſeq. de Ædil. edic.* Sane vt rem principalem ſanam & integram præſtare venditor debet, puta, integra dolia ſi dolia principaliter venierint, *l. 6. §. ſed ſi vas, ſup. hoc tit.* Ita etſi dolia acceſſerint venditioni fundi, non caſſa, ſed integra ea præſtare debet, quod proponitur *in l. 27.* ex eodem auctore Alfeno Varo. Sed addenda eſt hæc exceptio, niſi venditor dixerit, acceſſura centum dolia, quæ in fundo vendito infoſſa vel defoſſa eſſent: quia ſi centum tantum dolia ſint infoſſa, qualiacunque ea ſint, caſſa vel integra, iis contentus emptor eſſe debet: quia certa corpora doliorum demonſtrata ſunt certo loco poſita, & ad certum numerum, quæ & ad eundem numerum eodem loco inuenta ſunt: & ideo qualia qualia ſint, emptorem ſequuntur, non inſpecta eorum qualitate, de qua etiam nihil dictum eſt, quæ eſt ſententia *l. pen. §. vlt. hoc tit.* At vt ibidem proponitur, ſi multo plura dolia in fundo inueniantur, quam dictum ſit, puta, ſi dixerit eſſe centum, & inueniantur ducenta, & ex eis quædam ſint vitioſa, quædam ſana & incolumia, integra, tunc ſane ex omnibus doliis venditor, cuius electio eſt, *l. comprehenſum 60. de contr. empt.* ea denique debet eligere & præſtare emptori, quę ſunt integra, vſque ad numerũ centum: debet prȩſtare centum tantum, quę dixit eſſe in fundo, non omnia dolia, quę inuenta ſunt in fundo. Nec turbat *l. ſi venditor 38. inf. hoc tit.* quæ, ſi ſeruo vendito cum peculio, quod venditor affirmauit eſſe decem, plus inueniatur in peculio, quam dixerit venditor: totum id, quod in peculio eſt inuentum, emptori præſtandum eſſe ait. Sed vt breue faciam, hoc ideo, quia non tantum dixit in peculio eſſe decem, ſed nominatim & generaliter ſe ex peculio eius ſerui nihil adempturum, nihil detracturum. Ergo omne id, quod in peculio inuenitur, præſtari debet, niſi apertius ſe in id tantum obſtrinxerit, vt ſola decem prȩſtaret ex peculio. At hic non dixit, ſola decẽ eſſe in peculio, ſed decẽ eſſe in peculio: non negauit igitur plus eſſe, &, vbi adiecit, nihil ſe adempturũ de peculio, plane ſe ſubiecit toti⁹ peculij prȩſtationi, quãti quanti ſit. Quod autem ait lex 26. emptori deberi centum dolia, quę venditor affirmabat eſſe in fundo vẽdito, & quę fundo acceſſura dixit, quamuis nullum ibi dolium ſit: hoc, inquam, pugnare videtur cum *l. ſi ſeruus legatus 165. §. qui quinque, de leg. 1.* quam obiicit Accurſius. Si ſtipulãti promiſero decem, quę in arca habeo, & in arca habeo quinque tantum, ſola quinque debeo, & conſequenter ſi nihil in arca habeo nihil debeo. Hoc proponitur *in d. §. qui quinque.* Et idem ſtatuitur in legato quod in ſtipulatione, vt non ſit hac in re conſtituenda differentia inter legata & ſtipulationes ſiue contractus. At cur etiam ſi affirmauero, centum dolia eſſe in fundo, eaque dixero acceſſura fundo vendito, nullis inuentis in fundo, nihilominus centum dolia debeo? Cui conſequens & hoc eſt, vt inuentis in fundo quinquaginta, reſidua quinquaginta debeam. Obſeruanda eſt ratio expreſſa in d. §. *qui quinque*, quę eſt huiuſmodi: quia quodammodo, inquit, certum corpus quod in rerum natura non ſit, legaui vel promiſi, cum legaui vel promiſi decem, quæ in arca habeo, circumſcriptio loci, eſt circumſcriptio corporis, ſiue deſignatio corporis. Huic rationi legis 26. ratio non reſpondet. Neque enim certum corpus doliorum venditor deſignauit, quod accederet fundo, qui dolia tantum centum fundo acceſſura dixit generaliter, non ſpecialiter centum dolia, quę ſunt in fundo, vel centum dolia, quæ ſunt infoſſa in fundo, quamuis obiter affirmauerit, ea eſſe in fundo: locum in quo eſſent dolia, non ex loco dolia deſignauit: denique in vendendo non ad locum dolia circumſcripſit, ſed ad numerum, quem vtique numerum omnino præſtare debet, etſi loci non conſtet ratio. Et ita hoc explicandum eſt: Non vt Accurſio videtur, quaſi hic de loco affirmauerit, ibi, id eſt, in §. *qui quinque*, non affimauerit. Nam & de loco affirmat plane & perſpicue, qui dicit decem quæ in arca habeo. Non item vt Paulo Caſtrenſi videtur, quaſi hic de acceſſione agatur: ibi de re principali legata vel promiſſa. Nam acceſſionis & rei principalis non eſt, aut non debet eſſe ratio diuerſa, quod initio probaui.

Ad L. Prædia XXVIII.

Prædia mihi vendidiſti, & conuenit, vt aliquid facerem, quod ſi non feciſſem, pœnam promiſi. Reſpondit: Venditor, antequam pœnam ex ſtipulatu petat, ex vendito agere poteſt. Si conſecutus fuerit, quantum pœnæ nomine ſtipulatus eſſet, agentem ex ſtipulatu, doli mali exceptio ſubmouebit. Si ex ſtipulatu pœnam conſecutus fueris, ipſo iure ex vendito agere non poteris: niſi in id, quod pluris eius interfuerit, id fieri.

IN hac *l.* proponitur hæc ſpecies. Vendidiſti mihi prędia certo pretio, & ea lege vt inſulam tuam reficerem, vt *l. 6. §. 1. ſup. hoc tit.* vel vt quid aliud facerem: Quę lex ſiue adiectio quaſi in partem pretii cedit, quia abſque ea foret vt pluris mihi prædia vendidiſſes. In vendendo igitur pacto conuento adiecto ex continenti, id actum eſt inter nos, vt aliquid faciam. *Conuenit*, inquit, quo verbo pactio ſignificatur, non ſtipulatio, vt in *l. 11. in princ. hoc tit.* id in iudicium deduci, quod prȩſtari conuenit. Porro adieciſti etiam pœnam vice eius, quod tua intereſſet, ſi id non facerem, quod à me ſtipulatus es, ego promiſi, vt §. *vlt. Inſtitut. de verbor. obligat.* Si id non fecero, tibi in me duæ competunt actiones: actio ex vendito, vt quod conueni faciam, vel præſtem, quanti tua intereſt id fieri, *d. l. 6. §. 1.* & actio ex ſtipulatu, vt præſtem pœnam, quam promiſi. Non quidem, vt ex vtraque actione lucrum facias: Sed vt ſi ex vna conſecutus fueris pœnam, vel quanti tua intereſt, non poſſis agere altera. Qua in re tamen videndum, & accurate diſcernendum eſt, qua actione prius egeris, ex vendito, an ex ſtipulatu. Nam ſi prius egeris ex vendito, & tantum conſecutus fueris, quantum pœnæ nomine ſtipulatus eras, ad pœnam agenti tibi ex ſtipulatu opponam exceptionem doli mali, quod dolo malo & quaſi prædonis more facias, quod bis idem petas, quodve bis idem nanciſci velis. Prædo eſt qui idem bis exigit, *l. ſi maioris 25. de admin. tut.* Sed ſi prius egeris ex ſtipulatu & pœnam exegeris, non eſt neceſſe, vt poſtea agenti tibi ex vendito, opponam exceptionem doli mali: quia ipſo iure ex vendito agere non potes: Proinde qui prius rem conſecutus eſt actione ex vendito, per exceptionem doli mali, non ipſo iure excluditur ab actione ex ſtipulatu: Quæ cum ſit ſtricta, manifeſtum eſt, non eam eius eſſe poteſtatis, vt ei ipſo iure inſit exceptio doli mali. At qui prius pœnam conſecutus eſt actione ex ſtipulatu, ipſo iure, etiam non oppoſita exceptione doli mali, ſubmouetur ab actione ex vendito: quia eſt bonæ fidei, & bonę fidei actiones ipſo iure continent in ſe exceptionem doli mali: & non oppoſitæ ſupplentur officio iudicis vel arbitri, *l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum, de leg. 1. l. ſed etſi ideo in fi. ſol. matrim. l. plane 38. de petit. hered. l. ſi is cui res 71. de furt.* Imo etiam quaſcunque alias exceptiones bonæ fidei iudiciis ineſſe conſtat, *l. 3. de reſcind. vend. l. Labeo ait 36. de oper. libert. l. 1. §. ſi libertatis, quar. rer. act. non detur.* Quod & dici poteſt de exceptione mercis non traditæ emptori, de qua in *l. 25. ſup. hoc tit.* At quod dicimus eum, qui prius egit ex ſtipulatu, ipſo iure repelli ab actione ex vendito, id ita procedit, vt & in fine huius *l.* oſtenditur, niſi quid pluris interſit, quam efficiat pœna, quam ex ſtipulatione conſecutus eſt. In id enim, quod pluris intereſt, supereſt actio ex vendito. *l. 41. & l. ſeq. & l. 47. pro ſoc.* Et hæc eſt perquam euidens ſententia huius *l.* Ex qua intelligimus, ſtipulatione

stipulatione pœnali, quæ contractui subiecta est, non nouari præcedentem ex contractu obligationem: quia ex stipulatione, an ex contractu venditor agat, in eius arbitrio est. Ergo nulla intercessit nouatio; sed vt docuimus, altera actio alteram consumit aut minuit. Idemque confirmat *l. qui Romæ 122. §. Flauius, de verb. obligat. & l. duo societatem 71. pro soc.* Et illud ita procedit, nisi aliud actum sit, nempe vt nouaretur prior obligatio. Nec obstat huic sententiæ quod vulgo obiicitur *l. obligationum 44. §. vlt. de oblig. & act.* quæ non hoc docet, præcedentem ex contractu, veluti ex venditione, aut societate, obligationem nouari per stipulationem subsequentem, sed stipulationem per stipulationem nouari: imo nec nouari, sed quasi nouari, vt ait, si stipulatus sim (quæ est species *d. § vlt.*) nauem fieri, & si non feceris, centum dari, posterior stipulatio quasi nouat priorem. Quid hoc est *quasi*; quia non nouat priorem statim: sed post moram promissoris demum, id est, si interpellatus nauem non fecerit: & rursus prior stipulatio quasi nouatur, quia non eadem res vertitur in vtraque stipulatione, sed in vna res siue fabrica nauis, in altera pecunia. Nouatio autem non est proprie nisi sit de eadem re. Item quia prior stipulatio non nouatur ipso iure, sed per exceptionem, *l. 1. §. vlt. de stip. seru.* Nouatio autem non est proprie, nisi quæ ipso iure tollit priorem obligationem. Obseruandum etiam est in specie *d. §. vlt.* stipulationi priori non esse subiectam posteriorem pœnæ causa: nulla enim ibi fit pœnæ mentio, sed conditionis genere seu specie, sub qua scilicet prior obligatio resolueretur, post moram debitoris, siue promissoris, vt *l. si pœnam, quando dies leg. ced.* Itaque nil prorsus ille locus facit aduersus sententiam huius legis, quæ hoc efficit, vt obligationem priorem ex contractu non nouet, quæ contractui subiicitur, stipulatio pœnalis. Hæc omnino sufficiunt ad *h. l.*

Ad Leg. XXIX. Cui res sub conditione.

Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab herede emit. Actione ex empto poterit consequi emptor pretium: quia non ex causa legati rem habet.

REm, quæ mihi legata erat sub conditione, cum hoc ignorarem imprudens, ignorans, pendente conditione ab herede emi, à quo mihi legata erat sub conditione, ab herede emi & accepi, soluto pretio: postea cognito legato & existente conditione eius, vt hic definitur, recte agam ex empto cum venditore, vt mihi pretium restituat, vt fit in specie *l. 11. §. vlt. sup. hoc tit.* quia quamdiu mihi pretium abest, rem videor habere ex causa emptionis, non ex causa legati, quæ lucratiua est, ex qua tamen heres, postquam extitit conditio, omnimodo præstare mihi illam debet, quod vtique non fecit, nisi mihi pretium restituerit. Rem igitur, quam accepi quasi emptam, retinebo quasi legatam, existente conditione legati, de quo certior factus fuerim, & pretium, quod dedi pro ea re, repetam actione ex empto. At quæso cur ponat rem mihi fuisse legatam sub conditione? Quid enim si pure? Certe si pure legata sit, per vindicationem scilicet repetam, quia dominium eius rei statim ab adita hereditate, mihi etiam ignoranti, recta via adquiritur ipso iure, sine facto heredis, *l. si à furioso 24. de obligation. & actio. l. à Titio 64. de furt.* Hac ratione sane non valeret emptio eius rei, & mihi per errorem soluti pretij condictio competeret, *l. suæ rei 16. de contr. empt.* non actio ex empto, quia suæ rei nulla emptio fuit. Quod & hic scholiastes notat. At si ab herede rem emero imprudens, quæ mihi legata erat sub conditione, & quæ igitur interim in dominio heredis erat, emptio valet: & ideo existente conditione legati, mihi competit actio ex empto ad pretium repetendum, quasi re euicta, quia mutatio possessionis, quæ re ipsa contigit per se, sine facto meo, existente conditione legati, quodammodo eam rem mihi euicisse videbor, vt pote, cum iam non ex causa emptionis, sed ex causa legati, quæ emptione est antiquior, dominus eius rei esse videar. Posui, nondum cognito legato me emisse rem legatam, & soluisse pretium, & rem accepisse ex causa emptionis: Nam si rem nondum accepi cognito legato, ex testamento eam petam; pretium autem quod prænumeraui, ex empto. Et ita proponitur in *l. huiusmodi 84. §. qui seruum, de legat. 1.* Rursus posui me legati conditionalis ignarum emisse: Nam si sciens emi quod mihi legatum erat, cessat actio ex empto, *l. si fundum, C. de euict.* non etiam si postea legati conditio extiterit, cessat actio ex testamento, qua heres non aliter absolui potest, quam si pretium, quod prænumeraui, mihi restituerit, & rem fecerit meam.

Ad Leg. XXX. Seruus quem.

Seruus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamuis ea res, quam subripuit, interierit, nihilominus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum, id est, ipso iure, ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiua auctum peculium fuisset: tamen in proposito & retentionem me habiturum, etsi omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito soluerim, posse me condicere. Secundum quæ dicendum, si nummos, quos seruus iste mihi subripuerat, te ignorante furtiuos esse, quasi peculiares ademeris & consumpseris, condictio eo nomine mihi aduersus te cõpetat, quasi res mea ad te sine causa peruenerit.

SI seruum tibi vendidero cum peculio, & ante traditionem is seruus mihi furtum fecerit, peculium ipso iure minuitur pro rata pretij, quanti est res, quam mihi subripuit, quod quidem tanquam mihi à seruo debitum naturaliter ex causa condictionis furtiuæ, ex peculio deducere & retinere possum. Nec si postea ea res interierit, ideo minus id deducere possum; siue seruus non ideo minus mihi id naturaliter debere intelligitur: quia res post moram debitoris interiit: Est enim fur semper in mora, *l. 8. de condict. furt.* Ergo etiam re perempta seruus venditus nondum traditus, mihi naturaliter debet æstimationem eius rei, quam mihi subripuit, eamque deducere possum ex peculio, eam, inquam, æstimationem debet mihi seruus meus naturaliter, quia inter dominum & seruum, etiamsi ciuilis obligatio consistere non possit, consistit tamen naturalis, in ea re scilicet, quæ facto serui domino abest, veluti ex causa condictionis rei furtiuæ, vel condictionis furtiuæ, quæ rem solam persequitur, non ex causa actionis furti pœnalis (quod summe notandum) in duplum vel quadruplum, *l. 9. § sine autem, de pecul.* quia quod inde sequitur necessario (& hoc est quod dico valde notandum) omnis pœnalis actio ciuilis est, nulla naturalis. Ergo ex maleficio pœnam seruus domino cum non debeat ciuiliter, & nullo modo igitur debeat pœnam, quia nulla pœnalis stipulatio naturalis est. At videamus, quod & hoc loco tractatur, quid dicendum sit, si per errorem non deducto, non detracto, non retento eo, quod mihi seruus venditus debuit ex causa condictionis furtiuæ, seruum emptori tradidero cum omni peculio, omissa deductione debiti naturalis ex causa condictonis furtiuæ? Et docet hoc casu recte mihi, cui id per errorem excidit vt omitterem deductionem, in emptorem competere condictionem indebiti, vel, condictionem sine causa, vt reddat quod plus ei dedi quam in peculio esset, quod ipso iure minutum erat per furtum serui. Res est apertissima. Posui seruum à me venditum mihi furtum fecisse ante traditionem, atque ideo antequam eius serui dominium amitterem & transferrem in emptorem. quæro quid sit dicendum, si post traditionem de meo iam factus alienus mihi furtum fecerit: quod & Africanus attingit hic? Et docet, hoc casu in nouum dominum, id est, in emptorem, si tota res, quam mihi subripuit, post traditionem versa sit in peculium serui, mihi competere vtilem condictionem furtiuam de peculio, quia ea res tota est in peculio: Si vero nihil ex ea re versum sit in peculium, cessare actionem de peculio in emptorem, & competere tantum actionem furti

noxalem: Et conſequenter, ſi pars vna tantum eius rei verſa ſit in peculium ſerui, non etiam altera, mihi partim competere actionem vtilem furtiuam de peculio, partim actionem furti noxalē, vt fit etiam in ſpecie *l. 4. ſup. de cond. furt.*

Ad §. I. & vlt. h. l.

Si ſciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priuſquam euincatur, vtiliter me ex empto acturum putauit in id, quanti mea interſit, meam eſſe factam. Quamuis enim alioquin verum ſit, venditorem hactenus teneri, vt rem emptori habere liceat, non etiam vt eius faciat, quia tamen dolum malum abeſſe præſtare debeat, teneri eum, qui ſciens alienam non ſuam ignoranti vendidit. Idem eſt maxime, ſi manumiſſuro vel pignori daturo vendiderit.

PAragrah. vlt. h. l. qui incipit ab his verbis, *ſi ſciens.* &c. eſt de eo, qui ſciens rem alienam mihi ignoranti vendidit & tradidit, qui cum dolo non careat, mihi tenetur ex empto in id quod intereſt, quod ſciens mihi rem alienam vendiderit ſatis improbe & illicite, *l. 11. §. denique & in fi. legis ſup. h. tit.* quia in bonæ fidei iudiciis ſemper dolum malum abeſſe præſtari oportet, *l. 6. §. pen. & vlt. ſup.* Et tenetur quidem eo nomine ex empto, non tantum re euicta à domino, ſed etiam re nondum euicta, in quod emptoris intereſt, rem ſuam eſſe factam: veluti, ſi eo animo ſeruum emerit, forte filium aut fratrem ſuum naturalem, vt mox eum manumitteret, quia etiam in bonæ fidei iudiciis affectus habetur ratio, *l. cum ſeruus, mand.* vel etiam ſi eo animo ſeruum emerit, vt mox ſumpta mutua pecunia, creditori ſuo eum pignori daret, quod certe facere non poteſt aliter, quam ſi à venditore eius ſerui dominium in eum trāſierit, quod in hac ſpecie à venditore non potuit in eum tranſire, quia venditor eius ſerui dominus non fuit quia qui dominus non eſt, eius rei, quam poſſidet, dominum alium facere non poteſt. Quia igitur ſerui alieni manumiſſio nihil valet, ſerui alieni pignoratio nihil valet: ideo maxime intereſt emptoris rem ſuam factam eſſe, qui manumiſſurus erat, vel pignoraturus ſeruum quem emebat, quēque ſe à domino emere ęxiſtimabat. Et legendum in *fin. l. id eſt maxime,* non, *idem eſt, ſi manumiſſuro, vel pignori daturo vendiderit,* quod & Baſilica quodammodo indicant, quæ vertunt, ϗ μάλιϛα, *& maxime:* quia ſcilicet his caſibus certum eſt, interfuiſſe emptoris ſeruum ſuum factum eſſe. Hinc notanda eſt differentia inter ſcientem & ignorantem venditorem. Nam ignorans antequam res euincatur non tenetur, nec eo nomine quod dominum non fecerit emptorem, ſed euictione ſecuta, euictionis nomine tantum tenetur. Sciens autem venditor tenetur ſtatim doli mali nomine, quod rem non fecerit emptoris, etiam ante euictionem, quodve ſeruum tradidit, furtis noxiſque non ſolutū: Quo nomine etiam ſciens tenetur ex empto, etiam priuſquā res euincatur, non etiam ex ſtipulatione duplæ, quæ interponitur tanquam euictionis nomine, *l. 4. in princ. h. t.*

Ad Leg. XXXI. Si ea res.

Si ea res, quam ex empto præſtare debebam, vi mihi adempta fuerit, quãuis eam cuſtodire debuerim, tamē propius eſt, vt nihil amplius, quam actiones perſequendæ eius à me præſtari emptori oporteat, quia cuſtodia aduerſus vim parū proficit. Actiones autē eas, non ſolum arbitrio, ſed etiam periculo tuo, tibi præſtare debebo, vt omne lucrum ac diſpendium te ſequatur.

EX huius legis initio intelligimus, poſt venditionem & ante traditionem venditorem in ſeruanda re vendita, non tantum dolum, ſed etiam culpam pręſtare oportere: & talem cuſtodiā ſiue diligentiam, qualem ſeruandis rebus ſuis, bonus, id eſt, frugi & diligens paterfamilas, adhibere ſolet. Itaque ſi dolo vel culpa leui venditoris res vendita interierit, tenetur emptori actione ex empto, *l. ſi vt certo 5. §. nunc videndum. com. l. contractus 23. de regul. iur. l. 3. de peric. rei vend. l. quod ſæpe 35. §. ſi res, de contr. empt. l. eum qui 14. de furt. & l. 37. inf. h. t.* Vim ab alio ſibi illatam venditor non pręſtat, puta, ſi res vendita ei per vim erepta ſit, ſed pręſtat, vt dixi, cuſtodiam tantum eam, quę à bono patrefam. pręſtari, & rem ſeruare potuiſſet, non cuſtodiam inanem, quæ rem ſeruare non potuiſſet, puta, aduerſus vim prædonum, vel aduerſus alia quæcunq; detrimenta fatalia. Qua enim cuſtodia aut diligentia id conſequi poſſit, vt ſuperet vim pręedonum, aut damna fatalia? *Cuſtodia,* inquit, *aduerſus vim parum proficit.* Et ita etiam in *l. ſed de dãno 41. tit. ſeq. Qua cuſtodia,* inquit, *conſequi poteſt ne damnum iniuria ab alio dari poſſit?* Quod & ita ſcriptum eſt in *l. ad eos 19. com. l. 2. in fin. de peric. rei vend. l. cum duobus 52. §. damna, pro ſoc.* Et eleganter Imperator in *l. 5. Cod. Teod. de naufragiis: Excludere caſum,* inquit, *inclementem non poſſumus cohibere fortunam.* Semper excipiendum eſt, niſi venditor cauerit emptori etiam de caſu fortuito quocunque. Hæc enim cautio improbata non eſt, *d. l. contractus.* Alioqui ſi res vendita venditori ſit vi erepta, periculū eius rei ad eum non pertinet: & in hoc tantum tenetur, vt cedat emptori actiones, quas aduerſus pręedonem vel raptorem habet, veluti actionem vi bonorum raptorum aut furti, quę cum ea ſemper concurrit, & condictionem furtiuam, & vindicationem, & vt ſi quid hiſce actionibus ipſe venditor conſecutus fuerit, id emptori pręſtet, *d. l. eum qui.* Actiones, inquit, hoc loco, eas præſtare debet, non ſolum arbitrio, ſed etiam periculo emptoris. Arbitrio, vt lucrum quodcunq; poterit ex eis faciat, & periculo emptoris, vt diſpendium quoq; earū actionū ſubeat, ſi inanes ſint propter inopiā rei.

Ad §. I. Et non ſolum.

Et non ſolū quod ipſe per eum adquiſiij, præſtare debeo, ſed & id quod emptor, iam tunc ſibi tradito ſeruo, adquiſiturus fuiſſet.

HIs additur illo loco, *& non ſolū quod ipſe per eum adquiſiui,* &c. pręter cuſtodiam etiam venditorē emptori debere pręſtare fructus, quos ex re vendita ante traditionem, vel ipſe percepit, vel emptor percepiſſet, ſi iam tūc res ei tradita fuiſſet: Qui locus eſt ſingularis, vt pote ſeruo venditō, non tantū id quod interim per ſeruum adquiſij, *l. 13. §. ſi fructus, ſup. h. t.* ſed etiam id, quod iam tunc emptori ſeruo tradito emptor per eum adquiſiturus fuiſſet: videlicet (ſic enim hunc locum accipiunt rectè) ſi morā fecerit venditor in tradendo ſeruo, vt *l. ſi nauis 62. §. vlt de rei vindic. l. 4. C. vnde vi.* Quo etiam caſu verius eſt, re per vim venditori erepta, periculum ad venditorē pertinere, non ad emptorem, quia poſt moram venditoris res periit.

Ad §. vlt.

Vterque noſtrum eandem rem emit à non domino, cum emptio venditioque ſine dolo malo fieret, traditaque eſt. ſiue ab eodem emimus, ſiue ab alio atque alio, is ex nobis tuendus eſt, qui prior ius eius adprehendit, hoc eſt, cui primum tradita eſt. Si alter ex nobis à domino emiſſet, is omnino tuendus eſt.

SEquitur in §. *vlt.* quæſtio de eadem re ab eodem vel ab alio atque alio vendita atque tradita, duobus bona fide ementibus in ſolidum diuerſis temporibus & diuerſis contractibus. Poteſt eadem res tradi duobus ſeparatim in ſolidum, ad nos forte reuerſa poſſeſſione, quam tradideramus primum alteri. Et in hac quæſtione ita diſtinguit Neratius hoc loco: Aut ea res duobus vendita eſt à non domino, vel à non dominis; & tunc in ea detinenda, aut vindicanda actione Publiciana amiſſa poſſeſſione, potior is eſt, cui priori, non cui poſteriori res tradita eſt, licet, priori ei res vendita non ſit. Aut ea res vni vendita & tradita eſt à domino, alteri à non domino, & hoc caſu ſane potior is eſt in ea retinenda aut vindicanda; iam non dico Publicia-

na actione, sed directa in rem actione, cui à domino res tradita est, licet posterius ei tradita sit, & alteri prius à non domino: quia etsi priori, qui à non domino rem accepit, amissa possessione, & quæsita posteriori, qui eam rem à domino emit & accepit, competat Publiciana actio in posteriorem, tamen repelli potest exceptione iusti dominij, si non ea res possessoris sit, *l. mandatum 54. mand. l. pen. & vlt. de Public. in rem act.* quæ quidem *l. vlt.* omnino coniungenda est cum fine huius §. vel huius l. Vtraque est ex Neratij tertio Membranarum, & coniunctio concinna valde. Obserua autem in hoc §. notari tres casus. Vnus hic est: si non dominus eandem rem duobus separatim & in solidum singulis vendiderit & tradiderit, quo casu potior est is, vt ait, qui prior ius eius apprehenderit, id est, cui primum tradita est, vt *l. si autem, §. sine duobus, de Public. in rem act.* Alter casus hic est: si duo non domini, duobus separatim rem eandē vendiderint & tradiderint. Qui casus est difficilior, quoniam, vt Neratius autumat, hoc etiam casu potior is est, cui prius res est tradita. At contra Iulianus in *d. §. si duobus,* potiorem esse arbitratur eum, qui rem possidet, etiamsi priori ei tradita non sit. Neratius & Iulianus fuerunt diuersę scholę auctores, vnus Sabinianus, alter Proculianus: & sententia Iuliani quasi in re controuersa verior esse dicitur, in *d. §. si duobus.* Certe & in pignoribus probatur, si duo non domini duobus separatim eandem rem pignori dederint. Nam & hic possessoris conditio melior est, quam sit eius, cui priori res pignori data est, cuius possessione postea ceciderit, *l. si non dominus 14. qui potior. in pign. hab.* Et congruit omnino sententia Iuliani cum regula iuris, *in pari causa meliorem conditionem esse possessoris:* Fortunam in pari causa iudicare pro possessore. Nam vbi suum quisque venditorem habet, & vbi duo emerint & acceperint à duobus separatim, vbi, inquam, suum quisque venditorem, suum auctorem habet, par est vtriusque emptoris causa, & in sua quisque emptione & acceptione rei intelligitur esse prior, post quem nullus est alius, qui ab eodem acceperit. At dispar eorum causa est, si ab vno eodemque venditore emerint & acceperint, quia in ea re accipienda prior est vnus altero, superat vnus alterum prærogatiua temporis. Tertius autem casus, qui notatur hoc loco, hic est: si dominus vni rem suam, non dominus alteri rem alienam vendiderit & tradiderit, quo casu potior est is, qui à domino rem accepit, etiamsi posterior acceperit. Hi sunt tres casus qui notantur in hoc §. Sed restant adhuc duo casus: si dominus vni rem suam vendiderit & tradiderit, atque ita illius rei dominium alienarit, & mox, cum iam non esset dominus, re alienata & translata in priorem emptorem, eandem rem alij vendiderit & tradiderit. Quo casu priorem potiorem esse constat, qui traditione dominus effectus est, *ex l. quoties 15. C. de rei vindic.* Cui similis extat in *C. Gregoriano eodem tit.* Alter casus hic est, si non dominus vni vendiderit & tradiderit, & idem dominus postea factus (vt si heres extiterit domino rei) alteri rem eandem vendiderit & tradiderit. Quo casu etiam constat, priorem esse potiorem, id est, cui primum res tradita est, licet traditione statim non sit factus dominus, ex *l. si à Titio 72. de rei vindic. & l. 2. de except. rei vendit. & l. apud §. si à Titio, de except. dol.* Quibus in locis etiam obseruandum est ideo poni emptorem, cui priori res aliena bona fide accipienti tradita est à non domino, venditori soluisse pretium, non quod solutio pretij ei sit necessaria, vt habeat actionem Publicianam, amissa possessione: nam & pretio non soluto Publicianæ locus est, *l. de pretio 8. de Public. in rem.* sed quod si rem possideat emptor, venditorem, qui eius rei postea dominium adquisiuit, non possit repellere exceptione in factum, puta, rei venditæ & traditæ, vel exceptione doli mali, nisi iam ei soluerit pretium: Nec enim potest videri emptori ex post facto adquisitum fuisse dominium, nisi pretio soluto vel satisfacto: sicut nec si ab initio emisset rem & accepisset à domino, *l. quod vendidi 19. de contr. empt.* Et emptori qui ab initio rem emit à non domino, ex post facto, si pretium soluerit, videtur ei dominium adquisitum,

A si venditor postea eius rei dominus factus fuerit. Et ita in *d. l. quoties 15. C. de rei vind.* ponitur emptor, cui priori res tradita est, eam emisse & accepisse à domino, soluto pretio. Ergo illius rei dominium adquisiisse. Et ita rectissime accipi potest *d. l. quoties 15. ex C. Gregor.* in quo eorundem Impp. hæc sunt verba: *Quoties eadem res à domino* (quod notandum) *diuersis temporibus pluribus venundatur, eum potiorem esse, cui possessio primum data est.* Idem tamen est dicendum, quod & iam dixi supra & docui *Obser. 18. cap. 31.* si eadem res à non domino diuersis temporibus duobus venundata sit. Et nihil igitur refert in *d. l. quotiens* speciem ponas in domino, an in non domino. Hæc est huius quæstionis certissima definitio.

B

Ad Leg. XXXII. Si quis à me.

Si quis à me oleum, quod emisset, adhibitis iniquis ponderibus accepisset, vt in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit à venditore ponderibus minoribus. Pomponius ait, posse dici venditorem sibi dare oportere, quod plus est, petere. Quod habet rationem: Ergo & emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit.

QVi à me emerat certum pondus olei, dolo malo adhibuit maiora pondera, quibus sibi oleum appenderem & traderem, atque ita fefellit me in modo: non tenetur mihi actione de dolo, quia alia actio mihi competit. C Non competit actio de dolo, quæ est famosa, nisi cum alia deficit actio. Alia autem actio mihi competit, puta, condictio indebiti, vt quod amplius emptor accipit, mihi reddat atque restituat: condictio, inquam, indebiti, non actio ex vendito: quia id quod amplius est olei, id quod plus olei venditor dedit, vel ego dedi, qui vendidi, venditione non continetur. Per contrarium quoque cum venditor ipse dolo malo adhibuit pondera minora, vt emptorem deciperet in modo, quod minus accepit petere emptor potest actione ex empto, quia non totum quod emit accepit: qua quidem actione ex empto, inquit, contentus esse possit. Hæc verba notanda, quoniam his verbis excluditur actio de dolo, ac si diceret, contentus esse debet actione ex empto, nec potest recurrere ad actionem de dolo: de qua actione constat Vlpianum *lib. 11. ad edictum,* ex quo sumpta est hæc *lex 32.* multa tractasse certissimum est, & ideo D tractans *lib. 11. ad edict.* de actione de dolo, proculdubio hanc speciem attigit, cum & eodem libro ad edictum vndecimo Paulum eandem quæstionem attigisse argumentum præbeat *l. arbitrio, §. de eo qui sciens, de dolo.* quæ etiam docet cessare actionem de dolo in eum, qui sciens ignoranti venditori vel emptori, iniqua, vel falsa pondera commodauit: quoniam siue circumscriptus sit venditor, id quod plus accepit emptor, repetere ab eo potest condictione indebiti, siue circumscriptus sit emptor, id quod minus accepit petere potest actione ex empto, & vbi res seruari potest alia actione, vel ab alio quocunque, cessat actio de dolo, in eum, qui dolum admisit. Recte Baldus hoc loco plus repeti, & minus suppleri. At eum qui sciens E commodauit emptori ignoranti maiora pondera, constat venditori teneri actione furti pœnali in duplum, *l. si quis vxori 52. §. maiora, de furt.* non actione de dolo, quia actio de dolo rem persequitur, & venditor alia actione rem, id est, quod sibi abest, ab emptore, puta, condictione indebiti, seruare potest: quæ condictio significatur in hac lege, his verbis: *posse venditorem sibi dare oportere, quod plus est petere,* id est, repetere condictione indebiti.

Ad Leg. XXXIII. Etsi vno pretio.

Etsi vno pretio plures res emptæ sint, de singulis ex empto & vendito agi potest.

QVicquid est in hac *l.* est facillimum. Si plures res vno pretio confuse venierint, quia vnum est pretium, & vna emptio venditio esse videtur, & plures res pro vna venisse intelliguntur: & tamen de singulis rebus separatim agi potest ex vendito, vel ex empto, euictionis nomine, vel redhibitionis causa, vel quocunque alio nomine; vt si vna res sit vitiosa, cæteræ non sint vitiosæ, de vitiosa tantum agi potest actione redhibitoria, vel æstimatoria quanto minoris, *l. cum plures 92. de euict. l. si plura 36. & l. pen. de Ædil. edic.*

Leg. 34. exposui supra cum l. 22.

Ad Leg. XXXV. Si quis fundum.

Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi ius non esset, & interdicto de itinere actuque victus sit, ex empto habebit actionem: licet enim stipulatio de euictione non committatur, quia non est de iure seruitutis, in rem actione pronuntiatum, tamen dicendum est ex empto actionem competere.

EMi & accepi fundum, in quo venditor affirmabat, nemini esse ius eundi, agendi, nemini esse ius viæ: post egit mecum aliquis interdicto de itinere actuque priuato, & vicit me, quia probauit, se hoc anno itin. actuque vsum nec vi, nec clam, nec precario, non minus quam triginta diebus: quod satis est ad victoriam in hoc interdicto. Neque enim necesse habet, probare seruitutem viæ sibi deberi, vel ius viæ se habuisse: satis est, si probet se vsum esse hoc anno non minus quam 30. diebus, sine vitio, id est, nec vi, nec clam, nec precario, *l. 1. §. 2. de itin. actuque priu.* cui hæc l. merito iungenda est, maxime cum sit ex eodem libro Vlpiani, & de eodem interdicto. Distat hac in re interdictum de itinere actuque priuato ab actione in rem, id est, ab actione confessoria: quoniam in actione confessoria de iure seruitutis quæritur, competat actori, nec ne: in interdicto de itinere actuque priuato, quæritur de facto, non de iure, *l. 2. §. vlt. si seru. vind.* Si ille egisset confessoria, & vicisset, mihi competeret actio ex stipulatu de euictione seruitutis, quam venditor fundum non debere affirmauit, adseuerauit, repromisit. At si egerit interdicto de itinere, actuque & vicerit, mihi non competit actio ex stipulatu de euictione aduersus venditorem, quia non hoc pronuntiatum est, ius illi, qui mecum egit interdicto, esse ire, agere, sed vetuit tantum iudex, ne prohiberetur vti itinere, actuque, id est, via, qua homo vsus esset, quia hoc anno vsus esset, nec vi, nec clam, nec precario. Quod seruatur etiam in interdicto de aqua, & in interdicto de riuis reficiendis, *l. 1. §. & qualiter, de aqua quotid. & æst. l. 1. §. pen. de riuis.* Proinde neque seruitus viæ mihi euicta est, ab eo, qui mecum egit interdicto de itinere, quique vicit me, neque possessio euicta est, quæ non erat mea, sed eius, quem in ea possessione prætor hoc interdicto tuetur, agentem interdicto de via, *l. vlt. de itin. actuque priu.* Et merito igitur euictionis nomine mihi non competit actio ex stipulatu, quia nihil euictum est mihi. At sane mihi competit actio ex empto, quod mihi vacua possessione frui non liceat, in id quod interest: quæ est sententia huius leg. Et ita sæpe alias, vbi cessat actio ex stipulatu, hæc actio non cessat, *l. 3. §. 1. l. 4. in princ. sup. hoc tit.* & passim *in tit. de euiction.*

Ad Leg. XXXVI. Venditor domus.

Venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet: quia antequam vacuam possessionem tradat, custodiam & diligentiam præstare debet. Et pars est custodiæ diligentiæque hanc interponere stipulationem. Et ideo, si id neglexerit, tenetur emptori.

IAm diximus in *l. 31. supra,* post venditionem & ante traditionem vacuæ possessionis, venditorem in seruanda re vendita, custodiam & diligentiam, atque adeo non dolum tantum; sed etiam culpam, desidiam, negligentiam præstare debere. Vnde si quis vendiderit domum, cui domus ruinosa vicini imminebat, pars, est diligentiæ custodiæque interponere stipulationem damni infecti, vt *l. 18. §. emptor, & l. 38. de dam. infec.* Quod si, venditor culpa & negligentia quadam sua prætermiserit, si non interposuerit stipulationem damni infecti, & deciderit forte domus vicini in domum venditam, damnum omne ad venditorem pertinet, eoque nomine tenetur emptori iudicio empti in id quod interest, id est, culpæ nomine, quod non cauerit sibi mihique, interposita stipulatione damni infecti. Et hæc est sententia huius legis. Odofredus aliter ponit speciem, puta, in venditore domus, qui vicino postulanti non cauit damni infecti: quamobrem etiam venditor tenetur emptori, si ob cautionem non præstitam vicinus missus sit in possessionem domus venditæ: atque ita venditor culpa sua iam non possit emptori dare possessionem vacuam: neque enim est vacua possessio, si quis missus sit in eam ex primo decreto, *l. 2. §. 1. sup. hoc tit.* Et ab hac specie Odofredi sane non sunt omnino aliena verba *huius legis.* Nam interponere stipulationem dicitur non tantum qui stipulatur, sed etiam qui promittit, *l. si ad defendendum 10. iudic. solui.* Verum melius est permanere in priori specie, cum & eadem proponatur eodem modo in *d. l. 18. §. emptor, & l. 38.* vel eo maxime quod in hac lege non fiat mentio vicini missi in possessionem domus venditæ, ob id quod non caueret venditor damni infecti.

Ad Leg. XXXVII. Sicut æquum est.

Sicut æquum est, bonæ fidei emptori alterius dolum non nocere: ita non est æquum, eidem personæ venditoris sui dolum prodesse.

SIcut æquũ est, inquit, *bonæ fidei emptori alterius dol. non nocere, &c.* pro *alterius,* videtur legendum *auctoris,* id est, venditoris, vt in *l. 3. C. de peric. rei vend.* dolum auctoris non nocere bonæ fidei emptori, & *l. apud §. de auctoris, de dol. except.* Sententia est aperta. Dolus venditoris bonæ fidei emptori neque nocere, neque prodesse potest. Dolus ei tantum nocere debet, qui eum admisit, vel adhibuit, *l. 9. quæ in fraud. credit.* Prodesse autem nemini, *l. 13. de dolo.* Si igitur (nam exemplo opus est) imprudens à non domino callido consilio rem vendente alienam emero: non ideo minus forte amissa possessione eius rei, habeo actionem Publicianam, quæ datur amissa possessione ei, qui rem bona fide emit à non domino, nec dum vsucepit. Et hoc ostenditur in *l. 7. §. prætor, de Public. in rem act.* adhibita hac ratione: quia dolus venditoris mihi non nocet, qui expers sum doli. His consequens est, non officere etiam dolum venditoris mihi, quo minus eam rem vsucapiam, quam emi bona fide. Dolus venditoris etiam non prodest mihi in hoc, vt vsucapiam, quia non dolus eius, sed bona & sincera fides mea hoc mihi præstat vt vsucapere & longi temporis præscriptione adquirere possim. Quamquam hodie *ex Nouella 119.* quod & hic Accursius notauit, nihil bona fides proficit emptori, si ignorante domino bona fide emerit à non domino malæ fidei possessore.

Ad Leg. XXXVIII. Si venditor hominis.

Si venditor hominis dixit, peculium eum habere decem, nec quenquam adempturum: & si plus habet, totum præstet: nisi hoc actum est, vt duntaxat decem præstaret: si minus est, præstet esse decem, & talem seruum esse, vt tantum peculij habeat.

QVi vendebat seruum cum peculio, dixit eum habere decem in peculio, nec inde se adempturum quidquam (sic vulgo legitur rectius, *quidquam,* male Floren-

tini *quemquam.*) Si plus sit in peculio, vt si sint quindecim aut viginti, totum id quod inuenitur in peculio, vt ait hoc loco, venditor emptori præstare debet, quia dixit, nihil se adempturum, alioquin decem tantum præstanda esse videntur, vt exposui in *l. 26. supra.* Perinde ac si actum esset nominatim, vt peculij nomine decem tantum præstarentur. At si minus sit in peculio, vt si inueniantur octo tantum, omnino venditor implere & præstare decem debet, quæ dixit esse in peculio. nam qui dicit in peculio esse decem, hoc dicit, non minus esse quam decem, sed tamen & plus in eo esse non negat. Nam si plus sit, vtique & minus est: ideoque id totum præstat, si adiecerit, nihil se ex peculio adempturum. Adimere, vel constituere & concedere peculium, domini est, non cuiuscunque. Et ideo nec, vt dixi, Florentini recte, *quemquam.*

Ad §. 1.

Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse seruari, Sextus Ælius, Drusus dixerunt, quorum & mihi iustissima videtur esse sententia.

IN §. 1. hoc habetur, si mora per emptorem facta fuerit, quo minus hominem venditum acciperet, si moram emptor adhibuerit in accipiendo seruo vendito, quem offerebat venditor, ab eo tempore, quod est à tempore moræ, arbiter bonæ fidei iudicio siue arbitrio (nam verius omnis actio bonę fidei arbitrium est quam iudicium: actio stricta, iudicium) à tempore igitur moræ, arbiter bonæ fidei in arbitrio ex vendito cibaria, quæ venditor seruo vendito præstitit, emptori imputabit: Nec enim post moram emptoris cibariorum onus pertinet ad venditorem. Inuenio etiam, quod est annectendum his, quæ ante dicta sunt de custodia rei venditæ post venditionem, & ante traditionem, interim præstanda à venditore: inuenio, inquam, post moram emptoris, quam fecit in accipienda re vendita, quæ offerebatur, venditorem in ea re seruanda præstare dolum tantum non etiam culpam, *l. illud 17. de peric. & commod. rei vend.* Cui simile est quod extat in *l. si mora 9. sol. matrim.*

Ad §. vltimum.

Firmus à Proculo quæsiit, si de plumbeo castello fistulæ sub terram missæ, aquam ducerent in ahenum laterib. circumstructum, an hæ ædium essent, an vt ruta cæsa, vincta, fixaque, quæ ædium non essent. Ille rescripsit referre, quid acti esset. Quid ergo, si nihil eâ de re, neque emptor, neque venditor cogitauerunt, vt plerumque in istiusmodi rebus euenisse solet? nonne propius est, vt inserta & inclusa ædificio. partem eius esse existimemus.

QVæstio §. *vlt. huius l.* hæc est: vtrum fistulæ sub terram missæ, quibus ex plumbeo castello ducitur aqua in ahenum lateribus circumstructum, id est, in lebetem lateritia structura conclusum, vtrum sint in rutis cæsis, atque ita non sint pro parte ædium, nec sequantur emptorem. Nam ruta cæsa remanent apud venditorem: An vero tanquam vincta fixaque, vel quod idem est, inserta ædificio inclusaque, cedant venditioni ædium, & emptorem sequantur? Hæc est quæstio. Et hoc verius est, vt emptorem sequantur, tanquam iniuncta infixaque ædificio, ergo tanquam pars ædificij quod veniit, nisi aliud actum sit inter contrahentes. Et hoc confirmat etiam *l. si aquæductus 47. de contrah. empt. l. 13. & 17. §. pen sup. hoc tit.* vbi & castella plumbea dicit, id est, receptacula aquarum, in quibus seruatur aquæ magna copia, vt ex eis deinde ducatur per fistulas, vbi vsus est. Et vt fistulis plumbeis ducitur aqua, ita & castellis plumbeis seruatur commodius quam æreis, quia plumbum non contrahit æruginem, vt æs. Aënum autem dicit hoc loco lebetem, sicut dixi, in quo aqua

A calefit ad potandum vel lauandum in balneis. Vnde & apud Vitruuinm *l. 5. Aënum, aliud calidarium, aliud tepidarium, aliud frigidarium*, vt ait, *l. cum de lanionis 18. §. item cacabos.* (*Cacabi* sunt, in quibus pulmentarium coquitur) *de instruct. vel instrum. leg.* Nam & calidam potare solebant, vnde & calici nomen, si Varroni scilicet credimus & Festo, quod in eo calidum bibatur. Lauari autem & in aëno oleæ solebant, *l. sed addes 19. §. illud, tit. seq.* Columella *lib. 12. cap. 50. Aënum*, inquit, *calefieri debet, vt immundæ baccæ eluantur.*

Ad Leg. XXXIX. Quæro, si quis ita.

Quæro, si quis ita fundum vendiderit, vti venumdatum B *esse videatur, quod intra terminos ipse possedit: sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certiorauerit emptorem, an ex empto iudicio teneatur: cum hac generalis adiectio ad ea, quæ specialiter nouit, quæ vendidit nec excepit, pertinere non debeat: ne alioqnin emptor capiatur, qui fortasse si cognouisset, vel empturus non esset, vel minoris empturus esset, si certioratus de loco certo fuisset: cum hoc & apud veteres sit relatum in eius persona, qui sic exceperat:* Seruitutes, si quæ debentur, debebuntur. *Et enim iuris auctores responderunt: si certus venditor quibusdam personis certas seruitutes debere non admonuisset emptorem, ex empto eum teneri debere; quando hac generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quæ venditor nouit, quæque specialiter excipere & potuit & debuit: sed ad ea, quæ ignorauit, & de qui-* C *bus emptorem certiorare nequiuit. Herennius Modestinus respondit, si quid circumueniendi emptoris causa, venditor, in specie, de qua quæritur, fecit: ex empto actione conueniri posse.*

CVm venderes fundum, demonstrasti terminos & fines certos, & dixisti te vendere quicquid intra eos terminos possideres: sciens tamen intra eos terminos certum quendam locum te non possidere, id reticuisti dolo malo, emptori ex reticentia teneris, non quidem ex stipulatu euictionis nomine, nondum euicto loco: sed doli mali nomine, actione ex empto quanti interest emptoris, si hac de re admonitus emptor fundum non erat empturus, vel quanto minoris æstimatoria, si minoris erat empturus. Nec excusari potes, quod dixeris te vendere non omne quod intra D illos terminos esset, sed id tantum quodcunque intra illos terminos possideres, qui non omne possidebas, quod illis terminis circumscriptum erat. Scienti igitur, nihil hic generalis sermo prodest, scientem nihil hic generalis sermo releuat, in quo semper latet malitia quædam mala: veritatis sermo simplex, liquidus & apertus est: ille est obscurus quodammodo, confusus, perfusiuus. Itaque ne ex dolo suo lucretur venditor, ad ea is sermo generalis referri non debet, quæ sciuit venditor, & celauit emptorem dolo malo, sed ad ea tantum, quæ nesciuit, quorumque certiorem facere emptorem nequiuit. Eademque ratione vt & hic ostenditur, si venditor, cum sciret fundum quem vendebat, vicino debere seruitutem aliquam, id reticuerit, & vt verbis rem infuscaret, & quoquo modo, si fieri posset, sese obligatione exueret, perfusorie & generaliter ita in venden- E do dixit: *seruitutes, si quæ debentur, debebuntur,* & nihil dixit nominatim de ea, quam sciebat deberi: hic sermo generalis captiosus est, nec venditorem excusat, quo minus ex reticentia teneatur emptori, *l. qui libertatis 69. §. pen. de euict.* In obscuro & generali sermone, cui non potest non inesse semper obscuritas aliqua & fraus, semper id accipitur quod venditori nocet, qui eo sermone vsus est, quippe potuit, & vero debuit apertius loqui, *l. veteribus 39. de pact. l. 33. de contr. empt.* Quæ etiam ratio valet in specie, *l. 1. §. pen. & l. 6. §. vlt. & l. 11. §. denique, & l. 13. §. idem Iulianus, supra, hoc tit.* quibus in locis proponuntur species omnino similes duabus superioribus, quæ exponuntur in *hac lege.* Et omnia igitur quæ venditor scit, ea palam & aperte & specialiter enumerare debet, non ob-

ſcire, non perfuſorie, non generaliter, videlicet ſi empto-ris interſit ea ſcire, quæ obſcure & perfuſorie, *par maniere d'acquit*, & dicis cauſa, vt ſe emptorem certioraſſe dicere poſſit: quæ ita dicit obſcure, perfuſorie, dicis cauſa, pro non dictis habentur. Perfuſorie & dicis cauſa idem eſt.

Ad Leg. XL. Quintus Mutius.

Quintus Mutius ſcribit: Dominus fundi de prædio arbores ſtantes vendiderat: & pro his rebus pecuniam accepit: & tradere nolebat: emptor quærebat, quid ſe facere oporteret. Et verebatur ne hæ arbores eius non viderentur factæ. Pomponius: *Arborum, quæ in fundo continentur, non eſt ſeparatum corpus à fundo. Et ideo, vt dominus, ſuas ſpecialiter arbores vindicare emptor non poterit, ſed ex empto habet actionem.*

VEndidi arbores aliquot in prædio meo ſtantes, nondum cæſas, nondum deiectas, & pretium accepi: An numeratione pretij earum arborum dominus factus emptor eſt? Minime: traditione domini eiuſdemque venditoris opus eſt, traditione, non nudo conſenſu dominium transfertur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* Venditio emptio ſola, quæ nudo conſenſu perficitur, imo nec conuentione: numeratio pretij non ſufficit ad emptæ rei dominium adquirendum. Itaque vindicatio arborum, quæ & radicitus hærent fundo, & pars fundi ſunt, ſicut fructus & ſegetes ſtantes, emptori non competunt, ſed actio tantum ex empto, vt eas arbores venditor cædi & tolli ſinat, quæ patientia pro traditione eſt, *l. 25. ſup. hoc tit.* Et in hac *l. tradere nolle*, id eſt, non pati, vt exſcindantur & aſportentur. Arbores ſtantes dicit, vt fructus ſtantes, ſegetes ſtantes. Verum ne exiſtimes idem eſſe ſtantes & extantes: Nam extant etiam quæ non ſtant.

Ad Leg. XLI. In venditione,

In venditione ſuper annua penſitatione pro aquæductu inf. domum Romæ conſtitutam, nihil commemoratum eſt. Deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit. Itaque ſi conueniatur ob pretium ex vendito, ratio improuiſi oneris habetur.

HÆc l. docet, ex reticentia etiam teneri venditorem emptori ex empto, ſi ſciens domum, quam vendebat pro aquæ publicæ forma: (Nam male interpres huius *l.* intelligit de aqua priuata) pro aquæductu, qui inf. eam domum, vt ait ὑπὸ τῆς οἰκίας, id eſt, ſubter eam domum tranſibat, meabat, publico debere annuam penſitationem, reficiendi, vel purgandi aquæductus cauſa, inconſulto reticuerit & celauerit emptorem ignorantem, vt ſcilicet, vel præſtet emptori, quanto minoris eſſet domum empturus, ſi ea de re certioratus fuiſſet, vt *l. 39. ſup. hoc tit. & l. 13. in princ. hoc tit.* Cui autem datur actio, & exceptio multo magis, vt eſt in regula iuris. Vnde & in hac ſpecie conuento emptori actione ex vendito pretij nomine, dabitur exceptio doli mali, vt ob eam rem, quam dolo malo reticuit venditor ob annuam penſitationem, quam pro aquæductu domus fiſco debet, pretij deminutio fiat: vel quia ipſo iure exceptio doli mali ineſt actioni bonæ fidei, nec opponi eam vel allegari neceſſe eſt, vt eſt certiſſimum, arbiter bonæ fidei huius improuiſi oneris, vt ait, quod domui impoſitũ eſſe neſciebat, neque præuiderat emptor, rationem habebit, & eo nomine pretium quanti domus veniit, minuet. Onus hoc eſt prædij, ſiue domus, non perſonæ: ſi perſonæ eſſet, non ſequeretur emptorem, vt *l. Imperatoris 7. de Publican.*

L. 42. expoſita eſt ſupra in *l. 22.*

Ad Leg. XLIII. XLIV. XLV.

L. 43. Titius cum decederet, Seiæ Stichum, Pamphilum, Areſcuſam per fideicommiſſum relinquit, eiuſque fidei commiſit, vt omnes ad libertatem poſt annum perduceret: cum legataria fideicommiſſum ad ſe pertinere noluiſſet, nec tamen heredem à ſua petitione liberaſſet: heres eadem mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicommiſſæ libertatis facta. Emptor cum pluribus annis mancipia ſupraſcripta ſibi ſeruiſſent, Areſcuſam manumiſit. Et cum ceteri quoque ſerui cognita voluntate defuncti, fideicommiſſam libertatem petiſſent & heredem ad prætorem perduxiſſent, iuſſu prætoris ab herede ſunt manumiſſi. Areſcuſa quoque nolle ſe emptorem patronum habere reſponderat. Cum emptor pretium à venditore empti iudicio, Areſcuſæ quoque nomine repeteret: lectum eſt reſponſum Domitij Vlpiani, quo continebatur, Areſcuſam pertinere ad reſcriptum ſacrarum conſtitutionum, ſi nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil poſſe poſt manumiſſionem à venditore conſequi. Ego cum meminiſſem, & Iulianum in ea ſententia eſſe, vt exiſtimaret, poſt manumiſſionem quoque empti actionem durare, quæro, quæ ſententia vera eſt? Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris deſiderabatur, vt ſumptus, quos in vnum ex his, quem erudierat, fecerat, ei reſtituerentur. Item quæro: Areſcuſa, quæ recuſauit emptorem patronum habere, cuius ſit liberta conſtituta, an poſſit, vel legatariam, quæ non liberauit, vel heredem patronum habere? Nam ceteri duo ab herede manumiſſi ſunt. Reſpondi: ſemper probaui Iuliani ſententiam, putantis (manumiſſione non amittitur eo modo.) De ſumptibus vero quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum eſt. Nam empti iudicium ad eam quoque ſpeciem ſufficere exiſtimo: non enim pretium continet tantum, ſed omne quod intereſt emptoris ſeruum non euinci. Plane ſi in tantum pretium excidiſſe proponas, vt non ſit cogitatum à venditore de tanta ſumma: veluti ſi ponas agitatorem poſtea factum vel pantominum, euictum eſſe eum, qui minimo venit pretio, iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem.

L. 44. Cum & forte idem mediocrium facultatum ſit, & non vltra duplum periculum eum ſubere oportet.

L. 45. Idque & Iulianum agitaſſe Africanus refert: quod iuſtum eſt. Sicut minuitur præſtatio, ſi ſeruus deterior apud emptorem effectus ſit, cum euincitur.

SPecies ad quam hæ tres *ll.* pertinent hæc eſt: L. Titius teſtamento ſuo Seiæ legauit tria mancipia, Stichum, Pamphilum, Areſcuſam, & verbis fideicommiſſi Seiam rogauit, vt poſt annum ea mancipia manumitteret: Seia legatum repudiauit, heredem tamen non liberauit. Quod quâre ita proponatur, explicatur in hac l. illo loco. *Item quæro: Areſcuſa, &c.* Seia igitur legatum quidem repudiauit, ſed heredem non liberauit actione ex teſtamento, actione legati. Vnde nota obiter, repudiationem legati non liberare heredem, à quo legatum relictum eſt, non perimere actionem ex teſtamento: quod etiam colligere licet ex *l. Imperator 70. de leg. 2. & l. ſi filius 33. §. vlt. de fideicomm. libert.* Heredem liberat acceptilatio, actione ſcilicet ex teſtamento deducta in ſtipulationem Aquilianam: atque ita nouata obligatione ex teſtamento, & mox per acceptilationem exſtincta, herede interrogante: Acceptum fers? Legatario reſpondente, Acceptum fero. Heredem etiam liberat pactum de non petendo legato, factum, inter eum & legatarium. Acceptilatio eum liberat ipſo iure, pactum ope exceptionis. Repudiatio autem legati nullo modo eum liberat: quia fit ſine herede, nullo hac de re cum herede habito ſermone, ſit legatario ſolo ſpernente legatum, & dicente nolle id ad ſe pertinere. quod quid cauillamur? quid aliud eſt, quam repudiare, dicere ſe nolle legatum, ſe non amplecti legatum? vt *l. filium 60. & l. vt plurimum 70. de adquir. hered.* Poſt repudiationem autem legatarij heres mancipia vendidit alteri, nulla facta mentione fideicõmiſſariæ libertatis, quæ à legatario mancipiis relicta erat, cuius forte heres ipſe ignarus erat, & cum per repudiationem legatarij mancipia remaneant apud heredem, proculdubio ipſe, quamuis ab eo non ſit relicta fideicommiſſaria libertas, ſed à legatario, poſt annum manci-

piis debet præstare libertatem, quia apud eum remanserunt cum sua causa: & recte igitur mancipia petunt libertatem ab herede: Stichus & Pamphilus apud prætorem fideicommissariam recte petunt ab herede libertatem. Arescusa etiam, si, vt hic ponitur, emptor iam eam manumiserit, recte petit, vt heredem patronum habeat, ac si ab eo manumissa esset, non emptorem. Hæc electio ei datur constitutionibus Hadriani & Pii, vt manumissa ab emptore eligat, quem malit patronum habere, emptorem an heredem. Recte igitur petit, vt habeat heredem patronum, vt heres ei sit pro manumissore, quia & ab herede ei fideicommissaria libertas debebatur, antequam ab emptore manumitteretur. At quæritur: an re ita gesta, vt diximus puta manumisso Sticho & Pamphilo ab herede iussu prætoris fideicommissarii, & vltro manumissa Arescusa ab emptore, eaque recusante, tamen emptorem habere patronum, & eligente heredem, an inquam, emptor aduersus heredem eundemque venditorem habeat actionem ex empto de euictione ad pretium recuperandum, hac ratione, quod sibi neque Stichum, neque Pamphilum seruos habere liceat, neque Arescusam libertatem? Et quod attinet ad Stichum & Pamphilum, constat emptorem pretii repetitionem habere, quasi fideicommissaria libertas sibi euicerit Stichum & Pamphilum, quos heres coactus est manumittere iussu prætoris fideicommissarii. Quod vero attinet ad Arescusam, dubium erat, an & Arescusæ nomine emptori pretii repetitio esset? Vlpianus dicebat, non esse hac ratione; quia facto suo, inquiebat, id est, manumissione sua Arescusam habere desiit, vt *l. 16. §. pen. l. 25. de euict. l. si hominem 47. de Ædilit. edic.* Sed, quod Vlpianus non animaduertit, facto quidem suo eam seruam habere desiit, sed facto suo libertam habere non desiit, sed facto Arescusæ, quæ heredem elegit patronum. Ideoque Iulianus in contrarium, cuius sententiæ acquiescit Paulus, hoc loco, & *l. 26. de euict.* dicebat, etiam Arescusæ nomine ad pretium recuperandum agi posse ex empto, eadem ratione, qua & Stichi & Pamphili nomine, quia vt illos seruos, sic Arescusam libertam illi habere non liceret, videlicet Arescusa recusante patronatum eius, & præoptante patronatum heredis: quod, vt dixi, potuit ex constitutionibus. Nec enim manumissione emptoris exstincta est causa fideicommissariæ libertatis, quæ ei iam ante implicita erat & innexa; antiquior est causa fideicommissariæ libertatis, quam manumissionis ab emptore factæ: ac proinde ex antiquiore causa Arescusa euicta videtur emptori, electo patronatu heredis: Et consequenter euictionis nomine etiam propter Arescusam emptori est regressus aduersus venditorem. At, si vt ostenditur in fine leg. 45. is Arescusa malit emptorem, eundemque manumissorem patronum habere, proculdubio nullus emptori est regressus aduersus venditorem, quia nihil eius interest, cum eam libertam habeat. Denique quod libertam habeat, non æstimatur quidem, quia ius patronatus est inæstimabile, *l. 5. in fin. de præscript. verb. l. 126. de regul. iur.* Sicut & ius patriæ potestatis dicitur esse inæstimabile, *l. filiusfamilias 114. §. sed si, de leg. 1.* Itaque emptor sane non videtur esse locupletior, quod eam libertam habeat: sed profecto non videtur etiam esse pauperior, vt quasi ipsi aliquid absit, qui vltro ancillam manumisit, pretii repetitio competat. Ex diuerso quoque, quod emptor libertam non habeat, electo patronatu heredis, contempto patronatu emptoris, id etiam non æstimatur, sed pretii, quod ei abest, repetitio competit: est enim eius æstimatio vel taxatio certa. Hinc nascitur altera quęstio, an emptori iussu prætoris ab herede Sticho & Pamphilo præstita fideicommissaria libertate, & Arescusæ ab emptore directa libertate sua sponte, Arescusa tamen recusante eum patronum habere; an, inquam, emptori euictionis nomine non tantum detur actio ad pretium recuperandum, quam ante dixi dari, sed etiam ad sumptus, quos in eruditionem vnius serui fecit. Et ita omnino videtur dicendum, imo dicendum est: quia actio ex empto de euictione non tantum pretium

A continet, quod numerauit emptor, sed etiam omne quod interest emptoris, seruum non euinci, *l. 70. de euict.* quæ cum sit ex eod. lib. est coniungenda cum *hac l. 43. & 45.* Ergo actio ex empto de euictione, (vt & aliis exemplis id demonstretur) continet & erogationes & impendia, si quæ præter pretium fecit emptor eius emptionis causa, vt si quid dedit parario *(vn maquignon)* vel vxori venditoris, vel fisco: nam pro emptione inferebatur fisco aliquid, *l. debet 27. de Ædil. edic.* vel etiam si quæ per eum seruum acquirere potuit, si euictus non fuisset, *l. venditor 8. de euict.* vel etiam, qua de re hic agitur, si quos sumptus fecerit in erudiendum hominem, quem emerat, quique ei postea euictus est, an quantoscunque sumptus fecerit? Minime: Actio ex empto de euictione, non continet quantoscunque sumptus, quos in eruditionem serui empti emptor fe-

B cit, non continet immanes, ingentes, immensos sumptus, vt si (quo exemplo vtitur) agitatorem eum fecerit, id est, si eum agitatoris artem, quæ in magno pretio erat in ludis Circensibus, addiscere curauit suis sumptibus, vel si eum fecerit Pantomimum, cuius tacentis parata promptaque est manus; quę ars erat admirabilis & pulchra ad significationem rerum & affectuum omnium, quamobrem & χειρόσοφος appellatur, & χειρόνομος. Ad has artes non peruenitur sine sumptu maximo: & ii quidem sumptus maximi non continentur, non veniunt in actionem ex empto de euictione; sed vt eleganter ait, veniunt tantum ad finem dupli, id est, quanti seruus veniit duplotenus, vt si veniit decem, ad finem viginti, non vltra. Eleganter Seneca: *vitiosum est vtique, quod nimium est.* Et omnino, vt ait, si

C in tantum pretium hominis arte aliqua instructi sumptibus emptoris excedisse proponatur, vt non sit cogitatum à venditore de tanta summa, iniquum est, venditorem, vt ait *l. 44.* forte facultatibus mediocrem in tantam summam teneri emptori. Denique iniquum est, eum teneri vltra duplum pretii: Quod enim duplum excedit, nimium est: Nimium autem resecare bonę fidei iudicio conuenit. Et Florentię *h. l.* recte legitur: *Si in tantum pretium excedisse proponas,* sicut apud Varronem, *accedisse* pro *accessisse, accederat* pro *accesserat.* in *l. vlt. de acquir. hered.* & *decederit* pro *decesserit, l. 27. de legat. 3.* & quod est euidens, *tollisse obligationem,* in *l. 13. §. 4. de accept.* Hæc vero dupli ratio in æstimationem eius quod interest, etiam seruatur aliis in causis, vt si venditor non caueat habere licere, *l. 11.*

D *§. ex empto, sup. h. t.* non tamen in omnibus causis, quod notandum hoc iure. Iustiniani constitutio generalis est de eo quod interest, non inquam in omnibus causis hoc iure, in repetendis sumptibus eruditionis seruatur ratio dupli, in habenda ratione eius quod interest emptoris, ob non pręstitam cautionem *habere licere,* seruatur ratio dupli: non in omnibus causis, non si quis sciens hominem vel rem alienam dolo malo ignoranti vendiderit, *l. 45.* illo loco: *In omnibus tamen his casibus,* inquit, *si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet. Omnimodo,* id est, etiam vltra duplum, propter dolum malum, vt Martinus interpretatur recte. Non item seruatur ratio dupli, si venditor nolit tradere rem venditam, qua perfidia nulla est maior, quod ostenditur, & ibi interpretatus sum latius in *d. §. ex empto.* In hac vero causa de sumptibus factis in eruditio-

E nem empti hominis, vt melior & eruditior & pretiosior fieret, ratio sumptuum merito habetur vsque ad duplum pretii, quanti seruus euictus veniit in iudicio ex empto, quoniam, vt ait in *l. 45.* vtve significatur in ea lege, eadem est ratio accessionis & decessionis, eadem ratio pretiosioris facti serui & depretiati serui, aut vilioris facti serui. Ergo sicut augetur pręstatio pretii, seruo meliore facto cura sumptuque emptoris: augetur autem vsque ad duplum: Ita etiam ex contrario, seruo deteriore aut viliore facto apud emptorem deminuitur præstatio pretii: Nec euicto seruo totum pretium quod emptor venditori dedit, ei restituitur iudicio ex empto: deducitur enim ex eo prius id, in quo seruus deterior viliorve factus est. Neque est, quod huic loco obiiciatur *l. ex mille 64. de euic.* quoniam non

loquitur de actione ex empto, de qua hic agitur; sed de actione ex stipulatione duplę: inter quas sæpenumero distinguendum est, & in hac maxime causa, vt fusius docui *l. ad Africanum*, tractans de hac ipsa quęstione.

Ad Leg. XLV. §. 1.

Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris, & in eam ego ædificauero, atque ita eam dominus euincit. Nam quia possum petentem dominum, nisi impensam ædificiorum soluat, doli mali exceptione summouere, magis est, vt ea res ad periculum venditoris non pertineat. Quod & in seruo dicendum est, si in seruitutem, non in libertatem euinceretur, vt dominus mercedes & impensas præstare debeat. Quod si emptor non possideat ædificium vel seruum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus si sciens quis alienum vendiderit, omnino teneri debet.

DIxi, seruo vendito euicto in libertatem domini testamento relictam per fideicommissum, emptori dari actionem ex empto aduersus venditorem: non tantum ad pretium reciperandum, sed etiam ad sumptus, quos fecit emptor in erudiendo & meliorando seruo, quamdiu seruus apud eum fuit, non quidem in infinitum, non immanes & immoderatos sumptus, sed ad modum finemque dupli. Idem non seruari in §. 1. ostenditur area vendita: Nam si emptor aream meliorarit, puta ædificio in ea posito suis sumptibus, quia ædificium cessit solo, si ædes euincantur à domino, emptor actione ex empto non potest agere cum venditore de sumptibus factis in exstruendo ædificio, quia de se ipse emptor queri, & sibi imputare debet, quod domino vindicante ædes, eos sibi sumptus non seruauerit, vt potuit, per retentionem ædium, opposita exceptione doli mali, *l. si in area 33. de cond. indeb. l. sumptus 48. de rei vind. l. si quis sciens 11. C. eod. tit. l. Paulus 14. de dol. except. l. 14. com. diuid. l. 32 §. Lucius, de vsufr. leg. l. sed si vir, 31. §. si vir, de donat. inter vir. & vxor.* Vel etiam imputare sibi emptor debet, quod nunc non agat aduersus dominum, qui ædes euicit, nulla habita ratione sumptuum: quod inquam nunc non agat aduersus dominum condictione incerti, quam habet, quasi plus debito præstiterit, cum imprudens domino ædes restituit, non deductis sumptibus ædificationis, puta, pretio materiæ & mercedibus fabrorum, vt *l. 21. inf. ad Trebell. l. qui exceptionem 40. §. si pars, sup. de condict. indeb.* Et hoc quidem ita procedit, non tantum area vendita, sed etiam seruo vendito, quem si emptor meliorem & pretiosiorem fecerit suis sumptibus, ac postea euincatur à domino in seruitutem quasi proprius seruus, non potest eos sumptus emptor imputare venditori, vel repetere à venditore, puta, sumptus eruditionis & mercedes magistrorum; eadem ratione: quia vindicante domino seruum, proposita exceptione doli mali, per retentionem serui eos sumptus sibi seruare potest, *l. apud §. si minor, de dol. except. l. 1. C. de infant. expos.* Cur ergo hac ratione sibi non prospexit, quæ expeditissima est, puta retentione rei, quæ vindicatur? Et ratio differentiæ inter has duas species, areæ venditæ & inædificatæ ab emptore, ac postea euictæ à domino, & serui venditi & melioris effecti ab emptore, ac postea euicti à domino in seruitutem: Inter has, inquam, duas species, & eam, de qua præcipue agitur in specie *h. l. & l. 43.* ratio differentiæ est euidens: quia quæstio de qua pręcipue agitur, quæ proposita est initio *l. 43.* aut quę cœpit à *leg. 43.* est de seruo vendito, qui se ipse euicit in libertatem sibi debitam, inuocato auxilio prętoris, vbi sane non est vnde emptor, cui seruus eripitur per libertatis causam, sumptus retineat. Ergo deficiente emptori remedio retentionis, recte dictum est, sumptuum nomine, quos fecit in eruditione serui, regressum eum habere aduersus venditorem: Nam & eadem ratione, si ędificium, quod areę venditę imposuit emptor, vel si seruum venditum, quem meliorem & pretiosiorem fieri curauit suis impensis, emptor non possideat, quia hoc etiam casu, cum non possideat rem, non habet quod retineat in lite proprietatis, vincente domino ędium, vel in causa liberali, domino serui, tunc salua est emptori aduersus venditorem repetitio sumptuum, quę est sententia *l. 9. C. de euict.* si modo emptor sua sponte, aut culpa sua rei possessionem non admiserit, vt *l. si rem 20. §. 1. inf. de euict.*

Ad §. vltim. Leg. XLV.

Superest tertia deliberatio, cuius debet esse liberta Arescusa, qua recusat emptorem? & non sine ratione dicetur, eius debere effici libertam, à quo vendita est, id est, heredis: quia & ipse ex empto actione tenetur. Sed hoc ita, si non Arescusa elegerit emptoris patronatum. Tunc etenim & illius remanet liberta, & ille ex empto actionem non habet, quia nihil eius interest, cum eam libertam habet.

SVperest tertia quęstio, quę vertitur circa eandem speciem, quæ proposita est initio *l. 43.* an sicut Arescusa manumissa ab emptore optionem habet, vt vel eligat emptorem patronum, vel heredem, an possit etiam legatarium, siue Seiam legatariam eligere vt patronam: quia etsi repudiauerit legatum, tamen residet adhuc in legatario aliquid ex pristino iure legati, propterea quod non liberauit etiam heredem actione ex testamento, vt initio propositum est? At hęc quæstio facillime expediri potest, ad quam etiam paucis Paulus respondet in *h. l. 45.* Quæstio ipsa proponitur *in l. 43.* Respondet, inquam, non posse legatarii vel legatariæ patronatum eligi. Sed si Arescusa non elegerit emptorem, omnino eligere eam debere heredem: cum & heres eo nomine ex empto teneatur emptori, quod per causam fideicommissariæ libertatis, quam ab herede solo Arescusa petere potuit, non à legatario quia repudiauit, emptori Arescusam libertam habere non licet, vt animo præsumpserat, eam manumittendo. Et nihil est prætere, quod pertineat ad hanc quæstionem.

Ad L. XLVI. Si quis alienam.

Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei exstiterit, cogetur implere venditionem.

VEnditio rei alienæ satis illicita est, vt ait *l. 1. C. de commun. rer. alien.* sane valde imbecilla est, quoniam res emptori à domino euinci potest. Sed si is, qui vendidit rem alienam prudens vel imprudens, nihil refert, medio tempore, id est, ante traditionem rei, domino rei heres exstiterit, conualescit omni ex parte & confirmatur emptio venditio, adeo vt venditor, qui postea rei factus est dominus ante traditionem, venditionem explere cogatur, perinde atque si ab initio dominus rei fuisset. Impletur venditio traditione, perficitur nudo consensu: sicut nuptiæ perficiuntur nudo consensu, implentur concubitu. Simili autem modo pignus rei alienę, quod iure nullum est, conualescit, si is, qui rem alienam pignerauit, domino heres exstiterit, *l. rem alienam 41. de pigner. act.* Posui venditorem, antequam rem traderet, dominium eius rei adeptum. Verum & si post traditionem eius rei dominium adipiscatur, idem dicam, videlicet perinde esse, atque si ab initio venditor eius rei dominus fuisset, vt *l. si à Titio 73. de rei vindic. l. vindicantem 17. de euict.*

Ad L. XLVII. Lucius Titius.

Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas sub pœna certa, ita vt, si non integras repræstauerit, intra statuta tempora pœna conueniatur, partim datis materiis, de-

cessit. Cum igitur testator in pœnam commiserit, neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an & in pœnam & in vsuras conueniri possit? præsertim cum emptor mutuatus pecuniam, grauissimas vsuras expendit. Paulus respondit: Ex contractu, de quo quæritur, etiam heredem venditoris in pœnam conueniri posse, in actione quoque ex empto, officio iudicis. Post moram intercedentem vsurarum pretij rationem haberi oportere.

VEndidisti mihi materias ad ædificandum, & pretij nomine certam pecuniam accepisti, quam mutuo sumpseram sub vsuris grauissimis, & id actum est inter nos, vt totas eas materias mihi traderes, siue vt loquitur, *repræstares*, vt *l. mulier 22. §. 1. ad Trebell.* intra certum tempus, subiecta stipulatione pœnæ nomine, quam incurreres, tardius traditis materiis: tu partem materiarum tradidisti intra constitutum tempus & conuentum, non integras materias in pœnam commisisti, in pœnam incidisti, quia non, vt conuenerat, integras materias, id est, totas, intra tempus obtulisti & tradidisti. Quod si te defuncto etiam heres tuus reliquam materiam non tradiderit, non tantum in pœnam conueniri potest, sed etiam in vsuras pecuniæ mutuatitiæ, quas vt pretium soluerem, fœneratori expendi. Potuit heres reliquam materiam tradendo purgare moram defuncti, quod præcipue ex hoc loco censet Baldus esse notandum, & Paulus Castrensis. At vt hic proponitur, nec heres reliquam materiam tradidit. Igitur pœnam petam recte actione ex stipulatu. Vsuras autem pretii ex tempore moræ, id est, ex die, quo omnem materiam mihi tradi oportuit, consequar officio iudicis, apud quem ago ex empto, quanti mea interest, materiam totam mihi suo tempore traditam esse. Bene *officio iudicis*: Nam in bonæ fidei iudiciis vsuræ veniunt, quæ in stipulatum deductę non sunt, officio iudicis, *l. quæro tit. seq. l. 49. in fin. h. tit. l. fructus 13. C. eod. tit.* At quæso obserua ex hoc loco, pœnæ causam esse indiuiduam, quia non nisi vniuersa sorte præstita pœnæ obligatio dissoluitur, *vt in l. exsecutione 85. §. pen. de verb. oblig. l. heredes 25. §. idem iuris, fam. ercisc.* Et si obiiciatur lex *13. §. ibidem Papin. sup. h. tit.* responde, vt ibi respondendum esse docui. Illud etiam obserua maxime, in specie proposita vtrumque deberi emptori, pœnam & vsuras pretii soluti, nec vnius solutionem vel exactionem consumere aut minuere exactionem alterius, quod prima fronte mirum videbitur. Sed ratio hęc peculiaris est, quia pœna non est promissa pro vsuris pretii, quas intulit emptor fœneratori suo, sed pro re, quæ non tota tradita est; si rem quis persequeretur & pœnam pro re promissam diuersis actionibus, idem bis persequeretur, nec esset ferendus, *l. si duo, si quis caut. l. apud 4. §. Labeo, de dol. except. l. 28. sup. hoc tit.* Et similiter si vsuras persequeretur & pœnam pro vsuris, idem bis persequeretur, quod genus est prædæ, quam bona fides non patitur. At cum pœnam persequitur pro re, vsuras autem non rei, sed pretii, diuersis actionibus, bis idem non persequitur. Itaque recte hanc legem sic Paulus Castrensis solus accipit congruenter verbis legis, vt vtriusque emptori persecutio sit, pœnæ & vsurarum. & tamen rationem huius sententię, quæ est verissima & summe notanda, perspicue nequiuit expedire.

Ad Leg. XLVIII. Titius heres.

Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: fundus Sempronianus, quicquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emptus tot nummis: *vacuamque possessionem tradidit, neque fines eius demonstrauit. Quæritur an empti iudicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit, & fines ostendere. Respondi, id ex ea scriptura præstandum, quod sensisse intelliguntur. Quod si non appareat, debere venditorem & instrumenta fundi, & fines ostendere. Hoc etenim contractui bonæ fidei consonat.*

A QVi heres exstiterat Sempronio, fundum Sempronianum vendidit, & quicquid, vt dixit, in fundo Sempron. iuris fuit. Generalis est sermo, in quo tamen nulla fraus delitescebat, quia nihil sciens reticebat, quod scire emptoris interesset. Fines quidem fundi non demonstrauit & terminos, sed citra dolum malum. Quæritur, an post traditam fundi possessionem vacuam emptori, impletumque contractum, adhuc conueniri venditor possit actione ex empto, vt fines fundi demonstret, vt ex instrumentis hereditariis doceat, quid iuris in eo fundo defunctus Sempronius habuerit: Nam in instrumentis fundorum plerunque continetur longitudo & latitudo fundorum & fines, *l. vlt. sup. de pig. act. in instrumentis auctoritatum*, vt ibi legitur, *in instrumentis originum, l. 24. C. de*
B *fideicom.* quę vulgo titulos appellamus, *les titres*. Denique hoc quæritur: an venditor conueniri possit, vt specialiter & subtilius explanet, quod dixit generaliter, vt palam dicat quid quantumque iuris in eo fundo Sempronius habuerit, & quatenus? Et Scæuola respondet, bonam fidem exigere, vt id venditor faciat, *id ex ea scriptura*, inquit, quod non est ita accipiendum, ac si emptione venditione huiusmodi facta in scriptis, sed *ex ea scriptura*, id est, ex verbis, quibus proposuit initio, qui Scæuolam ex scripto consulebat factam emptionem venditionem, id omne præstet venditor, quod emptor petit, nisi appareat aliud sensisse contrahentes. Quia vero dixit, ex instrumentis fundi venditorem debere ostendere emptori fines fundi, non debere etiam eum ipsa instrumenta fundi tradere emptori, *les titres*: Inde colligitur, quod & verum est, instru-
C menta fundi venditi authentica manere debere apud venditorem, ea tamen, si quando vsus sit, etiam promenda, proferenda, exhibenda, ostendenda emptori. Imo nec ostendenda esse Accursius tentat, opposita *l. cum seruo 63. §. vlt. sup. de contrah. empt.* vbi dicitur demonstratione facta fundi venditi, confines nominare superuacuum esse. At confines ibi dicit, non fines. Et sententia hæc est, satis iam demonstrato fundo vendito, ex nomine & ex finibus: Nihil attinet etiam confines possessores nominare, vt similiter definitur *l. 1. §. si quis vxori, de dot. præleg.* quicquid demonstratæ rei additur satis demonstratæ, frustra esse. In specie autem *h. l.* satis demonstratus fundus Sempronianus non erat, quia fines eius demonstrati non erant. Quod autem ait *d. l. cum seruo*, confines possessores nominare
D frustra esse, fundo satis demonstrato, verum quidem est, quod ad demonstrationem ipsam fundi attinet, non etiam quod pertinet ad vtilitatem emptoris, si eius interfuit etiam confines possessores nosse, & venditor eos dolo malo reticuerit, quos si emptor scisset, empturus fundum non erat. Nota est vox de via collecta: *Aliquid mali esse propter vicinum malum.* Hoc enim casu ex reticentia placet venditorem emptori obligari, quod adfines non nominarit, *l. quod sæpe 35 §. vlt. de contrah. empt.*

Ad Leg. XLIX. Qui per collusionem.

Qui per collusionem imaginarium colonum, circumueniendi emptoris causa, supposuit: ex empto tenetur: nec de-
E *fenditur: si quo facilius excogitata fraus occultetur colonum, & quinquennij pensiones in fidem suam recipiat.*

QVi fundum vendebat decipiendi emptoris causa vt carius emeret, vt incenderetur emendi cupiditate, supposuit imaginarium colonum, cum quo colludebat, qui fingeret se magno conducere eum fundum, cum & venditor adsereret se eum magno locare: Supposuit ita falsum colonum. hic nihil reticuit, sed vanitatem orationis, & fallaciam summam adhibuit. Quæ fraus similis illi est, quam M. Tullius refert 3. offic. de Pythio, qui Syracusis vt carius hortulos suos venderet, quos habebat mari proximos, Cannio cuidam, quem sciebat hortulos aliquos habere velle, quo inuitare amicos, & vbi se oblectare sine in-

terpellatoribus posset, inuitato eo in hortos suos ad cœnam, supposuit piscatores, qui ante hortulos suos se piscari fingerent, & magnam vim piscium, quos paratos haberent, quasi tunc ibi primum captos, ante pedes cœnantium abiicerent, vt ita persuaderet Cannio, quod & adferebat, illa villa Syracusas carere non posse, illo loco esse quicquid Syracusis esset piscium, ibi aquationem esse, id est, vt D. Ambros. interpretatur recte, ibi dulcis aquæ gratia, innumerabiles pisces conuenire, vt etiam in medio mari quibusdam in locis constat esse aquam dulcem, & ibi magnã & ingentem copiam piscium. Aristot. histor. 4. τῷ ποταμῷ τοὺς ἰχθύας τρέφεσθαι, id est, *præcipue ali pisces aqua dulci*, etiam in medio mari. At vero non est dubium his casibus venditorem teneri ex empto, quasi deceperit emptorem. Quod vtique verum est in specie *h. l.* etiamsi colonum illum imaginarium, & quinquennii pensionem (Nam prædia locare solebant in quinquennium, in lustra, vt censores publica, cuius rei sunt innumera exempla in iure) etiamsi colonum illum, inquam, imaginarium, & quinquennii pensionem in fidem suam receperit, quia id fecit, quo facilius excogitatam suam fraudem occultaret. Nec quicquam ea fideiussio profuit emptori deficiente reo principali: nec enim fuit verus, sed imaginarius colonus. Denique nulla fuit locatio conductio.

Ad §. vlt.

§. 1. Pretii sorte, licet post moram, soluta, vsuræ peti non possunt, cum hæ non sint in obligatione, sed officio iudicis præstentur.

SEquitur in *h. l. pretij sorte, &c.* Certum est vsuras pretii tardius soluti, post traditionem vacuæ possessionis venire in actionem ex empto, *l. 13. §. ex vendito, sup. hoc tit.* Venire, inquam, officio iudicis potius, quam potestate actionis, vt diximus in *l. 47.* Ex quo sequitur, quod est in hoc §. 1. Pretii sorte soluta venditori, post moram emptoris, quia solutione sublata est sortis obligatio, siue actio ex empto de pretio vsurarum persecutionẽ nullam superesse: quia non sunt in obligatione, sed præstantur officio iudicis addicti actioni ex empto, de sorte pretii, quæ cum sit perempta solutione, & officium quoque iudicis in illa re nullum superest, vt in *l. centum 8. de eo quod cert. loc.* Officium iudicis adhibetur certis actionibus, non per se solum exhibetur. Idemque dicendum est si iudex, apud quem agebatur ex vendito, in sortem tantum pretii condemnauerit emptorem, nec vllam vsurarum rationem habuerit, *l. 4. C. depos.* Neque enim vlla superest petitio vsurarum, nisi in stipulationem deductæ sint, *l. 1. C. de iudic.* Alia est ratio vsurarum, quæ debentur ex contractu, alia earum quæ debentur officio iudicis.

Ad Leg. L. Bona fides.

Bona fides non patitur, vt cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditæ debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur, & re sua carere. Possessione autem tradita futurum est, vt rem venditor æque amitteret, vt pote cum petenti eam rem emptor exceptionem rei venditæ & traditæ obiiciat: vt perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset.

HÆc *l.* est de emptore, qui venditori pretium debere desiit *alicuius legis beneficio*, vt ait: Cedo, quæ lex tam iniqua, quæ liberet debitores, & quæ tolerari possit? Multa afferunt exempla. alii de restitutione in integrum, quæ datur minori vigintiquinque annis aduersus creditorem, à quo circumscriptus est. Male: Nam hic ipso iure non liberatur, sed extra ordinem ei succurritur, ne in damno versetur: non absoluitur legis alicuius beneficio, sed

A subuenitur ei auxilio prætoris. Alii ponunt exemplum in eo, qui hoc impetrauit à Principe ne quid deberet creditoribus. Hoc vero nunquam inueniens ab vllo Principe impetratum fuisse. Impetratur quidem hoc sæpe, ne quis conueniatur à suis creditoribus intra quinquennium, sed vt omnino absoluatur, hoc neque statuit Princeps vnquam neque statuere potest. Alii ponunt exemplum in L. Iulia de cessione bonorum, id est, quæ permittit cessionem bonorum, euitandi carceris causa: Quoniam ex hac l. qui cessit bonis non liberatur, non desinit debere, sed desinit posse conveniri in solidum: Cæterum vbi locupletior factus fuerit, debiti exactio est: Non fuit igitur exstincta per cessionem bonorum, sed suspensa tantum actio fuit, quoad debitor soluendo esset. Nihil est certius. At non est hac in

B re laborandum. Nullum est proprius & conuenientius exemplum, quam quod sępe factum in vrbe Roma, legis promulgatæ nouarum tabularum, sic vocabatur, qua plebs soluebatur ære alieno in totum, vel ex parte, seditionis alicuius sedandæ gratia: Sic beneficio legis nouarum tabularum, debitores esse desinunt: Quod vt dixi crebro factum est Romæ. Exempla sunt in auctoribus innumera, & potissimum in Cæsare de bello ciuili *libro 3.* duobus aut tribus locis. Idem factum est crebro Athenis, vt auctore Solone, qui hanc legem proprio nomine σεισάχθειαν appellauit. Et ita hoc genere, si forte emptor venditori pretium debere desiit, actione ex empto de re sibi tradenda agere non potest, quia æquitas & bona fides non patitur, vt rem habeat emptor, venditor pretium non habeat. Qua ratione, etiamsi post traditionem rei emptor beneficio nouarum

C tabularum pretium debere desierit venditori rem vindicanti (quod potest, si fidem non habuerit de pretio, quia traditione dominium ab ipso non abscedit ante solutionem pretii, *l. quod vendidi 19. de contrah. empt.*) emptor ei non potest vtiliter opponere exceptionem rei venditæ & traditæ, qui pretium debere desiit, neque vltro id vult venditori soluere ex fide bona. Hęc exceptio datur tantum ei, qui pretium soluit, *l. si à Titio 72. de rei vind. l. 1. de except. rei vend.* Non soluto pretio, aut non habita fide de pretio, perinde est, ac si venditor idemque petitor, id est, qui rem venditam & traditam vindicat, nec tradidisset nec vendidisset: imo & habita fide de pretio putarem hoc casu venditori non obstare exceptionem rei venditę & traditæ. Denique beneficio nouarum tabularum, liberato emptore, rescindendam traditionem esse.

D

Ad Leg. LI. Si & per emptorem.

Si & per emptorem & venditorem mora fuisset, quo minus vinum præberetur, & traderetur: perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset. Non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse, ipso moram faciente emptore. §. 1. Quod si fundum emisti ea lege, vt des pecuniam Calendis Iuliis, etsi ipsis Calendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solueretur, deinde per te staret, quo minus solueres, vti posse aduersus te lege sua venditorem dixi: quia in vendendo hoc ageretur, vt quandoque per emptorem factum sit, quo minus pecuniam soluat, legis pœnam patiatur.

E *Hoc ita verum puto, nisi si quidem in ea re venditor dolo facit.*

LAbeo initio *h. l.* indistincte ait, si & per emptorem & per venditorem mora fuerit, quo minus vinum venditum prębeatur, forte degustandum vel admetiendum, & traderetur, puta emptori, oblato vino congruo loco & tempore, sine iusta causa mora faciente in eo degustando, admetiendo, accipiendo, & alia vice venditore interpellato & admonito vinum tradere, faciente moram in tradendo eo: hoc casu emptori potius nocere, quam venditori moram adhibitam, quasi non videatur venditor moram fecisse, cum & ipse emptor moram fecerit. Verum hanc sententiam Labeonis Pomponius in *l. illud 15. de peric. &*

comm. rei vind. temperat, adhibita distinctione temporis, vt si posterior fuerit mora emptoris, ei noceat potius, quam prior venditori: Et è diuerso si posterior fuerit mora venditoris, ei noceat potius quam prior emptori: quod & in aliis negotiis obseruatur, *l. 17. de constit. pecun. l. Celsus 23. §. vlt. & l. seq. de recept. qui arbit.* Simili modo, si fundo vendito ea lege, vt pretium solueret emptor Calend. Iuliis, quo die venditor pecunia indigebat, adiecta pœna, si ad eam diem non solueret, si per venditoris moram steterit, quo minus ea die pretium acciperet, ac deinde per emptoris moram, quo minus post eam diem interpellatus pretium soluerit, posterior mora nocet emptori potius, quam prior venditori, & pœna committitur, quia id actum videtur, vt quandocunque per emptorem mora fieret, pœna committeretur, quia vt cum arbiter vel iudex iubet pecuniam dari Kal. Iuliis, duo huic iussioni præcepta insunt: vnum pecuniam dari, alterum Calend. Iuliis dari, ita vt si Calendæ præterierint, non ideo liberetur debitor, *d. l. Cels. §. pen. c. cum delicti 6. extra, de dolo & contum.* Ita huic legi venditionis duæ insunt conuentiones, vt soluat Calend. Iuliis, & vt soluat quandoque, ante vel post Calendas: quæ est sententia §. 2. Cui tamen additur hæc exceptio: Nisi si quid ea in re venditor dolo fecit, vtpote si data opera pecuniam distulit accipere, vt eius pecuniæ solutionem traheret in tempus, quo sciebat emptori incommodum fore eam pecuniam soluere.

Ad L. LII. Creditor fundum.

Creditor fundum sibi obligatum, cuius chirographa, tributorum à debitore retro solutorum, apud se deposita habebat, vendidit Manio ea lege, vt si quid tributorum nomine debitum esset, emptor solueret. Idem fundus ob causam eorum tributorum, qua iam soluta erant, à conductore saltus, in quo idem fundus est, venit, eumque idem Manius emit & pretium soluit, quæsitum est, an empti iudicio vel aliqua actione emptor à venditore consequi possit, vt solutionum suprascriptarum chirographa ei dentur. Respondit, posse emptorem empti iudicio consequi, vt instrumenta, de quibus quæreretur, exhibeantur.

Creditor iure pignoris fundum debitoris vendidit ea lege, vt si quid tributorum præteritorum nomine fisco deberetur, id solueret emptor, publicanus siue conductor saltus publici, in quo idem fundus erat, sub specie non solutorum tributorum fundum vendidit, quasi publico pigneratum tacito iure tributorum nomine, in quo priuilegium habet fiscus. Vendidit autem eum fundum eidem, qui & eum emerat à priori creditore, qui publicano pretium soluit, bis soluit pretium eiusdem rei, semel creditori, & iterum publicano. Ex quo loco intelligitur verum esse, quod Ælius Gallus Iurisconsultus ait apud Festum: Saltum esse, vbi syluæ & pastiones sunt, licet in eo saltu sit ager quidam cultus siue fundus, quod idem est. Nec enim ea res perimit nomen saltus, sicut nec fundi nomen, si qua particula in eo fundo syluam & pastionem habet, *l. 3 t. de vsufr.* At nondum peregi speciem hic propositam. Publicanus, vt dixi, sub specie tributorum non solutorum fundum vendidit eidem emptori, quę tamen tributa iam soluta erant, quantum apparebat ex chirographis solutionum, id est, ex apochis, quæ apud se deposita creditor, qui prius vendidit, habebat: Non tenetur quidem creditor, qui pignus suo iure vendidit actione ex empto euictionis nomine, ne ad pretium restituendum quidem, *l. 11 §. sententiam, sup. l. 1. & 2. C. cred. euict. pig.* attamen tenetur actione ex empto emptori forte acturo cum publicano condictione indebiti, vt apochas quas habet, exhibeat, quibus fretus emptor aduersus publicanum fundet vel muniat intentionem suam. Notandum apochas, id est, professiones solutarum pecuniarum debitarum, hoc loco appellari chirographa solutionum.

A

Ad §. 1. Prædium.

Prædium æstimatum, in dotem à patre filiæ suæ nomine datum, obligatum creditori deprehenditur. Quæsitum est, an filius, qui hereditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset, dote contenta: actione ex empto teneatur, vt à creditore lueret, & marito liberum præstaret. Respondit teneri.

Si pater prædium æstimatum, finge aureis 100. filiæ nomine dederit in dotem, instrumento dotali scilicet, vt in *l. si fundum, inf. de fun. dot.* Si inquam, dederit in dotem instrumento dotali, nondum tradiderit, & prædium creditori paterno pignori obligatum deprehendatur, mortuo
B patre, filius eius, quem habet in potestate, *qui hereditatem retinet*, inquit, quod notandum. Suus heres proprie parentis hereditatem non adquirit, sed retinet, *l. 12. §. vlt. de bon. liber. l. si seruum 71. §. si quis suus, de acquir. hered.* quia scilicet & viuo patre quasi quodammodo bonorum paternorum dominus esse existimatur, *l. in suis 11. de lib. & post.* Et mortuo patre eorum bonorum dominium continuare potius quam acquirere, continuare vel retinere. Mortuo igitur patre, vt ait, filius eius, qui hereditatem patris retinet, marito sororis suæ, quæ dote contenta se patris hereditate abstinuit, actione ex empto tenetur, vt prædium luat, & præstet emptori liberum, actione ex empto, quia æstimatio emptio venditio est, *l. plerunque 10. §. 5. & l. quoties 16. inf. de iur. dot.* Frustra vero hic agit Accursius de euictione fundi dati in dotem, quia datus fuit instrumento
C dotali, non naturalis traditionis genere, & non potuit igitur marito euinci res, quæ nondum ei tradita est; Denique de traditione hic agitur fundi instrumento dotali in dotem dati, non de euictione præstanda.

Ad §. penult.

Inter venditorem & emptorem militiæ ita conuenit, vt salarium, quod debeatur ab illa persona, emptori cederet. Quæsitum est, emptor militiæ, quam quantitatem à quo exigere debet, & quid ex eiusmodi pacto venditor emptori præstare debeat? Respondit, venditorem actiones extraordinarias eo nomine, quas haberet, præstare debere.

D Ad *§. pen. h. l.* notandum est, militiam in hoc §. vocari administrationem siue officium, quod quis gerit in palatio siue Comitatu Principis, cuius gratia salaria quædam & commoda, siue annonas de publico percipit: Zonaras in Apostolorum Can. 82. Στρατείας eodem modo interpretatur esse administrationes ciuiles, officia palatina, quales sunt militiæ silentiariorum, quibus silentij cura noctе in palatio Principis, & militiæ adiutorum Quæstoris, quem hodie vocant Cancellarium. Quæstor palatij est, qui hodie dicitur *Chancelier.* Adiutores Quæstoris sunt, *les Secretaires, les Rapporteurs, les Grefiers, le Chauffecire.* Eiusdem generis est militia primipili, id est (nam aliter nos accipimus primipilum, quam veteres) militia siue officium, quo fungitur is, cui cura est distribuendæ annonæ
E militaris. Hæ militiæ legari possunt, & in heredes transmitti, vel in liberos, etiamsi non sint heredes, *l. 22. de leg. 2.* & pignori dari, & emi, vendique: *comme auiourd'huy l'estat de Chauffecire, qui se peut vendre, ou s'il ne se vend, il se continuë à iamais à vne mesme maison*, eæ inquam militiæ emi vendique possunt, *l. 5. C. qui mil. poss. l. 30. §. vlt. C. de inoffic. testam. Nouel. 35. & 53.* Et ita in specie *h. l.* proponitur aliquem vendidisse militiam suam, *son office*, ea lege, vt salarium præteritum, quod ei certa quædam persona, puta, susceptor tributorum forte debebat, cederet emptori, vt sequeretur emptorem. Ex hac causa venditor in hoc tantum tenetur, vt cedat emptori actiones extraordinarias, quas habet salarij sibi debiti nomine: Nam in debitorem ipsum emptori nulla competit actio. Recte ait, *actiones extraordinarias*: Nam salarium omne petitur ex-

tra ordinem, *l. salarium 7. mand. l. 1. de extraord. cog.* Quid hoc est, *extra ordinem?* Id est, petitur apud Magistratum ipsum, puta, Prætorem vel præsidem, non apud iudicem datum à magistratu. Nam his causis iudex specialis non potest addici à magistratu, sed de iis ipsemet magistratus cognoscere debet. Res enim non est ordinarij iuris. si esset ordinarij iuris posset delegari iudici speciali. At de ordinariis actionibus idem prorsus dicam, vtputa, si quis vendidit fundum, qui alij locatus est ea lege, vt pensiones debitæ venditori, cederent emptori: Nam & hoc casu venditor emptori præstare debet actiones ordinarias, præstare debet actionem ex locato, quam eo nomine habet.

Ad §. vltim.

Ante domum mari iunctam, molibus iactis, ripam constituit, & vti ab eo possessa domus fuit, Gaio Seio vendidit. Quæro, an ripa quæ ab auctore domui coniuncta erat, ad emptorem quoque iure emptionis pertineat? Respondit, eodem iure fore venditam domum, quo fuisset prius, quam veniret.

IN *§. vlt. hu. l.* hoc ostenditur, eum, qui vendidit domum mari iunctam, *vti ab eo possessa fuit.* Hæc fuerunt verba venditoris: *Vendo tibi hanc domum, quæ mari iuncta est, vti à me possessa est:* Si is cum domo possedit ripam à se longius proiectam, molibus iactis in mare maris à domo expellendi aut submouendi causa, etiam ripam emptorem sequi debere, non quasi partem domus: nec enim est pars domus; sed quia venditor dixit, domum vti à me possessa est. Licet vero cuique molem in mare iactare, *l. 3. ne quid in loc. pub. l. ergo 30. §. vlt. de acquir. rer. dom.* Ripam dicit pro litore, vt Horatius od. 18. *l. 2.* qui locus huic maxime congruit: *Struis domos,* inquit, *marisque Baiis obstrepentis vrges submouere litora, parum locuples continente ripa.*

Ad Leg. LIII. Si mercedem.

Si mercedem insulæ accessuram esse emptori dictum est, quanti insula locata est, tantum emptori præstetur. Paulus. *Imo si insulam totam vno nomine locaueris, & amplioris conductor locauerit, & in vendenda insula mercedem emptori accessuram esse dixeris, id accedet, quod tibi totius insulæ conductor debebit.*

IN hac lege & sequente proponuntur variæ species, variæ sententię Labeonis ex libris πιθανῶν, siue Verisimilium, cum notis Pauli. Insulam mihi vendidisti quam alij locaueras, ita vt mihi mercedes inquilinorum accederent, quæ deberentur, quęve iam debebantur. *Insulam* vocat domum, quæ non est alij contigua, quales erant Romæ complures, quia tutius videbatur ædeis pluribus locis spargi, vt Cornelius Tac. lib de morib. Germanorum refert: *Suam quemque domum spatio circundare, siue aduersus casus ignis remedio, siue inscitia ædificandi.* Donatus in Adelphis: *Domos, vel portus vel insulas veteres dixisse.* Sane portus dicuntur in 12. tab. illo loco: *ob portum obuagulatum ito: ob portum,* id est, ob domum: *obuagulatum,* id est, acclamatum ito. Labeo autem ait, vendita insula ita, vt emptori pensiones inquilinorum accederent, quanti locata est insula, tantum emptori esse præstandum. Quod Paulus quodammodo notat, quasi dictum nimis generaliter. Nam si conductor maiore pretio eam insulam locauerit, emptori præstare venditor debet, non quantum conductor, sed quantum venditor ipse locauerit, vel actionem scilicet, quam eo nomine habet. Nemo prohibetur domum, quam conduxit, alij locare, *l. 6. C. de locat.* Et plerunque quam quis conduxit totam vno nomine, vnoque pretio, aueisione, vt loquuntur, eam solet relocare per partes, per cœnacula, quo genere consequitur plus mercedis, quam ipse locatori suo dependat, *l. qui insulam 30. tit. seq.* In hac specie emptori accedit, quod conductor venditori debet, non quod conductori debent cænacularij, sic vocantur, quod nec etiam debent venditori, *l. 47. §. vlt. de iure fisc.* Et ita Labeonem quoque sensisse constat *ex l. 58. insulam tit. seq.* Hoc vero nisi dixisset venditor, accessuras scilicet emptori pensiones, proculdubio emptori pensiones non cederent, sed venditori, *l. 13. §. si fructib. sup. h. t.*

Ad §. 1.

Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti: parum habes eo nomine cautum. Paulus. *Minime, si modo in sepulchrum iter publicum transit.*

SEquitur in §. 1. Si vendidisti mihi fundum, nec tibi recepisti sepulchrum, quod in eo erat, Labeo ait: parum te tibi cauisse videri, vt lenioribus hisce verbis in condemnatione reorum olim iudices pronuntiare solebant: *Parum tibi cauisse videris.* Labeo, inquam, ait: Parum te tibi cauisse videri, aut quod idem est, parum te habere eo nomine cautum: quia scilicet sepulchrum, quod exceptum non est, emptorem sequitur, sepulchrum per se specialiter vendi non potest; accedere tamen potest venditioni amplioris fundi, quod modico loco continetur, *l. in modicis 24. sup. de contrah. empt.* Ambr. 1. *de Abraham c. 9. Sæpe,* inquit, *cum alienationib. possessionum venales fiunt, quæ in iisdem locis sepulturæ sunt,* quæ, vt dixi, modico loco continentur. Nec enim mausolæum, meo quidem iudicio, sequeretur emptorem. Non sequi etiam emptorem Paulus notat hoc loco sepulchrum, in quod iter publicum transit, id est, quod ędificatum est secundum iter publicum, vt plerunque Varro scribit 5. de Lingua Latina, *sepulchra fuisse secundum viam publicam,* quo prætereuntes admonerent, & se fuisse, & illos esse mortales. id sepulchrum, quod est secus viam publicam, non videtur in fundo esse: ideoque nec emptorem fundi sequitur.

Ad §. vltim.

Si habitatoribus habitatio lege venditionis recepta est, omnibus in ea habitantibus præter dominum, recte recepta habitatio est. Paulus. *Imo si cui in ea insula, quam vendideris, gratis habitationem dederis, & sic receperis,* habitatorib. aut quam quisque diem conductum habet: *parum caueris. Nominatim enim de his recipi oportuit. Itaque eos habitatoris emptor insulæ habitatione impune prohibebit.*

VEndidisti domum, & habitatoribus excepisti habitationem, tibi etiam potuisses habitationem recipere & reseruare, vt *l. 21. §. vlt. sup.* At non tibi eam excepisti, sed habitatorib. qui tempore venditionis in ea habitabant: Labeo dicebat, omnibus in ea habitantibus habitationem receptam videri, quod Paulus reprehendit, quia inquilinis tantum eam excepisse videris, quib. eam locaueras certa mercede, quo ad finitum esset locationis tempus, vt *l. 13. §. pen. sup.* Non etiam iis, qui in ea gratis habitabant. *Habitatorum* nomine in iure semper intelliguntur inquilini, qui pro habitatione domino certam mercedem pendunt, expendunt. Si etiam iis, qui in ea gratis vel precario habitabant, excipere voluisti habitationem, parum tibi eo nomine cautum habes, quia nihil de eis specialiter dixisti, sed dixisti generaliter hoc modo: *Habitatoribus aut quam quisque diem conductum habet:* quia in oratione, vt Accursius recte intellexit, est ὑποδιαζευκτικόν, id est, disiunctio, aut pro coniunctione accipitur, ac si dixisset: *Habitatoribus & ad quam quisque diem conductum habet.* Itaque emptor eos, qui gratis habitabant, expellere potest, non etiam inquilinos, quos tamen alioquin, si eis cautum non esset, impune

impune expellere poſſet, *l. ſi merces 25. §. 1. tit ſeq. l. 9. C. eod. tit.* Accurſius non abſque ratione excipit vnum caſum, ſi iis, quib. venditor gratuitam habitationem conceſſit vel donauit ad certum tempus, cauerit de euictione: Donator donatario ſe obligare poteſt euictionis nomine, *l. 2. C. de euict.* interpoſita ſcilicet ſtipulatione: Nam pactum ad hanc rem non ſufficeret, vt Paulus indicat, *l. ſent. tit. de donat.* Et ſane hoc caſu verius eſt, cauiſſe venditorem, etiam iis qui gratis habitabant, quib. ipſe obligatus erat euictionis nomine, quia & ſibi ipſi potius cauit, ne incideret in obligationem.

Ad L. Si ſeruus penultim.

Si ſeruus, quem vendideras, iuſſu tuo aliquid fecit, & ex eo crus fregit: ita demum ea res tuo periculo non eſt, ſi id imperaſti quod ſolebat ante venditionem facere, & ſi id imperaſti, quod etiam non vendito ſeruo imperaturus eras. Paulus. *Minime: nam ſi periculoſam rem facere ſolitus eſt ante venditionem, culpa tua id factum eſſe videbitur: puta enim eum fuiſſe ſeruum, qui per catadromum deſcendere, aut in cloacam demitti ſolitus eſſet. Idem iuris erit, ſi eam rem imperare ſolitus fuerit, quam prudens & diligens paterfamilias imperaturus ei ſeruo non fuerit. Quid ſi hoc exceptum fuerit? tamen poteſt ſeruo nouam rem imperare, quam imperaturus non fuiſſet, ſi (non) veniſſet, veluti ſi ei imperaſti, vt ad emptorem iret, qui peregre eſſet. Nam certe ea res tuo periculo eſſe non debet. Itaque ea tota res ad dolum malum duntaxat, & culpam venditoris dirigenda eſt.*

§. 1. Si dolia octoginta accedere fundo, quæ in foſſa eſſent, dictum erit, & plura erunt, quam ad eum numerum: dabit emptori ex omnibus, quæ vult, dum integra det. Si ſola octoginta ſunt, qualiacunque emptorem ſequentur: nec pro non integris quicquam ei venditor præſtabit.

CErtum eſt, poſt venditionem & ante traditionem in ſeruanda re vendita venditorem talem cuſtodiam & diligentiam adhibere debere, qualem prudens & diligens paterfamilias ſeruandis rebus ſuis adhibere ſolet. Itaque non tantum ſi dolo, ſed & ſi negligentia, deſidia & culpa leui venditoris interim res deterior facta fuerit: periculum ſiue damnum ad eum pertinet, non ad emptorem, *l. 31. l. 36. ſup. h. t.* videlicet, ſi nondum emptor in re accipienda fecerit moram, alioqui doli tantum nomine venditor tenetur, *l. illud 17. de peric. & commod. rei vend.* Vnde quæritur, ſi ſeruus venditus, nec dum traditus iuſſu venditoris opus aliquod fecerit, cuius occaſione ſibi crus fregerit: an ea res ſit periculo venditoris, quaſi culpa eius deteriore facto ſeruo? Et Labeo dicebat, eam rem non eſſe periculo venditoris, ſi modo id ei imperauit venditor, quod ſolebat ante venditionem imperare, & ille facere, quodque etiamſi hominem non vendidiſſet, ex more ſuo imperaturus erat. Reprehenditur à Paulo: quia ſi ante venditionem iuſſu domini rem periculoſam facere oblitus eſt, non ideo minus videtur culpa venditoris, qui ei poſt venditionem eandem rem poſtquam imperauit, deterior factus eſt; debuit enim diligentior eſſe venditor poſt venditionem in eo homine ſeruando, quam ante venditionem: Nec enim ſatis eſt, eam diligentiam præſtare quam ſuis rebus præſtare ſolet, qui forte earum non admodum diligens eſt: ſed præſtanda ea diligentia eſt, quam quiſque diligens & frugi paterfamilias adhibere ſolet. Non ad ſuum modum venditor, ſed ad modum prudentis patrisfamilias diligens eſſe debet. Fac ſolitum ſeruum ante venditionem iuſſu domini per catadromum ex alto deſcendere, ex ſublimi loco deſcendere, ex faſtigio turris per catadromum, id eſt, per funem extenſum, quem etiam epidromum & peridromum vocant, auctore Iulio Polluce, & tranſennam. Fac quod idem eſt, ſolitum eſſe ſeruum iuſſu domini ambulare per funem in aëre extenſum, qua re nihil eſt periculoſius. Vel fac, quo etiam exemplo hic vtitur, quod æque periculoſum eſt, ſolitum ſeruum dimitti in cloacam, purgandæ

A cloacæ, vel quærendæ certæ rei gratia. Vel fac, vt *in §. pen. Inſt. de l. Aquil.* ſolitum demitti in puteum, vel ſeruum ſolitum aſcendere in arborem, quod etiam à periculo non abeſt. Hæc poſt venditionem imperare ſeruo venditor non debuit, etiamſi ante venditionem ea imperare conſueuit. Maior cautio requiritur in ſeruanda re aliena, aliiue debita deſtinataque, quam in re ſua. Si ſum diſſolutus in re mea, an licet etiam mihi eſſe diſſolutus in re aliena? Rurſus, etiamſi hos caſus, in quib. magnum verſatur periculum, excipias à ſententia Labeonis, adhuc falſa deprehenditur in eo, quod ſignificat periculum eſſe venditoris, ſi rem inſolitam & nouam ſeruo imperauit, ex quo is ſeruus perierit. Nam etiamſi rem nouam imperauit, vt ſi iuſſerit ſeruum ad emptorem proficiſci, qui peregre erat, & in itinere

B fuerit à latronib. occiſus, ſane periculum non eſt venditoris, quia huic caſui reſiſtere non poteſt. Quapropter concludit tandem Paulus, hac de re non poſſe certi quicquam definiri: Sed totam hanc rem ad dolum malum tantum & culpam venditoris dirigendam eſſe. Rectiſſime: quoniam id tantum periculum reſpicit venditorem, quod contigit dolo vel culpa eius: cetera pericula reſpiciunt emptorem.

§. 1. expoſitus eſt ad l. 26. ſupr. eod.

Ad L. vltim.

Si ſeruus, qui emeretur, vel promitteretur, in hoſtium poteſtate ſit, Octauenus magis putabat valere emptionem & ſtipulationem: quia inter ementem & vendentem eſſet commercium.

C *Potius enim difficultatem in præſtando eo ineſſe, quam in natura; etiamſi officio iudicis ſuſtinenda eſſet eius præſtatio, donec præſtari poſſit.*

HÆc lex hoc docet, valere emptionem venditionem & ſtipulationem ſerui capti ab hoſtibus, ex Octaueno Iuriſconſulto: ex quo eiuſdem hominis legatum valere relatum eſt, *l. 9. de legat. 1.* Forte ſpes poſtliminii facit, vt & eius rei, quæ bello capta eſt ab hoſtibus, inter ciues Romanos commercium ſit, etiamſi pręſtatio & traditio eius in facili non ſit, nec poſſit ea res, quamdiu detinetur ab hoſtibus, de ea re tradenda agi cum effectu, quia officio iudicis bonæ fidei ſuſtinetur traditio, donec fieri poſſit. At difficultas præſtationis, quæ magis in re ipſa pro tempore,

D quam in natura conſiſtit, non vitiat emptionem vel ſtipulationem, *l. 2. §. ex his, de verb. obligat.* Suſpenditur præſtatio propter difficultatem. At in hac ſpecie obligatio non perimitur. Longe alia eſt ratio impoſſibilitatis. Impoſſibilitas vitiat ſtipulationem, non difficultas: hæc non eſt in natura. Vnde & impoſſibilis conditio definitur, cui rerum natura impedimento eſt, *§ ſi impoſſibilis, Inſtit. de inutil. ſtipul.* Denique impoſſibilitas ex natura æſtimatur, quę immutabilis eſt: difficultas æſtimatur ex facultate præſtandi, ex commodo aut incommodo eius qui præſtare debet: hęc facultas modo ſuppetit, modo non ſuppetit, & incerta valde & inconſtans eſt. Quod Accurſius notat, rem quę fuit ſemper hoſtium propria, non poſſe emi & vendi. verum quidem eſt in re immobili, vt *l. liber homo 103. de verb. oblig.* ſed non etiam in re mobili, puta in ſeruo, *l. ab omnibus 104.*

E *§. etiam, de legat. 1.* quia res mobilis facilius peruenire in poteſtatem noſtram quandoque caſu quodam poteſt.

Ad tit. II. Loc. cond.
Ad Leg. XXXI. In nauem.

L. 31. In nauem Saufeij &c.

HÆc lex eſt de actione oneris auerſi. Ea actione tenetur nauta, qui onus vehendũ conduxit, ſi illud onus auertat: Auertere eſt alia vertere, aut ſubripere, Tertul. contra Marcionem Pontificem: Si nullum, inquit, onus auertiſti. Species autẽ, quæ in hac lege proponitur, hęc eſt: Plu-

res in naue Saufeij frumenta sua contulerunt, & confuderunt ea frumenta. commune est frumentum, vel potius communiter datum, & confusum in naue, aceruo vno. nauta vni ex eis frumentum reddidit pro sua parte, aliis non reddidit. Deinde nauis periit, reliquum onus omne periit: Naufragium aut naufragij periculum pertinet ad locatores, id est, ad dominos frumenti, videlicet, si confuderint frumentum, & contulerint sine dolo nautæ, *l. item quæritur* §. *1. h. t. l. vlt.* §. *1. sup. ad l. Rhodiam.* Et locatores repetere tantum possunt vecturas, si quas dederint in antecessum pro mutuo, *l. ex conducto* §. *item cum quidam, hoc tit.* Hoc casu nauta naufragium siue naufragij periculum locatoribus non præstat, si dolo & culpa careat. At quæritur in hac specie, an nauta saltem teneatur aliis locatoribus, actione oneris auersi, quasi scilicet videatur onus naui impositum auertisse, ex eo vni ex eis reddendo partem, non aliis. Nam ita accidit, vt huic pars sua salua fieret: & deinde reliquis partes suæ perirent, facto naufragio. Hic tantum habet suam partem saluam, reliqui frumenta amiserunt naufragio. Quæstio est, an vni reddendo partem ex communi aceruo, videatur onus auertere? & an hac actione oneris auersi teneatur Saufeius nauta? Ostendit duo esse genera rerum locatarum: nam vel id agitur, vt eadem res, quæ locatur, reddatur, vt cum vestimenta fulloni lauanda locantur, quo casu, rei locatæ dominium non mutatur, imo nec possessio: nam locator possidet semper per conductorem. vel id agitur, vt non eadem res omnino reddatur, sed alia res eiusdem generis, vt cum fabro aurum datur, constituta mercede, vt annulum faciat ex eodem auro, vel alio æque bono, is non cogitur idem aurum reddere. Idem est, si fabro dedi argentum pusulatum, vt vasa faciat ex argento. Alciatus *lib. 6. parerg.* male legit postulatum. Alij Codices habent postulatum, quod idem est quod pusulatum: nam pustulas pusulas dicimus. Festus, in verbo hettam. Plinius *lib. 22. c. 25.* quatuor locis, vbi scriptum est pustulas, libri veteres habent, pusulas. sic *lib. 15. c. 25.* argentum pustulatum dixit Suet. in Nerone. *Marti. 7. epigram.* Nulla venit nostris, &c. Et in 8. O nimium felix pustula. Eo verbo significatur argentum merum & purissime coctum. Ea vero in locatione id agitur, vt non eadem reddantur, sed alia eiusdem generis, aurum pro auro, aurum infectum pro facto, vt vas aureum pro massa auri, tunc per locationem auri dominium transfertur in fabrum, & tunc hoc negotium habet speciem mutui. In creditum ire est mutuum contrahere *l. tut. D. ad Senatusc. Vellei. l. seruo muto* §. *vlt. ad Senatusc. Treb. & l. 2. de reb. cred. si cert. pet.* Item in creditum ire, est quasi mutuum contrahere, *l. 3.* §. *vlt. ad Senatusconf. Maced. l. procuratoris* §. *sed etsi dedi, de tribut. actio.* Et hic, etiam est quasi mutuum, & esset omnino mutuum, nisi merces interueniret. Quamobrem locatio & conductio potius est, ex qua dominium rei locatæ mutatur. sola quidem locatio dominium non mutat, nec possessionem, *l. non solum, hoc tit.* sed in hac specie id agitur, vt locatio dominium mutet, & nihilo tamen minus est locatio. Itaque hoc casu venient vsuræ ex mora vel pacto, quæ tamen in mutuum non veniunt ex mora. Itaque hoc negotium faciem siue speciem mutui habet, & effectum, quia dominium transfert, & similis res redditur: At locatio & conductio potius est contractus bonæ fidei, id est, non strictus. Sic depositum non solet dominium mutare, quia sæpe redditur eadem res deponenti. At cum id agitur, vt non eadem res reddatur, sed similis, vt cum pecunia depositi titulo numeratur ea lege, vt tantundem reddatur in genere, non specie, quasi forma quędam est mutui; sed quia deponendi est animus, depositum potius esse significatur, & ideo ex mora venient vsurę à depositario pręstandę, *l. Lucius, & l. seq. in fine, depos. sup.* vel etiam venient ex pacto ante moram, si ita conuenerit, vt veniunt in emptione, *l. 5. de pact. inter empt. & vendit. comp.* Et generaliter, in omnibus bonę fidei iudiciis. At in mutuo neque veniunt ex mora vsurę, neque ex pacto, sed ex stipulatione. Duo igitur sunt

A genera rerum depositarum, vt & locatarum, vno dominium non mutatur, altero mutatur. His cognitis redeamus ad speciem propositam: Si nauta onus frumenti vehendum de pluribus conduxerit certa mercede, vel locatores frumentum non contulerunt, sed separatim quisque nautę suum dedit frumentum vehendum, clusum tabulis, heronibus, vel cupa, sic recte Florentię legunt, alii male; veronibus, inter quos est Budęus. Quid hoc significet, ostendit Donatus, in Phormionis vocabulo explicando. Gręci eos vocant κοφίνους, sic apud Vitruuium in fine *lib. 5.* Erronibus & cupa ibi corrupte; alii, meronibus, alii veronibus. sic corrigendus Plinius *lib. 16. cap. 14.* At si separatim quisque suum dedit nautę frumentum clusum, & nulla sit facta confusio frumenti, tunc

B non videtur frumenti dominium translatum in nautam, & idem frumentum reddere cogitur vectori. Igitur vni ex eis si suum reddat frumentum, recte reddit, quia suum cuique seruabat, nec mutatur dominium. Sed si vni ex eis reddit alienum frumentum, non suum, hoc casu non recte redditur, & domino frumenti datur vindicatio aduersus eum, qui id accepit, aduersus nautam dabitur actio furti, vel actio oneris auersi. Hoc casu: Nauta plane onus auertit, cuius rei coercendę causa à prętore specialiter proposita est actio oneris auersi, quam actionem verisimile est in duplum fuisse pœnalem, vt & actionem furti: Sed ea actio, vt ait Iurisconsultus, est superuacua, id est, non necessaria, cum sit in promptu actio furti ciuilis: prętor dat actionem specialem superuacuo, cum suppetit ciuilis, hic est ciuilis actio furti, ergo super-

C uacua est actio oneris auersi proposita à prętore, præsertim cum hęc actio non sit grauior, quam actio furti, & nihil habeat proprium. Si esset grauior, vel quid proprium haberet, non esset superuacua, vt actio in factum ex edicto de publicanis, quę est in duplum, non est superuacua, licet competat ciuilis actio furti, quia illa actio prętoria proprium aliquid habet. Id diximus *tit. C. vectig. non. inst. non poss.* Actio oneris auersi plane superuacua, quia nec grauior est ciuili. Si quæratur, cur ea actio à prętore sit proposita, commodissime respondebitur, vt in alia nautarum causa Vlpianus respondet, in *l. 1.* §. *1. Nautæ, caupones, stabularij*, vt innotesceret prętorem curam agere coercendę iniquitatis nautarum. Igitur prętor proponit superuacuas actiones existentibus ciuilibus, vt ostendat eam

D rem sibi esse curæ, licet illa actio contineat non plus, quam ciuilis: at actio oneris auersi non erit superuacua, si onus publicum, vt annonę auersum sit. Nam tunc actio auersi grauior est actione furti; nam est capitalis *l. penult. de nauic. & ex Nouella Leonis 62.* est in quadruplum. Aliud membrum est, si locatores contulerint frumentum in nauem, & ita venerint in creditum, communiter frumenta videntur nautę adquisita, & ideo vni redditur ex aceruo, quod volet, eadem mensura, qua accepit, cum non sint frumenta separata, & vni dando pro sua parte onus, auertere non videtur: nemo enim suam rem auertere dicitur, onus est nautę, recte ei dare videtur, nec nauta tenetur actionibus pœnalibus furti vel oneris auersi, nisi culpa eius vel dolo naufragium sit factum. Et generaliter culpę nomine tenetur. At culpa non intel-

E ligitur esse, si vni soluerit pro sua parte, licet aliis non soluerit; hoc igitur casu cessant actiones pœnales, quę priore casu competunt, cum separata sunt frumenta, & vni non reddidit suum, sed alienum frumentum. Ij sunt errores interpretum, dicunt nomen actionis oneris auersi esse sublatum, non actionem ipsam & ius. Nos diximus, non esse sublatum, sed superuacuam videri actionem, id est, non necessariam. Iidem dicunt actionem oneris auersi esse actionem locati, nos diximus esse actionem pœnalem, non rei persecutoriam, vt est locati. Iidem dicunt eam actionem dari aduersus conductorem, qui casum fortuitum recepit, & id esse auersione conducere, cum scilicet quis periculum auertit à locatore, & sibi recipit, in qua parte dupliciter errant, quia primum

in hac specie periculum non est conductoris, id est, casus fortuitus ad eum non pertinet, & culpam tantum præstat: Aliud peccatum est siue mendum, quia male interpretantur auersione conducere, quod est conducere totum aliquid, vt domum faciendam conducere, constituta certa mercede in vniuersum: auersione conducere, & in pedes singulos conducere sunt aduersa, aliud est auersione constituere mercedem, omni opere perfecto: Græci dicunt, ἀθρόως: aliud est in dies singulos mercedem constituere.



AD TITVLVM. V.

De præscriptis verbis, & in factum actionibus.

Dicitur hic *præscriptis verbis*, quia datur ex præscripto contrahentium. ceteræ actiones dantur à prætore conceptis verbis: quod si scripto caret contractus, datur actio ex rudi & simplici eorum qui contraxerunt conuentione *l. 1. §. si quis seruum, depos. l. si dominus, hoc tit.* & ideo à Græcis appellatur ἀγωγὴ τῶν προγεγραμμένων συμφώνων. actio ex præscriptis conuentionibus. Hæc enim actio non datur nisi ex contractu. Non est existimandum hanc ideo vocari præscriptis verbis, quod rei gestæ narrationem contineat. dicitur quidem in factum, quasi in factum concepta *l. quod de bonis, inf. ad leg. Falcid.* vel quasi in factum comparata, *l. 4. §. si à Titio, de doli except.* & Inst. *de except. in princ.* Si hæc actio præscriptis verbis diceretur eadem ratione, qua in factum dicitur, certe omnes actiones in factum dicerentur etiam præscriptis verbis, quod falsum est: Nam ea tantum actio vocatur præscriptis verbis, quæ ex contractibus incertis datur. Plures autem sunt in factum actiones, alia est prætoria, alia ciuilis: eaque rursum duplex, alia præscriptis verbis, alia non in *l. si tibi rem, & l. si tibi polienda, hoc tit. actio in factum, id est, præscriptis verbis*, vt excludatur ea actio, quæ non est præscriptis verbis. actio in factum quæ non est præsc. verbis non est ex contractu, at actio præscriptis verbis est ex contractibus incertis. Contractus enim certi vel incerti sunt. Certi sunt, qui nomen proprium & ciuile habent, ex iisque datur etiam actio, quæ proprium nomen habet, vt & empti, &c. Incerti sunt, qui legitimo nomine carent, ex quibus datur actio ἀνώνυμος, quæque proprium nomen non habet, *l. & vno, inf. de acceptilat. l. 1. §. debitum, de constit. pecun. l. certi condict. de reb. credit.* Sunt autem multo plures incerti contractus, quam certi: nam verborum ciuilium non est tanta copia, vt omnes contractus possint suis certis vocabulis vocari *l. 4. hoc tit.* Res infinitæ sunt, voces finitæ præsertim ciuiles. Res à natura sunt, voces ab hominibus: natura autem semper vincit artem, ex qua sunt voces, natura facile vincit hominum industriam. Itaque in actionem præscriptis verbis multo plura veniunt negotia, quam in ceteras actiones quæ nomine proprio præditæ sunt. verum illæ quidem sunt frequentiores, & magis pertinent ad vitæ societatem. Negotia quæ veniunt in actionem præscriptis verbis numerosiora sunt. Diximus, hanc actionem tantum ex incertis contractibus dari: opponitur *l. his consequenter §. 1. famil. ercisc.* Testator iussit monumentum fieri ab vno ex heredibus. hoc in action. famil. ercisc. veniet post diuisionem, poterit agi cum herede præscriptis verbis, vt monumentum fiat, quia interest heredum monumentum fieri: nam ius monumenti heredes sequitur. Atqui in ea specie nullus subest contractus. Respondeo: subesse contractum: nam diuisio genus est permutationis, nam fit partib. vltro citroque permutatis, *l. cum pater §. heredem, de leg. 2. l. si fratres, C. communn. vtriusque iudic. l. licet, l. si familiæ, C. famil. ercisc. l. si filia §. hic pater, D. famil. ercisc.* ergo ibi quasi certa lege diuisione facta agitur præscriptis verbis. Opponitur etiam *l. 2. & l. duo §. vlt. inf. de precar.* Ex precario datur actio præscriptis verbis, atqui precarium est donationi simile. Donatio autem nec contractus est, nec conuentio: Ideoque illa actio dicitur dari ex bono & æquo, ne cuiquam beneficium suum damnosum sit. Est igitur ex bono & æquo potius, quam ex contractu. Respondeo: precarium etiam aliquatenus commodato simile est, *l. 1. de precar.* neque tamen est commodatum. Ideo receptum est, vt ex eo detur actio præscriptis verbis, quoniam contractui simile est, & ob id precarium appellatur contractus in *l. contractus, de reg. iur.* Non est contractus, qua donationi est simile, sed qua commodato. Notandum est, hanc actionem etiam appellari propriam, quia scilic. datur ex nouo, peculiari & proprio quodam negotio & separato à ciuilib. negotiis, *l. rogasti, hoc tit. §. præterea, Instit. de locat. l. petenti. sup. de pigner. act.* quæ lex explicanda est. creditor creditam pecuniam reposcit. debitor, quia præ manu pecuniam non habet, dat ei rem obligandam apud alium quemlibet creditorem, hoc non est commodatum, quia non est gratuitum, sed datur debiti nomine. Ideoque ex hoc negotio dabitur actio propria & præscriptis verbis, quoniam hoc negotium proprie est seiunctum à ciuilibus negotiis. Dicitur etiam hæc actio incerti, non quod detur ex incerto contractu, sed quia datur in id, quod interest. actiones omnes à re quæ petitur vel certi sunt vel incerti. si x. peto, actio certi est, si seruitutem, acceptilationem, liberationem, obligationem, cautionem, possessionem, quod interest, actio est incerti: nam harum rerum certum corpus non superest. Itaque ex contractu incerto datur actio incerti, id est, in id, quod interest. Potest etiam ex incerto contractu dari certi condictio, scilicet vt fiat quod dictum est. Item habito contractu incerto, nec fide præstita, datur condictio ob rem dati, qua repetitur quod datum est vel factum, *l. naturalis §. at cum do, h. t.* Hæc actio vocatur etiam ciuilis, quia ciuiles actiones sunt, quæ proditæ sunt ex legibus; hæc autem actio non est nominatim quidem legibus prodita: nomine enim ciuili vacat; verum comparata est ad exemplum & similitudinem ciuilis actionis: nam actio præscriptis verbis ex permutatione, *do vt des*, est similis actioni empti: quæ datur ex *do vt facias*, similis est actioni locati, quæ datur ex facio vt facias, similis est actioni mandati. Item præscriptis verbis æstimatoria, est similis actioni ex vendito, vel locato, vel mandato *l. 1. de æstimat. act.* Omnis igitur actio præscriptis verbis est comparata ad exemplum ciuilis, ideo etiam ciuilis dicitur. Verum non est directa ciuilis: igitur est vtilis tantum, quoniam exemplo ciuilis est tantum introducta, *l. 1. C. de pact. conuent. l. 3. C. de don. quæ sub modo, l. cum mota, C. de transact.* Alia est actio ciuilis in factum, quæ non est præscriptis verbis. id declaratur sumpto exemplo ex lege Aquilia, ex qua est actio directa, quæ etiam ciuilis dicitur, *l. si heres institutus §. 1. ad Trebellian.* quæ tunc competit, cum corpus corpori damnum dedit, vt si quis sua manu seruum alienum occiderit, tunc competit actio legis Aquiliæ directa. At quid si corpori damnum datum sit, sed non corpore, verum corporis occasione: vt si quis seruum incluserit, atque ita fame perierit, corpus damnum non dedit, sed causam damni. Hic non agitur directa lege Aquilia, sed dabitur actio vtilis legis Aquiliæ, quæ est in factum ciuilis, quia datur in casu simili legis Aquiliæ. Sed non præscriptis verbis: nam nullus hic subest contractus. At quid dicemus, si nec corpus damnum dedit, nec passum est, verum nocitum est aliter domino, vt si seruum vinctum quidam soluit, atque ita fugit seruus, hæc res domino fraudi est. Hic non datur actio vtilis legis Aquiliæ: nam casus est dissimilis, in casu dissimili non datur actio vtilis, *l. si mensor falsum, sup. si mens. fals. mod.* Sed datur actio in factum prætoria. Hæc actio est extremum refugium iuris sui persequendi: est enim subsidio actioni de

dolo, & omnino pœnalis. Hic est ordo actionum. Primo est actio ciuilis, quæ si est, cæteræ non dantur. Deinde est actio in factum ciuilis, quæ & vtilis dicitur, & hæc est vel præsc. verbis, vel non. Tertio in factum prætoria, quæ competit ex edictis, vt actio Pauliana, Fabiana, actio albi corrupti, de deiectis & effusis. Quarto est actio de dolo, quæ non datur, nisi superioribus deficientibus. Vltimo est in factum prætoria, quæ non est ex edicto, sed ex decreto datur, in negotiis infinitis, estque subsidio etiam actioni de dolo. *Præscriptis verbis* h. e. de actionibus in factum ciuilibus, quæ ex contractibus dantur, *In factum actionibus*, h. e. de actionib. in factum prætoriis, & de ciuilibus quæ ex aliis causis competunt.

Ad L. I. II. III. IV.

L. 1. Nonnunquam euenit, vt cessantibus iudiciis proditis & vulgaribus actionibus, cum proprium nomen inuenire non possumus, facile descendamus ad eas, quæ in factum appellantur: Sed ne res exemplis egeat, paucis agam.

§. 1. *Domino mercium in magistrum nauis, si sit incertum, vtrum nauem conduxerit, an merces vehendas locauerit, ciuilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit*

§. 2. *Item si quis pretij explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit: sed non exhibita fide, in factum ciuilis subiicitur actio.*

L. 2. Nam cum deficiant vulgaria, atque vsitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est.

L. 3. In quam necesse est confugere, quotiens contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ iure ciuili prodita sunt.

L. 4. Natura enim rerum conditum est, vt plura sint negotia, quam vocabula.

INitio huius l. proponitur, ex contractib. dari actionem præscriptis verbis, si sint incerti contractus, atque adeo si non sit ex eis certa actio legib. prodita. Certæ actiones legibus sunt expressæ ex certis contractib. si sint incerti contractus & noui, vt quotidie occurrunt noua, descendendum est ad actionem præsc. verb. & huius rei duo ponuntur exempla in hac *l.* ait, *proditis*, vt *legib. prodita* in *l. quia h. tit. 1.* exemplum est in §. *domino.* aliud exemplum in §. *item.* quod vt intelligatur, videndum est quis sit locator, quis conductor proprie. De hoc scripsit Alciatus 4. & 5. *Parerg.* Huc pertinet *l. veteres, de act. emp. & l. seq. veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscuè vtebantur.* subiicitur in l. seq. *Idem est in locatione conductione.* Illa verba significant, veteres promiscue vsurpasse emptionem pro venditione, & contra: Itemque locationem pro conductione, & contra. Verum hic sensus non satis constat, nec poterit ex aliis locis docere ita veteres vsurpasse: nec verisimile est confudisse veteres, quæ maxime distinguenda essent, ac si quis filium patrem diceret: vereor igitur vt non sit in lege *idem est, id est, & in locatione & conductione*, vt sit interpretatio legis *veteres.* Ad eam legem explicandam notandum est legem *veteres* pertinere ad edictum de Publicanis. Publicani sunt conductores vectigalium. Item *l. seq.* eodem pertinet, vt docet *l. 2. de Publican.* quæ est ex eodem libro. Igitur non constat, emptionem & venditionem promiscue appellatam esse, sed constat veteres in locatione & conductione vsos fuisse appellatione venditionis & emptionis. Auctor est huius rei Festus in verbo *venditiones. Censorum inquit locationes olim venditiones dicebantur.* Idem auctor in verbo *redemptores. Redemptores antiqua consuetudine dicebantur qui cum quid publice faciendum aut præbendum conduxerant, effecerantque, tum demum pecunias accipiebant. nam antiquitus emere pro accipere ponebatur. nunc redemptores sunt ij qui quid conducunt præbendum, vel vtendum.* Caius ait, *veteres.* Festus, *olim, & antiqua consuetudine.* Redemptores dicebantur olim, qui accipiebant mercedem, nunc dicuntur, qui dant mercedem, *l. cotem §. vlt.*

A *l. Cæsar, de Publican.* ergo conductores emptores dicuntur: vtimur enim his vocabulis etiam in locatione. Idem Festus ait, *qui quid præbendum conduxerant*, quod confirmat scripturam *l. inuiti, de testib.* Constat igitur & in locatione & in conductione veteres vsos vocabulo emptionis: at emptionem & venditionem promiscue nunquam dixerunt. error est librariorum qui verba quæ eodem cadunt, vt *emptor venditor* crebro transmutant. vitia huiusmodi docuimus in *l. si iudex, sup. de minorib. l. si in empt. sup. de contrah. empt.* sic etiam in *l. 9. §. si colonia, loc.* scriptum est locator, pro conductor. Species est huiusmodi: Locaui prædium, colono dixi, vt ignem innocentem haberet, incendii causam deinde casus fortuitus intulit, *non præstabit periculum locator. conductor* legendum est, ὁ μισθωσάμενος. Constat. lib. 3. tit. 8. Subiicit, *si tamen culpa conductoris damnum dederit, tenebitur.* Dicet aliquis: B At sæpe actio ex empto significat ex vendito, *l. Julian. §. si procur. de act. empt. l. 1. C. si seruus extero se emi mand.* Item actio ex vendito significat ex empto, *l. si cum venditor 66. §. si secundus, l. sed hoc nomine, inf. de euict. l. ex conuentione, C. de pact. l. 1. C. sine cens. vel reliq.* Item ex locato significat ex conducto, *l. sed addes 19. §. illud sup. loc.* Et contra ex conducto significat ex locato, *l. dominus §. vlt. eod.* videntur ergo nostri auctores venditionem & locationem promiscue appellare. hoc autem ideo fit in appellatione actionum, quoniam solet actio coniunctim ita appellari ex empto vendito, *l. vlt. §. 1. sup. de leg. Rhodia, l. 5. §. nunc videndum, comm. l. multum, sup. de hered. ven. l. & si vno, de act. emp.* Varro in 2. *de re rustica cap. 2.* Locatorem & conductorem quidam ita de-C finiunt: locator est, qui mercedem accipit. Conductor qui dat, vt dominus prædii est locator: inquilinus conductor. Hæc definitio falsa est: Nam & qui dat mercedem, locator est, & ex locato agit, vt qui dat domum faciendam, locator dicitur, & ex locato agit. qui vero eam ita suscipit conductor est, & ex conducto agit, vera & perpetua definitio hæc est. *Locator* est, qui dat aliquid vtendum vel faciendum, qui dat vtendum, mercedem accipit, qui faciendum, mercedem dat. *Conductor* autem est, qui accipit aliquid vtendum vel faciendum: qui accipit vtendum, dat mercedem: qui dat faciendum, accipit. Sic igitur dicamus. Is qui dat domum vtendam, locator est. Is qui dat faciendam, locator etiam est. Contra, qui accipit vten-D dam vel faciendam, conductor est. Sic magister nauis, qui accipit merces vehendas conductor est: Dominus autem mercium priore casu conductor est, posteriore locator. Vtroque tamen casu dat mercedem. Quid fiet si ignoretur, an dominus mercium nauem vtendam acceperit, an merces vehendas dederit? Incertum est, vtrum conduxerit, an locauerit, & ideo an habeat ex locato, an vero ex conducto actionem, denique incertum est negotium, itemque actio. Hoc casu ex hoc negotio quasi incerto dabitur actio præscriptis verbis. Non potest liquido dari ex locato & conducto. Itaque tutius est experiri præscriptis verbis, quæ quidem actio similis erit locationi & conductioni. Erit etiam hoc casu actio præscriptis verbis. Finge: Ego rem meam tibi tradidi, vt inspiceres eam, & quanti esset, E spectares: cupiebam scire pretium rei meæ: Ex hoc negotio non datur actio depositi, quoniam non datur res custodienda, nec commodati, quia rem vtendam non dedi, nec mandati, quia hic res interuenit, mandatum autem solo consensu contrahitur. Hoc negotium est incertum, ideoque ex eo datur actio præscriptis verbis. Hæc actio erit necessaria, si ignoretur vbi sit res. Verum si liqueat, à te interuersam possessionem rei, non erit admodum necessaria hæc actio, sed erit actio furti, & actio ad exhibendum, *l. si gratuitam §. Papinianus, inf. hoc tit.* Vbi quæritur, an ille inspector dolum tantum præstet, an etiam culpam: definitio huius rei hæc est: aut ego mea causa rem tibi tradidi inspiciendam, dum tantum volo scire eius pretium: & tunc dolum tantum præstas, quia nulla tua vtilitas versatur, & hoc prope ad depositum accedit. aut tua

cauſa tradidi tibi inſpiciendam, quia videlicet vis eam emere: & tunc præſtabis etiam culpam: aut vtr... que cauſa, quia pro inſpectione mercedem tibi pollicitus ſum: & tunc quoque culpam præſtas: At nullo caſu præſtas periculum. Denique primo caſu dominus habet actionem furti. Sequentibus caſibus inſpector, quia culpam præſtat, *l. eum qui §. 1. commod. l. r. m inſpiciendam, inf. de furt.* Verum *in d. l. rem* non oportet accipere periculum pro caſu fortuito, ſed pro damno, quod contigit culpa inſpectoris. Periculum enim comprehendit damnum, quod contigit dolo, culpa, aut fato, dictum à perdendo. Ideoque in *l. itaque, de furt.* qui non habet, quod perdat, eius periculo nihil eſt.

Ad L. V.

Naturalis meus filius ſeruit tibi: & tuus filius mihi: conuenit inter nos, vt & tu meum manumitteres, & ego tuum. ego manumiſi, tu non manumiſiſti. qua actione teneris, quæſitum eſt. In hac quæſtione totius ob rem dati tractatus inſpici poteſt, qui in his competit ſpeciebus: Aut enim do tibi vt des: aut do vt facias: aut facio vt des: aut facio vt facias. In quibus quæritur, quæ obligatio naſcatur.

§. 1. Et ſi quidem pecuniam dem, vt rem accipiam: emptio & venditio eſt. Sin autem rem do, vt rem accipiam: quia non placet, permutationem rerum, emptionem eſſe: dubium non eſt, naſci ciuilem obligationem, in qua actione id veniet, non vt reddas, quod acceperis: ſed vt damneris mihi, quanti intereſt mea, illud, de quo conuenit, accipere: vel ſi meum recipere velim, repetatur, quod datum eſt, quaſi ob rem datum, re non ſecuta. Sed ſi ſcyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares: periculo meo Stichus erit: ac tu duntaxat culpam præſtare debes. explicitus eſt articulus ille, do, vt des.

§. 2. At cum do, vt facias, ſi tale ſit factum, quod locari ſolet, puta vt tabulam pingas: pecunia data, locatio erit: ſicut ſuperiore caſu emptio. Si res, non erit locatio: ſed naſcetur vel ciuilis actio in hoc quod mea intereſt: vel ad repetendum condictio. Quod ſi tale eſt factum, quod locari non poſſit, puta vt ſeruum manumittas, ſiue certum tempus adiectum eſt intra quod manumittatur, idque cum potuiſſet manumitti, viuo ſeruo tranſierit, ſiue finitum non fuit, & tantum temporis conſumptum ſit, vt potuerit, debueritque manumitti, condici ei poteſt: vel præſcriptis verbis agi, quod his, quæ diximus, conuenit. Sed ſi dedi tibi ſeruum vt ſeruum tuum manumitteres: & manumiſiſti, & is quem dedi, euictus eſt: ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus ſcribit: ſi ignorans, in factum ciuilem.

§. 3. Quod ſi faciam vt des: & poſteaquam feci, ceſſas dare, nulla erit ciuilis actio: & ideo de dolo dabitur.

§. 1. Sed ſi facio vt facias: hæc ſpecies tractatus plures recipit: nam ſi pacti ſumus, vt tu à meo debitore Carthagine exigas, ego à tuo Romæ: vel vt tu in meo, ego in tuo ſolo ædificem, & ego ædificaui, & tu ceſſas: in priorem ſpeciem mandatum quodammodo interueniſſe videtur, ſine quo exigi pecunia alieno nomine non poteſt: quamuis enim & impendia ſequantur, tamen mutuum officium præſtamus. Et poteſt mandatum ex pacto etiam naturam ſuam excedere: Poſſum enim tibi mandare, vt & cuſtodiam mihi præſtes, & non plus impendas in exigendo, quam decem, & ſi eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio. Sin autem alter fecit, vt & hic mandatum interueniſſe videatur, quaſi refundamus inuicem impenſas. Neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, & in inſulis fabricandis, & in debitoribus exigendis, præſcriptis verbis dari actionem, quæ actio ſimilis erit mandati actioni: quemadmodum in ſuperioribus caſibus locationi & emptioni.

§. 5. Si ergo hæc ſunt vbi de faciendo ab vtroque conuenit: & in propoſita quæſtione idem dici poteſt, & neceſſario ſequitur, vt eius fiat condemnatio, quanti intereſt mea ſeruum habere, quem manumiſi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non poteſt æſtimari.

A Naturalis filius is eſt, quem ex ancilla ſuſcepimus, quare etiam vel ſeruus eſt, vel libertinus, *l. ex facto §. ſi quis rogatus, ad Trebell. l. ſi minor, de manumiſſ. vind.* Nunc finge: Meus filius naturalis ſeruus tuus eſt, tuus autem filius naturalis meus, conuenit inter nos, vt quiſque ſuum ſeruum viciſſim manumittat, hoc eſt nudum pactum ex quo nulla actio datur: nam quod edicit prætor, *pacta ſeruabo*, intelligit ſe ea ſeruaturum exceptionib. datis, non actionib. At ſi ego iam manumiſi eum, qui mihi ſeruit, hic præter conuentionem res acceſſit, nec videtur pactum nudum interceſſiſſe, *l. ſi dominus. in fi. h. t.* Nam res abiit in contractũ ex quo datur actio, ex pacto non datur. Pactum eſt conuentio, cui res non acceſſit, vt manumittam, & tu viciſſim manumittes. Contractus vero eſt conuẽtio, cui res B acceſſit, veluti manumitto vt manumittas. Illa manumiſſio quæ fit eliciendæ manumiſſionis cauſa, eſt res quæ accedit conuentioni. Sic do vt des, eſt contractus: dabo vt des eſt pactum nudum. Si igitur ego manumiſi, vt tu quoque manumitteres, at ceſſas manumittere, quid fiet? quænam competet actio, qua poſſim te cogere vt manumittas? Paulus ait: *inſpiciendum eſſe totum contractum ob rem dati.* Hoc loco res proprie accipitur. Damus vero ob cauſam, vel ob rem. *Cauſa* eſt præterita: *Res* eſt futura. *Cauſa* eſt impulſio. *Res* eſt finis. Item quod dono tibi ob cauſam, veluti quia olim mea negotia curaſti, etſi falſa ſit cauſa, non repetitur: nam donationi cauſa donãdi non cohæret. At quod datum eſt ob rem, repetitur re non ſecuta, *l. damus, l. in ſumma, de condict. indeb. l. 1. de condict. ob turp cauſ.* At nõnnunquam cauſa pro re accipitur, vt in *tit. cauſa dati*, id eſt, *ſub cauſa* C *dati.* Res autem eſt datio vel factum. Itaque id dicitur dari ob rem, quod datur, vt fiat vel detur viciſſim ab altero: dato ob rem adiungere debemus factum. Itaque Paulus, inquit, inſpiciendum hic totum tractatum ob rem dati vel facti. Hic tractatus in quatuor ſpeciebus locum habet, *do vt des, &c.* At hæ ſingulæ in alias innumeras diuiduntur: nam infinita ſunt hominum negotia. Prima ſpecies eſt, *do vt des.* Si do pecuniam vt rem accipiam, hoc negotium non pertinet ad actionem præſcriptis verbis. Eſt enim hoc emptio & venditio. At ſi rem do vt rem accipiam, eſt permutatio, ex qua datur actio præſcriptis verbis. Aliud autem eſt emptio, aliud permutatio, & inter illa duo tres potiſſimum ſunt differentiæ, *l. 1. ſup. tit. prox.* Prima hæc: in emptione aliud eſt pretium, aliud merx: In permutatione hoc ita diſ- D cerni non poteſt: vt cum ego do togam, vt tunicam accipiam pretium non diſtinguitur. Secundo, emptor cogitur pretium facere accipientis, & eo nomine tenetur etiam ante euictionem: At venditor non cogitur mercem facere accipientis, ſatis eſt, ſi tradat vacuam poſſeſſionem, & ſe obliget ob euictionem. Item, ſi bona fide tradat, id eſt, ignorans rem eſſe alienam: Nam ſi mala fide rem alienam tradat, tenebitur ante euictionem, *l. ſeruum quem 30. §. vlt. de act. emp. & d. l. 1. de rer. permut.* Cur hæc tam varie? Ratio diuerſitatis eſt, quod eſt diſſimilis permutatio pecuniæ & rei, igitur & diſſimilis ſolutio. Qui rem debet, certum corpus debet, qui pecuniam debet, certum corpus non debet, pecunia ſeparatur à corporibus, *l. qui heredis, ſup. de condict. indeb. l. ſi is cui nummos, inf. de ſolut.* Igitur emptor certum corpus non debet, & quia non debet certum corpus, ſed ve- E luti ex quadam infinitate certam quantitatem, curare debet, vt ex ea infinitate eligat, quod faciat accipientis. Sit igitur inter emptorem & venditorem hæc differentia: In permutatione non poteſt conſtitui, quid ſit pretium, quid merx: & ideo non poteſt illa diſtinctio conſtitui vt ex vna parte transferatur dominium, ex altera non. verum in permutatione ex vtraque parte omnia ſunt paria, & vero ſi ex vtraque parte fides non ſit exhibita, ſatius eſt euentum rerum exſpectare, & tum datur actio non ex empto, ſed præſcriptis verbis, in id quod intereſt, vel condictio ob rem dati, *d. l. 1. verſ. vnde, ſup. tit. prox. l. ſi permutationis, C. de euict.* Tertia differentia. Emptio nudo conſenſu perficitur, & obligationem parit: At permutationis placitum obligationem non parit, *l. ex placito, C. de rer. permut.* quia

permutationis nomen tantum eſt naturale, iuriſgentium, non legitimum. At ea tantum negotia nudo conſenſu obligationem conſtituunt, quę ciuili iure nomen habent, tale non eſt permutatio. Verum permutatio ex re tradita initium obligationi præbet, vt ex conuentione dabo vt des, nullla eſt obligatio. ex hac conuentione do vt des eſt obligatio. Nam niſi viciſſim tu des, agam aduerſus te præſcriptis verbis in id, quod mea intereſt rem viciſſim à te dari. At heic quæritur quid dicendum ſit, ſi ego rem alienam dedi, tu vero nondum dediſti, an poſſum te cogere actione præſcriptis verbis vt des? quandoquidem ego dedi, ſed quia dedi rem alienam, ideo videor nihil dediſſe, quamobrem non videtur contracta permutatio, quæ ex re tradita initium præbet obligationi. Denique non poſſum agere præſcriptis verbis, vt des, *d. l. 1. §. vlt. tit. prox.* hæc eſt Accurſij interpretatio: ait enim Pædium dicere, rem alienam dantem nullam contrahere permutationem. Verum habebo condictionem dati, quæ datur ex bono & æquo, quaſi re non ſecuta: actionem præſcriptis verbis non habeo, quia non eſt contractus, *l. in ſumma §. quod ob rem, ſup. de condict. indeb.* Denique ita conſtituendum eſt: qui rem alienam dedit, quaſi permutandi cauſa, non agit præſcriptis verbis, vt ſibi viciſſim detur. Altera poſitio hæc eſt: Is cui res aliena data eſt, ſi rem ſuam ipſe dederit, poſt euictionem habet actionem præſcriptis verbis, *d. l. 1. verſic. vnde.* Ex his intelligimus quantum emptio diſtet à permutatione. Verum in aliis pleriſque cauſis ſimilitudinem habet permutatio cum emptione, *l. 2. ſup. tit. prox. l. 2. C. eod.* Inter cæteras ſimilitudines vna colligitur ex §. *& ſiquidem hac leg.* Nam ſicut in emptione periculum rei, id eſt, caſus fortuitus pertinet ad eum, qui pecuniam dedit vt rem acciperet (nam ſi poſtea res pereat fato, perit emptori) ſic etiam in permutatione damnum fatale petinet ad eum, qui rem dedit, vt rem acciperet, vt ſi dedit equum, vt Stichum acciperet, & moriatur Stichus, perit ei qui equum dedit, vt Stichum acciperet, nec petet id, quod intereſt. Obſtat *l. vlt. ſup. de condict. cauſ. dat.* Nam in *hoc* §. dicitur quod ſi dedi pecuniam, vt Stichum acciperem, emptio eſt. contra in *d. l. vlt.* nec eſſe emptionem, nec eius portionem, id eſt, ſimile emptioni negotium, *l. ſi vero §. hoc edict. de his, qui deiecer. vel effud.* Præterea in hoc §. dicitur, Stichum perire ei, qui vltro ſcyphos dedit. In ea *l. vlt.* dicitur, mortuo Sticho, eum, qui pecuniam vltro dedit, habere dati repetitionem. ergo non illi omnino perit Stichus. Reſpondeo, illam ſpeciem cum *hoc* §. nihil habere commune. Etenim, non eſt ibi emptio, quoniam ita dictum eſt, do pecuniam vt Stichum des. dare eſt accipientis facere & dominium transferre, hoc vero alienum eſt à natura emptionis: nam venditor tradit, non dat. nec etiam eſt permutatio, quia pretium in permutationem non venit. Denique non eſt negotium ciuile, nec ciuili proximum: ideoque ex eo non eſt actio ex empto, vel præſcriptis verbis, ſed eſt condictio pecuniæ datæ, ſi Stichus moriatur antequam detur, vel ſi non fiat accipientis, aut fiat quidem, ſed non caueatur de euictione. At cum eſt permutatio, vt in noſtro §. eſt actio præſcriptis verbis. verum mortuo Sticho non erit actio pręſcriptis verbis. puto tamen eſſe condictionem ob rem dati, quod non eſt in emptione: nunquam enim locus eſt huic condictioni in emptione, *l. ſi non donationis, C. de contr. empt.* in cuius ſpecie non eſt negotium ciuile, nec ciuili proximum. ſic etiam in facio vt des.

Ad §. At cum do.

Finge: dedi tibi pecuniam, vt tabulam pingeres: hoc eſt locatio: nam ſicut venditio, ita & locatio ſine nummis non conſiſtit, *l. 2. loc.* Item, dedi tibi togam, vt tabulam pingeres, hoc non eſt locatio, quia pretium nullum interceſſit, ſed res data eſt: & ideo non dabitur actio ex locato conducto, ſed præſcriptis verbis ſimilis locati, vel erit condictio ob rem dati. Item, ego pecuniam dedi, vt Sti-

A chum manumitteres, hoc non eſt locatio: nam tale factum non ſolet locari, operam locamus, non liberale officium, vt manumiſſio, nec erit emptio hoc caſu, ſi pecuniam dem vt Stichum des: quoniam venditio ita contrahi non ſolet, vt res accipientis fiat: hoc ab emptione alienum eſt, ſed neque videbitur contracta permutatio: quoniam fit ſine pretio. In ſumma nulla erit alia actio, quam condictio dati. *l. vlt. ſup. de condict. cau. da.* At iſto caſu: ſi pecuniam dedi, vt Stichum manumitteres, ἀνώνυμον eſt, & contractus locationi proximus, ex quo datur actio præſcriptis verbis, in id quod intereſt ſeruum manumitti. Datur etiam condictio ob rem dati, ſi malit pecuniam repetere, *l ſi liber, C. de condict. ob cauſ. dat. l. 3. §. 1. ſup. de condict. cauſ. l. 7. h. t.* Notandum eſt has actiones dari, ſiue manumiſſioni
B certum tempus ſit definitum, ſiue non verum: ſi definitum ſit, eo demum tranſacto hæ actiones dantur: cum vero definitum non eſt, tunc demum dantur, cum tantum tempus pręteriit, vt potuerit, debueritve ſeruus manumitti, quod plerunque redigitur ad duos menſes, *l. vlt. qui ſine manumiſ. ad libertat. peruen.* Opponitur Conſtitutio D. Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, ex qua colligunt ſeruum, pro quo manumittendo data eſt pecunia, ipſo iure liberum fieri, eo ceſſante, qui pecuniam accepit. Ergo, inquiunt, ob eius ceſſationem qui pecuniam accepit fruſtra agetur pręſc. verb. vel condictione ob rem dati: Nam licet ceſſauerit is, qui pecuniam accepit, non videtur rupta fides, nam conſtitutio Marci & Commodi libertatem repręſentat, *l. vlt. C. ſi mancip. ita fuerit alienat. vt manumit.* Reſpondeo: Illa conſtitutio tantum pertinet ad ſeruos vendi-
C tos ea lege, vt manumittantur. Nam ſi non manumittantur, ſtatim eripiuntur in libertatem, ſtatim ad libertatem poteſtate conſtitutionis perueniunt. Verum ea conſtitutio non pertinet ad ſeruos donatos ea lege, vt manumittantur, *l. qui Roma §. Flauius, de verb. obl.* ea *l. qui Romæ*, eſt Scæuolæ, qui reſpōdit de iure quod ſub illis imperatorib. obtinebat; ſed ea conſtitutio poſtea porrecta eſt ad ſeruos ea lege donatos, vt manumitterentur, *l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien. l. pen. inf. qui ſine manumiſſ.* Verum illa conſtitutio non pertinet ad hoc genus contractus, de quo hic agimus, videlicet, ſi tibi data ſit pecunia vt ſeruum tuum manumitteres: te ceſſante, non fiet liber ipſo iure. Denique ſic ſtatuamus: In emptione & donatione locum habet illa conſtitutio: in do vt facias, non item. Excipitur vnus caſus, ſi ego quaſi
D pro pretio dedi pecuniam, vt ſeruum tuum manumitteres: nam tunc ſeruus videtur mihi traditus emptionis cauſa: & deinde breui manu videtur tibi redditus manumiſſionis cauſa, *l. Paul. §. 1. de liber. cauſ. l. ſi is qui pretium, C. ſi mancipium ita alien. fuerit.* Cur ait, *ſi tempus viuo ſeruo tranſierit?* quoniam, ſi ego tibi pecuniam dedi, vt ſeruū intra certum tempus manumitteres, & is moriatur interim, ceſſat actio præſc. verb. ceſſat & cōdictio ob rem dati, quoniā per te non ſtat, quo minus ſeruum manumittas, *l. 3. §. 1. de cond. cauſa da.* Sic igitur dicamus: non tenetur actione præſcr. verbis, per quem non ſtat quo minus exhibeat; per me autem non ſtat, ſi ſeruus moriatur. E contrario præſcr. verbis agit, qui fidem exhibuit, vel is, per quem non ſtat, vt in ſpecie, quę ſumitur ex *d. l. 3. §. quin imo.* Finge: conuenit inter me & te, vt ego darem pecuniam, & tu ſeruum manumitte-
E res intra certum tempus: itaque conuentum eſt, dabo vt facias, non faciam vt des. & licet tu prior manumittas, non ideo mutatur forma conuentionis: manet enim, dabo vt facias. Nam ſemper ſpectanda eſt ratio ineundę conuentionis, non ordo explendæ fidei. Nunc finge: ſeruus ille mortuus eſt intra ſtatutum tempus, pro eo eſt, ac ſi tu eum manumiſiſſes, quoniā per te non ſtat: ideoque habes aduerſus me actionem præſc. verbis, perinde ac ſi eum manumiſiſſes: ait dari actionem quæ ex hoc contractu naſcitur, i. condictionem, intellige actionem præſcr. verbis, quę & Flor. dicitur condictio interti, *l. duo §. vlt. inf. de precar.* puto tamen etiam in illa ſpecie poſſe dari condictionem, videlicet vt detur pecunia, *l. certi, de reb. cred.* Dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumitteres, manumiſiſti: deinde tibi

eſt euictus Stichus. itaque non videor tibi Stichum dediſſe. Quæro qua actione tibi teneor? Negotium ita geſtum eſt, do vt facias. verum tu prior videris feciſſe, quoniam res tibi euicta eſt, nihilominus tamen conſtat ita geſtum eſſe negotium, do vt facias: & ideo teneor tibi actione in factum ciuili, id eſt, præſcriptis verbis. non idem videtur Iuliano in *l. iuriſgentium, de pact.* Nam ita diſtinguit: ſi ſciens Stichum alienum dedi, & is euictus eſt, de dolo teneor, ſi ignorans, teneor in factum prætoria, hæque ſunt extremæ actiones. Iulianus igitur dat extremas actiones, quaſi deficerent primæ, ſcilicit præſc. verb. Nam ciuilis actio prima eſt. ſequitur in factum ciuilis præſc. verb. vel non. Tertio, in factum prætoria ex edictis. Quarto de dolo. Quinto, in factum prætoria ex decreto, quæ ſubſidio eſt actioni de dolo, *l. non debet, ſup. de dolo.* Iulianus vero hic reprehenditur à Mauritiano, ſicut & in *l. ſed & ſi quis* §. *quid ergo, ſup. de vſufr.* Nam ait, ſiue ſciens dedi, ſiue ignorans, teneor præſc. verb. nam contractus eſt, do vt facias. Igitur ſequentes dandæ non ſunt. Cum ea *l.* pugnat hic §. in quo dicitur, Iulianum dediſſe in factum ciuilem, non prætoriam. Multi dicunt Tribonianum addidiſſe verbum *ciuilem*, ex nota Mauritiani, & ſic in *Nouel. 87.* tribui Iuliano, quod ipſius quidem Iuliani non eſt, ſed ex nota Marcelli, *l. ſi alienam* §. *1. de mort. cauſ. donat.* Verum addo, Tribonianus hoc imperite addidiſſet: Nam ſi in ignorantem eſt actio in factum ciuilis, neceſſe eſt vt in ſcientem ſit hæc actio, non de dolo quæ ceſſat, cum actio ciuilis eſt præſc. verb. *l. ſi quis affirmauit* §. *Labeo, de dolo.* vel etiamſi in ſcientem eſt actio de dolo, neceſſe eſt, vt in ignorantem ſit actio in factum prætoria, *l. qui ſeruandarum, in princ. inf. h. t.* Verior igitur eſt ſententia Mauritiani, hoc eſſe negotium ciuile, & ſiue in ſcientem, ſiue in ignorantem, eſſe actionem præſc. verb. Fulgoſius conatur purgare Iulianum: ait enim Iulianum non dare prætoriam in factum, ſed ait in factum à prætore dandam, ciuilem ſcilicet, hoc nihil eſt. Nam ex adiuncta actione de dolo apparet eum ſenſiſſe de in factum prætoria, quod exigit ſeries actionum. Præterea non eſt veriſimile notatum fuiſſe à Mauriciano Iulianum quin daret in factum prætoriam, & Fulgoſius dum purgat Iulianum, accuſat Mauricianum.

Ad §. Quod ſi faciam vt des.

Finge: conuenit inter me & te, vt ego ſeruum manumitterem, & tu dares decem. Ego manumiſi, tu ceſſas decem dare. Quæritur qua actione mihi tenearis? Paulus ait, hoc caſu non eſſe actionem ciuilem, id eſt, præſcriptis verbis: At ex hoc articulo, *facio vt des*, non datur, ideoque deſcendendum eſt ad actionem de dolo. Ratio huius rei eſt hæc: Actiones ciuiles, quæ ex contractibus dantur, aut ſunt directæ, aut in factum ciuiles ſiue vtiles. Directæ ſunt, quæ dantur ex contractibus quorum nomina iure ciuili prodita, vt emptio, locatio, conductio, mandati, &c. In factum autem ciuiles, ſiue præſcriptis verbis, dantur ex contractibus, qui carent nomine legitimo, ſimiles tamen ſunt ſuperioribus, idque in omnibus actionibus ciuilibus perpetuum eſt, vt ex caſu ſimili actio vtilis detur, ex diſſimili non detur, *l. ſi menſor, ſi menſ. falſ. mod. dix.* Ex eo edicto datur actio in menſorem, qui falſum modum dixit. Vnde finge: menſor non falſum modum, ſed verum dixit, at ſero nimis, atque ea re, ex ea mora factum eſt, vt contrahentes læderentur. Qua actione tenebitur ex ea cauſa quod diſtulit denuntiationem? an directo ex eo edicto? minime: an vtili actione? minime. Hoc igitur caſu nec directa, nec vtili actione tenetur, quia diſſimilis eſt caſus: tantum enim abeſt, vt falſum renuntiauerit, vt verum omnino renuntiauerit, ſed tardius: confugiendum igitur eſt ad actionem de dolo. Actio præſcriptis verbis non datur, niſi ex negotiis quæ ſimilia ſunt: quæ legitimum nomen habent quorum nomen legibus proditum eſt. Vt actio præ-

A ſcriptis verbis datur ex permutatione, quia ſimilis eſt emptioni, datur ex do vt facias, quod hoc negotium ſimile eſt locationi. item ex facio, vt facias, quia eſt ſimile mandato, *l. vlt. inf. l. ſi conuenit, de reſcind. vendit.* Igitur actio præſcriptis verb. eſt inſtar directarum, ſimilis eſt directis. Hoc negotium autem, *facio vt des*, nullam habet ſimilitudinem cum negotiis ciuilibus, cum negotiis quæ nomen lege proditum habent: ideoque ex eo non datur actio præſcriptis verbis. At oſtendendum eſt, cur nulla ſit ſimilitudo. Dicere enim quis poſſet, ſimile eſſe locationi: nam locatio ita plerumque fit, vt quis ſuſcipiat opus faciendum, vt ex eo mercedem ferat. In conuentionibus non ſpectatur, quis prior fidem liberarit, ſed quis conuentioni initium dederit, & quo verbo. Conuentiones æſtimantur ex initio, non

B ex implemento: & ideo hanc conuentionem dabo vt facias, non peruertis, licet me anteuertas in faciendo, *l. ſi tibi polienda, inf. hoc tit.* Huius rei argumentum præbet *l. ſi gratuitam* §. *1. inf. hoc tit.* Hac etiam de cauſa ſeparatur, *do vt facias*, à *facio vt des*. Nam ille articulus cum altero non conuertitur, non reciprocatur: quot ſunt initia contractuum, tot ſunt contractuum formæ. facit etiam hæc ratio ineundarum conuentionum, vt in contractu locationis idem alias ſit locator, alias conductor. Finge: contrahitur locatio inter Primum & Secundum. ſi Primus ineat contractum, locator eſt, ſi Secundus ineat, Secundus locator eſt, Primus conductor: non enim quæritur quis expleat, ſed quis ineat. Magiſter diſcipulo vltro dat ſe vtendum, i. ſuam operam exhibet, & de mercede paciſcitur, tunc magiſter eſt locator, diſcipulus conductor. Verum ſi diſcipu-

C lus ineat contractum, i. det ſe docendum, eumque ſuſcipiat magiſter certa mercede: tum magiſter erit conductor, diſcipulus vero locator. Non idem ſemper homo initium dat locationi, vt magiſter contrahens cum diſcipulo non ſemper initium dat locationi. Locationi initium dat modo magiſter nauis, modo dominus mercium, verum qui initium dat, ſemper dicitur locator. Idem ſemper verbum dat etiam initium locationi, ſcilicet, *do*. Vt *do me docendum*, ſi magiſter nauis ineat locationem, ait, do me vtendum: ergo locatio ſemper incipit ab hoc verbo. Ideoque hoc negotium, *do vt facias*, recte comparatur locationi. At hoc, *facio vt des*, tabulam pingo vt des rogam, locationi non comparatur. Deniq; nullum eſt aliud negotium ciuile, cui ea formula poſſit comparari. Reſtat igitur ex eo non da-

D ri præſcriptis verbis, quoniam non eſt inſtar ciuilis negotij, alienum eſt à formula negotiorum ciuilium. Ordo igitur actionum poſtulat vt detur de dolo actio. Dabitur autem ſi dolus arguatur, & plerunque ceſſator dolo facit. At ſi detur de dolo vbi ſubeſt dolus, conſequens eſt, abſcedente dolo, dari actionem in factum prætoriam: imo ea ſemper abſcedente dolo datur, eſtque ſubſidiaria ſubſidiariæ de dolo. hic §. confirmatur *l. cum proponas, C. de dolo.* Manumiſi ancillam, vel etiam tibi tradidi manumittendam, quod idem valet, vt dares aliquid, non das. agetur de dolo Igitur ex *facio vt des*, datur de dolo, non præſcriptis verbis. Opp. *l. ſolent, inf. hoc tit.* Sciendum eſt, cum quid datur, dari vel ob rem honeſtam, vel turpem. Quod datur ob rem honeſtam, nunquam repetitur re ſecuta. Quod vero datur

E ob rem turpem, etiam non repetitur re ſecuta, niſi vno caſu, videlicet ſi ſolius accipientis turpitudo verſetur, *l. quoties, C. de condict. ob turp. cauſ.* Si Titio dedi, vt rem meam furtiuam mihi redderet, ipſe ſolus fecit turpiter, etiamſi reddiderit. Videndum nunc, an turpe ſit indicia accipere. Indicia ſunt præmia, quæ dantur indicanti furtum & plagium. Index furis, fur non eſt, ſiue indicet, ſiue non. *l. qui vas* §. *1. de furt.* quæ cum hac *l. 15.* iungenda videtur. Indicia igitur accipere non eſt turpe, *l. 4.* §. *vlt. de condict. ob turp. cauſ.* Imo vero indicia promiſſa peti poſſunt, Paulus *lib. 2. Sentent. de furt.* vt & μηνυτρα. Verum qua actione petentur? Finge: Conuenit inter nos vt indicarem furtum, & vt tu pretium dares indicij nomine. ego indicaui: tu non das præmium. qua actione agam? lex *ſolent* ait. præſcriptiſque veragi poſſe: eſt vero facio vt des: indico enim vt

promiſſum exoluas. hoc pugnat cum noſtro §. Sumenda reſponſio eſt ex his verbis, *niſi ſi quis dicat ex dolo competere.* initio ait, oriri poſſe præſcriptis verbis, id eſt, tentari poſſe: At corrigit ſe poſtea cum ait, *niſi quis, &c.* quod verius & tutius eſt. ſic etiam in *l. ſi mihi, de legat. 2. niſi,* ſe corrigit. hæ particulæ corrigunt *niſi, ſi, aut, vel.* Aut particula corrétoria eſt: vt duo ſunt teſtamenta, aut vnum teſtamentum, §. *igitur Inſtitut. de pupill. ſubſtit. l. ſi conuenit, de reſcind. vend. l. ſi conuenerit, comm. diuid. & l. ſi cum venderet, de pigner. act. l. is qui §. ſi libero, commod.* Item *quamuis*, quod Ioannes recte notauit, *l. vbi autem §. qui vero, de verb. oblig. 11.* opponitur *l. cum mota, C. de tranſact.* Filia exheredata egit querela inofficioſi aduerſus heredem ſcriptum: deinde tranſegit cum herede, vt bonorum partem acciperet, & à lite diſcederet. Deinde à lite diſceſſit. heres ceſſat dare partem bonorum: qua actione tenebitur? ait, actione præſcriptis verbis teneri. Atqui ita videtur res geſta: diſcedam à lite, & tu dabis partem bonorum. Negandum eſt, rem ita geſtam fuiſſe. Imo lex ait, tranſactum ita fuiſſe, vt ei daretur par bonorum primo, & à lite deinde diſcederet. Fuit igitur ſic res geſta: *Dabo partem bonorum, vt à lite diſcedas.* Ipſa quidem prior diſceſſit à lite, ſed hoc non mutat formam conuentionis: Nam conuentiones æſtimantur ex initio, non ex implemento, vt dictum eſt. Tertio opponitur *l. 3. §. quin imo de cond. cauſa dat.* de qua ſup. diximus.

Ad §. Sed ſi facio vt facias.

HÆc ſpecies facio vt facias plures tractatus recipit: quæſtionem ex quæſtione naſci conſtat. alias tractatus, eſt ſumma quæſtio, quæ in plures ſpeciales quæſtiones diuiditur. at hoc loco hæc ſpecies in varias diuiditur. Finge: Conuenit inter me & te, vt ego exigerem à tuo, & tu à meo debitore. Ego exegi, tu ceſſas. Vel: conuenit inter te & me, vt tu in meo ſolo ædificares, & ego in tuo, ego ædificaui, tu ceſſas: Quæritur, qua actione tenearis? Loquamur de priore ſpecie. In priore ſpecie videtur quodammodo mandatum interueniſſe. Nam ita conuentum eſt, vt ego exigerem; non poſſum autem ſine mandato, *l. ſi pupilli §. vlt. ſup. de negot. geſt.* ergo hac conuentione mandati videtur actio, & erit in ceſſantem mandati actio. Contra vero non eſſe mandatum ita probatur. Hæc eſt natura mandati, vt mandatarius mandatum ſuo ſumptu non exequatur, *l. 1. C. mand.* In hac autem ſpecie ita actum eſt, aut ita actum intelligitur, vt quiſque exigat ſuis ſumptibus. Igitur non eſt mandatum. Verum ita reſpondendum eſt. Mandatum vel eſt ſimplex, vel duplex. Si ſimplex ſit, id mandatarius non exequitur ſuo ſumptu, ſed ſi quidem ſumptum faciat, repetit. At ſi præſtetur mutuum officium, id eſt, ſi mandatum ſit duplex, id eſt, ſi præſtetur mutuũ officium, nihi vetat de ſuo ſumptum viciſſim ab vtroque fieri. Veluti in hac ſpecie: exigam à tuo debitore meis ſumptibus, tu à meo viciſſim tuis, & ſic ſumptuum ſit compenſatio, atque ita de ſuo nihil videtur erogari: nam ſumptus cum ſumptu penſatur. Præterea mandatum ex pacto poteſt naturam ſuam quandoque excedere. Vt in venditione, ſi conueniat ex continenti, ne venditor teneatur de euictione, vel vt venditor ſatiſdet de ea. ex natura venditionis repromittit tantum venditor de euictione, non ſatiſdat. At ex pacto aliqua ex parte reformari poteſt natura emptionis, *l. pacta, ſup. de contr. empt.* Sic etiam mandatum ex pacto poterit naturam ſuam excedere. Hæc verba: *poſſum enim tibi mandare vt & cuſtodiam, &c.* non ſunt ita accipienda, vt liceat paciſci de culpa in mandato præſtanda, nam fruſtra hoc paciſcimur. Denique hoc non eſt extra naturam contractus, imo eſt propria, vt omnis culpa, etiamſi leuiſſima, à mandatario præſtetur, ſicut à geſtore, *l. à procuratore, C. mand. l. ſi negotia, de negot. geſt. l. tutori, C. eod.* Verum ſic accipiamus hæc verba, vt mandato poſſit inſeri lex depoſiti, *l. 1. § quod ſi rem, depoſ.* Species hæc eſt. Ego dedi tibi rem, vt perferres ad Titium; Mandatum contractum intelligitur. Verum adieci, vt ſi Titius non recepiſſet, tu eam cuſtodires. Quæritur, vtrum actio depoſiti, an mandati competat? Lex ait, mandatum eſſe contractum, ſed plenius & vberius, cui ſit inſerta etiam lex cuſtodiæ, quod eſt extra limites mandati. Hæc lex cuſtodiæ nihil ad mandatum, verum ex pacto mandatum ſuos fines tranſgreditur *l. Lucius, depoſ.* Sic etiam in mandato pacto taxantur ſumptus quos faciet mandatarius, id eſt, mandato definitur vt proprios interim ſumptus faciat, veluti vt tantam pecuniam impendat, veluti vt impendat tantum decem aureos. Hæc cum ita ſint, cur etiam pacto effici non poteſt, vt mandatarius mandatum ſuis ſumptibus exequatur? Cur etiam non licet hoc modo paululum à natura mandati recedere? Et hoc eſt, quod ſequitur: *Eandem quantitatem impendere nulla dubitatio eſt.* Ait, hanc rem carere dubitatione, ſi mutuum officium præſtetur, vt ſi vterque pro altero viciſſim parem impenſam faciat. nam ſumptus compenſabitur, atque ita nemo videbitur ſuis ſumptibus mandatum expleuiſſe, & erit vtrinque actio mandati. Et ſic concludamus: mandatum ita poſſe contrahi, vt quiſque ſuis ſumptibus exequatur. Quid dicemus, ſi ego exegi pro te meis ſumptibus, tu ceſſas? Hic non poteſt fieri compenſatio, an dicemus in hac ſpecie mandatum interceſſiſſe? Et poteſt dici, mandatum eſſe, & me, qui exegi, acturum contra te mandati, vt ſumptus mihi reddantur. poſſet igitur hoc caſu dici mandatum ſiue vterque ſiue alteruter exegerit. Sic igitur non competit actio præſcr. verbis. Et hoc eſt, quod ſequitur: *Sin autem alter, &c.* Ait: *tutius erit præſcriptis verbis dari actionem,* quia res eſt in dubio poſita. tollendæ dubitationis gratia ſæpe agimus præſcriptis verbis, non tantum cum conſtat non eſſe aliam actionem, ſed etiam cum dubitatur. Igitur tutius erit agere præſcriptis verbis, quæ eſt ſimilis actioni mandati: nam prope eſt, vt competat mandati actio. Sic in *l. 1. ſup. de æſtimat. act.* dubitationis tollendæ gratia agitur præſcriptis verbis, *& l. ſi is qui §. ſi libero, commod. l. ſi gratuitam, in prin. huius tit.* vbi ait Iuriſconſultus: *tutius eſt agere præſcriptis verbis.* Species hæc eſt: Res mobiles commodantur, id eſt, gratuito vtendæ dantur: item immobiles. Sed quæritur, vtrum habitatio etiam commodari poſſit? Res non caret dubitatione: Nam corporea tantum commodantur, non incorporea. Habitatio non ſignificat domum, ſed ius habitandi, *Inſtit. de vſu & hab.* Igitur ſi ius habitandi gratuito concedatur, an intelligetur eſſe commodatum? Viuianus ait, eſſe commodatum. *l. 1. §. 1. ſup. commod.* Quæ ſententia Viuiani refutatur in *l. ſi gratuitam*; ait enim tutius eſſe agi præſcriptis verbis: nam res eſt in dubio poſita, propterea quod habitatio eſt incorporeum quiddam. Non idem diceret Viuianus in vſu & vſufructu: nam hæc plane in iure conſiſtunt. Habitatio eſt quidem nomen iuris, verum non tam in iure, quam in facto conſiſtit, *l. legatum, de capit. min.* Habitatio non tam videtur eſſe ius, quam factum & quaſi domus ipſa. Ea ratione vſus & vſusfructus capitis deminutione amittitur, non iiſdem modis habitatio. Itaque ſi vſus & vſusfructus gratuito concedatur, neceſſaria erit actio præſcriptis verbis, nec dicemus tutius agi præſcriptis verbis, quia alia actio non eſt. Ex iis, quæ dicta ſunt de quatuor ſpeciebus Paulus definit quæſtionem initio propoſitam. Conuenit vt manumitterem, & tu manumitteres. ego manumiſi, tu non manumiſiſti. Quæritur, qua actione agam aduerſus te? Reſpondet, præſcriptis verbis: Verum adiicit, non eſſe deducendum, quod ego libertum habeo, id eſt, ego agam præſcriptis verbis in id quod intereſt, nec habebitur ratio liberti mihi quæſiti per manumiſſionem: nam nihil conſequi videtur, qui libertum adquirit. Ius quidem patronatus adquirit, *l. 2. inf. quib. ad libert. proclam. non lic. l. nemo §. 1. de reg. iur.* Intereſt mea habere libertum, & ſi non habeo, ago eo nomine, *l. ſed hoc nomine, inf. de euict. l. Idque & Iulian. §. vlt. de act. emp.* At ſi iam habeo libertum, eius rei æſtimatio, aut ratio nulla habenda

est. Igitur in hac specie in æstimationem non deducetur, si libertum habeo. Finge nunc iuxta præcedentia, ego vendidi domum ea lege, vt aliam reficeres, an est emptio & venditio? vsus sum vendendi verbo. Sed minime est venditio, quia non interuenit pretium, non locatio eadem ratione. Igitur est incertum negotium, ex quo dabitur præscriptis verbis, quasi ex *do vt facias*, *l. 6. hic l. tenetur §. 1. de act. emp.* vbi citatur hæc *l. 6.* Et finge: vendidi certa pecunia, eo addito, vt insulam reficeres: agam ex vendito vt reficias. sed si sine pretio vendidi, hoc tantum dicto, vt reficeres, Neratius ait, non esse agendum ex vendito, sed præscriptis verbis.

REPETITA PRÆLECTIO
In L. naturalis
De præscriptis verbis.

Propositio huius *l.* facillima est: *Naturalis*, inquit, *meus filius, &c.* Naturalis filius meus est is, quem ex ancillæ mulieris consuetudine quæsiui: Finge: is meus filius naturalis seruus tuus est, quia etiam mater eius forte serua tua, & vicissim filius tuus naturalis seruus est meus, ac tu solebas cum ancilla mea, ego cum tua: conuenit inter nos, vt tu meum manumitteres, ego tuum: hæc conuentio est pactum nudum, non contractus. Regulariter ex pacto nudo iure ciuili, vel prætorio non nascitur actio, ex contractu nascitur. At si ego tuum iam manumisi, si iam pro tua parte impleui conuentionis fidem, conuentio, quæ initio erat tantum pactum nudum, iam abiit in contractũ, quia iam ex mea parte causa subest, id est, manumissio. Pactum nudum est conuentio, quę proprium & legitimum nomen non habet, & quæ intra verba sola, primumque promissum stetit, nec dum datione vel facto, vel stipulatione sumpsit effectum, *l. si tibi C. de loc. l. si diuisionem, C. fam. ercisc. l. 7. l. diuisionis, sup. de pact.* & in definitione Vlpiani: *duorum pluriumve in idem placitum consensus*, id est, nil nisi placitum nudum, nil nisi consensus nudus, sine nomine, sine causa: Conuentio quæ proprium & legitimum nomen habet, licet sit nuda conuentio, vt emptio venditio, quæ perficitur nuda conuentione. locatio, societas, mandatum, contractus est, non pactum. Conuentio item, quæ facto, vel datione, vel manumissione sumit effectum, licet proprium nomen non habeat, contractus est, non pactum, *l. legem, C. de pact.* *Non est*, inquit Paul. *nudum cum pecunia datur, & aliquid de ea reddenda conuenit*, vt in *l. 8. h. t. non videri pactum nudum intercessisse, quoties certa lege probaretur aliquid dari*, & adde, *vel fieri*. Non est ergo pactum nudum, si iam ego manumisi filium tuum naturalem, antequam tu meũ manumittas, sed est contractus: Contractus (vt iterum dicam & faciam apertius) est conuentio, quæ nomen habet proprium & speciale, vel quæ nomen non habet proprium, cui tamen res accedit, veluti, manumitto hunc, vt illum manumittas, do fundum tibi, vt mihi des domum, do tibi decem, vt eas Romam: factum vel datio, quę impletur ex vna parte conuenientium, quæ fit eliciendi ex altera parte alicuius facti, alicuiusve dationis, res est, causa est, quæ conuentioni accedit. pactum est conuentio quæ proprio nomine caret, & cui nulla causa subest, id est, cui nulla res accedit præter placitum nudum, *d. l. 7. §. sed si nulla.* Veluti, manumittam filium tuum, & tu manumittes meum, pactum nudum est: Et similiter, dabo tibi Stichum, & tu dabis mihi Pamphilum: vel dabo tibi decem, & tu filium meum, qui tibi seruit, manumittes. At si cum conuenisset, vt ego filium tuum manumitterem, quæ est propositio huius legis, & tu meum, & hæc conuentio, quæ nudum pactum est, si non steterit intra fidem placiti, sed processerit vlterius, vt puta, si re ipsa ego prior exsoluero fidem, & filium tuum manumisero, iam res ex pacto nudo

A transiit in contractum: ex eo igitur nascitur obligatio, & actio, quæ non nasceretur ex pacto solo. At quæritur in eo, quænam actio sit, quæ mihi competat, postquam manumisi filium tuum, & tu vicissim meum filium, qui tibi seruit, manumittere nolis? Et Paulus in hac quæstione ait, *totius in rem dati tractatum inspici posse*, atque adeo se eum tractatum, priusquam quæstioni propositæ respondeat, omni ex parte perscrutari, & discutere velle. *Ob rem dari* dicitur proprie, quod datur vt aliquid sequatur, puta vt vicissim detur, vt fiat aliquid: idque ob rem dari, vel fieri intelligatur. *Ob causam autem dari dicimus*, quod datur ob causam præteritam, non futuram, puta, do centum tibi, quia negotia mea curasti, & inter hæc duo magna differentia est: Nam datum ob rem, re non secuta, condici B potest, repeti potest: datum ob causam, etsi ea causa falsa sit, & nunquam fuerit, condici non potest, *l. 52. l. in summa 65. de condict. indeb. l. 1. de condict. ob turp. caus.* Verum aliquando ob rem datum, dicitur etiam ob causam datum, nempe ob causam futuram, causa accepta pro re, vt in *t. C. de condict. ob caus. dator.* & supra in *tit. de condict. caus. dat. Causa dati*, id est, sub causa, vt in *l. pen. eod.* & ea futura, ergo dati ob rem. Hunc autem tractatum ob rem dati, Paul. ait, competere in quatuor speciebus: *aut enim*, inquit, *do vt des, aut do vt facias, aut facio vt des, aut facio vt facias.* In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur. Species etiam vocat *articulos* in §. *sequ.* vt in *tit. de rer. diuis. Summa rerum diuisio in duos articulos deducitur*, & in lib. singulari Pauli *de articulis liberalis causæ.* Et in his qui- C dem quatuor articulis, in quibus consistit tractatus ob rem dati, singuli articuli rursus plures in se articulos speciesque recipiunt.

Ad §. Etsi quidem.

Ac primum quidem articulus, *do vt des*, quem solum hodie explicaturus sum, recipit duas species, Prima hæc est. si pecuniam do, vt rem accipiam, quo genere emptio venditio contrahitur, ex qua nascitur vltro citroq; actio empti & venditi, non ciuilis actio incerti, quæ dicitur in factum & præscriptis verbis, quia emptio venditio contractus est ciuili ac proprio nomine præditus, & actio D præscriptis verbis datur tantum ex contractibus, quorum appellationes iure ciuili nullæ proditæ sunt, *l. 3. hoc tit.* ex contractibus, qui sunt ἀνώνυμοι. Imo, quia emptio venditio contractus est, qui suum & proprium nomen habet, quo insignitus est, non tantum si do pecuniam vt rem accipiam, est contractus emptionis venditionis, sed etiam dabo pecuniam, vt rem accipiam, quia emptio venditio nudo consensu perficitur, & ex nudo consensu, parit obligationem & actionem vltro citroque. Accursius huic parti obiicit *l. vlt. sup. de condict. caus. data*, quæ tota nobis diligenter erit explicanda, quoniam maxime pertinet ad hunc locum, & varie explicatur ab interpretibus atque implicatur. In ea l. negotium ita gestum est; do tibi pecuniam, vt mihi Stichum des, & tamen dicitur non esse pro portione emptionis & venditionis, id est, non esse emptionem E venditionem, non esse pro portione, id est, non esse speciem emptionis venditionis (hac interpretatione nihil est certius) sed esse permutationis, vt liquido exprimunt Basilica: οὐκ ἔστι πρᾶσις, ἀλλ' ἐναλλαγή, id est, *permutatio est*: quia pecuniam non dedi, quasi pretium Stichi emendi animo, sed quasi rem aut corpus, vt in *l. 7. hoc tit.* pecuniam dedi, vt Stichum manumitteres: cogam te actione præscriptis verbis, vt Stichum manumittas, quę actio frustra daretur, si dedissem tibi pecuniam pro pretio: nam te cessante, statim Stichus ipso iure fieret liber, *l. 58. de liber. caus.* & ideo pecuniam tibi non dedi pro pretio, pro capite Stichi, vt eum manumitteres, sed quasi permutationis vice. Ergo negotio ita gesto, vt proponitur in *d. l. vlt.* do tibi pecuniam, vt mihi Stichum des, permutatio est, non emptio venditio, & (quod maxime notandum) ex hoc negotio,

(vt ait Iurisconsultus in *d.l. vlt.*) nulla alia actio est, quam ob rem dati causa non secuta, id est, ex hoc negotio competit sola condictio ob rem dati, non actio præscriptis verbis, licet contracta sit permutatio, quod inferius demonstrabitur apertius. Ac videamus primum, cur negotium illud non sit emptio venditio: do tibi pecuniam vt mihi Stichum des. Ratio hæc est, quia dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, id est, vt meum faceres Stichum. Vis scire, an hoc sit verum? legamus verba *d. l. vlt. Condictio,* inquit, *ob rem dati in te competit, quod hominem accipientis non feceris,* ergo id actum est, vt ego pecuniam tuam facerem, & vicissim vt tu hominem meum facias, qua ratione negotium illud non est pars emptionis venditionis, non est emptio venditio, quia ex natura emptionis venditionis non est, vt venditor rem faciat accipientis, sed vt vacuam tantum ei possessionem tradat, & se obliget euictionis nomine, purgetque dolum malum, id est, præstet dolum malum abesse, abfuturumque, vt *sup. tit. prox. & l. ex empto, l. seruus §. vlt. de act. emp. l. 25. de contr. empt.* Itaque re tradita & non euicta, emptori venditor nil debet, quia quod ei debuit, id omne præstitit. Et tamen si mortuus sit Stichus sine culpa tua, antequam eum mihi dares, cum ita negotium gestum est, vt proponitur in *l. vlt.* do pecuniam, vt Stichum des, perit quidem mihi Stichus, atque certe non possum agere præscriptis verbis, quanti interest Stichum mihi dari, vt in §. 1. huius legis, quia mortuus est sine culpa tua. Denique eum petere non possum, vel eius nomine quod interest, actione præscriptis verbis, & competit mihi tantum condictio pecuniæ datæ ob rem, re non secuta, quia Stichus quidem mihi perit, at pecunia mihi non perit. Idque fit exemplo emptionis, vt in *l. si fundus 33 loc.* quia & locatio, quæ eo genere contracta est, emptionem imitatur, *l. 2. sup. tit. prox.* Item si alienum Stichum mihi tradideris, nec feceris meum, vt actum est inter nos, licet euictus mihi nondum sit, quia tamen verum est, te mihi Stichum non dedisse, id est, te Stichum non fecisse meum, mihi non competit condictio pecuniæ datæ ob rem, re non secuta, & hoc casu etiam mihi non competit actio præscriptis verbis, solum competit condictio ob rem dati, non præscriptis verbis quasi ex permutatione, licet permutatio contracta sit. Cur? quia permutatio obligationi præbet initium ex traditione rei suæ, non ex traditione rei alienæ, *l. 1. sup. tit. prox.* Nulla est permutatio, quamuis id ageretur, vt esset permutatio, nisi ex vtraque parte, quod datur, fiat accipientis. At Stichus non est factus accipientis, quia erat alienus. Ergo quasi ex permutatione non est actio præscriptis verbis. Ac præterea, si Stichus tuus est, quem mihi dedisti, atque ita meum fecisti, non tamen mihi velis per stipulationem cauere pro euictione eius, hoc etiam casu, vt ait *d. l. vlt.* nulla alia mihi in te actio competit, quam condictio ob rem dati, id est, condictio pecuniæ: non competit præscriptis verbis, quia sane dedisti Stichum, quamdiu Stichus non euincitur. Atque ita in omnibus tribus casibus, qui proponuntur in *d. l. vlt.* nulla actio vel obligatio est, quam ob rem dati causa non secuta. At, euicto Sticho, quem mihi dedisti, non nego etiam præscriptis verbis competere actionem, vt *l. 1. C. de rer. permut. l. 29. C. de euict.* Et ita est explicanda *d. l. vlt.*

Sequitur altera species, quam hic articulus, *do vt des,* recipit. Si rem do, vt rem accipiam, puta fundum, vt accipiam domum, quo genere non contrahitur emptio venditio, quia nullum interuenit pretium, & nulla merx: Nam non apparet res, quæ vicissim commutatur, vtrum sit pretium, an merx, sed contrahitur permutatio. Ergo contractus est ἀνώνυμος, quia permutatio non est proprium nomen: sed nomen commune, perinde atque Græcis συνάλλαγμα: Nam emptio venditio fit genere quodam permutationis mercis cum pretio: ac similiter locatio & conductio pensionis cum habitatione. Itemque societas & omnis denique contractus est vel commutatio, vel συνάλλαγμα, quod idem est. Et ita Aristoteles in Ethicis scribit: *Me-*

A *dium arrogantia (quod tamen veritatem nominat) carere nomine proprio, quia veritatis nomen latius patet.* Licet autem permutatio si similis, & vicina emptioni, vt *l. 2. sup. tit. prox. l. 2. C. eod. & Nouel. Valentin. de confirm. iis quæ ad stat, &c. Commutatio,* inquit, *instar emptionis obtinet:* tamen longo interuallo distant inter se emptio venditio & permutatio.

Primum in emptione venditione, aliud est pretium, aliud merx, aliud emptor, aliud venditor: in permutatione discerni non potest, vtrum sit pretium, vtrum merx, vter sit emptor, vter venditor, vterque videtur esse emptor & venditor, vtrumque videtur esse pretium & merx: Videtur, non est tamen, quia vt eleganter ait *l. 1. sup. prox. t. Ratio naturalis non patitur, vt eadem res sit merx & pretium,*
B *vt idem homo sit emptor & venditor.* non est igitur emptio venditio: sed videtur, vt est in *l. sciendum, §. pen. de Ædil. edict.* Deinde in emptione venditione debet emptor nummos vel pretium facere accipientis, *l. ex empto §. 1. de act. emp.* Venditor autem non cogitur rem facere accipientis, vt iam probaui supra. Cur tam varie? Vt venditor non cogatur facere rem accipientis, emptor pecuniam cogatur facere accipientis: quia dissimilis est debitio pecuniæ, & debitio mercis: & non mirum, si dissimilis etiam sit solutio: facile quis pecuniam suam soluere potest, quia debet quantitatem in genere, non speciem certam: non æque facile mercem siue rem certam suam præstare quis & tradere potest, hoc non ita est in facili: satis est tradi possessionem, & cauere de euictione, & præstare dolum abesse. In per-
C mutatione autem id agitur his verbis, *do vt des,* (nam sunt stulti, qui faciunt differentiam inter permutationem, & do vt des. Idem dicis, siue permutationem dicas, siue do vt des, vt demonstrat §. 1.) *In permutatione,* inquit, *id agitur, vt vtrinque rei, quæ traditur, dominium transferatur, d. l. 1.*

Tertia differentia est, re vendita euicta, emptori competit actio ex vendito: re data, vel accepta ex causa permutationis & euicta, competit actio in factum, siue præscriptis verbis, *d. l. 1. l. 29. de euict. C.*

Vltima differentia hæc est: emptio venditio nudo consensu perficitur, ex eoque obligationem parit. Permutatio autem non nisi ex re tradita initium obligationi præbet: Nudum placitum permutationis non parit obligationem, quia nudum pactum est, vt in *l. 3. C. de rerum per-*
D *mut.* quia scilicet hoc tantum receptum est in his contractibus, qui nomen suum habent, vt videlicet ex nudo placito pariant obligationem, vt in emptionibus, in locationibus, in societatibus, in mandatis, *d. l. 1.* Permutatio autem nomen suum, id est, nomen proprium non habet, ergo rei traditionem exigimus in permutatione, & eam scilicet, quæ dominum facit accipientem: nullam enim contrahit permutationem, qui tradit rem alienam, & ideo ex altera parte rei alienæ traditione facta, si alter nolit rem tradere, tenetur tantum condictione ob rem dati, non actione præscriptis verbis, quasi ex permutatione, quia nulla permutatio est, & condictio competit non ex permutatione, sed ex æquo & bono, *l. in summa 65. de condict. indeb.* At ex altera parte rei suæ traditione facta, si alter no-
E lit tradere, non tantum competit condictio ob rem dati, si hanc nolit actor, sed etiam præscriptis verbis, in quantum interest vice mutua rem tradi: vt si tibi scyphos meos dedi, vt mihi Stichum dares, mihi vtraque actio competit. Hæc vel illa scilicet, excepto vno casu, qui proponitur in hoc §. 1. Si dedi tibi scyphos meos, vt mihi Stichum dares, & Stichus mortuus sit, antequam eum mihi dares, sine culpa tua, quia hoc casu condictio tantum competit ob rem dati, non actio præscriptis verbis, quæ est etiam sententia *l. vlt. de condict. caus. dat.* Tantum igitur abest, vt huic loco obstet ea lex *vlt.* vt cum ea congruat omnimodo, quia Stichum mihi perire hic dicitur, quod non ibi denegatur. ibi dicitur, pecuniam mihi non perire: hic scyphos mihi non perire: condictionem dati esse, non actionem præscriptis verbis. Et in extremo ait: *explicitus est ar-*

ticulus do vt des, vt in l. 1. ad Trebell. explicit tractatus. Item in l. peregre, §. 2. de adquir. possess. quibus explicitis. Vnde verbum illud, quod in fine librorum ad distinctionem sequentium apponi solet, explicit, quod etiam appingitur in Florentinis, completis singulis libris, & est vetustissimum ita loqui, Explicit feliciter, quamuis huius verbi locutio non sit in vsu : Hieronymus in Epistol. ad Marcellam, cum explicat, quid sit Sela, hoc est diapsalma : Igitur vt solemus nos, inquit, completis opusculis ad distinctionem rei alterius sequentis, medium interponere explicit, aut feliciter.

Ad §. At cum do.

SEcundus articulus, do vt facias, recipit species quatuor, & vt ex articulo do vt des, facio, vt facias, emergit & exoritur proprij nominis contractus emptio venditio: Ita ex huius articuli do vt facias, prima specie exoritur proprij nominis cōtractus, locatio conductio. At rursus sicut ex articuli, do vt des, species secūda nascitur contractus ἀνώνυμος permutatio, ex quo est actio pręscriptis verbis, qui tamē similis est emptioni, non (vt Sabiniani existimabant) idem quod emptio venditio l. 1. sup. de contr. emp. (cui coaptanda est l. 1. inf. tit. prox. in quo ponuntur differentiæ inter emptionem & permutationem) Ita vero ex huius articuli do vt des, specie secunda, & tertia, & quarta, nascitur contractus ἀνώνυμος, similis tamen locationi & conductioni, ex qua etiam est actio præscriptis verbis.

Et prima quidem species huius articuli hæc est, do pictori pretium, vt mihi tabulam pingat, quo genere contrahitur locatio & conductio, quia opera siue factum prioris tale est, quod locari potest certa pecunia, certove pretio, & actio ex hoc negotio nascitur, scilicet proprij nominis actio ex locato conducto : non actio præscriptis verbis, quæ tantum ex iis contractibus datur, qui carent proprio nomine.

Secunda autem species hæc est, do pictori rem, puta scyphum, non pecuniam, vt mihi tabulam pingat. non est locatio conductio, quia non interuenit pecunia numerata pro pretio, siue mercede operæ pictoriæ : & sicut emptio venditio, ita locatio conductio sine nummis siue pretio vel quantitate non consistit, l. 2. loc. Sed in hoc negotio res interuenit, & veluti quoddam permutationis genus, licet proprie nec permutatio sit, quia permutatio ita contrahitur, do vt des, re, specie, & corpore (quod idem est) aliquo certo interueniente ex vtraque parte: Do vt facias, contrahitur re interueniente ex vna parte tantum, & ex altera parte opera, & hoc genere (vt dixi) non contrahitur locatio conductio, quia non interuenit pretium. non contrahitur etiam permutatio (vt ostendi) sed contrahitur proprij cuiusdam generis contractus, quod nomen non habet, ex quo datur ei, qui rem dedit in antecessum, si pictor nolit tabulam pingere, actio præscriptis verbis, vt vel tabulam pingat, vel præstet quanti interest. Vel eidem datur condictio ob rem dati, vt scyphum repetat, quem dedit, si nihil intersit mihi tabulam pingi, vel si malit scyphum repetere, quod satis perspicuum est.

Tertia autem species hæc est: Do tibi pretium vel rem, vt Stichum manumittas. Quæ conuentio etiam non est locatio conductio, quia manumissio tale est factum, quod locari non solet, opera locari solet, non liberale officium, l. 1. si mens. fals. mod. dix. quia nec pro liberali officio datur merces, quæ in locatione exigitur omnimodo, sed datur honor aut salarium. Non est igitur locatio conductio, sed est proprij generis contractus, qui nomine vacat vt superior : proximus tamen est & similis locationi conductioni, & consequenter actio etiam, quæ ex eo contractu datur, nomen non habet, sed datur præscriptis verbis, quod concipiatur ita, vt præscripta sunt contractus verba, certo actionis nomine non expresso, nec enim huic vel illi negotio vllum leges imposuere nomen : actio si no-

A men habet proprium, veluti ex empto vendito, locato conducto, mandati, depositi, pro socio, eo nomine solo edito si agas, recte ages, etiam pacto omni, siue tenore contractus non enarrato, neque actionis formula concluso. Ex hac specie contractus, do vt facias, do pecuniam, vt Stichum manumittas, te cessante, nec manumittente Stichum, mihi in te datur actio præscriptis verbis, vt soluas, quanti mea interest Stichum manumitti : vel si nihil interest, mihi datur condictio, vt mihi reddas, restituas, pretium vel rem, quam tibi dedi, vt l. 7. hoc tit. Et vt additur in hoc §. nil interest, tempus certum adiectum sit conuentioni, intra quod Stichum manumittas, idque tempus viuo Sticho transierit, an vero nullum tempus certum adiectum sit, & transiuit tantum temporis, vt potuerit debue-
B ritque manumitti. De cuius temporis definitione hoc ipso libro Paulus egit in l. vlt. inf. qui sine manumiss. ad libert. Vtroque eo casu, transacto tempore condicto vel conuento, vel transacto iusto tempore, in te mihi competit actio præscriptis verbis, vel condictio ob rem dati, re non secuta, & hoc etiam antequam transierit illud tempus, si me pœniteat, si nolui Stichum manumittere, l. 5. §. 1. de condict. caus. dat. Posset tentari, quod etiam Accursius tentat, non esse locum actioni præscriptis verbis, quæ te compellat Stichum manumittere, vel præstare id, quod interest hac ratione, quia transacto illo tempore Stichus ipso iure liber fit ex constitutione Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, cuius sæpe fit mentio in libris iuris. At ea constitutio cum obiicitur huic §. & sententiæ, respondendum, eam constitutionem non pertinere ad hoc genus
C contractus, do pretium vel rem, vt seruum manumittas, sed pertinere proprie ad contractum emptionis venditionis, cum ea lege venditur mancipium, vt manumitteretur, vel addito, vel non addito certo tempore. Et quamuis sententia huius constitutionis porrecta etiam sit ad mancipium eadem lege donatum, l. pen. inf. de his, qui sine manumiss. l. causam, de manumiss. l. 1. C. si mancip. fuer. ita alien. quamuis etiam porrecta sit ad causam pecuniæ datæ pro pretio serui, vt manumittatur, l. 4. C. eod. l. Paulus, §. 1. C. de liber. caus. tamen non est porrecta, neque pertinet ea constitutio ad casum datæ rei vel datæ pecuniæ, vt rei, non vt pretij, vt l. vlt. sup. de condict. caus. dat. eliciendi beneficij gratia, puta vt seruus manumitteretur, vt l. 1. hoc tit. l. si quis ab alio, de manumiss. Itaque te cessante,
D necessaria est actio præscriptis verbis, quia seruus non fit ipso iure liber. Ad hæc videndum est, cur dicat hoc loco Paulus: Si dedero tibi aliquid, vt seruum manumitteres intra certum tempus, idque tempus, cum potuisset manumitti, viuo seruo transierit, mihi in te competere actionem præscriptis verbis, vel condictionem ob rem dati; cur, inquam, desiderat Paulus, vt viuo seruo tempus transierit, intra quod manumitti potuit & debuit ? Ea causa hæc est, quia mortuo seruo intra illud tempus ante moram tuam, nulla mihi in te competit actio, neque condictio dati, neque actio præscriptis verbis, d. l. 5. §. sed si Stichus, de condict. caus. dat. At forte obiicies, & dices, si dederim tibi rem vel pecuniam, veluti rem, non veluti pretium, non vt manumitteres, sed vt mihi seruum dares, mortuo seruo sua morte, suo fato, sine culpa tua, antequam eum mihi da-
E res, licet mihi non competat actio præscriptiptis verbis, quia seruus mihi periit, §. sed si scyphus, sup. hac l. competere tamen mihi condictionem ob rem dati, re non secuta, l. vlt. §. vlt. de condict. caus. dat. quam exposui, quia scilicet non est æquum rem mihi perire, quam dedi in antecessum, eo quod nullum adiectum est certum tempus, quo darem seruum, neque vllum lege suppletur, intra quod me seruum dare oporteat, sed hoc tantum actum est pure, vt eum mihi dares : quod cum non feceris, per te factum est, quo minus eum habuerim, qui fortassis apud me non interiisset, & ideo mortuo eo apud te, saltem mihi aduersus te competit condictio ob rem dati, quasi re non secuta : at cum rem dedi, vt Stichum manumitteres intra certum tempus, quod etsi non adiecero, lege suppletur, nempe in-

tra spatium duorum vel quatuor mensium, secundum distinctionem *d. l. vlt.* Hoc casu mortuo seruo intra illud tempus, per te factum non videtur, quo minus eum manumitteres, quia omne illud spatium temporis liberum tibi fuit ad manumittendum, & fuit vtrique tibi etiam in animo, antequam tempus exiret, seruum manumittere, & sane manumisisses intra tempus constitutum, nisi illum intra istud tempus fata praeripuissent. & pro eo igitur est, ac si manumisisses, & ideo mihi condictio ob rem dati in te non competit, mortuo seruo intra tempus, quia res pro secuta seu impleta habetur, *l. in iure, de regul. iuris, l. iure ciuili, de condit. & demonst.* Quod confirmat valde etiam id, quod subiicitur in *l. 3. §. quin imo, de condict. caus.* si nihil tibi dedi, vt manumitteres, placuerit tamen pacto nudo, vt darem, & vt tu manumitteres, sicut si seruum prior manumisisses: ita si seruus vita decesserit, antequam per te staret, quo minus eum manumitteres ante moram tuam, perinde est ac si manumisisses, & vltro placiti fidē exsoluisses. Ait in *d. §. quin imo.* etiam vltro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem (vt ita exprimam) non illam condictionem ob rem dati, de qua est ille titulus, quia ea condictio ex hoc contractu non nascitur, sed ex bono & aequo, *l. in summa 65. §. quod ob rem, de condict. indeb.* & propterea nil proponitur datum, quod condici possit. Itaque illo loco, vt Graeci interpretantur, & ex Latinis quoque nonnulli, condictionem accipi pro actione praescriptis verbis, quia scil. intendis, vt dem, quod placuit inter nos vti darem serui manumittendi gratia, perinde atque si eum manumisisses, qui in eo manumittendo moram non fecisti. Et ita condictio incerti accipitur pro actione praescriptis verbis in *l. duo §. vlt. de precar.* Ergo illo loco, intellige condictionem, incerti scilicet siue praescriptis verbis actionem: aut sane quod ait, *condictionem*, glossema est, non auctoris interpretatio: nam & abunde sufficiunt, quae praecedunt, quaeque proponuntur illo loco, competere scilicet actionem, quae ex contractu nascitur: ea est praescriptis verbis, quae nascitur ex do vt facias, quamuis tu prior feceris, quam is dares, quia modus ineundae conuentionis spectatur, vt Ioannes voluit rectissime, & conuentio inita est: *dabo vt tu manumittas.* non inspicitur modus implendi contractus, non inspicitur etiam contractus implementum: an incoeperit à facto, an à datione, quę inspectio nobis erit vsui in explicatione *§. seq.*

Quarta autem & vltima species huius articuli, *do vt facias*, haec est. Dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumitteres, & manumisisti, deinde quia Stichus alienus erat, quem ego tibi dedi, is tibi euictus est. Quaeritur, quae tibi eo nomine in me competat actio? Et ex Iuliano (quod notandum) Paulus ita distinguit in *§. sed si dedi.* Aut sciens alienum dedi, & teneor actione de dolo, aut ignorans, & teneor in factum ciuili, id est praescriptis verbis, quae in factum dicitur sępissime, quia sine nomine certo διηγηματικῶς, id est, narratiue proponitur, vt de exceptione in factum Theophil. noster ait *tit. de exception.* & eodem modo in factum conceptam actionem vel exceptionem in Glossis Philoxenus sic interpretatur. Ciuilis autem dicitur etiam haec actio praescriptis verbis, quia similis est ciuili & directae actioni suum habenti nomen: vt actio praescriptis verbis ex articulo *do vt des*, siue ex permutatione, similis est actioni ex empto vendito: ex articulo *do vt facias*, similis est actioni ex locato conducto: ex articulo *facio vt facias*, similis est actioni mandati. Atque ideo ciuilis appellatur, quia ciuili proxima est, qui ciuilem refert, quia est ἀντίστροφος ciuili. At sane hic locus Pauli, quo refert in specie proposita, Iulianum dare in scientem actionem de dolo, in ignorantem actionem in factum ciuilem, id est, praescriptis verbis, interpolatus est etiam à Triboniano, vel ab alio quodam, quod à Mauritiano explosa & reprehensa esset Iuliani sententia, vt Vlpianus refert in *l. 7. de pactis.* Sed non ita eam sent. Iuliani refert, vt hic refertur à Paulo. Puta Iulianum dedisse in ignorantem actionem in factum prae-

A toriam, quae omnium actionum est extrema linea, adeo vt sit subsidiaria actioni de dolo, quae aliis omnibus actionibus est subsidiaria: Denique actio in factum praetoria est subsidiaria subsidiariae, vt in *l. non debet, de dolo, l. qui seruandarum. in pr. h. t.* Et sane non potest dari in factum ciuilis, vt hic est scriptum, in ignorantem, quia datur etiam in scientem, exclusa actione doli, quae cum sit famosa, ideo ei locus non est, vbi alia actio est, per quam quis ad ius suū peruenire possit: Est enim subsidiaria actio de dolo, quae non datur, nisi deficiente omni alia actione: & rursus vbi actio de dolo deficit & dari non debet, succedit illa actio in factum praetoria, quae est omnium actionum extremum subsidium, extrema linea, extrema cera. Praeterea Iuliani sententia putantis scientem teneri de dolo, ignorantem

B in factum praetoria (neque in *hoc §.* affingendum est, quasi Paulus referat tantum Iuliani sententiam, non probet) à Mauritiano refellitur, vt Vlp. refert in *d. l. 7.* Cur reprehenditur merito? quia euidens est, rem ita gestam esse: *do tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas*, qui ciuilis contractus est, id est, συνάλλαγμα, ex quo vtrinque nascitur obligatio, *do vt facias.* Si contractus est ciuilis, si συνάλλαγμα: ergo ex eo nascitur actio in factum ciuilis, id est, praescriptis verbis in omnem casum, id est, tam in scientem, quam in ignorantem. Et si haec est actio, cessat ergo de dolo, *l. si quis affirmauit §. Labeo, de dolo.* Et consequenter cessat etiam, quae actioni de dolo solet esse subsidio, actio in factum praetoria: seruandus est enim ordo actionum, vti nobis iure proditus est. Si tibi Stichum dedi, vt Pamphilum manu-

C mitteres, & manumisisti, ac deinde tibi Stichus euictus est: Iulianus dicebat, scientem me teneri actione de dolo: scientem, inquam, Stichum alienum esse, ignorantem autem teneri actione in factum praetoria, *l. 7. de pact.* Reprehensus est à Mauritiano in notis, qui negabat summa cum ratione in ignorantem competere actionem in factum praetoriam, quae est extremum subsidium iuris sui persequendi, cum suppetat, sufficiatque actio in factum ciuilis, id est, praescriptis verbis, quia ciuile negotium gestum est, vel συνάλλαγμα *Do vt facias*, ex quo competit actio in factum ciuilis, vt non sit decurrendum ad actionem in factum praetoriam. Scientem autem Mauritianus admittebat teneri actione de dolo malo, quasi in scientem deficiente actione praescriptis verbis, quod & verissimum est. quia ex *do vt facias*, quae nascitur actio praescriptis verbis, stricta est, non

D bonae fidei, vt ex *do vt des, §. actionum, Institut. de action.* Et stricto iudicio dolus non vindicatur. Ideoque in scientem necessaria est actio de dolo, *l. & eleganter §. non solum, de dol. mal.* Quod ergo Paulus refert in *§. sed si dedi*, partim est ex Iuliano, in scientem scilicet dari actionem de dolo: partim ex notis Mauritiani ad Iulianum, nempe in ignorantem esse actionem in factum ciuilem, id est, praescriptis verbis, non vt Iulianus existimabat, in factum praetoriam. Et hoc sane verius est, ac plane extra omnem dubitationem.

Ad §. Quod si faciam.

E SEruum meum tuo rogatu manumisi, vt mihi decem dares, & postquam manumisi, tu cessas mihi decem dare: Quaeritur qua actione mihi tenearis, an ex hoc articulo etiam nascitur ciuilis obligatio, & actio praescriptis verbis, vt ex duobus superioribus, *do vt des, do vt facias*, & ex sequenti, *facio vt facias?* Et in *§. quod si faciam*, negat Paulus ex hoc articulo, *facio vt des*, eandem mihi competere actionem, sed competere tantum ait actionem de dolo malo: quia tu cessas mihi decem dare, rupta fide conuentionis, & quod ad Paulum necessario supplendum est, si eius conditionis sis, vt de dolo malo tecum agere non possim, vt si parens sis, vel patronus meus, in factum praetoria, quae actioni de dolo solet esse subsidiaria, *l. non debet, de dolo.* At quaeritur, cur ex hoc articulo, *facio vt des*, non detur actio praescriptis verbis: Si datur ex *do vt facias*, cur non

non & ex diuerso datur ex *facio vt des*? Hoc vt liquido intelligamus, missis variis opinionibus Accursij, sciendum est, actiones ciuiles, quæ ex contractibus & negotiis ciuilibus dantur, necessario esse directas vel vtiles. Directas nomen proprium habere, & dari etiam ex contractibus, qui nomen proprium habent, veluti ex emptione venditione, ex locato conducto, mandato, pro socio, deposito. Vtiles autem, quæ præscriptis verbis appellantur, & vtiles vt sunt, etiam dicuntur certi, *l. cum mota, C. de transact. l. 3. C. de donat. quæ sub modo. l. 1. C. de pact. convent.* Vtiles, inquam, actiones, id est, præscriptis verbis, proprium nomen non habent, sed in factum concipiuntur, atque componuntur, & non ex vulgaribus & vsitatis, legibusque proditis contractibus dantur, sed ex nouis contractibus, vt in *l. si tibi, hoc tit.* ait, *quasi de nouo negotio dari actionem præscrip. verbis*, prope tamen eos contractus nouos, ex quibus datur vtiles actiones, siue præscriptis verbis, accedere ad eos, qui nomen habent, vt in *l. si gratuitam §. si Papinianus, hoc tit.* ait: negotium, de quo ibi agitur, ex quo oritur actio præscriptis verbis, prope ad depositum accedere, & similem deposito esse. Ac similiter ex iis contractibus nouis & ἀνωνύμοις comparatas esse vtiles actiones, id est, præscriptis verbis, ad similitudinem directarum. Et ita in *l. si conuenit, de rescind. vend.* ex negotio, de quo ibi agitur, dicitur dari proxima emptioni actio præscriptis verbis, & in *§. seq.* ex articulo *facio vt facias*, dari actionem præscriptis verbis, *quæ*, inquit, *actio, similis erit mandati actioni*, quemadmodum in superioribus casibus, id est, articulis locationi & emptioni: locationi ex articulo *do vt facias*, & emptioni ex articulo *do vt des*. Nam articulus *facio vt des*, nulli negotio ciuili comparari potest, & actiones præscriptis verbis non dantur, nisi ex negotiis & contractibus, qui his sunt adsimiles, quorum nomina iure ciuili prodita sunt: ex negotiis dissimilibus non dantur, vt & in iure nullam vsquam actionem vtilem constat dari in casu dissimili, sed in casu simili tantum & proximo, *l. si mensor, sup. si mens. fals. mod. dixer.* cuius species explicanda est. In mensorem vel finitorem, qui falsum modum agri renuntiauit, in Geometram, cum ad eandem rem adhibitus esset à venditore vel emptore, cupiente scire modum agri, in eum (inquam) prætor dat actionem in factum in id quod interest, hoc est certissimum. An etiam dat eam actionem in eum, qui renuntiauit quidem verum modum, sed diu traxit renuntiationem, si ob hoc euenit, vt venditor læderetur? Sic legendum illo loco, *læderetur*, non, *liberetur*, & ita quoque Basilica. Ait, hanc actionem in eum, qui verum modum dixit, sed aliquando tardius & socordius, non dari, ne vtilem quidem, quia vtilis tantum datur in casu simili, hunc casum esse dissimilem, nil esse dissimilius falso quam verum. Eademque ratio est *l. si vero § pen. solut. matrim. l. 1. §. vlt. de aqu. & aqu. pluu. l. 19. comm. diuid.* In casu igitur proposito *d. l.* decurrendum est ad actionem de dolo malo: & eodem modo actio præscriptis verbis, quia vtilis actio est, datur in casu simili, ex dissimili non datur: Ex *do vt des* oritur, quia negotium est simile emptioni venditioni: Ex *do vt facias* item, quia simile est locationi conductioni, & ita ex *facio vt facias*, quia simile est mandato, & alia ex negotio aliquo nouo, quia negotium illud nouum est simile deposito, etiam commodato: ex *facio vt des*, non datur, quia nullum est ciuile negotium, quod habeat suum nomen, cui hoc similiter assimilari possit, & ideo decurrendum est ad actionem de dolo malo. Nullum, inquam, est negotium ciuile, cui hic articulus siue casus, *facio vt des*, assimilari possit. Dices, imo potest assimilari locationi conductioni, quia omnis locatio ita contrahitur, do vel dabo vt facias, non facio, aut faciam vt des. Do vel dabo (quia & re & nudo consensu locatio perficitur) do vel dabo tibi pecuniam, vt mihi tabulam pingas. Non tabulam pingo vel pingam, vt mihi pecuniam des, quod satis probat *§. ai cum do.* Neque vero conuentio ita facta, vt ego darem

A aliquid, tu faceres, sed subuertitur, si tu præuertas facere, vt in *§. si tibi*, si placuerit vt ego darem Stichum, & tu Pamphilum manumitteres, si tu prior ipse Pamphilum manumiseris, ego non dederim Stichum, vel (quod pro eodem est) si dederim alienum, non immutatur origo & forma primæ conuentionis. Idemque euenit in specie *l. 3. §. quin imo, de condict. caus. dat.* si manumissio anteuertat dationem in reipsa, non in forma conuentionis, quæ ita facta est, dabo & tu manumittes. Et in specie quoque *l. cum mota, C. de transact.* re ita gesta atque conuenta ab initio, dabo tibi partem bonorum, vt à lite discedas, etiam si prior à lite discesseris, negotium non do vt facias, non facio vt des, quia inspicimus, non vt impleta, sed vt conuenta res sit, non quis in implendo, sed quis in conue-

B niendo ordo seruatus sit, non quis sit egressus, sed quis ingressus: Et ita Ioannes recte. consequenter dicimus ex articulo, *facio vt des*, vt ait in hoc §. *quod si faciam*, nullam esse ciuilem actionem, id est, neque directam, neque vtilem: & ideo, postquam feci, te cessante dare & fallente fidem, decurrendum est ad actionem de dolo malo, quæ subsidiaria est, neque vllam aliam actionem suppetere, quod confirmat *l. permisisti, §. vlt. hoc tit.* Permisisti mihi, vt sererem in fundo tuo & fructus tollerem, seui in fundo tuo: Res ita gesta & conuenta est, *facio vt des*, id est, sero in fundo tuo, vt te dante, cui scilicet iure dominij fructus cedunt, tanquam domino soli, fructus feram, & ideo ex hoc negotio, vt ibidem traditur neque datur vlla actio iuris ciuilis, id est, directa, neque in factum, id est, vtilis præscriptis verbis, sed si perfidus mihi non tradas fructus,

C vel (quod idem est) si non permittas mihi tollere fructus, quasi deficiente omni actione ciuili, decurrendum est ad actionem de dolo malo. Idem confirmat *l. cum proponas, C. de dolo.* Manumisi ancillam, vel dedi tibi manumittendam (quod pro facto habetur, sicut glossa hic notat recte) vt tu mihi seruum dares. non das seruum, postquam ego manumisi, aut feci, vt manumitteretur ancilla. nulla alia mihi actio in te competit, quam de dolo malo. Idem quoque confirmat *l. solent, hoc tit.* Enuntiatio est eiusmodi. Indica mihi seruum meum fugitiuum, & cura vt eum apprehendam, & tibi decem dabo: & postquam mihi seruum indicasti, ego cesso. quæritur, quæ tibi in me actio competat. Et primum quidem *d. l. solent* ait, esse actionem præscriptis verbis. id mox corrigit, *nisi si quis*

D *& in hac specie de dolo malo competere dicat, vbi dolus aliquis arguatur.* & sic in *l. si mihi, de leg. 2.* cum dixisset, mihi & seruo meo re eadem legata, & ex persona mea legato repudiato, deinde agnito ex persona serui, partem legati deficere, mox corrigit se, *nisi si quis dubitet, an existente conditione*, si seruus viuat, omnimodo legatum meum fiat, quibus statuit totum legatum mihi per seruum adquiri. Sic etiam Vlpianus in *l. si seruus §. si furnum, ad leg. Aquil.* Si ita furnum habeas ad parietem communem, & ex eo metuo, ne quod mihi periculum creetur, cum dixisset initio, mihi in te competere actionem in factum accommodatam legi Aquiliæ, mox corrigit se his verbis: *Nisi quis dixerit damni non facti sufficere cautionem.* Ergo, *nisi*, est particula correctionis. Itaque non pugnat, imo consentit omnino *l. solent* cum hoc §. vt scilicet, *ex*

E *facio vt des*, nulla detur actio ciuilis directa vel vtilis, quia nullum est ciuile negotium, cui illud accommodari possit: ideoque solam sufficere actionem de dolo malo in eum, qui fidem fregit, impleto facto ex vna parte, id est, in eum qui non dedit.

Ad §. Sed si facio vt facias.

PLures species sunt in hoc articulo, ex quibus duas tantum Paulus proposuit in *§. sed si facio*, sicut ex articulo, *do vt des*, quamuis & ille plures species recipit, duas tantum posuit species in §. 1. Potest enim ei etiam adiungi

ſpecies *l. ſi conuenit, de reſcind. vendit. l. Labeo, de contr. empt. & l. 2. C. de pact. inter empt.* quæ eſt de pacto de re vendita, & in qua illo loco *præſcriptis verbis vel ex vendito*, non inſubtiliter Æmarus Ranconetus legebat *& ex vendito.* In extremo huius legis à duabus ſpeciebus huius articuli, *facio vt facias*, tranſit ad tertiam ſpeciem, quam initio legis propoſuit, manumitto, vt tu manumittas. Prima autem ſpecies hæc eſt: Placuit inter me & te, vt ego in tuo ſolo domum aut villam ædificem meis ſumptibus, & tu ſimiliter in meo tuis ſumptibus: Si ego ædificem, & tu ceſſas, mihi in te eſt actio præſcriptis verbis, vt ſoluas quanti intereſt mea inſulam in tuo ædificari, vel vt mihi refundas impenſas, quas ego feci ædificando in tuo ſolo: actio, inquam, præſcriptis verbis proxima & ſimilis actioni mandati, vt mox apparebit ex vltima ſpecie, quam Paul. primam facit: Placuit inter nos, vt ego à tuo debitore Romæ pecuniam exigam meis ſumptibus, & tu ſimiliter à meo debitore Carthagini tuis ſumptibus: Ego poſtquam exegi à tuo, tu ceſſas exigere à meo, qua actione mihi teneris? Et Paulus tentat ſaltuatim ſuo more, modo teneri te mandati, modo non teneri: hæc ſunt in hoc §. veluti anterides quædam & clauſulæ, quæ confligunt inuicem & conuertuntur, & argumenta preſſa admodum & breuia, vt ex *h. l.* tota nullus §. ſit explicatu difficilior. Primum putat, teneri te mandati actione, quia mandatum quodammodo interueniſſe, vel quodammodo contractum eſſe intelligitur inter nos: ceſſiſſe igitur & mandaſſe inuicem videmur actiones: quibus tu à meo, ego inuicem à tuo pecuniam exigerem. Nec enim ius exigendi alieni debiti cuiquam eſt, niſi ceſſa ei ſit actio à creditore, *l. 5. §. vlt. de neg. geſt.* Et hoc loco ſine mandato exigi alieno nomine non poteſt. Et Marcus Tullius pro Roſcio Amerino: *alteri*, inquit, *nemo poteſt petere, niſi qui cognitor eſt factus. Cognitor*, id eſt, *procurator*, cui ceſſa ſit actio ſiue mandata, vt apud Titum Liuium lib. 39. *Turpe & indignum eſt alienarum ſimultatum Tribunum-Pleb. cognitorem fieri*, hoc eſt, vindicem & quaſi procuratorem earum perſequendarum. Alteri paciſci vel ſtipulari cognitor vel procurator non poteſt, alteri tamen petere poteſt vtilitatis gratia, & negotiorum inter homines facilius exercendorum gratia id receptum eſt, vt & hic, vt alteri procurator poſſeſſionem adquirere poſſit, *l. 9. de adquir. poſſeſſ.* Non etiam illud, vt alteri paciſci vel contrahere poſſit, quod eadem vtilitas exigit, ne recipiatur, nempe vt per nos ipſos, non per alios, niſi ſint in noſtra poteſtate, vt nobis ipſis, non aliis, niſi ſimus in eorum poteſtate, paciſcamur, aut contrahamus vtiliter. Nunc ad rem: ſi placuit inter nos, vt tu exigeres à meo debitore tuis impenſis, tuis ſumptibus, & ego à tuo vel cum tuo, *ſimiliter quodammodo*, inquit Paulus, *mandatum interueniſſe creditur*, quia ſine mandato exigi pecunia alieno nomine non poteſt, quia extraneus nullam habet actionem: Cur ait *quodammodo*? quia negotium ita geſtum, vt propoſuit, egreditur notiſſimos mandati terminos: Nec enim, qui mandatum alienum exequitur, hoc ſuis exequitur, ſed domini ſumptibus, vt ſi quis ſumptus de ſuo erogauit, eos à domino repetit, *l. ſi quis alicui, §. pen. mand. l. 1. l. 4. C. eod.* Non quia mandatum debet eſſe gratuitum, vt gloſſa ait: Nam quod dicitur, *mandatum debere eſſe gratuitum*, hoc eo pertinet, vt intelligamus, neque mercedem eum, qui mandatum recipit, neque lucrum aliquod ex ea re adquirere poſſe, *l. 1. l. ita vt §. 1. mand.* Vno verbo, officium illud, quod amico exhibet, lucro ei vel compendio eſſe non debet, *liberalem & benignum non ſequi lucrum, ſed officium*, vt Marcus Tullius ait *1. de legib.* Conſequens tamen huic verbo eſt, quod dicimus, ne diſpendio etiam ei debere eſſe officium illud aut damno, puta, non debere eum exſequi mandatum ſuis ſumptibus ſine ſpe repetitionis. At in vtraque ſpecie, quam Paulus hic proponit, agitur, vt vnumquemque impendia ſequantur, vt tu mandatum meum exſequaris tuis ſumptibus ſine ſpe repetitionis, & ſimiliter ego tuum meis. Con-

A tra dici poteſt, nihilominus mandatum interueniſſe videri, quia nihil damni facio, ſi meis ſumptibus exigo pecuniam à tuo debitore, vel ſi ædifico in tuo ſolo meis ſumptibus, cum tu mihi parem gratiam referas, exigendo à meo debitore, vel ędificando in meo tuis ſumptibus. Denique mutuum officium eſt, à quo mandatum contrahi videtur. *Mandatum ex officio originem trahit*, hæc ſunt verba leg. *1. mand.* Et ſane ſi quantum tu impendis in exigendo meo debitore, vel in inſula fulcienda in meo ſolo, tantum ego impendam in ſimili negotio tuo, ſi par ſit impenſa vltro citroque, nulla dubitatio eſt, quin reuera mandatum interueniat. At ſi ſit diſpar impenſa, ſi ego de meo plus impendam, quam tu in exſequendo hoc vel illo mandato, tunc merito dubitatur, an mandatum interueniat, quoniam hoc abhor-

B ret à natura mandati, vt mandator ſiue procurator oneretur impenſis, & ex adminiſtratione alieni negotij in damno verſetur, *quia*, vt Paulus ait, *non de re tua tibi mando, ſed de mea*, & viciſſim, *tu de re mea non mandas, ſed de tua.* Ergo tu, qui mandas, ſufferre debes impendia: ac ſimiliter ſi ego, mandem, poſſet tamen adhuc defendi: ita & modo hanc, modo illa partem Paulus defendit, etiam hoc caſu, cum par ratio impenſæ non eſt, vltro citroque mandatum videri, & mandati eſſe actionem: quia mandatum ex pacto etiam naturam ſuam nonnihil mutare poteſt ſicut depoſitum in *l. Lucius, depoſ.* & locatio conductio, *l. in nauem, loc.* & alij quilibet contractus: pacta enim contractui dant legem & formam, *l. 1. §. ſi conueniat, depoſ. l. contractus, de reg. iur.* Et ita quamuis ſit alia lex & natura mandati, alia depoſiti, tamen ex pacto mandatum recipere poteſt depo-

C ſiti & cuſtodiæ legem, vt *l. 1. §. quod ſi rem depoſ.* Si tibi mandaui, vt rem meam perferas ad Titium, & Titio eam non recipiente, vt eam mihi cuſtodias, ecce lex depoſiti, nec Titius eam recepit, teneris mihi mandati, non depoſiti, *quia plenius*, inquit, *eſt mandatum habens & cuſtodiæ legem.* Et hoc eſt quod ait hoc loco, poſſum tibi mandare, vt & cuſtodiam mihi præſtes. non id dicit, quod vult Accurſius, vt mihi præſtes culpam leuiſſimam in gerendo negotio meo: Nam etiamſi hoc non conuenit, conſtat à mandatario etiam leuiſſimam culpam præſtari, *l. 13. C. mand.* omnem culpam, inquit, ſed hoc dicit, ex pacto mandatum poſſe etiam recipere depoſiti legem & cauſam, vt in ſupradicto exemplo. Poteſt etiam in mandato contrahendo excipi pacto conuento, vt non plus impendat mandata-

D rius in exigendo debitore meo, vel domo ædificanda in fundo meo, quam aureos 10. verbi gratia, & ſi plus impenderit, id quod plus eſt, non repetet contraria actione mandati, quamuis alias regulariter ex natura mandati omnes ſumptus bona fide facti, neceſſario vel vtiliter repeti poſſint, *l. qui proprio §. vlt. de procur. l. qui mutuam §. vlt. mand.* Cur ergo ſi in dictis caſibus mandatum excedit ſuos fines, ſuas conditiones, ſi extraneas leges recipit, cur non etiam recipit mandatum hanc pactionem, (hæc eſt mens Pauli) vt ego ſcilic. tuum mandatum exſequar meis ſumptibus, & tu ęque meum tuis, nec poſſit quiſquam repetere ſumptus, etiamſi qui à me vel à te facti ſunt longe exſuperent eos, quos ego feci in re tua, vel quos feciſti in re mea, ſed vt vtrinque ſumptus compenſentur, & quod plus ab altero impenſum fuerit, non repetatur: cur, inquam, mandatum

E & hanc pactionem non recipiet? At finge, non vterque impendit, quia non vterque fecit illud, de quo conuenit, ſed alter fecit, alter ceſſauit, quod ſignificatur his verbis, *Sin autem alter fecit*, vt recte ſcriptum eſt in Florẽtin. quibus quidem verbis reſumit quæſtionem propoſitam initio in hoc §. id eſt, quæ in ceſſantem competat actio, & rurſus tentat poſt illam longam diſputationem, quod ad ſenſum attinet, quod ad verba perbreuem atque perſtrictam: tentat, inquam, competere actionem mandati, quia & hic mandatũ interueniſſe videtur. Quo colore? quaſi ſcilicet cum actum eſt, vt quiſque ſuis ſumptibus mandatum exſequeretur, tacite id actum ſit, vt non de re ſua tantum id exſequeretur, quod natura mandati non patitur, ſed vt inuicem refundãt

expenſas quas erogaſſent. Tandem concludit Paulus, melius & tutius eſſe, diſputationis, & dubitationis tollendæ cauſa, vt etiam ait in *l. 1. de æſtimat.* omiſſa actione mandati agere præſcriptis verbis proxima ciuili mandati actioni, nec adiicit vel condictioni ob rem, quia facta reuocari, facta infecta fieri non poſſunt. Qua ratione etiam Plato ait, *reos criminum puniri, non quia male fecerint, facta enim reuocari non poſſunt, ſed ne deinceps idem perpetrent, idemque faciant.* Ergo ex hoc articulo, *facio vt facias*, condictio facti nulla eſt, ſed eſt actio præſcriptis verbis, vt damneris mihi quanti intereſt mea, & pro tua parte illud, de quo conuenit, fieri, vel vt mihi refundas impenſas, quas feci in exigendo vel ædificando in tuo ſolo. Et poſtremo in §. *vlt.* ad hunc articulum, *facio vt facias*, oſtendit pertinere ſpeciem propoſitam initio *h. l.* quæ nos traxit in diſquiſitionem B hanc totius tractatus ob rem dati. Placuit, vt tu filium meum naturalem, qui tibi ſeruit, manumittas, & ego tuum manumiſi, & tu ceſſas meum manumittere, vt hoc quoque negotio detur mihi in te, ceſſantem ſcilicet, actio præſcriptis verbis, vt damneris mihi quanti intereſt me ſeruum habere, quem manumiſi: nam manumiſſio reuocari non poteſt, *l. cum proponas, C. de dolo, l. 5. §. ſi ſeruum, de cond. cauſ. dat. l. ſi ex cauſa §. vlt. de min.* Nec ſi per actionem præſcriptis verbis petam, quanti intereſt mea ſeruum habere, quem manumiſi, reus quidam eo nomine deducere poterit, quod libertum meum haberem, vt eo minus mihi præſtet, quia hoc, quod ſcilicet libertum habeo, æſtimari non poteſt. ius patronatus eſt inæſtimabile: & ideo nihil videtur conſequi aut locupletior fieri, qui libertum adquirit, quamuis patronatus ſint commoda innumera, C *l. 1. quibus ad lib. proclam. l. nemo prædo §. 1. de reg. iur.* Pari ratione & inter virum & vxorem valet donatio ſerui facta manumiſſionis gratia, quia, vt eleganter Paulus ait *2. Sentent. tit. 23.* ea tantum donatio prohibetur inter coniuges, quæ accipientem locupletiorem facit, & dantem pauperiorem: at cum donatur ſeruus, vt mox manumittatur, nemo ex hoc fit locupletior, quamuis manumiſſor fiat patronus, & adquirat libertum ſibi, propterea quod, vt ius patriæ poteſtatis, ita & ius patronatus eſt inæſtimabile. Neque huic ſententiæ obſtat *l. idque, in fi. de action. emp.* nec *l. 26. de euict.* Nec enim ex iis legibus colligi poteſt, ius patronatus æſtimari, & locupletiorem eſſe eum, qui libertum habet: & pauperiorem, qui non habet: ſed hoc tantum ex iis legibus colligitur, habenti libertum, quem ſua ſponte D manumiſit, in venditorem non competere pretij repetitionem, quia nihil abeſſe videtur facto venditoris, at non habenti libertum competere repetitionem, pretij certa æſtimatio, certa taxatio eſt: patronatus vero nulla iniri æſtimatio poteſt: Supplendum hoc tantum eſt ad §. *vlt.* dum ait, te non manumittente, poſtquam ego manumiſi, ſupplendum, inquam, vel quanti intereſt mea filium meum naturalem a te manumitti, vt *l. 7. hoc tit.*

Ad L. VIII. Si dominus ſeruum.

Si dominus ſeruum, cum furti argueretur, quæſtionis habendæ cauſa æſtimatum dediſſet, neque de eo compertum fuiſſet, & is non redderetur, eo nomine ciuiliter agi poſſe: licet E aliquo caſu ſeruum retenturus eſſet, qui traditum accepiſſet. Poteſt enim retinere ſeruum, ſiue dominus pro eo pecuniam elegiſſet, ſiue in admiſſo deprehenſus fuiſſet: Tunc enim & datam æſtimationem à domino reddi oportere. Sed quæſitum eſt, qua actione pecunia, ſi eam dominus elegiſſet, peti poſſet. Dixi, tametſi quod inter eos ageretur verbis quoque ſtipulationis concluſum non fuiſſet: ſi tamen lex contractus non lateret, præſcriptis verbis incerti & hic agi poſſe. Nec videri nudum pactum interueniſſe, quotiens certa lege dari probaretur.

Seruus meus accuſatur furti, ego eum trado quæſtionis habendæ cauſa, tradi autem ſolet æſtimatus, interpoſita ſtipulatione de eo, vel æſtimatione eius, *l. certo, de quæſt.* At finge ſtipulationem non interueniſſe, ſed datum ſeruum ea lege, vt ipſe redderetur, vel æſtimatio. Quæritur, qua actione ipſe ſeruus repetatur, vel æſtimatio? non eſt actio ex ſtipulatu, quoniam ſtipulatio non interuenit. Lex ita diſtinguit: aut nocens ſeruus inuentus eſt, aut innocens. Si nocens, nec ipſe, nec pretium eius petitur. Imo ſi æſtimatio eius domino fuerit prærogata, id eſt data, antequam abduceretur ad torturam, & inueniatur nocens, condictione ſine cauſa repetetur: nam hoc tacite actum videtur, vt ſerui nocentis nomine nihil præſtetur: publica enim vtilitas exigit nocentes puniri. Sed ſi innocens inuentus ſit, ſeruus, vel æſtimatio reddi debet, & in hoc dominus electionem habet, actione præſcriptis verbis, aut fiet condemnatio in id quod intereſt. Additur in fine, *non eſſe dicendum, hanc conuentionem nudum pactum eſſe, & ideo nullam actionem dandam*: Nam non eſt pactum nudum, cum res ſubſit, cum datus ſit ſeruus. Nam pactum ita fieret: dabo ſeruum, quem tu mihi habita quæſtione reddes. Pactum nudum eſt conuentio, cui nulla res ſubeſt, *l. 1. & l. iuriſgent. §. ſed cum nulla, de pact.* Aut, pactum eſt duorum pluriumve in idem placitum conſenſus, id eſt, nihil niſi conſenſus. Nam ſi præter conſenſum res ſubſit, vel cauſa, contractus erit. Aut ſic, ex *l. diuiſionis, de pact. & l. ſi tibi, C. de loc. & l. ſi diuiſionem, C. famil. erciſc.* Pactum nudum eſt conuentio, quæ placiti fine ſtetit, eſt placitum, quod vſque ad pactum ſtetit: aut placitum quod ſtipulatione aut traditione non ſumpſit effectum. *Conſtant. 1. Epit.* Pactum eſt, quoties datio non præceſſit, ſed conuenit de dando. Nota, omne pactum nudum eſſe. Pactum legitimum, ex quo actio datur, nudum eſt. Pactum, quod ex continenti additur contractui, nudum eſt. Nec putandum eſt, aliud pactum eſſe nudum, aliud iuſtum, aut veſtitum; omnia enim nuda ſunt. At cum dicimus dolum malum, non eſt hoc epitheton doli perpetuum, ſed per διαστολὴν dicimus, quia eſt & dolus bonus. In hac ſpecie ſeruus fuit æſtimatus, & negotio geſto datus eſt in quæſtionem, ſub lege reddendi. Quid fiet, ſi ſeruus non ſit æſtimatus? Item, non eſt datus in quæſtionem, ſed deductus eſt quæſtionis habendæ cauſa. inde tortus eſt ſeruus, tum abſolutus. Hoc caſu accuſator ob calumniam condemnatur in duplum pretij, & eo nomine eſt condictio ex lege Iulia, *l. vlt de calum. l. dominus, C. eod. l ſi poſtulauerit, ad leg. Iul de adulter. coer.* Sed hoc fuit conſtitutum primo in adulterij crimine, quo poſtularetur ſeruus, ſed trahitur ad omnia alia crimina. Item ſeruus datus eſt quæſtionis habendæ cauſa æſtimatus, vel inæſtimatus ſub lege, vt redderetur. heic ſeruus tortus non eſt, ſed deductus ad præfectum vrbi, & ſtatim ad ſupplicium. Quæritur, quæ actio domino competat? Reſpondeo: aut ſeruus datus eſt, id eſt, factus accipientis, aut traditus tantum. Si datus, condictio ob rem datur, quia non eſt ſecuta quæſtio. At ſi traditus ſit & manſerit in eiuſdem dominio, & poſſeſſio tantum tradita ſit, tunc domino competit actio furti: Nam furtum facit, qui ſeruum, quem accepit torquendi cauſa, ad ſupplicium ducit, *l. pen de condict. ob cauſ. dat.*

Ad Leg. IX.

Ob eam cauſam accepto liberatus, vt nomen Titij debitoris delegaret, ſi fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque iudicis officio non vetus obligatio reſtaurabitur, ſed promiſſa præſtabitur, aut condemnatio ſequetur.

Ego debitorem meum accepto liberaui ea lege, vt is mihi ſuum debitorem delegaret: hoc eſt facere. obligationem enim ſoluere & conſtituere, eſt facere, non dare, Igitur eſt negotium facio vt facias, *l. ſi mandato §. quoties. mand.* tu autem non delegas. Iuriſconſultus ait, dari præſcriptis verbis, & officio iudicis vetus actio, quam ſuſtulit,

acceptilatio, non restituitur, sed præstatur promissa delegatio, aut sequitur condemnatio in id quod interest (legendum ibi *præstabitur*, non *præstabuntur.*) Ait *l. non vetus, &c.* quod falsum videtur. Sunt enim aliæ actiones, quibus consequimur, vt debitor accepto liberatus reponatur in veterem obligationem. Significat autem his verbis, non hoc intendi in actione præscriptis verbis Sic in *l. naturalis,* ait, *non vt reddas, quod accepisti, sed quod interest.* possum tamen te cogere, vt reddas. verum non actione præscriptis verbis, sed condictione indebiti. Sic etiam hoc casu condicam veterem obligationem condictione sine causa, quasi te sine causa liberauerim; nam cum condico veterem obligationem, hoc statuo quasi liberatus ante fuerim acceptilatione, quasi vtilis fuerit acceptilatio: aut etiam agam pristina actione, quasi inutilis fuerit acceptilatio, *l. licet, de iur. dot. l.* 10. *de condict. caus. dat.* Item, si debitor creditori rem aliquam dederit in solutum, eaque euincatur, hic aget creditor vtili actione ex empto, quoniam illa datio in solutum pro emptione est, quasi ea datio vtilis fuerit, *l. eleganter, de pigner. act.* vel aget pristina actione, quasi non valeat illa datio in solutum, *l. 4. C. de euict. l. si quis aliam, de solut.* Vtroque autem fidem implente, id est, si ego te liberaui, tu ex promisso rem dedisti, tunc nulla superest actio mihi, qua rescindam acceptilationem, nisi de dolo, videlicet, si dicatur acceptilatio dolo extorta. per actionem de dolo omnia in pristinum statum restituuntur, *l. sub pratextu. C. de transact.*

Ad L. X.

Partis tertiæ vsumfructum legauit. Heredis bona ab eius creditoribus distracta sunt. Et pecuniam, quæ ex æstimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi causa. Et per ignorantiam stipulatio prætermissa est. Quæro, an ab herede mulieris pecunia, quæ fruendi causa data est, repeti possit, & qua actione? Respondi, in factum actionem dari debere.

IN hac specie est actio in factum Prætoria: Titius vxori legauit vsumfructum tertiæ partis bonorum (id potest fieri *l. etiam, de vsuf.*) deinde eo defuncto heres scriptus adiit hereditatem. postea defuncti bona ab eius creditoribus heredis nomine distracta sunt. quod si heres non adiisset, ipsius defuncti nomine distracta essent; denique omnia bona in nummos redacta sunt. creditorum autem potior causa est quam legatariorum. Deinde tertia bonorum pars data est vxori, ab ea cautio exigi debuit, finito vsufructu tantundem reddi, §. *constituitur, de vsufructu, Institut.* Igitur, non exacta cautione, vxori datum est pretium tertiæ partis fruendi causa. Deinde finitus est vsusfructus morte vxoris. Quæritur, qua actione ea pecunia repetatur. Ait lex, actionem in factum dandam, non ciuilem, quoniam nullum negotium gestum est, sed in factum Prætoriam. Alibi dicitur, dari in hac specie condictionem pecuniæ. Verum eadem est hæc condictio cum hac actione, *l. hoc Senatusconſ. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Cautio omissa per actionem in factum repetitur: hoc falsum est: non enim repetitur cautio, sed pecunia. Verum dicendum fuit, ante vsumfructum finitum, cautionem, quæ prætermissa est, posse condici condictione incerti, ipsa autem pecunia actione in factum repetitur, vel condicitur, *l. 2. §. aliud, de donat. l. peto §. fratres, de legat. 2.*

Ad L. XI.

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed & eas actiones, quæ legibus proditæ sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet prætor in eo, quod legi deest. Quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ. Idque vtilitas eius legis exigit.

A HÆc l. non est de actione præscriptis verbis. initium est de in factum Prætoria, quæ sequitur, de actione in factum ciuili, quæ non est præscriptis verbis. De omnib. rebus non sunt constitutæ actiones, neque vero constitui possunt. Verum vbi deficiunt actiones, quæ constitutæ sunt, & tamen conuenit aliquam actionem dari, descendimus ad actiones in factum prætorias. Eæ non proponuntur edictis vel legibus, sed decernuntur à prætore, prout res exigit, dicuntur dari ex variis & innumeris causis, *l. sancimus. C. de sacros. eccles.* Certæ sunt causæ ex quibus actiones constitutæ dantur: innumeræ autem sunt, ex quibus decernuntur in factum Prætoriæ. Deficientibus constitutis actionibus, non tantum dantur in factum Prætoriæ, sed etiam instar edictorum & legum in factum ciuiles, quæ & vtiles
B dicuntur, & hæ dantur, cum id exigit causæ similitudo, & æquitas, quæ paribus in causis similia iura desiderat. In factum autem Prætoriæ dantur etiam in dissimili causa, *l. quoties, hoc tit.* cui datur exemplum ex *l. qui heres 49. famil. ercisc.* Vbi ponitur species, in qua dicitur, defecto iudicio familiæ ercifcundæ, quod est ciuile iudicium, dari oportere actionem vtilem aduersus coheredem. Illa vtilis actio erit in factum ciuilis, non tamen præscriptis verbis: tale exemplum hac lege etiam ponitur ex l. Aquil. Si ego manu mea alienum seruum occidi, competit actio l. Aquil. At quid si manu mea non occidero, sed inclusero, & sic fame perierit, sicque causam necis præbuerim, hoc casu deficit actio l. Aquil. verum eius exemplo dabitur actio vtilis siue in factum ciuilis, §. *vlt. de l. Aquil.* Hæ actiones vtiles supplentur à Prætore decreto: Nam vt plurimum actiones in
C factum ciuiles etiam decretales sunt, *l. si post constit. sup. de constit. pecun. l. 2. §. interdum, inf. de vulg. & pup. substitut. l. pen. de adqu. rer. domin.* Quædam tamen edictis proponuntur, vt Publiciana, quasi Seruiana, vectigalis actio. Hæ actiones vtiles dicuntur dari ad exemplum & similitudinem vulgarium siue directarum, *l. 1. C. de precar. l. locum §. vlt. de vsuf. & l. sed & si proprietatis, sup. ad l. Aquil.* Dicuntur etiam proprie accommodari, id est, inflecti, *l. vxor marito, de donat. inter vir. & vxor. l. 1. C de inoffic. testam. l vlt. sup. de transf.* Proprie accommodari dicitur id, quod à re, in quam proprie conuenit, in eam, in quam proprie non conuenit, transfertur. Atque ita actiones dicuntur accommodari, Accommodatæ vtiles dicuntur. Theoph. appellat ἀναγαγικὰς, id est, inflexas, *tit. de fideicom. hered.* Vtiles dicuntur, quoniam vtilitas, quæ peperit actionem dire-
D ctam, eadem exigit, vt in casu simili detur actio similis, *l. si longius, in fi. sup. de iudic. l 6 in fi. mand.* Vtilitati opponitur strictum ius, § *recte, de mandato, Inst. l seruit. §. si sublatum, de seru. vrb. præd.* Summa huius l. est: deficientibus vulgaribus actionibus, dari non tantum prætorias in factum, sed etiam ciuiles: sed has dari in casu simili, illas etiã in dissimili.

Ad L. XII. & XIII.

L. 12. Si vir vxori sua fundos vendidit, & in venditione comprehensum est, conuenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, vt eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium reddendum. Idque & in aliis personis obseruandum.

E *L. 13. Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, vt, quo pluris vendidisses, tibi haberes: placet neque mandati, neque pro socio esse actionem, sed in factum, quasi alio negotio gesto, quia & mandata gratuita esse debent: & societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.*

HÆc lex est de actionibus præscriptis verbis. Vir vendidit vxori fũdos hoc pacto, *vt soluto matrimonio eos viro reuenderet eodem pretio.* Hæc lex in mancipationibus appellabatur *fiducia*, quoniam interponebatur fiducia remancipandi. Hæc lex ex continenti adiecta est contractui. Pacta quæ ex continenti adiiciũtur, dant legem contractui, & actionem contractus formãt: nam pacta mutant formas

contractuum, *l. iuriſgen. §. quin imo, de pact. l. cum dotem, C. de iur. dot.* Hocadeo verumeſt, vt quod initio videbatur dos, pactum additum id abducat in formam emptionis, vt detur dos, eaque æſtimetur, vt ſcilicet vel ipſa reddatur vel æſtimatio, *d. l. cum dotem.* Similiter lex reuendendi oblato pretio facit, vt non omnino videatur eſſe venditio, ſed vt contractum videatur nouum negotium: Ideoque ex ea conuentione non agimus ex vendito offerentes pretium, ſed præſcriptis verbis: Nam pactum illud venditionem transformauit. Hodie autem à Principibus conſtitutum eſt, vt ex hac lege reuendendi detur etiam actio ex vendito. poteſt tamen etiam agi præſcriptis verbis, *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.* quæ lex dat vtramque actionem. Itaque arbitrio actoris relinquitur, vt eligat, quam volet, vt curandum id ſemper ſit, vt conuenienti actione vtamur, hinc tot quæſtiones qua actione vtendum ſit. Hodie etiam in Gallia ei qui offert pretium datur actio in rem; iure noſtro datur tantum in perſonam, id eſt, præſcriptis verbis, vel ex vendito. Similiter etiam ex pacto commiſſorio, & ex aliis conuentionibus, quæ adiiciuntur, agi poteſt ex vendito, & præſcriptis verbis, *l. ſi fundus. ſup. de lege commiſſ. l. Labeo, l. qui fundum 2. ſup. de contrah. emp. l. ſi ſterilis §. ſi tibi, de act. emp. l. ſi conuenit ſup. de reſcind. vend.* Erit etiam actio præſc. verb. in hac ſpecie. Ego dedi tibi rem meam vendendam certo pretio, vt *ſi pluris venderes, quod plus tuleris tibi retineas*: tu vendidiſti & plus tuliſti. Quæritur, quę actio mihi competat? Hic non eſt mandatum, quia non eſt gratuitum: nam reſeruas tibi, quod plus vendideris, mandatum enim nihil recipit, quod ſit mercedis loco: ſalarium tamen & remunerationem recipit, *l. ſalarium, l. idemque §. idem Labeo, mand.* Præterea non eſt ſocietas, quia id quidem agitur, vt pretium communicetur, verum non dicimus eſſe ſocietatem, niſi probemus eo animo fuiſſe contrahentes, *l. ſi margarita, ſup. pro ſoc.* non eſt vero ſocietas ſi rei tuæ totum pretium ſeruas, venditori vero quod ſors tulerit: hic ergo datur actio præſcriptis verbis, *l. 13. h. t.* Vno tantum caſu erit ſocietas, videlicet ſi res detur vendenda ea lege, vt pretium communicetur.

Ad §. vlt. l. 13.

Iulianus lib. 11. Digeſtor. ſcribit: Si tibi area mea dominium dedero, vt inſula ædificata partem mihi reddas: neque emptionem eſſe, quia pretij loco partem rei meæ recipio neque mandatum, quia non eſt gratuitum, neque ſocietatem, quia nemo ſocietatem contrahendo rei ſuæ dominus eſſe deſinit. Sed ſi puerum docendum, vel pecus paſcendum tibi dedero, vel puerum nutriendum, ita vt ſi poſt certos annos veniſſet, pretium inter nos communicaretur. Abhorrere hæc ab area, eo quod hic dominus eſſe non deſinit, qui prius fuit. Competit igitur pro ſocio actio. Sed ſi forte puerum domini tui fecero, idem ſe, quod in area dicturum, quia dominium deſinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo eſt? In factum putat actionem Iulianus dandam, id eſt, præſcritis verbis. Ergo ſi quis areæ dominium non transtulerit, ſed paſſus ſit te ſic ædificare, vt communicaretur vel ipſa vel pretium, erit ſocietas. idemque & ſi partis areæ dominium transtulerit, partis non: & eadem lege ædificare paſſus ſit.

EGo dedi tibi aream .i. dominium tuum feci areæ ea lege *vt in ea inſulam ædificares, & eius partem mihi dares.* Hoc non eſt venditio, quoniam ego non recipio pecuniam, ſed pro pretio partem inſulę, nec etiam mandatum, quia non eſt gratuitum. Namque qui ædificat, quaſi mercedis loco retinet partem inſulæ. Nec etiam ſocietas, quoniam in ſocietate contrahenda nemo in totum rei ſuæ dominium amittit, ſed pro parte tantum. At hic totum areæ dominium amittit. Idem dicendum, ſi quis det puerum docendum, id eſt, dominium transferat ea lege, *vt edoctus ille ſeruus veneat, & pretium communicetur.* Idem ſi pecus paſcendum dederit, nec in his caſibus eſt venditio, non ſocietas, non mandatum, in id quod intereſt, inſulam communicari. Non ita eſſet, ſi tradita tantum fuiſſet poſſeſſio, non dominium translatum. Nec etiam ſi quis partis tantum transtuliſſet dominium: Nam his caſibus videretur contracta ſocietas, quoniam iis caſibus, qui tradit, non deſinit eſſe dominus, aut pro parte tantum. Itaque ſi quis accipit paſcenda pecora ea lege, *vt fœtus inter eum & dominum diuidantur, l. paſcenda, C. de pact.* In ea ſpecie, ſi dominium pecoris translatum non ſit, videtur contracta ſocietas, niſi appareat contrarium. Item, ſi quis colono aut cultori agrorum det agrum colendum, *vt fructus diuidantur*: nam tunc etiam ſocietas eſt, niſi dominium translatum ſit. Idem eſt ſi quis colono aut olitori agrum colendum det, vt partiantur fructus, non contrahitur locatio, ſed ſocietas: Nam locatio fit mercede, non partibus rei, *l. ſi in lege, ſup. loc. l. in ineunda, ſup. pro ſoc.*

Ad L. XVI.

Qui ſeruandarum mercium ſuarum cauſa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione. Sed ſi ſine cauſa id feciſſet, in factum: ſi dolo, de dolo tenetur.

§. 1. Sed & ſi ſeruum quis alienum ſpoliauerit, iſque frigore mortuus ſit, de veſtimentis quidem furti agi poterit: de ſeruo vero in factum agendum criminali pœna aduerſus eum ſeruata.

§. 2. Sed & ſi calicem argenteum quis alienum in profundum abiiceret, damni dandi cauſa, non lucri faciendi: Pompon. lib. 17. ad Sabin. ſcripſit, neque furti, neque damni iniuriæ actionem eſſe, in factum tamen agendum.

§. 3. Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immiſſo pecore depaſcam, Ariſto ſcribit, non ſibi occurrere legitimam actionem, qua experiri poſſim. Nam neque ex lege duodecim tabul. de paſtu pecoris, quia non in tuo paſcitur, neque de pauperie, neque de damni iniuria agi poſſe: in factum itaque erit agendum.

HÆc lex pertinet ad actionem in factum. In ea quatuor ſunt ſpecies, quarum prima hæc eſt. Duo vel plures erant in eadem naui. laborante naue ob vim tempeſtatis, vnus ex his ſuarum mercium ſeruandarum cauſa alienas in mare proiecit, vt ſuas ſeruaret. Quæro, qua actione teneatur? Reſpondeo: aut iuſtam cauſam habuit alienas potius, quam ſuas proiiciendi, aut non, vt forte, quia ſuæ non onerabant nauem, vt gemmæ, margaritæ, *l. 2. §. cum in eadem, ſup. de leg. Rhod.* tunc mercium proiectarum nulla actione tenebitur, verum iactura erit ſarcienda omnium vectorum contributione, ipſe etiam pro ſua portione conferet. At ſi iuſtam cauſam non habuit, an tenetur lege Aquilia? Minime, nec directa, nec vtili: nam quamuis damnum datum ſit, tamen ſuarum mercium conſeruandarum cauſa, non iniuriæ gratia damnum datum videtur: non enim ſufficit damnum datum eſſe, ſed oportet iniuria datum eſſe. Sic etiam, ſi quis alienum ſeruum in publica colluctatione occiderit, non competit actio legis Aquiliæ, quia gloriæ & virtutis, non iniurię cauſa damnum datum eſt, *l. qua actione §. ſi in colluctat. ad leg. Aquil.* In propoſita autem ſpecie erit in factum prætoria, vel, ſi dolo fecerit, aut data opera, vt alium fraudaret, tenebitur de dolo: Nam hæ duæ actiones concurrunt ſemper, videlicet de dolo & in factum prætoria.

Secunda ſpecies. Ego hyeme ſeruum alienum ſpoliaui, atque is frigore mortuus eſt: de veſtimentis teneor actione furti, & extra ordinem etiam teneor vt ſpoliator. De occiſione autem non teneor legis Aquiliæ directa, quia manu mea non occidi, verum teneor actione in factum ciuili, id eſt, vtili, *l. 4. de ſeru. corr.* teneor etiam lege Cornelia de ſicariis, qua lege tenetur, & qui necem intulit, & qui necis cauſam præbuit, *l. prætor 7. §. ſi dicatur, inf. de iniur. §. liberum, de leg. Aquil.* De lege Aquilia eſt ciuilis: Cornelia autem criminalis.

Tertia ſpecies. Quidam alienum calicē in mare proiecit:

quæro qua actione teneatur? Non tenetur furti, quia sui lucri causa id non fecit. Is enim tantum furtum facit, qui lucri sui causa aufert. Quidam putant etiam furti eum teneri, qui re vsus est non sui lucri causa, ex *l. pen. sup. de condict. causa dat.* Nam in ea specie furti tenetur, qui accepit seruum à domino torquendi causa, & tamen non torquet, sed ducit ad supplicium, & hoc lucri causa non facit. Respondeo: in ea specie seruum alienum duxit quasi suum, & sic lucri causa fecit: Nam domini solebant seruos ad præfectum ducere vltro, *l. eleganter, §. vlt. de pign. act.* Caius *Instit. de iure perf.* & ob id fur est. Sic etiam si poculum in mare proiecerit quasi suum, furti tenetur, alias autem non. Non tenebitur etiam directa actione legis Aquiliæ, quia damnum non dedit. Damnum est, si res rupta, fracta, læsa, vsta. Calix autem in mare proiectus est incorruptus, illæsus. Cessat igitur directa. At competit actio in factum ciuilis, quia pro eo est, ac si ruptus fuisset, *l. in laqueum, in fi. de adquir. rer. domin. l. si seruus §. si quis de manu, ad leg. Aquil.* Quidam de manu mea excussit nummos, vt caderent in flumen aut mare. Eo nomine mihi datur actio damni iniuria. Id intelligi oportet de vtili: nam postea ait, dari in factum eadem lege. Quidam nummos ex manu mea excussit, vt alius auferret, is abstulit. Ille, qui excussit tenetur furti, quod ope eius furtum factum sit. tenebitur etiam in factum, id est, vtili Aquilia. At si quis frumentum alienum in mare effudit, hæc effusio frumentum corrumpit, hoc casu directa dabitur, *d. l. seruus, §. si quis militum, ad leg. Aquil.* Sed finge: ego aprum vinctum habeo, aut hæret laqueo, quidam eum soluit, qua actione tenetur? Hic non tenetur nisi vtili ex lege Aquilia, quoniam aper meus esse desiit, perinde, ac si occisus fuisset, *d. l. in laqueum.* At in seruo soluto aliud dicendum est: nam seruus meus esse non desiit, si quis seruum meum soluerit. Ideoque tunc qui soluit, non tenetur vtili lege Aquilia, sed descendendum est ad actionem in factum prętoriam, §. *vlt. de leg. Aquil. Institut.*

Quarta species est de glande: ex tua arbore glans decidit in meum fundum. In iure *glandis* appellatione omnes fructus syluestres continentur. Græci dicunt ἀκρόδρυα, *l. qui venenum, de verb. sig.* cibi D. Ioannis erant ἀκρίδες. Nicephorus 4. hist. interpretatur fructus syluestres. Ego eam glandem misso meo pecore depasco: Non teneor actione de pauperie, (pauperies est damnum quadrupedum, quod sua sponte dant, nec immissæ aut impulsæ, apud Harmenopulum in ll. Georgicis appellatur præda) nam pastus pecoris non est pauperies vel damnum. Depasci est vti. Vti non est damnum dare. Qui alienum vinum bibit, damnum non dat, *l. qui occidit §. si quis alienum, ad leg. Aquil.* Paulus 1. *Sentent. si quadruped. dam. fec.* Ideo in 12. tabul. actio de pastu separatur ab actione de pauperie. Addendum, non esse actionem de pastu pecoris, quoniam in tuo non pasco, sed in meo, deinde quia ego immisi pecus: tunc enim tantum est actio de pastu, cum pecus depascitur sua sponte. Nec est actio leg. Aquil. quia pastus damnum non est, vti re in eum vsum, in quem comparata est, damnum dare non est. Dabitur autem vtilis actio. Verum huic actioni ita demum locus erit, si ego pecus immisero, pecus tamen depascatur glandem, quæ in meum fundum cadit, cessat actio legis Aquiliæ & directa & vtilis, cessat etiam de pauperie, & pastu. Verum si in tuo pecus non immissum depascatur, cessat etiam actio legis Aquiliæ, & de pauperie. At proprie competit de pastu. Immisso autem pecore in tuo, si depascatur, tunc cessat de pauperie & de pastu, & competit actio vtilis legis Aquiliæ, *l. vlt. C. de leg. Aquil.* vbi dicitur *per iniuriam*, id est, culpa hominum. Tenetur etiam ad exhibendum hoc casu, qui in suo depascit ex aliena glande procidente, videlicet, si dolo immittat pecus vt glandem edat: perinde enim est ac si glans extaret, quia dolo fecit, quo minus extet. Competit etiam interdictum de glande legenda, quæ scilicet extat, vt videlicet eam liceat legere.

De l. 15. dictum est ad l. 5. sup. hoc tit.

Ad L. XVI. Permisisti mihi.

Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo, ita vt eum locum, vnde exemissem, replerem. Exemi, non repleo. Quæsitum est, quam habeas actionem. Sed certum est ciuilem actionem incerti competere. Si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. Quod si post exemptionem cretæ repleuero, nec patiaris me cretam tollere, tum agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit.

§. 1. Permisisti mihi, vt sererem in fundo tuo, & fructus tollerem: seui: nec pateris me fructus tollere: nullam iuris ciuilis actionem esse Aristo ait. an id factum dari debeat, deliberari p. sse. sed erit de dolo.

Permisisti mihi cretam effodere ea lege *vt fossam replerem*: cretam eximo, fossam non repleo. Datur actio præscriptis verbis, in id quod interest fossam repleri. Nam ita negotium contractum est: *Permitto tibi cretam eximere, ita vt fossam repleas.* Aliud est, si tu mihi vendidisti cretam certa pecunia, eadem lege vt fossam replerem. tunc exempta creta, si fossam non repleo, teneor ex vendito argum. *l. tenetur §. 1. de act. emp.* At quid si nulla tali lege addita, hoc tantum dictum sit, permitto tibi cretam eximere, quod plerunque fit donandi causa? tunc non est contractus, nec donatio, quoniam donatio non perficitur nisi traditione, vel mancipatione, *l. senatus §. 1. de mor. cau. donat.* Excipiuntur coniunctæ personę: nam inter eas donatio perficitur nudo consensu, *l. 4. C. Theod. de don.* Paulus 4. *Sent. de fideicomm.* Si autem inter extraneos hoc actum sit: permitto tibi cretam eximere, & creta nondum sit exempta, non est donatio, sed exemptio perficit donationem: ideoque eius nomine mihi competit actio in rem, & ad exhibendum, *l. saxum, de donat.* Saxum est cretæ species. Plin. *lib.* 35. Etiam si cretam exemi & repleui fossam, & dominus fundi non patiatur me cretam auferre, agam in rem & ad exhibendum. Competit etiam hoc casu actio iniuriarum, *l. qui pendentem, de act. emp.* Hęc actio vindictæ persecutionem habet, aliæ autem superiores rei persecutionem. At permisisti mihi cretam eximere pure & donandi animo, ego nondum exemi, sed paraturam & sumptum in ea feci, quasi mox exempturus. Deinde non pateris me cretam eximere, quæritur, qua actione mihi tenearis? Nam ego damnum feci ob sumptum. Non est donatio, *l. si cum mihi, sup. de dolo.* quia fallacia tua factum est, vt ego inaniter impenderem. idem confirmat §. vltim. Permisi tibi, vt in meo fundo frumentum sereres, seuisti, & sic sumptum fecisti. Iure naturali sata fundo cedunt, §. *qua ratione, de rer. diuis.* At permiseram tibi non tantum vt sereres, sed etiam vt meteres. Postea ego te non patior fructus metere. Quæritur, qua actione tibi tenear? Iurisc. ait, nullam actionem iuris ciuilis, id est, directam competere. Nam hoc negotium nomine vacat. Sed deliberari potest, an sit in factum ciuilis, id est, præscriptis verbis. Videtur enim negotium aliquod gestum: fero, id est facio, vt fructus des. Et sane tentari potest, vt detur præscriptis verbis, vt *l. solent, h. tit.* Verum melius est dicere dari de dolo. Ex *facio vt des,* nulla ciuilis datur, id est, neque directa nec vtilis. Hodie ex Constit. Iustiniani donatio perficitur inter omnes personas nudo consensu. Igitur si in hac specie fuerit animus donandi sata, competet condictio ex lege, vt liceat demetere, cessatque actio de dolo, *l. si tibi, sup. de pact. l. hactenus, sup. de constit. pecun.* Ego credidi decem, vt viginti redderes. Ea decem, quæ supersunt, non sunt credita. Item non sunt vsuræ, quia pecuniæ creditæ ex pacto nudo non debentur. An debentur quasi donata, si animus donandi fuerit? Hodie debentur quasi donata, si animus donandi fuit. Sic si qui debet decem, constituat se debere viginti, idem dicendum est.

A

Ad L. XVII.

Initium expoſitum eſt in *l. naturalis §. ſed ſi facio*, in priore recitatione.

§. 1. Si margarita tibi æſtimata dedero, vt aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde hæc perierint ante venditionem, cuius periculum ſit? Et ait Labeo, quod & Pomponius ſcripſit, ſi quidem ego te venditor rogaui, meum eſſe periculum, ſi tu me, tuum: ſi neuter, noſtrum. Sed duntaxat conſenſimus, teneri te hactenus, vt dolum & culpam mihi præſtes. Actio autem ex hac cauſa vtique erit præſcriptis verbis.

Margarita tibi æſtimata dedi (rectius enim dicitur *margaritum*, quam margarita apud noſtros auctores, idque ſuauius eſſe ait Chariſius.) vt venderes, & mihi pretium redderes, ſi ſit conſtituta merces, non eſt mandatum, quia non eſt gratuitum, poteſt tamen videri locatio & conductio. Verum plerumque incertum eſt, vtrum quis rem vendendam locet, an operam circitoris conducat: circitores ſunt qui res alienas circumferunt, & vendunt, poteſt etiam videri venditio. Verum vix eſt, vt habeatur pro emptore is, qui rem accipit, vt eam vendat, maxime ſi merces ei conſtituta ſit. Nam emptori merces non conſtituitur. At non conſtituta mercede, etiamſi res æſtimata vendenda data ſit, videtur eſſe mandatum, *l. 1. C. quicunque §. ſed & res, de inſtit. action. l. diligenter, ſup. mand.* Et hoc ſi mandati contrahendi animus fuerit, & poteſt etiam eſſe venditio, ſi merces non interceſſit. Itaque in dubio tutius eſt agere præſcriptis verbis. De hac actione eſt proprius titulus, ſcilicet, *de æſtimatoria*. Sed quæro, quare proprius titulus ſit inſcriptus de hoc negotio, cum ſit præſcriptis verbis actio? Sic etiam quare de permutatione proprius titulus ſit? Ratio eſt, quia illæ duæ actiones ſunt bonæ fidei: cæteræ omnes ſunt ſtrictæ, *§. actionum, Inſt. de action.* Ideoque bonæ fidei actiones à præſcriptis verbis ſeparantur. Quæro cur illæ duæ tantum ſint bonæ fidei? Reſpondeo, hoc totum pendere ex legibus & moribus. leges, mores bonæ fidei iudicia conſtituunt, non certa naturali ratione. Petitio hereditatis olim erat ſtricta, hodie eſt bonæ fidei ex conſtitut. Iuſtiniani. Sic etiam actio ex ſtipulatu de dote erat ſtricta, hodie eſt bonę fidei ex lege Iuſtiniani. Alia eſt actio æſtimatoria in titulo *de ædilitio edicto*. in illo actio ædilitia quanto minoris & minuit pretium, *l. bouem §. aliquando, l. ſi damnum §. non nocebit, de ædilit. edict.* Finge: dedi margarita vendenda æſtimata, vt ea redderes, vel precium, ea perierunt antequam venderes. Quæritur, cuius detrimento perierunt? Sic diſtinguendum eſt: Aut ego initium contractui dedi: aut tu. Si ego te rogaui, id eſt, initium dedi, meum eſt periculum. At ſi tu me vltro rogaſti, id eſt, recepiſti te eam rem venditurum, mihique æſtimationem redditurũ, tuum eſt periculum. Sic etiam in commodatario, *l. ſi vt certo §. commodatum, commod.* Paulus 2. *Sent. tit. 4.* Commodatarius qui rogat rem vtendam æſtimatam, is ſuſtinet periculum: Alioquin non omne periculum ſuſtinet. At in incerto, ſi neſcitur quis prior rogauerit, hoc caſu qui rem diſtrahendam ſuſcipit, præſtabit tantum dolum & culpam, reliquum periculum non præſtabit, & erit actio præſcriptis verbis. Ex hoc loco intelligitur l. 1. *§. vlt. de æſtimat.* quæ tractat eandem ſpeciem. ait: *æſtimatio periculum facit eius qui ſuſcepit.* Hoc non eſt verum indiſtincte, ſed ſic eſt intelligendum, vt qui ſuſcepit rem vendendam, vltro promiſerit ſe venditurum: Nam cum dominus rei rogauit *circitorem*, non proprie videtur conueniſſe de omnino præſtanda æſtimatione. At cum circitor rogauit & prior petiit, æſtimationem omnino præſtat.

B

Ad §. Papinianus.

Papinianus lib. 8. Quæſt. ſcripſit: Si rem tibi inſpiciendam dedi. & dicas te peraidiſſe, ita demum mihi præſcriptis verbis actio competit, ſi ignorem, vbi ſit: Nam ſi mihi liqueat, apud te eſſe: furti agere poſſum, vel condicere, vel ad exhibendum agere. Secundum hæc, ſi cui inſpiciendum dedi, ſiue ipſius cauſa, ſiue vtriuſque, & culpam mihi præſtandam eſſe dico, propter vtilitatem: periculum non. Si vero mei duntaxat cauſa datum eſt, dolum ſolum, quia prope depoſitum hoc accedit.

§. 3. Si cum vnum bouem haberem, & vicinus vnum, placuerit inter nos, vt per denos dies ego ei, & ille mihi bouem commodaremus, vt opus faceret, & apud alterum bos periit, commodati non competit actio: quia non fuit gratuitum commodatum, verum præſcriptis verbis agendum eſt.

§. 4. Si cum mihi veſtimenta venderes, rogauero, vt ea apud me relinquas, vt peritioribus oſtenderem, mox hæc perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime præſtaturum. Ex quo apparet, vtique cuſtodiam ad me pertinere.

Ego tibi rem inſpiciendam dedi pretij exquirendi cauſa, ea lege, vt eam mihi poſtea redderes, *l. 1. h. tit.* Videtur eſſe mandatum, ſed dubitatur, an potius ſit depoſitum vel commodatum quam mandatum. Itaque in dubio melius eſt dari actionem præſcriptis verbis contra inſpectorem. Finge: rem tibi inſpiciendam dedi, tu eam perdidiſti. Inſpector debet pręſtare culpam, ſiue cuſtodiam: videlicet ſi tale negotium eius cauſa contractum ſit, aut vtriuſque *l. 1. hoc tit.* Si igitur inſpectoris culpa res ablata ſit, aduerſus eum agam præſcriptis verbis. Ipſe autem inſpector aduerſus furem aget furti, *l. eum qui §. 1. commod. l. rem inſpiciendam, de furt.* quę lex cum hoc §. coniungenda eſt. Huc etiam *l. 1.* pertinet. Periculum autem inſpector non præſtat, id eſt, fatale damnum, culpam tantum præſtat, *§. ſi cum mihi, hac l.* dum negamus periculum pertinere ad inſpectorem, ſtatuimus, culpam tantum pertinere, *l. 2. ſup. de peric. & comm. rei vend.* Accurſius hic interpretatur diligentiam, ſed plus eſt præſtare diligentiam quam cuſtodiam, *l. contractus, de regul. iur.* dolum ſemper pręſtat inſpector, cum mea cauſa inſpiciendam dedi, quoniam ea res ad depoſitum prope accedit. Quod ſi dolo inſpectoris res ſit interuerſa, ſi ego id ignoro, quia ſcilicet ille dicit rem fuiſſe ab alio ſurreptam, quaſi ex culpa ago cum illo præſcriptis verbis eo caſu quo culpam præſtat. Verum ſi mihi liqueat de dolo ipſius, tum again ex maleficio actione furti, condictione ad exhibendum, & actionibus quæ in furem competunt.

C

D

Ad §. vlt.

Si quis ſponſionis cauſa annulos acceperit, nec reddit victori, præſcriptis verbis actio in eum competit: Nec enim recipienda eſt Sabini opinio, qui condici, & furti agi ex hac cauſa putat. Quemadmodum enim rei nomine, cuius neque poſſeſſionem, neque dominium victor habuit, aget furti? Plane ſi inhoneſta cauſa ſponſionis fuit, ſui annuli duntaxat repetitio erit.

E

Dabatur annulus plerunque in venditione arrę cauſa, *l. 5. §. item ſi inſtitor, de inſtitor. act. l. ex empto §. is qui vinum, de act. emp.* Dabatur etiam ſponſionis cauſa, id eſt, cum duo ſponſionem aliquam faciebant. Plin. 31. *cap. 1. ad ſponſiones etiamnum annulo exiliente.* Fingamus nunc: duo contendebant legitimo certamine, aut ex cauſa legitima & honeſta ſponſione facta, eorum quiſque ſuum annulum depoſuit apud Titium ea lege, vt Titius vtrumque annulum redderet ei, qui viciſſet. Quæritur, quæ actio detur victori aduerſus cuſtodem annulorũ.

Videtur contraxisse depositum: sed non datur illa actio: nam actio depositi datur ei, qui deposuit: porro victor non deposuit annulum victi, sed suum tantum. Igitur eius annuli repetendi causa non habebit actionem depositi, verum aget præscriptis verbis. Sabinus dicebat, victori dari actionem furti, & condictionem furtiuam. Sed merito reprehenditur: Nam victor sui annuli causa potest habere actionem furti, at alterius annuli nomine non habet actionem furti, quia eius annuli nec dominium, nec possessionem vnquam habuit victor. furtum autem fit vel domino vel possessori. Ait: *nec possessionem, nec dominium.* Cur adiicit dominium nomine? satis erat dicere possessionem: satis erat, nam furtum fit solius possessionis: fit, & est possessionis interuersio, *l. 1. §. Scæuola, inf. si quis testam. lib.* Furtum fit possessori, domino etiam, qui non possidet, furtum non fit. Hereditas iacens est domina, & ab ea in heredem dominium transit, *l. cum hereditas, C. depos. l. denique §. quæsitum, quod vi aut clam. l. 31. de hered. inst.* Ideo hereditati iacenti furtum non fit, sed agitur crimine expilatæ hereditatis extra ordinem. Sic etiam heres aditione dominus fit, non possessor: nam id tantum adquirit, quod hereditas habuit. Porro hereditas possessionem non habuit. Ideoque, si res aliqua attrectetur, antequam heres apprehendat possessionem, non datur illi actio furti. Ergo cui furtum fiat spectatur, non quis sit dominus, sed quis sit possessor. Itaque frustra videtur adiici verbum dominij, vt in *l. si vendidero, de furt.* Verum sic habet. Fuit olim controuersum, an solius possessionis furtum fieret: Nam Marcus Brutus, Sextus Ælius, M. Manilius, dicebant, hereditati iacenti furtum fieri, M. Tullius VII. epist. ad famil. 22. quæ tamen est nuda domina sine possessione. Hodie etiam extant sententiæ Iuliani: quibus Iulianus dat actioné furti fructuario post adquisitú vsumfructú, licet res fructuariæ, quo tempore ablata est, possessio vacaret, *l. si nemo, de vsuc.* Idem dat furti actionem creditori pignoris nomine *l. in actione, inf. de furt.* Igitur tentari potest, non tantú actionem furti dari possessori, sed etiá nudo domino, vel quasi domino. Eadem hoc loco traditur victorem, neque dominij, neque possessionis causa habiturum actionem furti, quia nec fuit possessor, nec dominus. Itaque superest illi tantum actio præscriptis verbis. Verum si sponsio facta sit ex causa turpi & inhonesta, hanc actionem non habebit, verum suum duntaxat repetet actione depositi, vel condictione furtiua, si custos annulum retineat lucrandi causa. At quid dicetur in sequestro: an idem quod in custode pignorum? Sequester est is apud quem duo deponunt vnam rem, de qua est controuersia, ea lege, vt eam victori reddat, vel etiam sub alia lege reddendi, *l. proprie, depos. l. sequester, de verbor. significat.* Quæro, quænam erit victori actio aduersus sequestrum? Respondeo, actio depositi dabitur: nam vterque vnam rem in solidum deposuit, & in summa, sequestro depositum est duorum depositum, vel vtriusque partis depositum. Itaque quicunque vicerit habebit actionem depositi sequestrariam non præsc. verb. *L. ei apud quem §. 1. & l. si in Asia §. cum sequestro, sup. depos. l. si quis affirmauit §. Labeo, sup. de dolo.*

Ad L. XVIII.

Si apud te pecuniam deposuerim, vt dares Titio, si fugitiuum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit: si pecuniam mihi non reddas, melius est præscriptis verbis agere: non enim ambo pecuniam, ego & fugitiuarius deposuimus, vt quasi apud sequestrem sit depositum.

DEdi tibi pecuniam, *vt eam Titio dares, si is meum seruum fugitiuum requisiisset & reduxisset*: tu non dedisti Titio, quia non reduxit: at nunc æquum est, vt tu mihi eam pecuniam reddas. qua actione? præscriptis verbis: hæc non est sequestro depositum, quoniam ego solus deposui, apud sequestrem deponunt semper duo vel plures. Denique omnino non est depositum, quia non dedi, vt rem custodires, sed vt dares alteri. Fugitiuarius est, qui seruos fugitiuos persequitur, *l. 1. C. Theod. si vagum mancip.* Florus lib. 3. Huc pertinet lex *si quis affirmauit §. Labeo, sup. de dolo.* Ibi videtur contra sequestrem agi præscriptis verbis. Verum male: Nam in ea specie proprie non est sequester, non est depositum. Species est: Inter me & te erat controuersia de oleo, ego te volente oleum deposui apud Titium ea lege, vt oleum venderet & pretium seruaret victori. Videtur hic esse mandatum, quia dedi Titio vt venderet, videtur etiam esse depositum, quia dedi, vt seruaret pretium victori. Finge: tu non vis mecum litigare de oleo, idque facis dolo, ne pretium ad me perueniat, quoniam dictum est, vt victori redderetur, non possum autem vincere, nisi litiges mecum. quid fiet? Si hoc negotium species quasi mandatum, dabitur mandati actio: si quasi depositum, non repetam actione depositi, quia non vici. Denique hoc negotium duplicem faciem habet, scilicet mandati & depositi. Tutius igitur est quasi ex nouo negotio agere præscriptis verbis, & hac actione tenetur non tantum victor, sed etiam is, per quem non stat, quo minus vincat. At si Titius non est soluendo, agam tecum de dolo, quia tergiuersaris.

Ad L. XIX. & XX.

L. 19. Rogasti me, vt tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, vt pretio vtereris. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam: tutius est ita agere, vt Labeo ait, præscriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprij contractus.

§. 1. Si reditum pro te obligauero, deinde placuerit inter nos, vt mihi fideiussorem præstares, nec facias, melius esse dico præscriptis verbis agi, nisi merces interuenit: Nam si interuenit, ex locato esse actionem.

L. 20. Apud Labeonem quæritur, si tibi equos venales experiendos dedero, vt si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris & viceris, deinde emere nolueris: An sit aduersus te ex vendito actio? Et puto verius esse, præscriptis verbis agendum: Nam inter nos hoc actum, vt experimentum gratuitum acciperes, non vt etiam certares.

§. 1. Item apud Melam quæritur, si mulas tibi dedero, vt experiaris, & si placuissent emeres, si displicuissent, vt in dies singulos aliquid præstares: deinde mulæ a grassatoribus fuerint ablatæ intra dies experimenti, quid esset præstandum, vtrum pretium & merces, an merces tantum? Et ait Mela interesse, vtrum emptio iam erat contracta, an futura, vt si facta, pretium petatur: si futura, merces petatur. Sed non exprimit de actionibus. Puto autem, siquidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem: si vero nondum perfecta esset, actionem talem, qualem aduersus desultorem dari.

§. 2. Si cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit, & reliquerit: & cum displicuisset tibi, seruo tuo referendum dedisti, & sine dolo malo & culpa tua perierit, vascularij esse detrimentum: quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumue dederis, præstare te oportere, Labeo ait. Et puto præscriptis verbis actionem in hoc competere.

IN hac lege duæ sunt species. Prima: rogasti me mutuam pecuniam. ego cum pecuniam in promptu non haberem, dedi tibi rem aliquam vendendam, vt pretio vtereris. tu eam rem vendidisti, verum pretio non vis vti quasi credita pecunia, mutasti consilium. Quæro, qua actione repetam a te pretium? Non est mutuum, quia tu non vis pecunia vti, nec mandatum, quoniam non mandandi, sed credendi animus fuit, nec est vllum aliud negotium cuilibet certo, igitur datur actio præscriptis verbis. Verum quid

fiet, si tu pecunia vti velis quasi credita? Vlpianus ait, mutuum contractum videri, *l. rogasti, de reb. cred.* Mutuum autem non est statim ab initio, antequam vendideris & pretium acceperis & pecunia vsus fueris. Aliud dicendum est, si res aliqua sit æstimata vtriusque consensu, eaque sit data æstimata pro nummis mutuo rogatis. nummi non erant ad manum, lanx vel scyphus datus est: tunc eius æstimationis ab initio mutuum contractum intelligitur, *l. si pro mutua, C. si cert. pet.* At si rem tibi vendendam dedi, vt pretio vtereris, non esse mutuum, nisi vendideris, & pretio vsus fueris. At postquam vendidisti & vsus es pretio, videtur mutuum contractum, *d. l. rogasti.* Cum ea lege pugnat Africanus in *l. qui negotia, mand.* Cum mutuum dare vellem, tibi rem vendendam dedi. igitur dedi vt pretio vtereris, tu pretio vsus es. Africanus ait, non esse mutuum, verum eam pecuniam tuo periculo fore. Ratio est, quod cum B agitur vt mutua sit pecunia, certe agitur, vt eius periculum ad te pertineat; nam hoc est ex natura mutui, vt periculum pertineat ad debitorem, *l. incendium, C. si cert. pet.* Id autem, vt periculum præstet, qui alias non subit, pacto effici potest, *l. iurisgent. §. item si quis, de pact.* At id pacto effici non potest, vt pecuniam, quæ mea non fuit, & cuius ego te dominum non feci, mihi debeas quasi mutuam. Nam mutuum est quod de meo tuum fiat. ergo vt sit mutuum oportet me numerare meam pecuniam, & eam accipientis facere. Atqui in hac specie illa pecunia nunquam fuit mea. igitur illo pacto mutuum fieri non potest. vt tamen periculum ad te pertineat, vtile erit pactum: nam id pacto effici potest. Pugnat etiam hæc lex alia in re cum *l. rogasti.* Procurator meus mihi debet pecuniam ex causa C mandati, conuenit inter nos, vt eam retineret mutui nomine, & ea vteretur quasi mutua. adiectum est, vt præstaret vsuras semisses, an est mutuum? Minime: Nam mutuum non contrahitur nuda conuentione, sed traditione propriæ pecuniæ. Illa pecunia, quæ mihi debebatur, mea non erat proprie. Igitur mutuum non est. Verum vsuræ illæ semisses præstabuntur ex pacto actione mandati, quod est bonæ fidei. Nam iudex bonæ fidei habebit rationem vsurarum conuentarum. At si esset mutuum, non deberentur illæ vsuræ. Nam in mutuo vsuræ non debentur ex pacto, sed tantum ex stipulatione *l. Titius, hoc tit. l. quamuis 3. C. de vsur.* Præterea ex hoc pacto periculum pertinebit ad procuratorem, quia id pacto effici potest. Hoc pugnat cum Vlpiano: nam is in *l. singularia, de rebus cred.* D ait, esse mutuum. Dico, Africanum merum & subtile ius spectare: subtili iure non est mutuum. Vlpianum vero æquitatem, & fingere breuem manum, vt dicitur. Nam fingit, te mihi pecuniam, quam debebas ex causa mandati, reddidisse, & porro me tibi eam dedisse ex causa mutui. Sic multa fingimus, exigente negotiorum varietate & vtilitate, contra subtilitatem iuris. Vlpianus hac ratione Africano respondit in *l. singularia*: Si ego iussi te pecuniam accipere a meo debitore, eaque vti quasi credita, & acceperis, meam pecuniam non accepisti: nam nondum erat mea. receptum tamen est, esse mutuum vsu & consensu omnium. Idque fatetur Africanus, & esse receptum *benigne.* Vlpianus ait: *singularius.* Itaque idem dicunt, & ratio est optima. Nam cum nummos mihi debitos accipis, videris meos accipere. Igitur mutuum est. Sic argumentatur Vlpianus: Si in illa specie mutuum contrahitur per E interpositum debitorem, cur etiam non contraheretur inter nos, nulla interposita persona? Vt puta, si quod mihi debes ex causa mandati, velim te retinere quasi mutuum, cur non erit mutuum? vel etiam si pecuniam redactam ex re, quam tibi vendendam dedi, velim te retinere quasi mutuam, cur non etiam erit mutuum? Cur dum tu nummos mihi à te debitos vsurpas quasi mutuos, videris meos vsurpare. Cur etiam cum nummos à te ipso mihi debitos, quasi mutuos vsurpas, non est mutuum? Vel sic, quod fit per debitorem meum, cur non fiet per te ipsum, si sis debitor meus? Denique si illo casu est recepta illa fictio, vt videar meos dedisse, videtur etiam hoc casu recipienda. Concluda-

A mus igitur, vtilitatis causa, non mero iure ex omni contractu nuda conuentione mutuum fieri potest. Altera species hæc est. Vtro dedi prædium meum pignoris nomine creditori tuo, vel dedi tibi prædium obligandum & eius officij mei mercedem pactus sum. Videor locasse prædium constituta mercede. Locationi est addita conuentio, vt tu de eo pignore liberando mihi fideiussorem dares, non das, qua actione agetur? Ex locato agam vt des. At si hoc tantum conuenit, vt tu pro eo mihi fideiussorem dares, nec interuenit merces, tunc non erit ex locato actio, sed agetur præscriptis verb. in id, quod interest, fideiussorem dari, *l. tenetur §. 1. de act. emp. l. 6. l. permutatio, in pr. hoc tit.* Oppon. *l. 2. sup. de æstimat.* Actio æstimatoria, quę est præscriptis verbis, vtilis est, id est, proficit, etiamsi merces interuenit, quod hic negatur. Sic dicenB dum est: in specie *l. 2.* incertum erat, vtrum quis rem vendendam locasset, an operam circitoris conduxisset, & ideo incertum erat de actione. Atqui certum est, te prædium locasse, me conduxisse. Nunc finge; ego tibi empturo equum venalem dedi experiendum, vt si displiceret redderes intra triduum. tu ex eo quæstum fecisti: nam eum locasti, vel eo vicisti in publico certamine, deinde equum non vis emere, eum tamen reddis, at quæstum, quem fecisti, non reddis. Quæritur, qua actione quæstus repetatur? iniquum enim te quæstum facere ex ea re, cuius periculum ad te non pertinebat: nam si equus periisset, tibi non periisset, *l. si is qui commodatam §. 1. commod.* Videndum, quale sit negotium. Non est venditio, non est etiam commodatum: Nam commodare, est vtendum dare. Aliud quidC dam est, experiendum dare. At videtur quidem hoc negotium simile commodato: Ideoque hęc species posita est sub titulo commodati, *l. si is cui commod. §. 1. sup. commod.* At si quis propius inspiciat, non est commodatum. Igitur vtilius est agere præscriptis verbis. Itaque quæstum illum repetam præscriptis verbis. Quæro, cur non tenearis furti? nam qui est vsus re commodata in aliam rem quam accepit, tenetur furti, furtum fit vsus. non tenetur furti, & ratio est, quia, cui res experiunda datur, omnia licet experiri, vel tentare per se, vel per alium, *l. mandatu vero 2. §. si tibi mand.* In commodato aliud est: Nam præscribitur modus & finis vtendi, *l. in commodato § sicut, commod.* At rem experiundam datam quolibet modo experiri licet & non tenetur furti, est tamen actio præscript. verbis. D Ostendimus aduersus desultorem dari actionem prǽscriptis verbis. eadem actio datur & in hac specie. Ego dedi tibi mulas experiundas, *vt tu, si placuissent, eas certo pretio emptas haberes; si displicuissent, vt in dies singulos certam mercedem pro vsu earum præstares.* Hoc negotium duorum contractuum speciem habet, venditionis & locationis: Nam dictum est, vt certo pretio emptas haberes. item vt pro vsu earum certam mercedem præstares. Et sane erit venditio perfecta, si mulę tibi placuerint intra constitutum tempus, intra diem experimenti, & tunc pretium petam actione ex vendito. At si mulæ displicuerint: quæro, an sit locatio? non est proprie locatio; etiamsi te oporteat mercedem pręstare: quia ab initio vendendi animus fuit, non locandi. Initium vniuscuiusque contractus spectatur, & inde nomen accipit, & causam, *l. si procur. sup. mand.* E *l. 1. §. quod si rem, depos.* Finis quidem contractus ad locationem accedit, initium non item. Tutius igitur erit mercedem petere actione præscriptis verbis pro rata dierum, quæ quidem erit similis actioni locati. At quæro quid sit dicendum, si mulæ intra diem experimenti latrocinio perierint, cuius sit detrimentum? Ita distinguendum est: Si mulę iam tibi placuerant, tuum est periculum, quoniam iam est perfecta venditio: perfecta autem venditione, periculum pertinet ad emptorem. At si tu nondum quidquam constitueras de mulis emendis, si nondum mulas probaueras, meum erit periculum, & tu solam mercedem præstabis: tunc enim hoc negotium simile est locationi. In qua conductor non pręstat periculum, sed diligentiam tantum, *§ pen. Inst. de locat.* Ego rem vtendam accepi certa

mercede, eam amisi fortuito, non teneor. Igitur & in hoc A casu à te tantum exigetur merces actione præscriptis verbis pro rata temporis, quibus vsus es. At de periculo magis dubitabatur in hac specie. Finge: Dedi tibi rem vendendam ea lege, vt pretio eius quasi credita pecunia vtereris. res periit, cuius erit detrimentum? Si post venditionem perierit, postquam tu ea pecunia vsus es, quasi credita, tuum est periculum, quoniam iam erat credita pecunia: At si ante venditionem res perierit: Ita distinguendum est ex, *l. rogasti de reb. cred.* inspiciendum est quis initium dederit contractui. Aut igitur te rogaui, cum scilicet rem venalem haberem, te rogaui & adieci, vt vtereris pretio si velles, & tunc meum erit periculum. At si tu me prior rogasti, & hæc tantum causa fuerit vendendi, vt tibi gratum facerem, tuum est periculum, quoniam hoc prope mutuum accedit, *l. si quis nec causam, de reb. cred.* Eadem B distinctio est in *l. si gratuitam, sup. h. t.* Dedi tibi rem æstimatam vendendam, vt eam redderes vel æstimationem. Si tu vltro eam rem recepisti vendendam, tuum est periculum; quia hæc æstimatio facit, vt hoc negotium sit instar venditionis. At quæro cur hæc distinctio in inspectore locum non habet? Ego dedi tibi rem inspiciendam vt eam mihi redderes. in hac specie nō ita distinguim⁹: nullū, enim periculum ad inspectorem pertinet. Respondeo, hoc ideo fit, quia hoc negotium accedit ad depositum vel commodatum, ex quibus contractibus non præstatur periculum. Omne negotium, ex quo agitur præscriptis verbis, accedit ad aliquod ciuile negotium, itaque ex illius natura æstimatur, eiusdemque regulis constat. Igitur inspector non præstat nisi culpam, vel dolum tantum, cum dantis causa C res inspicitur, vel dolum & culpam, cum inspectoris vel vtriusque causa vertitur, & huc pertinet §. *vlt. h. l.* In *eo* §. Constantinus interpretatur argentum σκεῦν, id est, vasa, vascularium appellat τεχνίτην. *l. vlt. de oblig. & act. l. pen. de aur. & arg. leg.* argentarium vascularium. Finge: tibi empturo vasa argentea dedi inspicienda, vt si displicuissent, redderes. Cum displicuissent, dedisti ea seruo tuo ad me referenda. perierunt ea in itinere sine dolo & culpa tua: Meum est, inquit, periculum, quia non tam tua, quam mea causa vasa ad me referebantur, nec tu inspector debes quidquam prę̨stare præter dolum & culpam. Verum vt meum sit periculum, exigitur vt absit dolus serui tui: Nam ex hac causa tu non tantum culpam tuam, sed etiam serui tui præstare debes actione prę̨scriptis verb. *l. pen. §. pen. de his qui deiec. vel effud.* Igitur si vasa sine culpa tua perierint, D sed serui culpa, teneris præscriptis verbis, si latrocinio, non teneberis.

Ad L. XXII. Si tibi.

Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim: si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si vero mercede data aut constituta, locationis, conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, vt postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de nouo negotio in factum dandum esse iudicium, id est, præscriptis verbis. E

QVod dicitur in hac *l. polienda*, alibi dicit *curanda*, aut *lauanda*, *l. 2 de condict. sine caus. Inst. de locat. §. qua de causa.* hęc sunt fullonum officia. Gręci vocant λευκαντὰς, *Theoph. §. item si fullo, de oblig. quæ ex delict.* Plin *l. 35. cap. 17. Vmbrica creta poliendis vestibus assumitur.* Sarcinator dicitur, cui sarcienda vestimenta dantur, Gręce ῥάπτης. Species hęc est. Dedi tibi vestimenta polienda, vel sarcienda. Si gratis dedi, id est, nulla mercede prę̨scripta, mandatum est. at si mercede constituta, est locatio. At quid si neque gratis, nec mercede protinus constituta, sed postea daturus, quantum conuenisset. Hoc negotium nouum est & proprium: non enim est locatio, quia merces non est constituta; ex eo igitur dabitur actio prę̨scriptis verbis similis actioni locati. verum actio dabitur, licet fullo aut sarcinator prior faciat quam detur merces. Atqui non datur ex facio vt des: In hac specie fullo prius facit, quam detur, agit tamen de mercede prę̨scriptis verbis; hoc ideo, quod initium spectare oportet, id autem fit, dabo, vt facias, id est, polias, & licet tu facias prius, quam dederim, non mutatur conuentionis forma. Recte interpretes sic statuunt. Conuentiones statuendæ sunt ex ratione earum ineundarum, non ex ratione implendi.

Ad L. XXIII. Duo.

Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei qui secum ambulabat, rogatus, annulum ostendit, vt respiceret. Illi excidit annulus, & in Tiberim deuolutus est. Respondit, posse agi cum eo in factum actione.

DVo quidam spatiabantur secundum flumen. vnus alteri dedit annulum, vt eum respiceret (legendum enim *respiceret*, non inspiceret) & mox redderet. eius culpa annulus lapsus est in flumen. Quæritur, qua actione tenebitur? *L. 23.* ait, competere actionem in factum, id est, prę̨scriptis verbis, quę̨ erit similis commodati: Nam quamuis non sit dictum, vt redderetur, tamen id pro dicto habendum est. & generaliter inter contrahentes, quod agitur, id est, actum allegatur, pro cauto habendum est, *l. cum quid, sup. de reb. cred.*

Ad L. XXIV. Titius.

Titius Sempronio 30. dedit, pactique sunt vt ex reditu eius pecuniæ tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius præstaret, computatis vsuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine præstitum foret, quam earum vsurarum quantitas esset, vt id Titio restitueret: quod amplius præstitum esset, id ex sorte decederet: aut si & sortem & vsuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset, Titius Sempronio præstaret, neque de ea re vlla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex vsuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine præstitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit, pecuniæ quidem creditæ vsuras, nisi in stipulationem deductas non deberi. Verùm in proposito videndum, ne non tam fœnerata pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod vltra semissem consecuturus esset. Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniæ creditæ fuisse, quando si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, nihil eum eo nomine præstare debuisse. Quare tutius esse præscriptis verbis in factum actionem dare, præsertim cum illud quoque conuenisset, vt quod amplius præstitum esset, quam ex vsuris redigeretur, sorti decederet. Quod ipsum ius & causam pecuniæ creditæ excedat.

PRimus Secundo dedit 3000. conuenit inter eos, vt secundus eam pecuniam exerceret, & occuparet vsuris semissibus & vt ex reditu eius pecunię̨ tributum solueret quod Primus pro agro principi debebat. *Reditus* hic accipitur pro vsura, quę̨ ex pecunia redigitur, vt in *l. alumnæ, de adimend. legat.* Dicitur etiam redactus & refectus, *l. defuncta §. Sempronio, de vsufr. l. Lucius §. heredem, ad Trebell. l. quærebatur §. vlt. ad leg Falcid. l. 1. §. si frater, de collat. bon. l. 5. de administ. tut.* Tull. 5. in Verrem. *Tanto plus mercedis ex fundo refectus sit Palladius, redactus tenuis colligemus.* Igitur conuenit, vt ex reditu, id est, vsuris semissibus Secundus pro Primo tributum solueret. Denique id actum est, vt quod vltra vsuras semisses percepisset, id sibi haberet. Deinde adiectum est, vt si minus inferret tributo-

rum nomine, quam redegisset ex vsuris semissibus, quod minus intulisset, id Primo redderet. Itemque, vt si plus intulisset tributi nomine, quam ferrent vsuræ semisses, tantò minus ex sorte redderet, id est, in eo sortem minueret. Postremo, vt si summa tributi excederet vsuras semisses & sortem, quod amplius pręstaret, id Primus ei restitueret. Huic conuentioni non est addita stipulatio, nec tamen ideo nuda est, quia data est pecunia certa lege, *l. si dominus in fi. h. t.* Secundus minus intulit, quam collegerat ex vsuris semissibus eius pecuniæ, atque ita plus erat in vsura, quam in tributo. Quæro, id quod plus est, qua actione Primus petet à Secundo? Nam ita conuentum est, vt quod plus esset in vsura redderetur. Videndum quale sit hoc negotium. Si est mutuum, vsuræ non possunt peti: Nam vsurę in mutuo non debentur, nisi sint deductæ in stipulationem, *l. 3. C. de vsur.* Hic non est interposita stipulatio. At non est mutuum, ideoque sors quasi mutua peti non potest. Nam sortis creditę periculum pertinet ad accipientem. In hac autem specie sortis periculum pertinet ad dantem, id est, ad Primum, videlicet si Secundus eam pecuniam amiserit sine dolo aut culpa, id est, si pecunia perierit casu maiore. Idem si Secundus eam pecuniam sine dolo vel culpa vacuam habuerit, id est, otiosam & sterilem (vacua pecunia est, quæ non parit vsuras) dicitur etiam cessans, *l. tutor, de administ. tut.* Deinde mutuo contracto id agitur, vt tantundem reddas. At in hac specie id agitur, ne tantundem reddatur, videlicet si plus intulerit tributi nomine, quam faciat vsura semis. eo casu agitur, vt minus reddatur. Igitur non est mutuum. Videtur potius esse mandatum fœnerandæ pecuniæ meæ & soluendi tributi. Sed obstat, quod ita actum est, vt Secundus fœneraret vsuris semissibus, & quo pluris fœneraret, id sibi haberet: nam hoc modo non est gratuitum, ergo nec mandatum, *l. si tibi rem, sup. hoc tit.* Tutius igitur est agere præscriptis verbis, & quo plus fuerit in vsura, repetere actione præscriptis verbis: Nam hæc conuentio non est nuda, quoniam data est pecunia certa lege, & proximum est mandato negotium. Tu me mandante pecuniam meam fœnori occupasti, fœnus accepisti: æquum est, à te id mihi reddi: nam redderes id fœnus, etiamsi non dedissem tibi pecuniam fœnerandam, *l. idemque, §. sed & si pecun. mand.* non oportet te ex alieno lucrum sentire. Denique quæ res non est tibi periculo, non potest etiam esse quæstui, *l. si is qui §. 1. sup. commod.*

Ad Leg. penult.

Si operas fabriles quis serui vice mutua dedisset, vt totidem reciperet, posse eum præscriptis verbis agere, sicuti si penulas dedisset, vt tunicas acciperet. Nec esse hoc contrarium, quod si per errorem operæ indebitæ datæ sunt, ipsæ repeti non possunt. nam aliud dando, vt aliud reddatur, obligari iure gentium possumus. Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere. Quorum neutro modo operæ repeti possunt.

EGo dedi tibi operas fabriles serui mei (operæ officiales præstantur patrono, de quibus hic non agitur, fabriles autem etiam alij præstari possunt) ea lege, vt mutuas operas serui tui dares. non das. est actio præscriptis verbis: sicut si togam dedi, vt des tunicam, vt totidem operæ præstentur, aut id quod interest. At non videntur posse repeti operæ, etsi indebitæ, *l. si non sortem §. libertus, de condict. indeb.* Nam vel eædem repetuntur, vel tantundem eiusdem generis. At tantundem operarum non potest repeti, nam non eadem est causa operarum & rerum, quæ pondere, numero, mensura constant. Nam illæ res mutuam functionem recipiunt, operæ vero non item, *l. inter artifices, de solut.* Igitur nec eædem operæ repeti possunt, nec tantundem, at æstimatio condici potest, id est, quanti condici potuissent, & sic fit, vt aliud soluatur, aliud condicatur, quod frequens est. Verum in hac specie actione præscriptis verbis eædem operæ non repetuntur, sed aliæ omnino: Nam id actum est, vt aliud daretur, aliud redderetur, quo in genere obligatio constitui potest iure gentium, vt do has operas, vt alias reddas. Hi contractus, ex quibus datur actio præscriptis verbis, sunt omnes iuris gentium, *l. iuris gent. de pact.* Sic est in *l. quod indebitum, de cond. indeb.*

Ad L. vlt.

Si tibi scyphos dedi, vt eosdem mihi redderes, commodati actio est. Si, vt pondus argenti redderes, quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem præscriptis verbis: tam boni tamen argenti, quam illi scyphi fuerunt. Sed si vt vel hos scyphos, vel vt eiusdem ponderis argentum dares, conuenit: idem dicendum est.

DEdi tibi scyphos gratis vtendos, vt eosdem mihi redderes, hoc est commodatum. At finge: Dedi tibi scyphos vtendos, vt redderes ponderis tantidem argenti æque boni. non est commodatum, quia eadem res non redditur: nec etiam mutuum: nam non consistit mutuum in scyphis, in corporibus. Ex mutuo pondus pro pondere redditur, non pro scyphis pondus: nam mutuum in specie, in corpore, non consistit. Dabitur igitur præscriptis verbis. Idem si conuenit, vt redderentur vel scyphi vel pondus: Nam hoc etiam abest à mutuo, à commodato, & agitur præscriptis verbis. Verum si data sit materia scyphi, vt pondus redderetur, tunc vere mutuum est. At quid si dedi tibi scyphos, dominio translato, ne eosdem redderes, an est commodatum? Id videtur admisisse Alciatus in *lib. paradox.* & probat ex hac lege. Verum *dare* non semper significat dominium transferre: Ideoque ex hoc loco nihil probat. Commodatum igitur non est, quia dominium non transfertur, imo nec possessio, *l. rei, l. nemo, sup. commod.* Nisi dicatur commodatum ex pacto posse naturam suam excedere, argumento *l. in nauem, loc.* Sed tutius erit agere præscriptis verbis.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI

Recitationes solemnes

AD TIT. II. LIB. XXII.

De nautico fœnore.

Ad L. I.

Traiectitia ea pecunia est, quæ trans mare vehitur. Cæterum si eodem loci consumatur, non erit traiectitia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatæ in ea causa habentur. Et interest, vtrum etiam ipsæ periculo creditoris nauigent: Tunc enim traiectitia pecunia fit.

HIc titul⁹ est de vsuris nauticis, vel de traiectitiis pecuniis, *l. 2. §. alius denique, de vet. iur. enucl.* Porro traiectitiæ pecuniæ sunt pecuniæ, quæ nauigant periculo creditoris, vel merces ex illis comparatæ, videlicet si mercium inde comparatarum periculum etiam creditor susceperit. Igitur traiectitiæ pecunię creduntur ea lege, vt si nauis perierit, non reddantur: si non perierit, reddantur. creditor tantum naufragij periculum suscipit, *l. fœnerator, in fi. huius tit.* Aliæ pecuniæ sunt periculo debitoris, pecuniæ nauticæ sunt periculo creditoris. Ideo creditor earum pecuniarum nomine alia duo habet, quæ alij non habent. Primum vt ex pacto ex

continenti facto etiam sine stipulatione vsuræ pecuniæ eius illi debeantur, *l. in quibusdam, hoc tit.* Idem datur etiam ciuitatibus nullo suscepto periculo, *l. etiam, sup. tit. prox.* & argentariis, *Nouel.* 136. *de argentar. contract.* Regulariter autem vsuræ creditę pecuniæ non debentur citra stipulationem. Sed quæro, fœnus quale sit negotium? Sane prima fronte videtur esse locatio & conductio: nam numi locantur, id est, vtendi dantur, conducuntur, id est, vtendi accipiuntur, certaque mercede. At hoc non est proprie locatio: nam ea locantur, quorum est vsus aliquis; pecuniæ non in vsu consistunt, quoniam vtendo consumuntur. Item contracta locatione eadem res redditur: contracto fœnore eadem res non redditur. Nec etiam est mutuum: Nam mercedem non recipit mutuum, sicut nec commodatum. Verum duplex est contractus: datione pecuniæ mutuum contrahitur: stipulatione fœnus. Fœnus igitur, id est, fœneratitia stipulatio. Excipiuntur quidam casus, quibus pacto fœnus constituitur, quos supra diximus. Infinitas autem vsuras percipere potest creditor nauticæ pecuniæ, vt quatuor aut quinque centesimas, idque est compensatio periculi. Ex aliis autem pecuniis vsura legitima erat centesima: ex nauticis quælibet, *l. lecta, de rebus cred. l. si pro mutua, C. si cert. pet.* Vbi, quod initio vocat *centesimam*, postea vocat *legitimam*. Hoc autem mutauit Iustinianus, *l. eos, C. de vsur.* nam vsura nautica est centesima duntaxat, nec potest excedere. Ex aliis pecuniis non recipitur centesima, sed viri illustres percipiunt trientes; negotiatores & argentarij besses; reliqui, etiam fiscus, semisses. Plinius *lib. 10. cap. 4.* At videtur lex 4. *hoc tit.* significare, etiam vsuram nauticam non fuisse nisi centesimam Papiniani tempore, §. *pen.* Verum illud verbum *centesima* Tribonianus addidit ex constitutionibus Iustiniani. Et sic etiam in *l. cum quidam* §. *vlt. sup. tit. prox.* hæc verba: *Vsque ad tertiam centesimæ*, sunt Triboniani. eis verbis significantur vsuræ trientes, quo modo nostri auctores non loquuntur, sed est prorsus Triboniani. Et ille §. est ex rescripto quodam D. Pij, quod refertur aliis verbis in *l. si legatum, inf. de operib. public.* Vsura centesima, quæ hodie est nautica, sic definitur, quæ quotannis reddit duodecim solidos in centenos, mensibus singulis solidum in centenos. At Anianus interpres *C. Theodos.* in *l.* 2. *de vsur.* aliter definit, quam definitionem probant Iustinian. & Leo. Impp. Sicque definit: quæ reddit quotannis tres siliquas in singulos solidos. Solidus habet 24. siliquas, quæ vocantur alias κεράτια, *Nouel.* 130. Igitur secundum eam rationem vsura centesima est, quæ reddit quotannis in centenos solidos 12. & 22. siliquas, id est, solidos 12. & semissem. Hoc confirmat *Nouel.* 83. Nam Leo secundum eam rationem ita definit trientem vsuram, quæ quotannis reddit vnam siliquam in singulos solidos. Igitur vsura triens est, quæ in centenos quotannis reddit 4. solidos & 4. siliquas. Illud notandum, semper creditæ pecuniæ vsuras lege fuisse definitas. At in bonæ fidei contractibus vsuræ legibus non fuere definitæ. Verum constituebantur arbitrio iudicis ex mora, *l. 1. l. 32. sup. tit. prox. l. idemque* §. *sed & si pecuniam, mand.* Notandum in eis locis Tribonianum etiam verba hæc addidisse: *legitimo modo*, &c, *ita tamen, vt legem non offendat* ex *d. l. eos.* Nam Iustinianus primus constituit, vt & in bonæ fidei contractibus à se constitutus vsurarum modus obseruetur, & vt iudices de ea re arbitrari non possint, sed leges sequantur. At illa posterior constitutio vsuræ centesimæ pugnat cum priore: Nam illa constituit tantum 12. solidos in centenos, hæc autem 12. & semis. Præterea prior definitio in triente constituit tantum 4. solidos; hæc autem amplius constituit 4. siliquas; Verum illa constituit hoc, rotundandi numeri causa. At postea alia inuasit definitio vsuræ centesimæ, quæ traditur ab Harmenop. 3. *Epit.* Vsura centesima est, quæ in singulas libras, id est, in 72. solidos (*l. quotiescumque, C. de susceptor.*) quotannis reddit 12. hæc est grauior vsura. At si obtinuit hæc definitio, cur vocabatur centesima, quæ in 72. solidos reddit 12. Respondeo, centesima fuit pars vsurarum, nam reddebat 12. Assem dicimus, quodcunque constat 12. partibus. Sic centesimam acceperunt pro asse, quod constaret 12. licet non redderetur in centenos. At olim centesima vsura dicebatur, quod sortis pars centesima erat vsura. Hæ vsuræ accipiebantur in menses. Dabantur pecuniæ Calend. redigebantur autem Idibus, *l. si ex pluribus* §. *vlt. de solut.* Cicero Orat. 1 in Catil. Vsuræ autem nauticæ non ita constituebantur, & quidem varie hoc fiebat: nam creditor suscipiebat modo periculum vsque ad certum diem, modo ad certam conditionem, *l. qui Romæ* §. *Callimachus, de verb. oblig.* vel vsque ad certum locum vel portum; vel periculum omne itionis & reditionis, vbi erat ventum in portum, vel vbi dies ille venerat, aut conditio exstiterat, tum cessabant vsuræ nauticæ, *l. 4. fœnerator, inf. hoc tit.* Incipiunt etiam ab eo die, quo nauis nauigatum mittitur: nam & ab eo tempore creditor suscipit periculum, *l. 3. h. tit.* In d. Nou. autem 106. comprobat Iustin. conuentiones quasdam, quæ solebant interponi à negotiatoribus & naucleris in dandis pecuniis nauticis. Conuenire solebant, vt in singulos solidos liceret eis vnum modium tritici vel hordei in nauem imponere; vt pro eo vectigal non agnoscerent. Præterea conueniebat vt in denos solidos perciperent singulos vsuræ nomine, atque in 100. perciperent 10. quæ vsura est dextans vsura, videlicet si quotannis ad eum modum exigatur. Alio modo conuenire solebant, vt in singulos solidos darentur tres siliquæ, quæ est centesima vsura, videlicet si quotannis exigatur. At vsuræ nauticæ non exigebantur in annos aut menses, sed ad nauigationem, id est, quoad nauis portum appulisset. Ideoque si nauis rediisset salua intra mensem aut duos, illæ semper vsuræ præstabantur. At post reditum atque ita finito periculo, tunc illæ vsuræ non præstabantur, sed besses, quæ etiam permittuntur constitut. Iustiniani negotiatoribus, *l. eos, de vsur.* id est, duæ siliquæ quotannis in singulos solidos. At eam Nouell. abrogauit postea in *Nou.* 110. Vt & Iulianus: Ego credo, Iustinianum postea improbasse priorem illam conuentionem. Nam cæteræ consentiunt cum *l. eos.*

Ad L. II. & IV. h. t.

L. 2. Labeo ait, si nemo sit qui à parte promissoris interpellari traiectitia pecunia possit, idipsum testatione complecti debere, vt pro petitione id cederet.

L. 4. Nihil interest, traiectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem præstitutum & conditionem impletam, periculum esse creditoris desierit. Vtrobique igitur maius legitima vsura fœnus non debebitur. Sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo, nec pignora vel hypotheca titulo maioris vsuræ tenebuntur.

§ *1. Pro operis serui traiectitiæ pecuniæ gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ, non vltra duplum debetur. In stipulatione fœneris post diem periculi separatim interposita, quod in ea legitimæ vsuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.*

Aut pecunia traiicitur sine periculo creditoris, aut eius periculo: si sine periculo, maius legitima vsura fœnus non debetur, *l. 4. in pr. hoc tit.* Legitimam vocat, quam postea centesimam summam dicit: Nam hoc iure legitima vsura est 100. At ex constit. Iust. est bes in negotiatoribus, in aliis semis. Quod si nauigat periculo creditoris, recipit infinitas vsuras hoc iure, at constitut. Instin. non nisi centesimas. At finito periculo non debetur fœnus maius centesima, id est, legitima vsura, *Nouel.* 106. Additur in *l.* 4. maioris vsuræ nomine pignora non posse retineri. Sciendum est vsuras ex pacto debitas peti quidem non posse, possunt tamen seruari per retentionem pignoris, si pignus & in eas vsuras acceptum est, & si non excedant modum legitimum, *l. per retentionem, l. pignoribus, de vsur.*

At

At vsuræ, quæ legitimum modum excedunt, non possunt A seruari per retentionem pignorum, *l. pretij, C. mand l. pen. C. de vsur.* Post diem periculi non debetur, nisi centesima vsura, hæc est legitima vsura ante Iustin. In eum diem debetur infinita vsura; post diem, centesima tantum. Verum post eum diem creditor non tantum solebat accipere vsuram, verum etiam pœnam stipulabatur ob operas, vel sumptus serui persequentis & petentis eam pecuniam: nam qui nauticam pecuniam credebant, solebant mittere seruum, qui nauigaret cum debitore & statuto tempore pecuniam exigeret, *l. traiectitiæ, de oblig. & act. l. qui Romæ §. Callimachus, de verb. obligat.* Ea pœna committebatur statim post moram, id est, ad diem non solutæ pecuniæ. Mora autem fiebat dupliciter, in personam, id est, si interpellatus à seruo non soluisset. Item in rem, vt si non B exstet debitor, qui interpelletur, vt quia decessit nullo herede relicto. hoc ostendit *l. vlt. hoc tit. l. ad diem, de verb. obligat.* Verum ex *l. 2. hoc tit.* addendum, id ipsum seruum illum testari debere, neminem scilicet exstare, qui interpelletur. Sed hoc relinquitur disquisitioni iudicis, & ex ipsa die sine interpellatione mora fit, *l. traiectitia, & l. magnam, C. de contrah. stipul. l. 2. C. de iure emphyt.* Excepto si non sit cui soluas. Mora enim fit in rem ex diei lapsu, nisi per creditorem stet, quo minus ei soluas, *l. pen. hoc tit.* Siue igitur creditor post diem periculi pœnam solam stipuletur; siue cum vsura pœnam, vtriusque ratio iniri debet, ita vt id omne non excedat centesimam, vel duplum sortis, *l. pecunia, l. pœnam, sup. de vsur. l. Iulian. §. idem Papin. de action. empt. l. cum allegas, C. de vsur.* Igitur vsura, vel pœna, vel vtrumque non potest exigi su- C pra duplum, vel supra modum centesimæ post diem periculi, *l. si non sortem §. 1. de condict. indeb. l. vsura, C. de vsur.* Igitur, vbi vsura sortem æquauit, quod deinde soluitur, in sortem cedit. Ideoque qui debet 100. si præstiterit 200. vel vsuræ, vel pœnæ nomine, omnino est liberatus. Iustinian. *Nou. 121. & 138.* adiecit, vt vsuræ solutæ per partes coaceruentur, & in duplum computentur, & ne excedant duplum. Itaque iis Nouellis abrogatur *l. vsura, C. de vsur.* Nam in ea lege constituitur, vt vsuræ per partes solutæ possint excedere duplum. In *§. pro operis l. 4.* quod constituitur pro operis serui, est pœna moræ, id est, tardius solutæ pecuniæ, quæ præstatur post moram periculi, ideo non excedit centesimam, nec etiam duplum, quia præstatur post diem periculi. At quandiu periculum est D creditoris, vsuræ exiguntur supra centesimam, & supra duplum, tanti est periculum creditoris. At hæc pœna nunquam est vltra centesimam vsuram, nam debetur post discussum periculum, *§. vlt.* Post diem periculi stipulatus est creditor vsuram minorem centesima, quod deest huic stipulationi vsque ad centesimam, supplebitur stipulatione operarum, hoc est, pœnali. Verum non poterit stipulatio operarum excedere centesimam. Huc pertinet lex *fœnerator, hoc tit.* Dedi tibi pecuniam fœnori, & accepi pignori merces quasdam, quæ erant in ea naui, adiectum est, vt si illæ merces non essent idoneæ exsoluendæ sorti, pignori esset id, quod superesset ex mercibus aliis impositis aliis nauibus, & propriis creditoribus obligatis. Nauis periit, & merces, quæ specialiter erant pignori obligatæ: Quæro, an creditori liceat agere hypothecaria in id quod supe- E est in aliis nauibus quæ supersunt? Respondeo: aut nauis periit ante diem periculi, & tunc meum erit detrimentum, quia sortis petitionem non habeo, nec etiam petitionem hypothecarum quæ supersunt. Verum si post diem periculi, habeo persecutionem hypothecarum non amissarum. Idem si ante diem illæ merces vilius distractæ sint, cum scilicet ageretur vt distraherentur, & ex illis aliç repararentur, quæ in ius pignoris succedunt, *d. l. qui Romæ §. Callimachus.*

Digest.

Ad L. V. periculi pretium.

Periculi pretium est, & si conditione quamuis pœnali, non exsistente, recepturus sis; quod dederis, & insuper aliquid præter pecuniam: si modo in aleæ speciem non cadat, veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, vt si manumittas, si non illud facias, si non conualuero, &c. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum, plurimum pecuniæ dederim, vt si cepisset, redderet, & athletæ, vnde se exhiberet exerceretque, vt si vicisset, redderet.

§. 1. In his autem omnibus & pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.

QVinque sunt quæ hanc legem obscuram reddunt, & imprimis statuamus: nauticæ pecuniæ periculum creditorem suscipere, & ideo ei maximam vsuram deberi etiam ex pacto. Deinde quęro, an etiamsi periculum creditor suscipiat pecunię non nauticę, eadem ratione possit ei deberi vsura ex pacto? Scæuola putat posse. Ait enim, *periculi pretium est, etsi.* illud *etsi* significat, non tantum nauticam, sed & aliam pecuniam suscepti periculi pretium recipere posse. Nauticum fœnus ita contrahitur: Nauigaturo atque ingressuro ingens periculum pecunia datur mutua, qua negotietur hac lege, vt si nauis salua peruenerit, eam pecuniam reddat cum vsuris; si nauis perierit, vt nihil reddat. Similiter piscaturo, atque ita ituro in dubiam aleam, dabitur pecunia, qua scilicet comparet instrumentum omne piscatorium. Videlicet retia, hamos, nauiculas, & ea lege, vt si ceperit, eam reddat cum vsuris; si nihil ceperit, nihil reddat. Aut Athletę inituro dubium certamen, dabitur pecunia, qua se exhibeat & exerceat, vt si vicerit cum vsuris reddat; si non vicerit, nihil reddat. exhibeat, id est, edat. Nam Athletæ, qui certaturi erant, antea pascebantur certo genere cibi, vt bubula. de eo Galenus ἀθλητικῇ ἰνοφαγίᾳ, corpus item ante exercebant. Vocatur hoc *lex pulueris & cibi.* Verum hi duo piscator & Athleta in periculo versantur. Nunc si is, qui pecuniam dat, velit hoc periculum amoliri & in se recipere, pro eo rebus secundis feret etiam ex pacto vsuras, & hoc est periculi pretium, id est, merces. Hoc autem pretium in pecunia nautica dicitur exigi, conditione impleta siue exsistente, *l. 14. & l. fœnerator, hoc tit.* id est, naue salua. Naue amissa conditio defecisse intelligitur, & pro lucro creditori damnum adfertur. Si igitur hoc ita est in nautica pecunia, ita etiam in piscatore & Athleta pretium exigetur conditione exsistente, id est, si piscator ceperit, alter vicerit. quod si alter successerit, creditor pro pretio damnum habebit. Atqui in hac lege traditur, pretio periculi suscepti locum esse non exsistente conditione. Hoc vnum est, quod hanc legem obscurat. Quo quidem motus Baro, in *lib. manuali* legit, *conditione exsistente*, sublata negatione. Alterum quod dubitationem facit est: quia hanc conditionem appellat pœnalem. Atqui non est pœnalis: Nam pœna est, quæ ob moram infligitur, id est, si pecunia soluta non sit, & interdum dicitur vsura, *d. l. lecta.* Proprie autem vsura est, quæ ob quæstum, nulla mora intercedente infligitur, id est, quæ currit statim à contractu, & hæc nullo modo dicitur pœna. At in specie huius legis, quod recipitur præter pecuniam, non recipitur ob moram, sed ob vsuram & periculi mercedem. Igitur vsura non est pœna. Denique hæc conditio est fœneratitia, non pœnalis. Tertia dubitatio est: Proponit Scæuola in princip. leg. non tantum ex pecunia nautica, sed etiam ex alia pecunia insuper aliquid exigi posse ob periculi pretium. Deinde addit modum huic propositioni, *si modo in aleæ speciem non cadat.* Cur hoc? An quia alea est prohibitia legibus? *tit. de aleæ lusu, l in except. inf. tit. prox. l. vlt. §. 1. inf. quar. rer. act. non det.* Minime: nam alea est prohibita, veluti, si quis ludat tesseris aut talis, quasi alea non est prohibita, vt si quis emat à piscatore bolum, id est, iactum retis, *l. nec emptio, de*

Qq

contrah. empt. l. cum heredem, sup. de hered. vend. Cur autem ita dixerit, non videtur reddi posse ratio idonea. Præterea pugnat ipse secum: nam in fine ait, eam pecuniam admittere periculi pretium ea lege, vt si cepisset redderet. Atqui ea res aleæ speciem habet, *d. l nec emptio.* Frustra igitur adiicitur hic modus. Quarta dubitatio est circa verba, *veluti ea ex quibus conditio nasci solet.* Conditio dicitur imponi, præponi, adscribi, inijci, dari; nasci autem nunquam. Quinta dubitatio est varietas lectionis. legitur in vulgatis libris, pro *quamuis, quauis.* Baro negationem tollit. Pro verbis, *in aleæ speciem* legitur in vulgatis, *in aliam speciem,* pro *conditiones,* quidam habent *condictiones.* Ad primam dubitationem, initio verba legis sunt transposita, legendum autem, *etsi conditione, quamuis non pœnali existente.* Hic erit sensus, quamuis quod recipio præter pecuniam, non sit pœna, id est, quamuis non recipiamus ob moram, nihilominus tamen id iure recipio, quasi suscepti periculi mercedem. Igitur pretium suscepti exigitur, etiamsi infligendæ pœnæ nulla causa sit. Deinde sequitur: *si modo in aleæ speciem, &c.* Probanda hic potius est communis lectio, *si modo in aliam speciem non cadat contractus,* id est, diuersam à mutuo. Idem Scæuola ait, in aliam speciem, *l. quidam, de vsufr. leg.* Sequitur: *Ex quibus conditiones:* ibi legendum, *condictiones,* scilicet, ob rem dati. Hæc nomina crebro commutantur, & adhuc in *l. sufficit, de condict. indeb.* legitur, *conditionis,* pro *condictionis,* & hic legendum esse, *condictiones,* exempla, quæ sequuntur demonstrant. His verbis adiungendæ sunt leges, *l. senatus, §. 1. de mort. caus. donat. l. videamus §. idemque est, sup. de vsur.* Finge: ego do tibi pecuniam ea lege, vt si seruum manumittas, eam tibi retineas; si non manumittas, vt reddas, non est creditum, sed do vt facias, nullum etiam ipse videor periculum suscepisse: Ideoque exsistente conditione, sub qua illa datio resoluitur, id est, si non manumittas, ego repetam pecuniam condictione ob rem dati, neque quidquam præterea repetere possum, quasi pro pretio periculi: Nam ita conueniendi non fuit causa: nullum enim hic versatur periculum. Idem dicendum si tibi dedi pecuniam, vt si quid non fecisses, eam retineres, si fecisses redderes, hic non est creditum, nullum periculum suscepi. Igitur exsistente conditione, id est, si facias, mihi tantum datur condictio ob rem dati, nec quidquam potest in cautionem deduci, quasi pro pretio periculi. Idem dicendum est in donatione causa mortis. Ego tibi donaui ea lege, vt si non conualuero, eam tibi retineas; si conualuero, reddas. Conditione exsistente, sub qua resoluitur donatio, id est, si conualuero, competit mihi condictio ob rem dati. At longe aliud est in exemplis propositis de piscatore & Athleta: nam in his contrahitur creditum. Et sicut in nautica pecunia est periculum maris, & dubiæ nauigationis: Sic est etiam periculum dubiæ vel inanis piscationis & certaminis. Id ego in me recipio, contra quam soleat fieri in pecunia credita. Igitur ob eam rem merito rebus secundis vsuram reposco. Et ait Scæuola, non esse dubitandum: quod non potest statui in eis casibus, ex quibus condictiones nasci solent. Additur in fine: *In iis autem omnibus & pactum sine stipulatione, &c.* Augetur obligatio ex vsuris, igitur hæ vsuræ possunt deberi in his casibus, etiam ex pacto, *l. in quibusdam, inf. hoc tit.* Supra dixit, augeri posse obligationem, id est, insuper aliquid accipi posse præter sortem, id est, pretium periculi. In extremo adiicit, etiam ex pacto.





AD TITVLVM III.

De probationibus & præsumptionibus.

PRobationes sunt veluti testimonia & instrumenta, quibus res probatur iudici. Præsumptiones sunt solum coniecturæ, argumenta: hæc tolluntur contrariis probationibus, & onus probandi transfertur in eum, contra quem præsumptio facit, *l. generaliter §. si petitum. de fideicom. libert. l vlt. in princ. quod metus caus.* Valent igitur præsumptiones, nisi contrariis probationibus elidantur. Probatio in *l. quoties §. vlt.* secundum Pand. Flo. vocatur improbatio. Sicut dicimus præstationem & impræstationem. In hoc titulo potissimum quæritur propositis variis speciebus, quis in quaque causa probare debeat: Nam non possumus absolute statuere, actorem semper probare, non reum. Nam modo hic, modo ille probat. De præsumptionibus pauca traduntur. Cætera autem, quæ de probationibus dici possunt, petenda à Rhetoribus, non Iureconsultis: nam in facto consistunt.

Ad L. I. & II.

L. 1. Quotiens quæreretur genus vel gentem quis haberet, necne: eum probare oportet.

L. 2. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.

IN hac lege si quæratur, habeat quis gentem vel genus, nec ne, is probare debet, de quo quæritur. *Gentem habere* est iura gentilitatis ac familiæ habere. Sic Liuius *lib. 10. vos solos (patricij) gentem habere, &c.* Genus à gente differre videtur. (Alciat. in 1. parerg.) Sed vtrumque idem significat, sicut in *l. 9. §. vlt. de recept. &c. Sordes aut turpitudo* δυσγένεια tantum significant. Deinde agnatio, familia, domus, stirps, genus, gens. his sex vocabulis promiscuè vtimur, *l. pronuntiatio, §. communi, & §. pen. de verb. sign.* At in 12. tabulis agnati separabantur à gentilibus, *l. sæpe, de verb. signif.* Agnatorum nomen refertur ad propriam stirpem: Gentilium autem ad plures stirpes ex eadem progenie. Sicque gentilium nomen latius est, quam agnatorum. Gentilitas amittitur capitis deminutione, cognatio non item. Verum ad quæstionem huius legis notandum est pertinere *Nouell. 36. in constitut. Iustin. secundum editionem Haloandri.* Vt si de genere quæratur ab vtraque parte probationes adferantur: quod hodie sæpe fit maxime in criminalibus, *l. fallaciter, C. de abolit. ea Nouella* videtur pugnare cum *l. 2. huius tit.* in qua ab vna tantum parte probatio exigitur. Si Titius petat creditam pecuniam, ego negauero deberi, Titius probare cogitur. Nam ratione naturali negantis non est probatio, *l. asseueratio, C. de non. numer. pec. l. actor, C. de probat.* Cicer. *in partit. Nemo eius, quod negat factum, rationem aut probationem reddere cogitur.* Inficiator absoluitur, si actor non probat. Verum hic adferuntur multi loci, in quibus negans probare cogitur: de iis sic statuendum. Sunt quædam negationes, quæ effectu affirmationes sunt, vt habemus de actionibus negatoriis in *§. æque, de action.* vt, si nego testatorem fuisse sanæ mentis, affirmo furiosum fuisse. itaque probare debeo, *l. nec codicillos, C. de codicill.* Sic etiam, si nego aduersarium aliquid iure posse facere, id dico, non potest hoc iure facere, vtor auctoritate iuris, eam debeo proferre, vel legem vel constitutionem, qua id probetur, *l. 5. hoc tit.* Nam in probationibus non sunt tantum testes, sed etiam

leges, item quęstiones, id est, tormenta: Item iusiurandum. Item, si nego emancipationem esse factam præsentibus testibus, vitium emancipationis allego. Itaque id probare debeo, *d. l. 5. hoc tit.* Item, si nego me Romæ fuisse eo tempore, quo cædes facta est, id dico, me alibi fuisse, id probare debeo, *l. pen. in fi. C. de contr. stipul.* Item, si nego te esse ex illa gente, vel propter emancipationem, qua constat tolli gentem, vel quia dico quod sis suppositus, id probare debeo. Et sic fieri potest, vt cum de gente quæritur, vterque probet, quæ ex his validiores sint, iudex æstimabit. Verum inficiationes per rerum naturam non possunt probari, vt si accusatus cædis dicat, non feci.

Ad L. III.

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo, quam in secundo testamento pro eadem parte, vel postea, pro maiore heres scribitur: probatio mutatæ voluntatis ei debet incumbere, qui conuenitur. Cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita heredes scribere, quorum fidem elegerunt.

SVnt quædam personæ, quæ ex testamento non possunt capere. testatores plerumque in fraudem legum, quibus non audent palam relinquere, tacitum fideicommissum relinquunt, herede tacitam fidem interponente de præstando fideicommisso. Id vero in testamento non scribitur, sed heres ea de re cautionem exponit, sicque fit fraus legi, *l. in tacitis 103. de legat. 1. l. in fraudem, de his, quibus vt indign.* Finge: Primo testamento testator tacitum fideicommissum reliquit, deinde mutauit testamentum. In secundo testamento nihil dixit de eo fideicommisso, eo testamento, prius sublatum est. Quæro, an hic fideicommissum fisco vindicetur? (Nam regula iuris est: *tacita fideicommissa fisco vindicari.*) Sic videtur. Sed dicet quis: mutato testamento, mutatum videtur fideicommissum, imo sublatum. Verum suspicamur & præsumimus, testatorem in fraudem mutasse testamentum, atque adeo cum eundem heredem scripserit, perseuerare in tacito fideicommisso. Itaque præsumimus aduersus heredem, & id fisco vindicamus. Nisi heres probet mutatam voluntatem, nisi serio mutatam voluntatem heres probet. Sicque præsumptio, quæ contra heredem facit, in eum transferet onus probandi. Damnabitur enim nisi probarit, *l. 22. hoc tit. l. fideicommissa §. si rem, de legat. 3. huic l. 3.* opponitur *l. Statius, de iure fisc.* ab Accurs. Verum ea lex idem dicit. Primo testamento vni ex heredibus dedit prælegatum. Prælegata capit partim à seipso heres, partim à coherede. Ex iis prælegatis heres promisit aliquid daturum incapaci, deinde mutatum est testamentum, idemque heres scriptus est; at prælegata in secundo non sunt repetita. Lex ait, eum præstaturum fideicommissum fisco, nisi probauerit mutatam voluntatem. Verum, inquit, non videtur æquum esse, vt præstetur fideicommissum, quia non est repetitum, aut si præstabit fideicommissum, debet esse commune onus hereditatis. Sed aliud statuitur, scilicet vt ex cautione quam exposuit solus, præstet fideicommissum, idque nisi probet fuisse mutatam voluntatem.

Ad L. IV.

Emptorem probare debere, eum seruum, de quo quæritur, antequam emeret, fugisse.

IS qui vendidit seruum fugitiuum, tenetur emptori actione redhibitoria. verum emptor debet probare vitium, id est, seruum fugitiuum esse, id est, eum seruum ante venditionem fugisse: nam si fugit post venditionem, hoc non est satis, nisi iam cœpit fugere, antequam venderetur, id est, nisi fugerit ex veteri vitio. At quid si deficiat

A probatio emptori? tunc si indicia quædam præcedant fugæ, etiam serui responso standum est. Nam seruus interrogabitur, an aliquando fugerit, *l. quæro 58. §. vlt. de Ædilit. edic. l. 7. hoc tit.* quæ est ex lib. 2. *Sentent. Pauli, & ex tit. ex empto, vendito.* Tribonianus ibi pro *responsioni*, scripsit *quæstioni*, quia noluit credi responsioni serui, *d. l. quæro, l. Diuus, §. 1. inf. de quæst.* Facit differentiam inter quæstionem & nudam interrogationem. At Tribonianus quod hoc loco mutauit, non mutauit in *l. quæro*? nam ibi legitur, *standum est responso*: ideoque hæc lex videtur pugnare cum *l. quæro.* nam hæc exigit quæstionem, illa contenta est nuda interrogatione. Nec probandum quod Accursius affert, statuens duo genera indiciorum. quædam esse quę faciant semiplenam probationem, &

B tunc sufficit nuda interrogatio; quædam esse quæ non faciunt semiplenam fidem, & tunc exigitur quæstio. Hæc diuisio non admittenda est: nusquam enim eius fit mentio. Sed melius dicitur, quædam esse necessaria, quædam non necessaria; veluti, peperit, igitur rem habuit cum viro. non necessaria, veluti cædem fecisse eum, cuius telum cruentum fuit. Huiusmodi autem σημεῖα debent pręcedere quæstionem & interrogationem nudam serui. Verum hæc sunt Rhetorum. Interpretes nostri inter indicia, quæ prouocant ad quæstionem adhibendam, allegant vnum testem, de quo Accurs. in *l. 3. C. ad leg. Iul. maiest.* id in Gallia non probatur. Verum in specie huius leg. seruus recte interrogatur, an fugerit: nam inquit lex, *in seipsum videtur interrogari, non in dominum, aut pro domino, l. 6. C. de quæst. l. Diuus §. 1. inf eod.* Ratio, quia seruus natura

C domini hostis est, Theophil. *in tit. qui sunt sui vel alien. iur.* At in hac specie non ob dominum rogatur, sed ob seipsum potius, ideoque eius responsioni statur.

Ad L. VI.

Patronum manifeste docere debere, libertum in fraudem suam aliquid dedisse, vt partem eius, quod in fraudem datum esset, posset auocare.

HÆc lex pertinet ad actionem Fauianam. Sciendum est, patrono deberi certam portionem ex bonis liberti. Primo enim, si libertus sit testatus, ei debebitur ex bo-

D nis liberti semis ex iure antiquo, nullis scilicet extantibus liberis institutis vel pręteritis, aut extantibus exheredatis. ex Constitutione Iustiniani patrono debetur triens, si modo sit centenarius, id est, si centum aureos in bonis habuerit, *Institut. de bon. libert.* Nunc libertus quædam dolo alienauit in fraudem patroni. id quod alienauit, patronus reuocat actione Fauiana, sed non in solidum, sed ad finem debitæ sibi portionis, *l. 1. §. si pluribus, & §. quæstionis, inf. si quid in fraud. patr. l. 1. C. eod.* Verum patronus debet probare dolum liberti. Hanc à patrono probationem exigimus. Ait lex *dedisse*, id est, donasse inter viuos: Nam si libertus aliquid donauit mortis causa, patronus etiam id reuocat actione Fauiana, sed tunc non necesse habet probare libertum donasse mortis causa: nam etiamsi dolus ab-

E sit, actione Fauiana reuocantur, quæ donata sunt mortis causa. Nam legata & donationes causa mortis, non debentur, nisi deducta legitima portione patroni. Igitur etiamsi dolus absit, donata reuocantur, *l. 1. §. 1. inf. si quid in fraud. patr.* Quęro, an huc pertineat actio *Caluisiana*? Non puto. Vtraque quidem datur patrono, & reuocat alienata in fraudem, sed Caluisiana datur intestato, *l. 3. § si intestatus, inf. si quid in fraud. l. 2. C. eod.* Fauiana autem testato. Intestato liberto patronus in assem succedit, non exstantibus liberis, nunc libertus in fraudem patroni alienauit, & sic factum est, vt quod accepit patronus ad modum debitę partis, & sic minus illi relictum est, quam cepisset ex testamento: hoc casu est actio Caluisiana, & hic etiam patronus dolum liberti probare debet. Et generaliter, qui dolum aduersario obiicit, ei incumbit probatio, *l. 18. §. 1.*

hoc tit. ad quam Accursius adfert *l. 3. in fi. de tribut. actio.* in qua dicitur, dolus quatenus noceat, ostendi debet. Igitur dolus debet ostendi. Sic ipse colligit. Verum huc proprie pertinet *l. dolum, C de dolo.* dolum ex indiciis perspicuis probari conuenit. Vulgo male legitur *indiciis*, legendum autem *ex insidiis*, id est, ex machinis perspicuis. Et sane illa *l.* est coniungenda cum *l. metum, C. de his, quæ vi met.* Metum ex atrocitate facti probari conuenit, dolum autem ex insidiis perspicuis. Et in hac *l. 6.* ait, manifeste doceri debere. Sic in *l. si voluntate, C de rescind. vendit.* dolum argui ex consiliis. Verum oppono *l. si rem meam, de except. rei iudic.* eum, cum quo actum est vindicatione absolui, si probauerit se desiisse possidere sine dolo. Igitur probat, non qui obiicit, sed is cui obiicitur, probat se non fecisse. Hoc sic explicandum: qui simpliciter dicit, nihil dolo feci, non probat: at qui dicit, se desiisse possidere sine dolo causam aliquam allegat. Igitur, si reus, cum quo agitur in rem, dicat, se desiisse possidere sine dolo, conuincendus est de dolo, *l. vlt de rei vind.* Ipse etiam reus, si dicat se possessionem amisisse casu fortuito, id probare potest, & sane hic vtrinque probationes admittuntur. Tutor subit periculum tutelę ex die, quo cognouit se tutorem esse. atqui debet probare pupillus eum cognouisse, id est, scientiam tutoris, *l. 7. de administr. tut.* At ipse etiam tutor, si afferat iustam causam ignorantię, & vtatur ratione, qua probet, admittetur ad probandam ignorantiam, *l pen C. de peric. tut.* Igitur vtrinque sępe probationes præstantur. At necesse non est, vt vtrinque præstentur. Is etiam, qui desiit possidere sine dolo, potest hoc probare iureiurando, scilicet, si deferatur. Nam iusiurandum est etiam probatio, sicut lex, testis, instrumentum, quæstio. Is, qui dicit, se desiisse possidere sine dolo, id satis probat actore non probante, *l pen. C. qui milit poss.* argumentum πρὸς ἄνθρωπον, id est, ad hominem vocat Aristotel. dolum obiecisti, cum probare conatus es, non autem probasti, igitur dolo non feci.

Ad L. VIII. XIV. XVIII. & XX.

Si filius in potestate patris esse neget, prætor cognoscit, vt prior doceat filius: quia & pro pietate, quam patri debet præstare, hoc statuendum est. Et quia se libertum esse quodammodo contendit: Ideo enim & qui ad libertatem proclamat, prior docere iubetur.

HÆc lex non pertinet ad certum actionum genus, sed ad cognitionem prætoriam, per quam disceptatur, filius sit in potestate patris, nec ne. Nam si quis dicat filium esse in sua potestate, & filius neget, de hac extra ordinem disceptatur, *l. 3. §. hoc autem §. Iulianus, de liber. exhib l. 1. §. per. hanc, de rei vindic.* Quæro, quis in hac causa debeat probare? lex ait, filium probare debere. Nam hęc negatio pro affirmatione est: effectu enim dicit, se esse liberum vel emancipatum. Ideoque & seruus, qui se liberum dicit, hoc probare debet. Præterea pietas, quę patri debetur hoc exigit, vt ipse potius filius suscipiat onus probandi, *l. 1. l. vlt. inf. de obseq. à lib præst.* Dicitur pietas parentum erga liberos & patria potestas, leniore vocabulo vocatur pietas, *l. vlt. si à paren. quis manumiss. soluenda pietatis*, id est, *patria potestatis*. Tertull. in Apolog. *Gratius*, inquit, *est nomen pietatis, quam potestatis. l. Diuus, inf. ad leg. Pomp. de parricid.* Notandum de patria potestate disceptari, non tantum cognitione prætoria, sed etiam præiudicio, id est, actione præiudiciali reddita inter patrem & filium, *d §. per hanc.* De dominio etiam quæritur actione præiudiciali inter dominum & seruum, non cognitione prętoria. Vbi quæri potest, quis probare debeat? Vtendum est distinctione: si quis in libertatis possessione fuerit tempore præiudicii ordinandi, is qui eum in seruitutem petit, debet probare dominium, nisi scilicet si in libertate fuerit dolo malo, vt si se gesserit pro

A libero mala fide. Cæterum, si eo tempore in seruitute fuit, & asserit se in libertatem, ipse libertatem probare debet, nisi per vim & inimicitiam in seruitute retineatur. Nam res ita procedit, eum videri esse in seruitute, qui dolo malo est in libertate. Contra, videtur esse in libertate qui per vim raptus est in seruitutem, *l. vis, & l. si de poss. C. de probat. l. eam quæ, C. de liberal. causa, l. liberis §. vi inf. de liber. causa. l. 20. h. tit.* huius sententia hæc est, qui vi hominem retinet in seruitute, non ideo exoneratur necessitate probandi, quia is pro eo est, ac si esset in libertate, ideoque alter debet probare, se esse dominum, quod ait lex, *ordinaretur, d. l. liber.* ait, *præpararetur*, est autem bonorum possessio litis ordinandæ seu præparandæ causa *l. 7. & 8. §. 1. de inoffic. testam.* Eadem distinctio obseruatur, cum quæritur de iure patronatus, qua de re etiam

B quæritur reddito præiudicio, vbi etiam quęritur, quis probare debeat, libertus an patronus? Respondeo: Vel ex libertinitate in ingenuitatem agitur, & tunc libertus probat se esse ingenuum, vel ex ingenuitate in libertinitatem agitur, & tunc patronus probat ius patronatus *l. 14. hoc tit.* vtroque casu, siue quis in seruitutem, siue libertinitatem petatur, is qui dicitur seruus aut libertus, potest suscipere vltro onus probandi, *l. cui necessitas 39. de liber. causa.* Et sic vtrinque probationes admittuntur. & vero hoc ei proficiet maxime: nam si ipse nihil probet, si etiam actor nihil probet, absoluetur, & ita pronuntiabitur, *seruum illius non videri, libertum illius non videri, l. Diui recte, de liber. causa.* (in testimoniis vtebantur

C verbo *arbitrari*). Verum si ipse vltro probauerit, se esse ingenuum, atque ita vicerit, sic pronuntiabitur, *ingenuum videri*, quę res ei proficiet aduersus omnes: Nam sententia iudicis ingenuitatem tribuit, & ea res nullam captionem habet, id est, non fit fraus iuri, cum is, qui se probauit ingenuum, ingenuus pronuntiatur. Ait, *sententiam secundum se dandam.* in *d. l. Diui.* ait, *secundum commendandum, vel contra libertatem dare.* Suet. in Claudio; *absentibus secundum præsentes dedit.* Quæ formula notanda est. Qua autem distinctione vsi sumus, cum de dominio vel patronatu quæritur, eadem vtimur in patria potestate, idque siue de ea quæratur præiudicio, siue cognitione prætoria: Nam si filius dixit, sum paterfamilias, quasi iure emancipatus bona fide, & in potestatem patris petatur, sane pater hoc casu implere probationes

D debet, *l. Titia, inf. sol. matrim.* At si is, qui est in familia, dum lis præparatur, dicat, se esse sui iuris, tum plane ipse probat; & generaliter in præiudiciis, maxime eum actoris partes sustinere, id est, probare debere, qui habet intentionem secundum id, quod intendit, *l. generaliter, inf. de exception.* Ea lex est male posita in illo titulo: in eo enim non tractatur, nisi de exceptionibus præiudicialibus, non de actionibus pręiudicialibus. Lex autem illa non potest referri ad exceptiones, sed ad actiones, & est coniungenda cum *l. vltim. si ingen. esse dic.* Sciendum, in actionibus præiudicialibus eum probare, secundum cuius intentionem actio data & concepta est. Vt præiudicio certatur inter Titium & Caium. Titius dicit se esse patronum, Caius vero dicit se esse inge-

E nuum. Si ita sit data actio, *si apparet Titium patronum esse*, Titius actoris partes sustinet. Si vero ita data sit actio: *si apparet Caium ingenuum esse.* Caius actor intelligitur. Neque vero obstat his quæ diximus, *l. 18. hoc tit.* Nam sententia eius hęc est: licet in pręiudicio patronus non probet, in præiudicio scilicet, quo agit libertus, dicens se ingenuum, aut quo agit libertus proclamans in ingenuitatem, hic patronus non debet probare. Verum si retro ipse patronus operas petat officiales, quę à solis libertis debentur, tum ipse debet probare, se esse patronum, atque adeo sibi deberi operas officiales. Accurs. in *l. 14.* quęrit, an eadem distinctio seruetur, cum quæritur de seruitute prędiorum, secundum distinctionem positam; qui est in possessione libertatis, non probat, qui petit libertatem, in cuius possessione non est,

probat. Accurſius putat, in ſeruitutibus prædiorum non idem eſſe, & putat eum qui poſſidet, ſeruitutem probare debere, vt is qui tignũ immiſſum habet, ſeruitutem poſſidet, nihilominus tamen probare debet, ſibi ſeruitutem deberi. Sed reprehenditur hic rectiſſime à Ferreto, nec facienda eſt differentia, *l. ſicuti §. ſi quaeratur, ſi ſeruit. vindic. l. ſi prius, de oper. noui nuntiat.* Igitur qui poſſidet ſeruitutem, vt qui tignum immiſſum habet, is ſeruitutem non probat: ſed qui negat eam ſeruitutem deberi, id eſt, qui allegat libertatem rei ſuæ, probare debet. Denique etiam in ſeruitutibus prædiorum petitori incumbit onus probandi, non etiam poſſeſſori.

Ad L. IX. & XIX.

L. 9. Si pactum factum ſit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur, an id actum ſit, vt ipſius duntaxat perſona eo ſtaretur. Sed quamuis verum eſt, quod qui excepit, probare debeat quod excipitur, attamen de ipſo duntaxat, ac non de herede eius quoque conueniſſe, petitor, non qui excipit, probare debet, quia plerunque tam heredibus noſtris, quam nobiſmetipſis cauemus.

L. 19. In exceptionibus dicendum eſt, reum partibus actoris fungi oportere: ipſumque exceptionem, velut intentionem implere, vt puta ſi pacti conuenti exceptione vtatur, docere debet, pactum conuentum factum eſſe.

§. 1. Cum quis promiſiſſet in iudicio ſe ſiſti, & reipubl. cauſa affuiſſe dicat, & ob id non ſtetiſſe, vel dolo malo aduerſarij factum, quo minus ſiſteretur, vel valetudinem ſibi impedimento fuiſſe, vel tempeſtatem, probare eum id oportet.

§. 2. Sed etſi procuratoria quis exceptione vtatur, eo quod non licuiſſet aduerſario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet obiicientem exceptionem.

§. 3. Idem erit dicendum, & ſi ea pecunia petatur, quae compenſata dicitur.

§. 4. Hoc amplius, ſi iudicatae rei, vel iuriſiurandi conditio delata dicatur de eo, quod nunc petitur, ſiue in alea geſtum eſſe contendatur: eum implere probationes oportet.

HÆc lex pertinet ad exceptionem de non petenda pecunia, cum *l. 19.* Illa exceptio debitori prodeſt. Quæritur, an etiam heredi eius proſit, cuius nulla mentio facta ſit? Diſtinguendum eſt: Pactum aut eſt in rem, id eſt, generaliter, aut in perſonam. Pactum in rem heredi prodeſt. Pactum in perſonam, non prodeſt. At quæro, quando pactum videatur eſſe in rem: quando in perſonam. Hoc conſiſtit in facto, facti poteſtas eſt, *l. iuriſgent. §. pactorum, de pact. l. ſicut §. debitori, quibus mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* In dubio præſumitur eſſe in rem, & heredi prodeſt: & ideo creditor, qui dicit eſſe in perſonam, debet id probare. At cur præſumitur eſſe in rem? quia plerumque id agitur, vt heredibus etiam conſulatur, quia ea plerunque eſt mens hominum, vt etiam heredibus proſpectum velint, etſi heredum mentionem non faciant, ex eo quod plerunque fit, ducuntur præſumptiones. Igitur in hac ſpecie reus, id eſt, heres debitoris opponet hanc exceptionem; ſi non id quoque actum eſt, vt ab herede non peteretur. Verum hanc exceptionem non probauit, quia eſt veriſimilis. At regulariter, qui excipit, probare debet exceptionem, *l. cum de indebito, inf. h. t.* Reus probare debet exceptionem quaſi intentionem: Nam exceptio veluti quædam intentio eſt. Sic accipitur in *l. 1. C. ſi pign. conuent. num. ſec. non fuer. l. 1. inf. de except.* Oppono *l. 8. de verb. ſignif.* actionis verbo non contineri exceptionem. ea pertinet ad edictum de edendo. in illo edicto actionis verbo continetur actio in rem, in perſonam, directa, vtilis, interdictum, ſtipulatio prætoria, *l. actionis verbo, de oblig. & act.* At exceptio non continetur in illo edicto: nam reus non debet edere exceptionem ſicut actor actionem, licet agere videatur, *l. 1. de except.* Regulariter igitur reus probat qui excipit. huius regulæ varia ſunt exempla in *l. 19.* Digeſt.

A Si reus vtatur exceptione pacti, debet probare pactum interueniſſe. Item, dolum probare debet, ſi exceptione doli vtatur, *l. quoties §. 1. h. t.* Si reus non obiit vadimonium, id eſt, non adfuit ad diem dictum in iudicio, poteſt vti exceptione, ſi dicit ſe interclusum fluminibus, ſe impeditum valetudine, ſe retentum dolo aduerſarii. Item ſi Reip. cauſa abfuiſſe cuius vltimæ cauſæ multæ ſunt, *l. 2. §. ſi quis, ſup. ſi quis cautionib. l. 1. §. ſi quis ſeruus, de eo, per quem fact. er.* has exceptiones probare cogitur reus. Si vtatur exceptione procuratoria, ſi dicat aduerſario, qui procuratorio nomine agit, non licere procuratorem fieri; aut ſi dicat aduerſario, cuius nomine agitur, non licere procuratorem dare, *l. 5. ſup. h. t. l. ad legatum, ſup. de procurat.* Item, ſi dicat eum, qui agit alieno nomine, carere mandato, *l. inter*

B *ter quos §. alieno, inf. de dam. infec. l. & ideo, de noui oper. nuntiat.* Verum hæc exceptio, quod non interuenerit mandatum, non poteſt probari: ideo non vtitur eius exemplo hac *l. 19.* Item, reus qui obiicit compenſationem, debet probare ſibi viciſſim deberi. Obiicitur compenſatio, per exceptionem in ſtrictis iudiciis. Poſtremo idem eſt, ſi reus vtatur exceptione rei iudicatæ, & de eo ambigatur, debet probare. Item ſi vtatur exceptione iuriſiurandi, *ſi conditio delata dicatur, l. 3. ſup. de iureiur.* Poſtremo, ſi vtatur exceptione, in alea geſtum eſſe. Id explicatur in *l. vlt. §. 1. inf. quar. rer. act. non dat.* Si quis vendat aliquid in alea, vt ludat, venditio valet, ſed is qui vendidit, non præſtat euictionem. Igitur, qui vult ſibi euictionem præſtari, caueat, ne emat ſub alea: nam ſi agat, refelletur illa exceptione. Regulariter igitur qui excipit, probat. At in ſpecie *l. 9.*

C qui excipit, non probat, quia exceptio erat maxime veriſimilis. Item, qui excipit de non numerata pecunia, non probat, quia nec poſſet probare: nam ea exceptio eſt negatiua ſimplex, *l. 3. l. aſſeueratio, C. de don. num. pecun.* Igitur illæ tantum exceptiones probandæ ſunt, quibus quid intenditur & affirmatur, & quibus nulla præſumptio opitulatur.

Ad L. X.

Cenſus & monumenta publica, potiora teſtibus eſſe, Senatus cenſuit.

HÆc lex pertinet ad actionem finium regundorum, *l. in finalibus, ſup. fin. refund. In finalibus quaeſt. vetera*

D *tera monumenta, &c.* Sequitur. Cum agitur de finibus regundis ſpectamus, & ſequimur cenſus, libros, & tabulas cenſuales: nam in illis poſſeſſiones & iuga omnia deſcribebantur. In cenſu referebantur agri omnes, deſignatis finibus, *l. 4. inf. de cenſib.* Qui vult igitur fines regere, debet conſulere libros cenſuales. Hac etiam in re ſequimur monumenta publica, id eſt, monumenta finalia, quæ ſcilicet inſcripta ſunt literis deſignantibus nomina dominorum, & fines agrorum. Ea monumenta præſtabant vicem terminorum; quorum erant varia genera, erant bodones. Paulus 5. *Sent. tit. de ſeditioſ. Grumi,* οἱ λίϑοι, διαζῶται, τὰς ἰερὰ, & monumenta etiam, de quibus eſt Conſtitutio Tiberii apud Frontinum *lib. de limit. Omne,* inquit, *monumentum nomina dominorum teſtatur, quae ad iura poſſeſſionum pertinere*

E *re noſcuntur.* Conſtant. 1. *epit.* περὶ ὅρων, ὑπομνήματα, male vertit, *monumenta,* recte, *cenſum,* δημοσίαν ἀπογραφὴν, id eſt, publicam deſcriptionem. hic & ἰ...μα dicitur. Horum omnium auctoritas potior eſt teſtibus, id eſt, aduerſus eorum, ſcilicet cenſuum & monumentorum auctoritatem fruſtra teſtes producuntur. Excipitur vnus caſus, ſcilicet ſi probetur fines fuiſſe permutatos, quod fit arbitrio vicinorum, & accidit varietate heredum, *l. 2. C. fin. regund. d. l. in finalibus,* tum teſtes adhiberi poſſunt, alias non.

Ad Leg. XXI.

Non eſt neceſſe pupillo probare fideiuſſores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuiſſe: Nam probatio exi-

genda est ab his, quorum officij fuit prouidere, vt pupillo caueretur.

PErtinet hæc lex ad actionem in factum, quæ datur pupillo aduersus Magistratus municipales, siue duumuiros, si magistratus illi non acceperint idoneos fideiussores à tutoribus, & in id, quod non potest seruari ex bonis tutorum, pupillo tenentur actione in factum ex SC. quod factum est auctore Traiano, *l. pen. C. de magistr. conuen. l. 2. inf. eodem.* Verum hac actione tenentur, si eo tempore, quo dabantur, constiterit, non fuisse tutores idoneos: nam si fuerint eo tempore idonei, magistratus non tenetur, licet postea lapsi sint facultatibus, *l. 1. magistratus, & seq. de magistr. conuen.* Hic in re quis debet probare? an pupillus, qui agit in factum, debet probare eo tempore quo accipiebantur fuisse idoneos? In *d. §. magistratus* ostenditur, onus probandi magistratibus incumbere. Idem ostenditur hac *l. & l. in magistratus, inf. de magistrat. conuenien.* quæ est coniungenda cum hac. In ea lege distinguitur inter dolum & culpam magistratus. Nam si dolo fecerint, vt pupillo minus idonee caueretur, singuli in solidum tenentur; si culpa duntaxat, singuli tenentur pro virili. Huc pertinet *l. quod Nerua, depos.* vt inscriptio indicat quæ pertinet ad tit. *de magistrat. conueniend.* Nam cum à Celso adhibeatur illa distinctio, si latam culpam magistratus admiserint, quæ doli faciem habet, an teneantur etiam tunc quasi ex dolo singuli in solidum? Et respondet, quod sic. Nam lata culpa dolus est. in deposito venit tantum dolus, at constat venire etiam latam culpam: vt si quis curam non habeat rei depositæ ad suum modum, id est, si rem depositam perinde non custodiat ac suam: non est quidem dolus, sed lata culpa proxima dolo, quæ venit in actionem depositi. Sed Celsus ea de re tractauit, sumpta occasione ex tit. de magistratibus conueniendis.

Ad L. XII.

Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis. Refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, & oblitus se in testamento legasse, id fecerit. ab vtro ergo probatio eius rei exigenda est? Prima fronte æquius videtur, vt petitor probet, quod intendit: Sed nimirum probationes quædam à reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id approbare iudici debet.

TEstator Titio in testamento legauit quingenta, totidem postea in codicillis post testamentum factis. Proponitur autem codicillos factos post testamentum, nam legari non potest codicillis nisi testamento confirmatis. At qui post testamentum fiunt pro confirmatis tacite habentur; sed facti ante testamentum, non videntur tacite confirmati, & ideo, quæ in his scripta sunt, non valent, id olim obtinuit. Sed hodie ex Constitut. Seueri & Antonini videntur etiam facti ante testamentum tacite confirmati, nec exigitur specialis confirmatio, & satis est, si doceatur testatorem non recessisse ab illis, *l. impuberem §. qui codicillos, ad l. Cornel. de fals. §. pen. Instit. de codicill. l. ante tabul. de iur. codicill.* vbi Papinianus exigit, vt eorum voluntas quouis iudicio retineatur. quæ postrema sunt verba addita ex dicta Constitut. Seuer. & Antoni. Legendum autem *indicio*, non *iudicio*, sic in *l. 2. C. vt in possess. legat. quocunque inditio*, legendum *indicio*. Sic in *l. auia §. vlt. in fi. de condition. & demonstrat.* vbi eadem verba sunt. Sic in *l. vxor, C. de repud. Si vxor marito, &c. habeat iudicium.* vbi etiam legendum, *indicium, ex Nou. 22.* in qua legitur σύμβολον. Testator igitur legauit Titio quingenta testamento & codicillis. Hinc quæritur, an Titio mille debeantur, quasi duplicato legato, an vero quingenta, quasi eodem legato repetito? Est quæstio facti. In

A dubio Titius probata duplici scriptura testamento & codicillis, petet mille, & vincet nisi heres specialiter probauerit contrariam voluntatem. In hac specie heres probat, id est, reus non actor: & hoc non est nouum, quemadmodum, si reus allegat solutionem, probare debet, *l. 1. C. de probat. l. vlt. C. de solut. l. assreratio, C. de non numer. pecun.* Et hæc allegatio solutionis non est exceptio: nam non est exceptio nisi sit & actio, vbi soluta pecunia dicitur, negatur esse actionem, est igitur tantum allegatio. Reus autem probat sæpe non tantum exceptionem, sed quamlibet allegationem. Sic etiam in præsenti specie heres debet contrariam voluntatem probare, alioqui duplicabitur legatum. Oppono huic sententiæ tres leges, in quibus ostenditur, legatarium probare, non heredem: verum dissimiles sunt species. Est *l. Sempronius, de legat. 2.* Vnum est B testamentum, idque scriptum est duobus codicibus ab eodem patrefamilias, eodem tempore, & eodem exemplo, nisi quod in vno centum, in altero quinquaginta Titio adscripta sunt, quid fiet? In hac specie Titio non potest vtrumque deberi. In dubio autem debetur minor summa, *l. si ita sit scriptum, l. cum seruus §. scio, de legat.* & nisi legatarius contrariam voluntatem iudici probauerit, hocque casu incumbit necessitas probandi legatario. At dissimilis est hæc species: Nam in nostra lege vtrumque peti potest, in hac duplicatio non potest constitui. Altera lex est *l. libertus* 18. *de alimen. legat.* testamento legauit libertis menstruos decem alimentorum nomine. Deinde codicillis menstruos septem, & vestiarii nomine denos. Quid hic fiet? In hac specie testator videtur recessisse à testamen-C to. igitur id sequemur quod posterius scriptum est, nisi legatarius contrariam voluntatem probauerit. Verum & hęc species dissimilis est: nam in specie legis 12. *hoc tit.* non legauit aliam quantitatem, minorem aut maiorem, sed eandem. ideo non potest videri mutatio voluntatis. Tertia est *l. plane §. sed si non corpus, de legat.* 1. Ea facit differentiam inter corpus & quantitatem: si in testamento eadem res eidem sit sæpe legata, non debetur nisi semel. at si quantitas eadem testamento sit sæpe legata, an debetur sæpius? Non nisi semel, nisi legatarius probauerit defunctum multiplicare legatum voluisse. In hac specie vna tantum est scriptura, in nostra vero duæ. Cum duæ sunt scripturæ, facilius præsumitur multiplicasse, in eadem vero scriptura quod sæpe scribitur, est inculcare potius, quam D multiplicare. Nec obstat *l. cum centum, de adimen. leg.* nam tractatur quidem eadem de re, sed de eo, qui debet probare, nullum verbum.

Ad L. XIII.

Cum de ætate hominis quæreretur, Cæsar noster in hæc verba rescripsit: Et durum & iniquum est, cum de statu ætatis alicuius quæreretur, & diuersæ professiones proferuntur, eam potissimum stare, quæ nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet, & ex eo potissimum annos computare, ex quo præcipuam fidem in ea re constare credibilius videtur.

E PErtinet hæc lex ad restitutionem in integrum. Qui petit restitutionem in integrum, debet probare, se minorem fuisse, *l. intra, l. minor, sup. de minor. l. 4. C. de in integ. restit. min.* Potest etiam referri ad actionem negotiorum gestorum, quæ datur aduersus curatores ei, qui se maiorem dicit, & res suas vult à curatoribus recipere: nam hic debet probare se maiorem esse. In excutiendis his probationibus adhibenda est diligens causæ cognitio, quoniam multa præiudicia adferunt, *d. l. minor, l. de ætate, eod.* Probari autem testibus potest, vt puta, obstetricibus, vicinis, cognatis, etiam ex aspectu, *d. l. minor.* Probatur etiam instrumentis, vt puta, professionibus censualibus: nam qui censebantur, suam suorumque etiam ætatem in censum referebant, *l. ætatem, inf. de censib.* Item, probatur

ex profeſſionibus natalium. pater ſolebat olim liberos ſibi natos profiteri, id quod Budæus oſtendit ex Iuuenal. ſat. 9.

Tollis enim & libris actorum ſpargere gaudes
Argumenta viri, foribus ſuſpende coronas
Iam pater es. ------

Apul. Apol. 2. *pater cæterorum more filiam ſibi natam profeſſus eſt.* Hæ profeſſiones παιδοποιΐαι appellantur in *l. 2. de excuſat.* de his *l. ſtatum, C. de inſtrum. l. ſi vicinis, C. de nupt. l. neque profeſſio, C. de teſtam. l. 1. C. ſi min. ſe maior. dixer.* Hæc autem lex noſtra accipitur de profeſſione natalium. Admittebantur ad hanc probationem etiam auus & mater, *l. 16. inf. hoc tit.* Quærebatur de ſtatu ætatis: ſtatus ætatis eſt annus 25. ætas perfecta, integra, plena, iuſta, ex l. Lætoria legitima, dicitur etiam ſtatus, *l. cum pater §. curatoris, de legat. 2. l. pen. C. quand. dies legat. ced.* Græci dicunt, ἀκμὴν, cum ſit creſcendi finis, ſequens ætas παρακμή. Ergo in hac quæſtione adferebantur diuerſæ profeſſiones natalium ex vtraque parte, quibus potius ſtabitur? Eiſne quæ proſunt, an quæ nocent? Non ſequimur eas, quæ nocent, ſed probabiliores. hoc autem relinquitur arbitrio iudicis. Probat autem ætatem quiſque ſuam, *l. cum te minor, C. de probat. l. 4. C. de in integr. reſtit. min.*

Ad Leg. XV.

Quidam quaſi ex Seia ſuſceptus à Gaio Seio, cum Gaius fratres haberet, hereditatem Gaij inuaſit: & fratribus eiuſdem quaſi ex mandatu defuncti fideicommiſſa ſoluit. cautionem accepit, qui poſtea cognito quod filius fratris eorum non fuiſſet, quærebant, an cum eo de hereditate fratris poſſint propter emiſſam manum ab eis quaſi filio, agere: Modeſtinus reſpondit, cautione exolui fideicommiſi ſtatum eius, qui probari poteſt à fratribus defuncti filius mortui non eſſe, minime confirmatum eſt. Sed hoc ipſum à fratribus probari debet.

PErtinet ad petitonem hereditatis. Sciendum filium aut naturam facere, aut adoptionem, *l. 1. de adopt. ſup.* Nuda aſſeueratio, vt ſi quem affirmauero meum eſſe filium, non facit: ſic falſa profeſſio, vt ſi quem in actis, vel cenſu profeſſus fuero filium meum, non facit: ſic exempla filio miſſa, vel cautio, non facit, *l. non nudis, C. de probat.* Denique fidem non facit, niſi vel natura vel adoptio: at illa aſſeueratio, profeſſio, cautio, epiſtola, hoc tantum facit, vt contrarium probandi onus incumbat ei, qui ita ſcripſit vel cauit. Is igitur, qui negat filium eſſe, id probat, quod ſcilicet antea confeſſus fuerat eum filium eſſe. Alioqui qui dicit ſe eſſe filium, debet probare. Species: Quidam finxit ſe filium Titij, & hoc colore hereditatem Titij inuaſit. Deinde fratribus Titij, quaſi ex defuncti præcepto quidam fideicommiſſa ſoluit, accepta cautione quam vocant *manum*, id eſt, apocham exſoluit fideicommiſſi, ita fratres defuncti illi cauerunt quaſi filio fratris. Quæro ſi poſt cognouerunt, eum non eſſe filium, an poſſint petere hereditatem? Lex ait, poſſe, ſed neceſſe eſt, vt probent eum filium non eſſe, & ſe erraſſe in cautione: alioqui, qui ſe filium dicit, probat. Id autem probat teſtibus & inſtrumentis: teſtibus, ſi oſtendat ſe natum, ſcientibus vicinis, ex vxore, quam domui habuit Titius, idque vicinis ſcientibus, *l. filium, in fi. de his, qui ſunt ſui, l. vicinus, C. de nupt.* Item probatur inſtrumentis, puta epiſtolis vel profeſſionibus, ſi ſcilicet earum fides in dubium non vocetur, *l. Imperator, in fi. hoc tit.* Verum aduerſum illas profeſſiones vel epiſtol. admittitur contraria probatio. Maritus vxorem prægnantem repudiauit, quamobrem ea irata, enixa filium eſt profeſſa quaſi ſpurium in actis, vt ſe vlciſceretur aduerſus patrem, quia profeſſio matris momentum magnum habet: verum veritati non præiudicat, ideoque contraria probatio admittitur. Interpretes tradunt difficilem huius rei eſſe probationem. Sed dicendum eſt, de quacunque re difficilis eſt probatio, difficile eſt perſuadere iudici, hoc non eſt in poteſtate noſtra: quod non eſt in noſtra poteſtate, eſt in difficili, *l. 4. §. puto, de hered. inſtit.* Adfertur *l. Lucius 82. de condit. & demonſtrat.* filiusfamilias poteſt à patre inſtitui ſub conditione, quæ eſt in eius poteſtate. At ſi filius inſtituatur ſub conditione, quæ non eſt in eius poteſtate, teſtamentum non valet. Finge: Heres eſto, ſi filium te eſſe probaueris. hoc non valet: nam non eſt in poteſtate filij hoc probare.

Ad Leg. XVII.

Cum de lege Falcidia quæritur, heredis probatio eſt, locum habere legem Falcidiam. Quod dum probare non poteſt, merito condemnabitur.

PErtinet ad actionem ex teſtamento legatorum nomine. Huic actioni heres plerumque opponit Falcidiam, & tunc ipſe probare debet, id eſt, Falcidiam locum habere, ſcilicet, immenſa eſſe legata, aut donationes cauſa mortis, *l. 5. C. ad l. Falcid.*

Ad Leg. XVIII.

Quotiens operæ, quaſi à liberto petuntur, probationes ab eo, qui ſe patronum dicit, exiguntur. Et ideo Iulianus ſcripſit, licet in præiudicio poſſeſſor patronus eſſe videtur, verum partibus actoris non libertum fungi debere, ſed eum, qui ſe patronum eſſe contendit.

§. 1. Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admiſſum debet.

§. 2. Interrogationis factæ probationem actori imponi debere, id eſt, ei qui iure interrogatum dixit reſpondiſſe, ſe ſolum heredem eſſe: vel, ſi tacuiſſe dicatur interrogatus, æque tantundem erit dicendum, impoſitam improbationem non ei, qui excepit, ſe non reſpondiſſe, ſed actori.

PErtinet ad actiones interrogatorias. Finge: Si quis interrogetur in iure apud prætorem, an ſit heres & reſpondeat ſe eſſe, licet non ſit heres, tenetur ex eo reſponſo, & ea actio dicitur *interrogatoria*. verum actor probat eum ita reſpondiſſe. Qui putant eandem eſſe actionem confeſſoriam & interrogatoriam, *l. proinde §. 1. l. inde Neratius §. vlt. ad l. Aquil.* errant: nam titulus *de confeſſis*, diſtat à tiulo *de interrogationibus*. Nam titulus de confeſſis eſt de his, qui vltro confitentur. Alter autem eſt de his, qui cum interrogantur, quaſi coacti confitentur. *Confeſſoria* eſt, quæ in confeſſum datur. *Interrogatoria* datur in eum, qui prætori, vel aduerſario coram prætore reſpondit. Olim fiebant hæ interrogationes ante iudicium, antequam daretur actio, & ſecundum reſponſum dabatur actio. At tempore Iuſtiniani nemo ante actionem editam cogebatur reſpondere, antequam dicta fuiſſet actio. Itaq; nullæ erant interrogatoriæ actiones. Quod autem dicitur in *l. 1. §. 1. de interrog.* eſt Triboniani. Quæro, quid ſi interrogatus in iure, an ſit heres, falſo reſpondeat ſe non eſſe? tunc conuictus mendacij tenebitur in ſolidum, quamuis non ex aſſe ſit heres, *l. de ætate §. ſi cum, eod.* Verum & hoc caſu actor probat eum negaſſe. At quid ſi *tacuerit* interrogatus? Vtrum pro confitente, an negante habebitur? Placet eum haberi pro negante, & ſcilicet tenebitur etiam in ſolidum, *d. l. de ætate. Nam non reſpondere contumacia eſt.* Igitur ſuperbiæ hanc pœnam ferunt, vt in ſolidum teneantur, quia videntur prætorem contemnere, qui roganti non reſpondent. Boet. in Topicis dicit, eum, qui cedebat in iure, prætorem iuterrogaſſe, an contra vindicaret: vindicabat enim rem is, cui cedebatur; ſi negaſſet aut tacuiſſet, prætor addicebat ei, qui vindicabat. Hic etiam tacens neganti comparatur. Opp. *l. ſi filius, de interrog.* Filius abſtinet ſe beneficio prætoris ab hereditate patris, nihilominus iure ciuili eſt heres. At iure prætorio non eſt. cum ille interrogatus an ſit heres, tacet, non tenetur. Atqui, qui ta-

cet, pro negante est? Respondeo is, qui falso negat tenetur. In ea specie filius vere negat, aut vere negasse intelligitur: nam non est heres iure prætorio. Igitur restat, vt contumaciæ coniunctum esse mendacium oporteat. Actor autem, qui agit in eum qui tacet, probare debet tacuisse eum, sicut in negatione.

Ad Leg. XXI.

Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est, legatarium probare oportere, scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum: non heredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

PErtinet ad actionem ex testamento legatorum nomine. Legata est res aliena. si sciens legauit, valet legatum, si ignorans, non valet, §. *non solum, de legat.* Legauit (finge) rem suam obligatam creditori: si sciens, heres debet eam luere. si ignorans, legatarius debet luere. At quis probat? Probat actor, id est, legatarius defunctum scientem legasse.

Ad Leg. XXIII.

Ante omnia probandum est, quod inter agentem & debitorem conuenit, vt pignori hypothecaue sit. Sed & si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo conuenit de pignore: aut cuius voluntate hypotheca data sit.

PErtinet ad actionem hypothecariam. is qui agit hac actione, duo debet implere, conuenisse de pignore: deinde rem tempore conuentionis fuisse in bonis debitoris, alioqui nullum esset pignus, vel etiam eam obligatam fuisse voluntate eius, in cuius erat bonis. Hæc autem probat, si sit specialis hypotheca. Nam si sit generalis, aliud est: veniunt enim in eam etiam, quæ postea adquisita sunt, *l. & quæ nondum §. quod dicitur, sup. de pign.*

Ad Leg. XXIV.

Si chirographum cancellatum fuerit, licet præsumptione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor conuenitur.

PErtinet ad condictionem creditæ pecuniæ, Is, qui ea actione vtitur, debet probare eam sibi deberi. Id plerumque ex chirographo probat. At finge, illud deletum est. tunc præsumptio facit pro debitore, id est, videtur liberatus. Verum ea non est necessaria. Itaque creditor potest aduersus eam vti aliis probationibus, id est, intelligitur quidem liberatio per inductionem chirographi; at quia fieri potest, vt alius induxerit inscio creditore, aut vt ipse creditor inconsulto, ideo non semper videbitur debitor liberatus, *l.* 1. *C. eod.* Est hoc σημεῖον, non τεκμήριον. Sic è contrario, quod chirographum non sit cancellatum, non ideo minus videtur debitor liberatus, sed tunc necesse habet probare solutionem, *l. inductum, C. de solut.*

Ad Leg. XXV.

Cum de indebito quæritur, quis probare debet, non fuisse debitum, res ita temperanda est, vt si quidem is qui accepisse dicitur, rem vel pecuniam indebitam, hoc negauerit, & ipse, qui dedit legitimis probationibus solutionem approbauerit: sine vlla distinctione ipsum, qui negauit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes præstandas, quod pecuniam debitam accepit. Per enim absurdum est, eum qui ab initio negauit pecuniam suscepisse, postquam fuerit conuictus eam accepisse, probationem non debiti ab aduersario exigere. Si vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: præsumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim soluit, nunquam ita resupinus est, vt facile suas pecunias iactet, & indebitas effundat, & maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, & studiosus paterfamilias: cuius personam incredibile est, in aliquo facile errasse. Et ideo eum, qui dicit indebitas soluisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam iustam ignorantiæ causam indebitum ab eo solutum. Et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

§. 1. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agricultor, & forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, & desidiæ deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, & debitas ei fuisse solutas, & si non ostenderit, eas redhibere.

§. 2. Sed hæc ita, si totam summam indebitam fuisse solutam, is qui dedit, contendat. Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniæ solutæ debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum soluit, vel exceptione tutus, errore eius, pecunias dependit, ipsum omni modo hoc ostendere, quod vel plus debito persoluit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam, secundum generalem regulam, quæ eos, qui opponendas esse exceptiones adfirment, vel soluisse debita contendunt, hæc ostendere exigit. §. 3. In omnibus autem visionibus, quas præposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, aduersario suo de rei veritate iusiurandum inferre, prius ipso pro calumnia iurante, vt iudex iuramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, iure referendæ religionis ei seruando. §. 4. Sed hæc vbi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, & indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanauit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare oportet eum suæ confessioni: nisi euidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse.

PErtinet ad condictionem indebiti. Omnia fere verba (exceptis duobus primis versibus) in hac lege sunt Triboniani. Sic etiam in *l. vxores, inf. de diuort.* Verba sunt Triboniani, exceptis duobus versibus. Sic in *l. si cum dotem §. si maritus, & §. si autem, sol. matrim.* Item in *l. 2. §. pen. de iudic. l. inter coheredes §. familia, famil. ercisc.* Idem fecit hoc loco. Est igitur hæc lex constitutio Iustiniani edita sub Pauli nomine. Permisit enim hoc Triboniano Iustinianus, *l. 2. C. de vet. enucl.* Quidam agit condictione indebiti soluti, quæro vtrum ipse probet se indebitam pecuniam soluisse, an vero is, cum quo agitur, probet se debitam accepisse? De hac quæstione in hac constitutione Iustiniani proponit θεωρίας, id est, visiones quasdam, *l. 2. §. h. quid autem, C. de vet. iur. enucl.* Prima est: si reus cui condicitur pecunia quasi indebita, primum inficietur se eam accepisse, deinde euincatur mendacij, hanc inficiationis pœnam fert, vt nisi probauerit, se debitam accepisse, eam reddere compellatur. Inficiatio igitur illa reo onus probandi imponit. Hæcque est vna inficiationis pœna. Paul. *li. 1. Sent. tit. quemad. act. per inficiat. duplent.* Secunda θεωρία est: Si fateatur reus statim se pecuniam accepisse, eamque sibi deberi intendat, tunc actori incumbit onus probandi, scilicet se indebitam pecuniam soluisse per errorem aut calliditatem aduersarij. Nemo enim præsumitur suam pecuniam temere effundere, maxime si sit homo diligens. Tertia est. Aliud dicendum, si is qui soluit, sit pupillus, minor, mulier, rusticus, miles, aut alius quidam simplex, segnis, iners. his personis accidit plerunque,

vt ſoluant id, quod non debent, quia plerunque ſunt iuris ſui ignari, aut parum attenti ad rem, quare ſi agant condictione, vincent, niſi reus probauerit ſe debitam accepiſſe. Quarta eſt: Eſſe tres caſus, quibus actor ſiue vlla diſtinctione probare debeat indebitam pecuniam, ſi partim debitam dicat, partim indebitam, vt ſi ſoluit plus debito. Item, initio fuiſſe debitam ipſo iure, ſed ſe tutum fuiſſe exceptione perpetua: His caſibus actor probat. Nam actor fatetur aliquatenus fuiſſe debitam, & ideo reus exoneratur neceſſitate probandi. Præterea generale eſt, vt debitor cum quo agitur, probet exceptionem, qua vtitur, vel ſolutionem, quam allegat, *l. quingenta*, *l. in exceptionibus ſup.* Hic quidem non agitur cum debitore, ſed ipſe agit condictione indebiti, & vtitur eo iure, quo ſe defenderet, ſi cum eo ageretur. Id autem debet probare, veluti exceptionem vel ſolutionem. Igitur ſi ipſe vltro eodem iure fretus agat, æquum eſt vt ipſe probet. His igitur tribus caſibus merito ſiue diſtinctione actori incumbit onus probandi. Deinde Iuſtinianus ait, eum, qui probare debet, poſſe amittere probationes, & aduerſario deferre conditionem iuſiurandi, ita ſcilicet vt aduerſarius vel iuret vel referat, atque ita probabitur res iureiurando alterutrius. Verum is, qui defert, debet prius iurare de calumnia, id eſt, ſe non calumniæ cauſa deferre, *l. iuſiurandum, de iureiur.* Sed hoc poſtea mutauit Iuſtinianus *Nou. 50.* in qua conſtituit, vt de calumnia tantum iuretur ſemel initio litis, non in ſingulis cauſæ articulis. Igitur poterit res miſſis probationibus iureiurando explicari. Iuſiurandum autem ſequetur ſententia, id eſt, iudex ſecundum iuſiurandum ſententiam formabit. Conſtat poſt iuſiurandum delatum à iudice, ſententiam ſequi, *l. vlt. §. 1. de appellat.* At poſt iuſiurandum delatum ab aduerſario, an debet ſequi ſententia? Hic dicitur ſequi. Quod notandum; Tractatur in *l. 12. C. de reb. cred.* ea quæ tradita ſunt, ſunt de eo, qui dicit, ſe ſoluiſſe indebitum. At quid ſi quis chirographo cauerit pecuniam, quam non debebat (quæ cautio vocatur confeſſio ὁμολογία) ſic diſtingue: Aut cauit indiſcrete, aut addita cauſa. Indiſcrete, id eſt, nulla expreſſa cauſa: Vt fateor me Titio debere 100. *l. ſi quis emptionis §. 1. C. de præſcript. 30 ann. & l. ſi quis ad declinandum §. vbi autem, C. de Epiſcop. & cleric.* Vbi legendum *indiſcrete* pro *indiſtincte*. Si quis igitur ex tali cautione agit, debet probare cauſam debiti. At ſi addita cauſa cauit, vt ex cauſa emptionis debeo, aut locationis, ipſe debet probare indebitum; Id autem probat non quovis modo, nam non ſufficiunt teſtes, ſed ſcriptis opus eſt. Hocque ſumptum eſt ex conſtitut. Iuſtin. *l. generaliter, C. de non numer. pecun.* Idque ſæpe fit ex conſtitut. Iuſtin. vt ſcriptum non niſi ſcripto refutetur, *l. pen. C. de contr. ſtipul. l. 1. C. ſi minor ſe maior. dixer. Nou. 90.* Sic hic, ſi dicat ſe ſcripſiſſe per errorem, contrario ſcripto probare debet. Hic autem non eſt locus exceptioni non numeratæ pecuniæ; ea opponitur cautioni dotis vel creditæ pecuniæ cautioni. At cautioni emiſſæ ex aliis cauſis, hæc exceptio non poteſt opponi. Itaque dum ex aliis cauſis cautio eſt emiſſa; de numeratione non quæritur, ſed de cauſis an præceſſerint, *l. aduerſus, C. de non num. pecun.* Sciendum etiam, eum qui cauit indebitam pecuniam, habere condictionem indebiti. Eritque condictio incerti; nam condictio indebiti ſoluti eſt condictio certi; at condictio indebiti promiſſi eſt incerti, *l. 3. de condict. indeb.* niſi ſecundum primam diſtinctionem fuerit ex numero earum perſonarum; quæ ad rem attentæ non ſunt.

Ad Leg. XXVI.

Procula magnæ quantitatis fideicommiſſum à fratre ſibi debitum, poſt mortem eius, in ratione cum heredibus compenſare vellet, ex diuerſo autem allegaretur, nunquam id à fratre, quamdiu vixit deſideratum, cum variis ex cauſis ſæpe (in) rationem fratris pecunias ratio Proculo ſoluiſſet; Diuus Commodus, cum ſuper eo negotio cognoſceret, non ad- A *miſit compenſationem, quaſi tacite fratri fideicommiſſum fuiſſet remiſſum.*

SOrori à fratre herede ſcripto relictum eſt fideicommiſſum; illa id à fratre nunquam petiit, quamdiu vixit frater, habuit quidem cum fratre rationem ex multis cauſis, & cum ex ea ratione ipſa ſæpe debitrix maneret, ſoluit ſæpe, nec vnquam vſa eſt compenſatione fideicommiſſi debiti, frater defunctus eſt; heredes fratris agunt aduerſus ſororem ex ratione, quam illa communem habuit cum fratre, illa obiicit compenſationem, heredes fratris contendunt id non poſſe in compenſationem deduci. Cur (aiunt) toties facta ratione cum fratre non deduxiſti; Denique aiunt, tacita conuentione fratri remiſſum videri fi- B deicommiſſum, & ſecundum eos pronuntiatur à Commodo Imp. Obſtat *l. ſi cum dos, in princ. rer. amot.* Diuortio facto maritus vxori ſoluit dotem, ipſe vero maritus poterat compenſatione vti ob res amotas, nec eſt vſus, ſed integram dotem perſoluit, nec dixit, ſe acturum rerum amotarum. Quæro, an poſtea agat rerum amotarum? Dicitur quod poſſit. Ex eo colligitur, qui ſoluit quod debet, non ideo videri remittere, quod ſibi debetur. Verum hic eſt alia ſpecies. Ibi qui debuit, ſemel ſoluit, hic ſoror ſoluit ſæpe ex multis variiſque cauſis, nec de fideicommiſſo quidquam vnquam dixit. hoc magnum eſt argumentum remiſſi fideicommiſſi, quo non potes vti, ſi quis ſemel tantum ſoluerit. Opp. etiam *l. libertis §. 1. de alimen. legat.* legauit libertis ſub conditione, ſi cum ſua matre habitarent, liberti non petierunt legatum à matre, quam filius heredem C ſcripſerat, nec etiam ab herede matris per annos 14. Quæro, an poſſint petere ab herede heredis? Lex ait, poſſe, ſi conditio extiterit, id eſt, ſi cum matre morati fuerint, etiam poſt multas ſucceſſiones heredum. Reſpondeo, in illa ſpecie ceſſatum eſt in petendo fideicommiſſo. In hac etiam ceſſatum eſt, ſed hoc amplius in hac ſpecie ponitur, ſororem non fuiſſe vſam compenſatione, qua potuit vti. Ex eo ducitur firmum argumentum remiſſi fideicommiſſi. hoc non eſt in illa ſpecie, in compenſatione enim non eſt ceſſatum. Igitur ſi ſoror agat ex teſtamento, & petat fideicommiſſum, repelletur exceptione taciti pacti.

Ad Leg. XXVII.

D

Qui teſtamentum faciebat, ei qui vſque ad certum modum capere potuerat, legauit licitam quantitatem, deinde ita locutus eſt: Titio centum do lego, quæ mihi pertulit, quæ ideo ei non caui, quod omnem fortunam & ſubſtantiam, ſi quam à matre ſuſceperat, in ſinu meo habui ſine vlla cautione. Item eidem. Titio reddi & ſolui volo de ſubſtantia mea 150. quæ ego ex reditibus prædiorum eius, quorum ipſe fructum percepi, & diſtraxi. Item de Calendario, ſi qua à matre receperat Titius, in rem meam conuerti. *Quæro, an Titius ea exigere poteſt? Reſpondit, ſi Titius ſupra ſcripta ex ratione ſua ad teſtatorem perueniſſe probare potuerit, exigi. Videtur enim, eo quod ille plus capere non poterat in, fraudem legis hæc in teſtamento adiecisse.*

E

PErtinet ad actionem ex teſtamento. Sciendum, eſſe quoſdam ex lege Iulia & Papia, qui ex teſtamento non poſſunt ſolidum capere, vt mulier ex teſtamento mariti olim non poterat capere ſolidum, quod tollitur in *tit. C. de infirm. pœnis, &c.* Sic etiam orbus non poterat capere ſolidum, ſed ſemiſſem tantum. Sed hoc etiam ſublatum eſt. Verum hoc erat ex lege Iulia & Papia. Hodie autem filius naturalis non poteſt ſolidum capere ex teſtamento patris, ſed tantum vnciam, ſi ſcilicet extant legitimi liberi. At his non extantibus ſolidi capacitatem habet, *Nou. 89.* Nunc dic. Quidam Titio, qui ſolidi capacitatem non habebat, legauit ad legitimum modum & licitam quantitatem, adiecit ſe eidem legare centum, quæ is ad ſe pertulerat, & adiecit illa centum, ei non caui, quoniam omnia eius

bona in ſinu meo habui ſine vlla cautione; Verum debeo illi centum, quæ volo illi præſtari. Adiecit etiam, ſe ei legare 150. quæ collegerat ex reditibus prædiorum Titij. Hęc igitur poſteriora 100. & 150. legauit quaſi debita. In eis legandis vſus eſt nimia quadam diligentia: quia cauſas adſcripſit. Quæro, an hoc poſterius legatum ſit vtile? Primum: quod debitor creditori legat, inutile eſt, niſi quid amplius inſit, §. *ex contrario, de legat.* Poſterius autem non eſt inutile: Nam tale legatum eſt inutile, vbi conſtat de debito: at ſi non conſtabit, non eſt inutile, id debetur omnino, licet ſit relictum quaſi debitum. Verum alia ratione inutile eſt, quia videtur teſtator ita legaſſe in fraudem legis. Denique videtur ita legaſſe vt Titius caperet ſupra legitimum modum. Igitur hoc, quod relictum eſt 100. & 150. non debentur, nec quaſi debita, nec quaſi legata, niſi Titius probauerit, reuera deberi: pręſumptio fraudis träſfert onus probandi in Titium, *l. Aurelius* §. *Titius, de liber. leg.* Huc pertinet *l. cum quis* §. *pen. de leg. 3.* Titius geſſit negotia teſtatoris. Verum is Titius non poterat capere ex teſtamento, teſtator etiam ei nihil legauit, ſed ſic ſcripſit: *Titio volo dari mille mercedis gratia,* id igitur legatur quaſi debitum. Quæro, an poſſit peti? Lex ait, id videri factum in fraudem legum. Verum oppon. huic legi *l. qui vxori, de auro & arg. leg.* vxor non poterat olim ſolidum capere: ſed decimam tantum. Extat titul. *de decimis in Frag. Vlpiani.* In ea lege ponitur, maritum vxori legaſſe decimam. Igitur legauit licitam quantitatem. Deinde eidem legauit veſtem, annulos, mancipia quædam quaſi vxoris propria. Quæritur, an debeantur? Si eius non fuerint propria, lex ait, peti poſſe, quoniam videtur ea dediſſe legandi animo, voluit vxorem ea habere. Inde colligunt, quod quis legat quaſi debitum, aut quaſi proprium, id ſi nec debitum, nec proprium fuit, debetur quaſi legatum, *d. l. Aurelius*, §. *vlt. l. Lucius* §. *quiſquis, de legat. 2.* Igitur etiam in ſpecie noſtra, quod legatur Titio quaſi debitum, debet ſolui. Reſpondeo, in ſpecie *l. qui vxori* vxorem fuiſſe capacem totius legati: nam multi erant caſus, quibus vxor poterat capere præter decimam, maxime pro numero liberorum, atque ita fingendum vxori legatum præter decimam legitimæ. At Titius fuit omnino incapax, itaque quod relictum eſt illi præter legitimum modum, non debetur quaſi legatum, ſed quaſi debitum, ſi ipſe debitum ſibi probauerit.

Ad Leg. XXVIII.

Si arbiter animaduertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quærendum eſt, an aliquis meminerit, id opus factum eſſe. Paulus: *Imo cum in arbitrio quæritur, memoria facti operis extet, necne, non hoc quæritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo conſule factum ſit: ſed num hoc aliquo modo probari poſſit, quando id opus factum ſit. Et hoc ita quod Græci dicere ſolent ἐν πλάτει: enim poteſt hoc memoria non teneri intra annum (puta) factum: cum interim nemo ſit eorum, qui meminerit, quibus conſulibus id viderit. Sed cum omnium hæc eſt opinio, nec audiuiſſe, nec vidiſſe, cum id opus fieret: neque exaudiſſe, qui vidiſſent, aut audiſſent. Et hoc infinite ſimiliter ſurſum verſum accidet, cum memoria operis facti non extaret.*

PErtinet ad actionem aquæ pluuiæ arcendæ. Eſt hæc actio ex 12. tabulis, *l. Labeo, de ſtatuliber. l. ſi vſusfruct.* §. *vlt. de aq. & aq. pluu. arc.* Huic in hac ſpecie locus eſt. Vicinus in ſuo opus facit ſua manu, ex quo aqua pluuia mihi nocet, id eſt, vt aliter fluat, quam natura ſolebat, opus illud facit. Hic datur arbiter aquæ coercendæ cauſa. Datur actio, quæ dicitur etiam arbitrium aquæ pluuiæ arcendæ, *l. quod principis* §. *vlt. & l. ſeq. eod. tit.* Et ideo ait in hac lege *in arbitrio.* Verum ſi eius operis memoria non extat, ceſſat hæc actio; ſed arbiter de eo cognoſcit, an extet memoria, necne. Adiicit Paulus, de eo non eſſe in-

A quirendum ad liquidum, *l. 2.* §. *idem Labeo, eod. tit.* Non debet igitur inquirere, quo conſule, aut quo die factum ſit, ſed ſolum, an aliquis ſit, qui meminerit, nec opus eſt vt quis viderit, ſed vt aliquis audierit, ſatis eſt, hacque in re teſtimonium de auditione valet, vt ſi quis dicat, ſe ab auo audiuiſſe, opus hoc ſua ætate extructum fuiſſe. Conſtantinus libro 1. Epitom. tit. de teſtibus, cum de operibus vel finibus quæritur, teſtimonium auditoris recipitur. Aſconius in Verrem ait, olim fuiſſe receptum teſtimonium auditionis. hodie etiam recipitur, ſed tantum valet ad ſuſpicionem mouendam. Verum in *d. l. 2.* §. *idem Labeo,* tota interpretatio tribuitur Labeoni, cum ſit Pauli, qui ſcripſit notas. Idem accidit in *l. naturalis* §. *ſed ſi, de præſcript. verbis.* Tribuitur Iuliano, quod eſt ex nota Mauritiani. Sic
B in *Nouel. 87.* tribuitur Iuliano, quod eſt ex nota Marcelli; tunc autem non extat memoria, cum nemo eſt, qui meminerit vel audiuerit ab iis, qui meminerant.

Ad Leg. penult.

Si ancilla fuit, ad libertatem perductam non videri, neque per fideicommiſſi relicti ſibi probationem, nec quod alimenta ſunt, vt nutrici præſtita.

SEruo proprio ſine libertate inutiliter legatur, alimenta tamen ab eo relicta, recte ab herede petuntur extra ordinem, *l. ſeruos, de aliment. leg.* Finge ſeruo proprio reli-
C ctum eſſe fideicommiſſum ſine libertate, an ex eo argumentum libertatis datæ ſumi poteſt? Non. multo minus ſumitur ex alimentis. Si igitur ancillæ ſint relicta alimenta, non videtur etiam libertas relicta. Idque etiam locum habet, quamuis tanquam nutrici relicta ſint, quamuis affectio erga nutricem contrarium ſuadeat. At neceſſe eſt, libertatem nominatim adſcribi, nec illa affectio quidquam inducit. Ex hoc apparet, Romanos liberos ſuos nutricibus commiſiſſe. Gellius *lib. 12. cap. 1.*

Ad Leg. vltim.

Commemorationem in chirographo pecuniarum, quæ ex alia cauſa deberi dicuntur, factam, vim obligationis non
D *habere.*

SI in chirographo fiat mentio pecuniæ ex alia cauſa debitæ, quam ea, quæ in chirographo continetur, illa commemoratio vim iuſtæ petitionis non habet, id eſt, ex eo ſolo non poteſt pecunia peti, niſi probetur aliis modis legitime eam deberi, *Nouel. 119.* Sic è contrario omiſſa illa commemoratio nihil nocet, *l. Lucio, inf. de oblig. & act.* qui eam mihi debebat pecuniam ex cauſa iudicati: deinde ego ei aliam pecuniam credidi, de qua is cautionem emiſit, ſed in ea non facit mentionem pecuniæ ex cauſa iudicati debitæ, nihilominus vtriuſque pecuniæ petitio eſt.

E

AD TITVLVM. IV.

De fide inſtrumentorum & amiſſione eorum,

DVo ſunt præcipua probationum genera: *Inſtrumenta* & *teſtes.* *Inſtrumenta* ſunt, quę Græci vocant συμβόλαια, conuentiones ſcriptas. Dicuntur inſtrumenta, quia inſtruunt cauſam, & latiore appellatione inſtrumenta dicimus, non tantum cautiones ſcriptas, ſed etiam teſtimonia, *l. 1. hoc tit.* id eſt, dicta teſtium. Aliud ſunt teſtes, aliud teſtimonia, *l. 3.* §. *idem Diuus, inf. tit. prox.* In cauſis criminalibus teſtibus,

non testimoniis creditur, quoniam testes ἀνυπεύθυνοι interrogandi sunt. Instrumentorum loco etiam sunt personæ; quo[…]o non tantum significantur testes, sed etiam serui act[…]am eorum notitia plerumque instruimur, *l. 8. famil. erisc. l. cum seruus, de condit. & demonstrat.* Est quædam oratio Diui Marci de dilationibus dandis instrumentorum causa, *l. oratione, sup. de feriis, l. 1. C. de dilat.* In ea oratione ita videtur fuisse scriptum: si dilatio postuletur instrumentorum vel personarum gratia. Huc pertinet lex *notionem §. vlt. de verb. signif.* quę est coniungenda cum *l. oratione.* Ibi dicit, *non facile separari instrumenta à personis*: Nam personæ instrumentorum loco sunt. Verum quod ad fidem instrumentorum, notandum: instrumenta non semper fidem facere: nam pleraque sunt falsa & calumniosa, ea tantum valent, quorum fides in dubium non vocatur. Authentica tantum fidem faciunt & originalia, non exemplum, ne in causa quidem fisci, *l. 2. hoc tit.* Sic etiam ex exemplo testamenti non potest adiri hereditas vel bonorum possessio peti, *l. 1. §. sed si vnum, de bon. poss. sec. tab.* Sic etiam rescripta principum authentica insinuari debent iudicib. Ipsum autem authenticum insinuari oportet, non exemplum, *l. 3. C. de diuers. rescript.* Male quidam putant indicem & exemplum idem esse. *Exemplum* ex integro describitur; *Index* autem est ex longiori scriptura breuis quædam subnotatio. Sic in *fi. Instit.* ait, *per indicem attigisse*, id est, summatim. Nazianzenus dicit συλλογισμόν. Ascon. *antequam causa ageretur quasi per indicem rem exponebant.* Sciendum, inter consentientes posse pignoris instrumentum fieri prælata die. *Diem praeferre* est, cum quod nunc obligatur, scribitur quasi pridem pignori datum sit, *l. si à debitore, ad l. Cornel. de fals. l. 1. §. editiones, de edendo, l. 3. hoc tit.* ait diem repetere. Finge: inter debitorem & creditorem conscripto instrumento est prælata dies pignoris: hæc res fraudi est prioribus creditoribus. Quæro, an teneatur creditor pœna falsi? Minime, quoniam ita consensit debitor. At debitor tenetur falsi nomine aliis creditoribus, *d. l. si à debitore, l. 3. hoc tit.* Vulgo ex *l. 3.* hoc colligunt, quo in genere quis offenderit, eum non posse in eo alium accusare, vt non potest Catilina Cethegum accusare. Hoc hæc lex non dicit, sed solum dicit, ob prælatum diem pignoris debitorem teneri aliis creditoribus. Nam hæc verba: *Quantum ad eos, qui in hoc consentiunt*, sic sunt accipienda, id est, quantum ad creditorem & debitorem. In fine dicit, *magisque*, quod accipi debet ita, vt intelligamus debitorem delinquere, non creditorem. Sic virtus magis prodest quam nocet, quia nunquam nocet: instrumenta non sunt necessaria constituendæ obligationis causa, nisi in obligatione literarum & nisi nominatim actum sit, vt contractus redigeretur in literas, *l. contractus, C. de fide instrum. §. 1. de empt. & vendit.* Emptio locatio contrahuntur sine instrumento, itemque hypotheca. Nuptiæ *l. 4. hoc tit.* quæ est repetita in *l. contrahitur, sup. de pignor.* Sic stipulatio sine scriptura valet, *l. 1. C. de vsur.* sic mutuum & depositum. Denique, exceptis illis duobus casibus, instrumentum obligationem non constituit, sed ad probationem tantum valet. Ideoque amissum instrumentum veritati nihil nocet, sicut nec omissum, modo aliter id, quod gestum est, probetur, *l. 5. h. tit. L. vlt.* huc non pertinet. explicetur ex *Nouel. 73. quemadmodum fidem haberi oporteat instrumentis, &c.* Lex ista vlt. est de tabulis testamenti deponendis apud aliquem; Nam quoties est controuersia de hereditate, pendente lite deponuntur tabulæ in æde sacra apud ædilem, *l. vlt. de tabul. exhibend.* Quæritur, quis sit idoneus vir? Senior (inquit) est idoneior iuniore, mas fœmina, ingenuus libertino, superior inferiore. Sic etiam cum quæritur, quis sit accusator idoneus (id appellatur diuinatio) præfertur senior iuniori, *l. si plures, inf. de accusat.*

AD TITVLVM V.

De testibus.

A

DVo sunt testium genera qui rogantur vt rei gerendæ intersint: quod fit, cum negotium contrahitur, cum quis in ius vocatur, testamentum fit, & generaliter cum quid lege agitur: hi dicebantur *superstites*, & etiam *arbitri.* His solebant olim autem imam vellere, quasi monentes, vt rei gestæ meminissent, *ille testis per aurem trahi debet*, vt habetur in legib. Baioariorum, *tit. de remission.* Sunt qui putent, eos vocatos *antestatos*, quod falsum est. Nam *antestatus* est, in quem testatio confertur, vt qui in ius vocatur. Sic Caio 1. *Instit.* antestatus dicitur primum fiduciarius, cuius causa videtur fieri testatio. Sic vocamus denuntiatum in *l. venditor, sup. de iudic.* cui fit denuntiatio. De hoc genere agitur in *l. 22. hoc tit.* loquitur de magistratibus municipalibus. Sæpe fit, vt quis velit aliquid in testationem redigere, & tunc debet adire magistratum, illi debet se vel alios præbere, testes scilicet, vel signatores: nam testatio obsignabatur à testibus. Alij sunt, qui non rogantur, de re tamen gesta testimonium ferunt, vt de cæde, furto. ad hos pertinet lex 11. *hoc tit.* Constantinus 1. *Epitom. tit. 6. Hoc*, inquit, *non dicit de conuentionibus, sed de iis, quæ fortuito accidunt.* testes rogari oportet in solutionibus, &c. *Nouel. de testibus.* At in furto, cæde, vtimur non rogatis. Et hi sunt, qui iurati testimonium dicunt, *l. 8. C. eod.* (Superstites enim non iurant) & non audiuntur, nisi interrogati; interrogantur modo ab actore, modo à reo, *Nouel. 90.* His etiam dantur viatica & sumptus ab eo, qui eos producit, *l. 8. §. Gabinio, hoc tit. l. quoniam, C. eod.* Hodie etiam pręter impendia datur illi, si sit homo mechanicus, quod lucratus fuisset, si suo opificio incubuisset. Olim autem in singulis fere causis constitutum erat, quot testibus denuntiandi ius quis haberet, veluti decem aut viginti. interdum lege erat definitus numerus amplissimus, *l. 1. §. vlt.* Valerius *lib. 8. cap. 5.* facit mentionem de pecuniis repetundis, qua cautum erat, vt centum & viginti hominibus testimonium ferretur. Vbi autem lex non definiebatur, etiam duo sufficiebant, *l. 12. hoc tit.* quia Scæuola dicebat, pessimi esse exempli vnius testimonio credi. Valerius *lib. 4. cap. 1.* Hodie hoc totum relinquitur arbitrio iudicis, *l. 1. §. vlt.* In fide etiam testium examinanda iudicis officium est. Spectamus autem in his veritatem, vitam, dignitatem, *l. 1. 2. 3. grauitatem*, id est, constantiam; grauitati opponitur vacillatio. Spectatur etiam ætas, census, *l. 3.* Cicero in Topic. Ac generaliter Constantinus, *Pauperes*, inquit, *testimonium non dicunt, quoniam facile corrumpi possunt. Pauperes* vocat, qui non habent 50. aureos in bonis, *l. nulli, inf. de excusat.* Spectatur etiam an sit inimicus. At non quælibet inimicitia excipit testem (id est, *reprocher*, ἐγκαλεῖν) Exigitur enim capitalis inimicitia, ob eam omnino excipiuntur. *Inimicitia capitalis* quid sit, ostenditur *Nouel. de testibus*, id est, inimicitiæ ortæ ob capitalem accusationem. Inimicus capitalis mihi est, qui me capitis accusauit. Notandum, testes alios esse, quibus interdicitur, ne testimonium dicant, alios, qui excusantur. Colligitur ex *l. 1 §. 1. hoc tit.* Interdicitur iis, quibus imperari potest, vt testimonium dicant, *l. 6. hoc tit.* Item clientes aduersus patronos non possunt testimonium dicere, & è contrario, Gellius *libro 6. cap. 13.* Item parentes aduersus liberos, vel contra, *l. 9.* Item in re sua, *l. 10.* Item domestici, *l. pen.* Item patronus in eadem causa non potest testimonium dicere, id est, executor eius litis, *l. vlt.* Item μεσῖται, id est, mediatores (vulgo existimantur esse proxenetæ) sunt arbitri honorarij, qui inter aliquos egerunt de lite componenda. Qui igitur in lite aliqua μεσῖται fuerunt, non possunt postea in illa

testes fieri. Item, qui in reum testimonium dixit, non potest pro eo testimonium dicere in ea causa. Certum est eum, qui adfuit aduersus aliquem vt aduocatus, non posse in eadem causa pro eodem adesse: nam testis omnis, qui aduersus aliquem productus est, in eadem lite non potest pro eodem produci. Nam eum, qui semel productus est aduersus me, quem excepi, quem reprobaui, postea probare non possum & quem semel probaui, postea reprobare non possum, *l. si quis testib. C. eod. l. 23. h. t.* Postremo de calumniatoribus quæritur, an eis sit interdictum testimonium, id est, eis, qui sunt calumniæ nomine condemnati? Minime. Nam interdici oportet lege vel constitutione, sicut iis, quos recensuimus. Atqui non est interdictum calumniatoribus, *l.* 13. Lex Remmia punit calumniam, *l.* 1. §. 1. *ad Turpil.* Sed ea non interdicit iis testimonio, nec est interdicta legibus Iuliis publicorum iudiciorum. Verum, quod legibus deest, supplebit iudex, *l.* 13. Nam non admittet calumniatorem. Plerunque reiicit hominem integræ frontis, igitur etiam calumniatorem. Quod ait, *integræ frontis.* putant esse metaphoram, id est, hominem integræ famæ; sed falsum est; nam vtitur proprie his verbis: Calumniatori enim condemnato ex lege Remmia solebat in fronte affigi litera K, quę significabat calumniatorem. Cic. pro Roscio Am. Plin. in paneg. Seneca in *lib. de ira.* Si igitur non creditur homini integrę frontis, multo minus calumniatori, cui frons stigmate corrupta est. Non omnibus autem, qui infames sunt, interdictum est testimonium, *l.* 1. *de his, qui notant. infam.* qui ob calumniam damnati sunt, possunt tamen testimonium præbere. nec prohibentur testimonium dicere, qui sunt damnati furti, iniuriarum, aut bonorum raptorum, vel de dolo, vel depositi, mandati, tutelæ, pro socio damnati, qui tamen infames sunt. Ex his igitur, qui sunt infames, non omnes prohibentur; sed hi tantum, qui sequuntur, hoc est, ij, qui sunt damnati iudicio publico, vt lege Cornelia de falsis, lege Iulia de ambitu & similib. *l.* 3. §. *leg. l.* 14. *& 15.* Calumniæ iudicium non est publicum lege Remmia. Nec obstat *l.* 1. §. *item Senatusconsulto, de postul.* vbi dicitur, *calumnia iudicio publico damnatus*: sed rectius Florent. *calumniæ iudicij publici damnatus,* id est, ideo damnatus, quia in iudicio publico calumniatus est. Item, qui operas suas locauerunt, vt in arenam descenderent, prohibentur testimonium dicere; hi vocantur bestiarij. Item qui palam quæstum fecerunt. Item damnati iudicio priuato de carminibus famosis, *l.* 21. *hoc tit.* vbi dicitur *intestabilis,* id est, cui interdictum est testimonium. contra *testabilis,* cui tribuitur ius testimonij dicendi. Gellius *lib* 6. *cap.* 7. Hi quoque intestabiles nonnunquam audiuntur ex causæ qualitate, vt in causa maiestatis, sed tamen quæstione adhibita, id est, tormentis audiuntur, *l.* 1. §. *si ea.* Inter intestabiles etiam sunt, qui ob testimonium dicendum, vel non dicendum pecuniam accepisse conuicti sunt, *l.* 3. §. *lege.* Plus autem est damnari, quam conuinci. Hi qui pecuniam accipiunt ob testimonium, tenentur lege Corn. de fals. *l.* 1. §. 1. *inf. ad leg. Corn. de fals.* Et si ob id erunt damnati, fiunt infames & intestabiles. At si tantum conuicti fuerint, non etiam damnati, non sunt infames. hærebit tamen quædam nota adhuc, & erunt intestabiles, quamuis non infames. Similiter qui iudicio publico reus est, atque in vinculis vel publica custodia, non ideo est infamis, *l.* 1. *C. ex quibus causis infam. irrogat.* Hæret tamen in eo nota quædam, *d.* §. *lege.* At est intestabilis, quamdiu in vinculis est, *l.* 20. *hoc tit.* Inter intestabiles numerantur liberti aduersus patronos, vel aduersus patronorum liberos, *d.* §. *lege, l. libertorum, C. de testib. Nouel. Valentiniani, de libertis.* Item impuberes, *l.* 19. In legibus veteribus Romanorum semper exiguntur testes puberes ciues Romani, *l. nullum, inf. de diuort.* §. 1. *de testa. ordin.* In criminalibus etiam causis interdictum est testimonium minori 25. annorum, *l.* 20. Constantinus in 1. *Epitom.* adiicit etiam in ciuilibus causis exigi plenam pubertatem, id est, annos 18. & paulo post, exigit legitimam ætatem. Sed hæc non continentur libris

A nostris. Item de mulieribus sequenda est veterum distinctio, quæ est: In testamentis, contractibus, codicillis mulieres intestabiles sunt. *In apodicticis* autem, id est iudiciis, litibus, mulieres sunt testabiles, nisi scilicet [illegible]co iudicio sunt damnatæ, *l.* 18. *hoc tit. l. qui testamento* §. *mulier, qui test. fac. poss.* Vbi vtitur hoc argumento. Mulier publico iudicio damnata, prohibetur testimonium dicere. Igitur mulier non damnata, non prohibetur. Appellatur testimonium iudiciale, *l. pen. C. de hæret.* Plus est testem adhiberi in testamento, quam in iudicio, *d. l. qui testamentum* §. *eum qui.* Repetundarum damnatus non potest in iudicio testis esse. Igitur multo minus in testamento. At hoc vitiatur constit. Iustin. *de hæret. l. pen.* vbi definit, vt hæretici adhibeantur in testamento, aut conuentione, non

B autem in lite. Nunc de iis qui excusantur. Lege excusantur senes & valetudinarij, scilicet vt euocati non veniant, verum ad eos mittitur, & testimonium dicunt, *l.* 8. Nam testes euocari solent. Secundo publicani, id est, conductores vectigalium publicorum, *l.* 19. quoniam sunt occupati in negotio publico. Item excusantur, qui aliquid exercitui præbendum conduxerunt, vt puta frumentum, vinum, *d. l.* 19. pro *præbendum,* quidam volunt *præbenda,* sed rectum etiam est *præbendum.* Excusantur etiam milites, *l.* 3. §. *vlt. hoc tit.* ne euocentur à signis & muneribus suis, *l. munus, de verb. signif.* At in *l. milites, C. de locat.* ait, à signis vel numeris. Præterea excusatur, qui cum magistratu Reipubl. causa abest, *l.* 8. sed hoc ita est, si non detrectandi testimonij causa absit, ex *l.* 19. Accursius ad eam *l.* ait, vt

C causa religionis, quod bonum est, vt scilic. causa voti, eaque dicebatur *votiua legatio,* hoc est, per causam voti suscepta: Dicitur libera legatio, sessio otiosa & libera, quoties quis litis causa mittitur cum magistratu in prouinciam, non quod sit vere magistratus, sed nomine tenus. Qui igitur vere abest Reipub. causa excusatur. At qui abest libera legatione aut votiua, non excusatur, *l. hos accusare, inf. de accusat.* in *d. leg.* 19. *Abesse,* id est, Reipub. causa abesse, in Fragm. Vlpiani *tit. de solidi capacit.* Idque suadent in ea *l.* 19. tum præcedentia, tum sequentia. Sunt enim de publicis conductoribus. merito igitur & de eo, qui abest Reip. causa. Additur in *l.* 8. eos etiam excusari quibus venire non licet, id est, per legem: Illi sunt, qui propter religionem se loco mouere non possunt, *l.* 2. *de in ius voc.* vt sacerdotes, *l. prætor, de vacat. mun.* Ad hos mitti oportet,

D *l. nec honore, C. de Episc. & Cler. l.* 3. *C. Theodos. de Episc. & Cler.* Excusatur etiam affinis à testimonio, nec si domum eius mittas, cogendus est, *l. Iurisconsultus, de gradib. & affinib. l.* 4. *hoc tit.* Hoc seruatur vsque ad septimum gradum. Sequitur, libertus etiam non cogitur testimonium dicere aduersus patronum. verum hoc si ita est, frustra in postremis verbis repetit. Sed hic sensus est: Sicut non potest affini aut cognato denuntiari testimonium, ita nec liberto affini. *Item patroni patronæ.* Legendum, *patrono,* id est, sicut liberto affinis vel cognati non denuntiatur testimonium, ita nec patrono. *Libertum non cogi,* immo nec si velit potest, *l. libertorum, C. eod.* Sic etiam in *l.* 19. pupillis non denuntiatur testimonium, nec etiam volentes admittuntur.

E



AD TITVLVM VI

De iur. & facti ignorantia.

Ad L. I. & II.

L. I. *Ignorantia vel facti, vel iuris est.*

1. §. *Nam si quis nesciat, decessisse eum, cuius bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus. Sed si sciat quidem, defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine bonorum*

bonorum possessionem sibi deferri, aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem, quod scriptis heredibus bonorum possessionem prætor promittit: cedit ei tempus, quia in iure errat. Idem si frater consanguineus defuncti credat, matrem potiorem esse.

2. §. Si quis nesciat, se cognatum esse, interdum in iure, interdum in facto errat. Nam si & liberum se esse, & ex quibus natus sit sciat, iura autem cognationis habere se nesciat: in iure errat. At si quis forte expositus, quorum parentium esset ignorat, fortasse & seruiat alicui putans se seruum esse, in facto magis, quam in iure errat.

3. §. Item, si quis sciat quidem alij delatam esse bonorum possessionem, nesciat autem ei tempus præteriisse bonorum possessionis: in facto errat. Idem est, si putet, eum bonorum possessionem accepisse. Sed si sciat, eum non petisse, tempusque ei præterisse, ignoret autem sibi ex successorio capite competere bonorum possessionem, cedit ei tempus quia in iure errat.

4. §. Idem dicemus, si ex asse heres institutus, non putet, se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas: quod si nesciat esse tabulas, in facto errat.

L. 2. In omni parte error in iure, non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum & possit esse, & debeat: facti interpretatio plerunque etiam prudentissimos fallat.

Lex *1.* pertinet ad edictum successorium de possessionib. & heic coniungenda est *l. 3. quis ordo in bon. poss. seru.* Eo edicto continentur tempora petendæ bonorum possessionis. Sunt autem hęc, vt parentes & liberi petant intra annum: exteri vero intra 100. dies, quibus sciuerint & potuerint eam admittere: Nam ea tempora sunt vtilia, non continua. Ad adeundam hereditatem etiam dabantur à testatore vel iudice 100. dies vtiles, *l. 2. inf. de iur. deliber. l. si Titio §. 1. quando dies leg. ced. l. 3. §. sed si heres, sup. de min. l. regula §. si filiusfam. h. t. l. Pannonius, de acquir. her.* Præterea continetur eo edicto, vt inter bon. possessores sit successio, vt in locum eius, qui repudiauerit vel omisit, alius ex sequenti gradu succedat, & ex parte dicitur edictum successorium. Nam eo inducitur successio. Omittere proprie est tempore excludi. Exstat *tit. de acq. vel omit hered.* legendum *amittere. Amittere* est genus, omittere species. Amittitur hereditas repudiatione; abstentione, omissione, cum quis intra diem aditionis non adit: illi autem dies vtiles sunt, ideo non cedunt ignoranti: Nam dies vtiles sunt, quibus sciuit sibi delatam possessionem. At duplex est ignorantia facti & iuris. Ignoranti factum tempora non procedunt, at ignoranti ius tempora procedunt, *l. 3. C. eod. l pen. l. iuris, C. qui admit. ad bon. poss. pos. l. in bon. de bon. poss.* Ignorat factum, qui ignorat suum cognatum decessisse. Item, qui ignorat genus & progeniem suam, vt quia forte natus expositus est: & inde sublatus educatus in seruitute: Ignorat etiam factum, qui ignorat se esse heredē scriptum. Item, qui nescit cognatum, qui se gradu præcedebat, bon. possess. repudiasse vel omisisse. Huic tempora non currunt quamdiu in eo errore est. Ius ignorat, qui nescit proximiori cognato deferri hereditatem ab intestato. Item, qui nescit heredi scripto deferri bon. poss. secundum tab. nam is ignorat edictum. Item is, qui nescit fratrem consanguineū præferri matri ex SC. Tertyll. Item, qui nescit cognatum iura quædam cognationis habere: nam ignorat ius Prætorium & edictum vnde cognati. Postremo ius ignorat qui nescit ex asse heredi scripto licere admittere bon. poss. secundum tab. etiam antequam aperiantur. Non potest quidem adire antequam aperiantur ex l. Papia. at prætor dabit bon. poss. etiam clausis tab. *d. l. in bon. l. 1. §. sufficit, de bon. poss. secund. tab.* Hodie autem etiam licet adire antequam aperiantur tabulæ, *§. in nouissimo, C. de caduc. toll.* Denique quod ad tempora bon poss. attinet, ea currunt ignorantib. ius. Adiicit Paul. *l. 3. quis ordo in bon. poss ser-uet.* hac in re scientiam patris non obesse filio, cui defertur bon. poss. Verum hæc distinctio inter ignorantiam iuris & facti, non obseruatur tantū in bon. possessionib. sed etiam Digest.

A in omni parte iuris. Dicimus igitur, ignorantiam facti non nocere, iuris autem nocere. Ratio incerta & abstrusa differentiæ est in *l. 2.* nam ea, quæ in facto consistunt, sunt difficilia cognitu & plerunque prudentissimos fallunt. At ius certum est & finitum, id est, certæ sunt leges & constitutiones & SC. Item edicta, eaque in albo proposita, vt scil. ab omnib. legi & cognosci possint (ideo Caligula, vt populum deciperet, leges proposuit minutissimis literis scriptas. vt tamen nihilominus tenerentur. Arist. 3. & cap. 5. χρὴ εἰδέναι ἃ μὴ χαλεπά ἐστι. *Leges oportet scire & sunt faciles*: patent namque omnibus, vt ignorantia sua sibi causa sit qui eas ignorat. Eleganter Gregorius Nazianz. in orat. fun. ad Athan. *Romanorū nulli etiam rudi licet leges ignorare*, & puniuntur qui per iuris ignorantiā delinquunt. id pertinet ad

B *l. 1. de leg. lex est coercitio delictorum quæ sponte vel per ignorantiam iuris contrahuntur.* Dicet aliquis igitur omnes debent habere scientiam iuris? Minime. Vna est scientia iuris quæ pertinet ad IC. altera est diligentis patrisf. quam comparare sibi facile potest, *l. 2. §. vlt. quis ord. in bon. pos. ser. l. reg. §. sed iuris, hoc tit.* Hanc postremam scientiam exigimus in omnib. id est, communem intelligentiam. Sic Cic. in *1. de Or. in fi. Aliud est esse artificem cuiusdam generis atque artis, aliud in communi vita & vulgari hominum consuetudine nec hebetem, nec rudem.*

Ad L. III.

C *Plurimum interest, vtrum quis de alterius causa & facto non sciret, an de iure suo ignorat.*

§. 1. Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert: non deperditi, & nimium securi hominis.

Est de ignorantia facti, quæ duplex est, alieni & proprij. alieni ignorantia facile recipitur, vt si falso putem seruum meum emisse, quod mihi traditum est, erro in facto alieno: nam puto alium fecisse quod non fecit, *l. vlt. pro suo.* At proprij facti ignorantia non æque facile recipitur: nam fere semper certi sumus eorum quæ fecimus vel non. Apud Sophoclem Oedipus ignorat se patrem occidisse, & occiderat. de iure suo ignorat, qui in facto errat, vt qui nescit se emancipatum. Vulgo de ignorantia facti proprij accipiunt *l. quanquam, ad Velleian.* quod falsum

D est: Quidam mandato mulieris fideiussit pro alio. ergo mulier intercessit pro alio, quia mandauit, sed mulier iuuatur Senatusconsulto Velleiano. Nunc finge: qui mandato mulieris soluit, agit aduersus mulierē actione mandati; Mulier se defendit exceptione Velleiani: nec potest sine rubore prętendere facti ignorantiā, id est, mādasse mulierē, vt intercederet, quia agit ex mandato mulieris. At facilius recipitur hæc quam illa ignorantia. Verum sciendum est etiam facti proprij ignorantiam recipi, si iusta sit & probabilis, & in multis causis parit condictinem indebiti: vt si quis putet se Titio promisisse quod non promisit, si soluat, aget condictione indebiti, *l. sed & si me, de cond. indeb.* qua non ageret, si hæc ignorantia non reciperetur. Item si non recorder me conuenisse de non soluenda pecunia & soluam datur mihi repetitio: Non possumus enim omnia animo

E retinere quæ gerimus: nam labi, decipi, nescire, errare humanum est. Contra ignorantia facti alieni non semper recipitur, scilicet, si sit dissoluta, crassa & supina. Budæus hic pro *deperditi*, legit *desidia præditi*, sed non recte, *deperditus*, id est, valde perditus. *De* auget, *l. 1. depos.* Pertinet *ad hoc l. & si consensum §. 1. de contrah empt. & l. cum sex mensus, de ædilit. ed.* Emptori prodest ignorantia, quæ non in supinum hominem cadit: vt si ignorans emat seruum morbosum, hoc casu habet actionem redhibitoriam. Item, si ignorans emat liberum hominem, habet actionem in duplum, *l. imo, de lib. caus.* Item, si emptor ignorans emat rem litigiosam, euitat pœnam litigiosi contractus, *l. 2. de litigios.* Igitur iusta & probabilis ignorantia facti non nocet, supina nocet. Supina est, si omnes in ciuitate sciant rem litigiosam esse, ipse solus ignoret. ignorantia prope dolus est,

id eſt, affectata videtur. Eſt hoc diſcrimen inter ignorantiam iuris & facti, quod omnis ignorantia iuris ſupina eſt: nam ius omnibus in promptu eſt, facti ignorantia no: omnis ſupina eſt, quoniam factorum cognitio non omnibus in expedito eſt. in hoc tamen conueniunt, quod in omnibus exigimus iuris intelligentiam communem, non vt ſint artifices iuris, non vt Iuriſconſulti. Sic etiam exigimus communem rerum ſiue factorum intelligentiam, vt ſi in ciuitate omnes ſciant combuſtas ædes Titij, exigimus quoque, vt tu ſcias, non autem exigimus, vt ſis nimis curioſus indagator, *l. 6. h. t.* Denique non exigimus hanc veluti diligentiæ redundantiam, *l. regula §. ſed facti, h. t.*

Ad L. IV.

Iuris ignorantiam in vſucapione negatur prodeſſe, facti vero ignorantiam prodeſſe conſtat.

Oſtenditur, diſcrimen eſſe inter ignorantiam facti & iuris in vſucapione. In facto erranti vſucapio procedit, vt ſi quis putet, ſe emiſſe à pubere, cum ſit impubes, vſucapiet, ſi modo res non ſit pupilli propria; nam ea vſucapi non poteſt. Item, ſi putet ſe emere à domino, qui non ſit dominus, aut ſi putat ſeruum ſuum emiſſe, quem non emit. At in iure erranti vſucapio non procedit, vt ſi quis putet impuberem poſſe vendere ſine tutoris auctoritate, vel ſi putet rem furtiuam, quæ rediit in poteſtatem domini, non poſſe vſucapi, *l. 2. §. ſi à pupillo, pro empt. l. nunquam, l. ſi fur. §. 1. de vſurpat. & vſucap. & hac l. 4.* Opponitur *l. 3. pro don.* Donatio inter virum & vxorem non valet. Finge: vir vxori donauit, putat vxor donationem valere: lex ait, vſucapionem poſſidenti procedere, ſi is, qui donauit, non fiat pauperior: donatio ideo non valet, ne mutuis donis ſpolient ſe inuicem. At quoties qui donat, non fit pauperior, donatio valet: vt cum rem alienam donat bona fide accipienti, hicque vſucapio procedit. At dices, qui donatum accepit, errat in iure. Verum non in hac ſpecie: nam qui donauit, non eſt factus pauperior. Obiicitur etiam *§. Item ſi is, Inſt. de vſucap.* Partus ancillæ in fructu non eſt, ideoque partus ille non pertinet ad fructuarium: Nunc finge: fructuarius errat in iure: nam putat partum ſuum eſſe, atque ita vendit partum. An eſt furtiuus? Minime. Ignorantia iuris excuſat à furto, quoniam furtum non fit ſine affectu furandi. Ideoque emptor poterit partum vſucapere. Igitur ignorantia iuris non obſtat vſucapioni. Vitioſa eſt conſequentia: nam is, qui vſucapit, vt emptor, non errat in iure, ſed venditor errauit.

Ad L. V.

Iniquiſſimum videtur, cuiquam ſcientiam alterius, quam ſuam nocere, vel ignorantiam alterius alij profuturam.

Eſt de ſcientia & ignorantia facti. Sic ſtatuamus: Scientia alterius, alteri non nocet: ignorantia alterius alteri non prodeſt: ſi pater ſciat filio eſſe delatam bon. poſſ. filius neſciat, filio tempora non procedunt, ſed patri, *l. 3. quis ordo. in bon. poſſ. ſeruet.* Patri ſcienti tempora procedunt eo caſu quo poteſt pater filio bon. poſſ. petere, ſine adſenſu filij, vt ſi filius ſit infans, *l. ſeruus §. vlt. de bon. poſſ.* Contra ſi pater neſciat, filius autem ſciat: & poſſit patrem de eo certiorem facere, nec faciat, tempora cedunt ob ſcientiam, & negligentiam filij, *l. vlt. quis ordo. in bon. poſſ. ſeruet.* Sic fit vt ſcientia patris filio ignoranti non noceat: & contra, ignorantia patris filio non prodeſt. Verum hoc, quod diximus, poteſt retorqueri in contrarium, ignorantiam filij patri ſcienti, cui ſcilicet emolumentum adquiritur, prodeſſe: itemque ſcientiam filij patri ignoranti obeſſe, quod eſt contra hanc legem. Hoc ſic eſt explicandum. In hac re filius eſt principalis perſona, quoniam ei defertur bon. poſſ. Principali perſonæ ſcientia alterius, quam ſua non nocet. Itemq; alterius ignorantia, quam ſua non prodeſt. Deinde ſic ſtatuamus. Scientia principalis perſonæ nocet etiam ei, in cu-

A ius poteſtate eſt, vel heredi, aut generaliter ſucceſſori eius. Itemque ignorantia prodeſt, *l. 2. de litig.* Qui emit ſciens rem litigioſam, incidit in pœnam litigioſi, qui ignorans non item. Finge: ſeruus emit rem litigioſam. Diſtinguendum eſt: aut ſuo nomine, id eſt, peculij nomine emit (*l. 12. de contr. empt.* ſic accipi debet) aut nomine domini, id eſt, ex mandato domini. Si emit ſuo nomine, eius perſona quaſi principalis ſpectatur: ideoque eius ſcientia domino ignoranti nocet, eiuſdem ignorantia domino ſcienti prodeſt. At ſi emit nomine domini, tunc intuenda eſt perſona domini quaſi principalis: nam initium, & vinculum contractus ex mandato domini proficiſcitur: ideoque tunc ſcientia ſerui ignoranti domino non nocet, aut etiam ignorant[illegible] ſerui ſcienti domino prodeſt. Eadem, ſed vberior & plen[illegible] eſt diſtinctio *l. imo, & ſeq. de lib. cauſ.* Is qui emit

B liberum hominem, habet actionem in duplum pretij, aduerſus liberum hominem, qui dolo malo ſe paſſus eſt ve[illegible] *l. rectiſſime, & l. in tantum, de lib. cauſ.* Hæc auter[illegible] in duplum actio datur tantum emptori ignoranti. Nunc finge: ſeruus emit liberum hominem. Diſtinguendum eſt. aut ſuo nomine emit, aut nomine domini. Si ſuo nomine, ſcientia eius ignoranti domino nocet, id eſt, aufert actionem in duplum: Ignorantia eius ſcienti domino prodeſt. Verum addenda eſt hæc exceptio, quæ ponitur in lege, niſi tempore emptionis præſens fuerit dominus, ueritque emere prohibere: Nam tunc ignorantia ſerui ſcienti domino nec prohibenti non prodeſt. Eademque exceptio addenda eſt ad *l. 2. de litig.* At quid ſi ſeruus emat liberum hominem nomine domini? tunc perſona ſerui dun-

C taxat intuenda eſt, & ideo ſcientia ſerui ignoranti domino non nocet, *d. l. imo,* hoc ita declaratur: Si dominus certum hominem emi mandarit, vt Titium, tunc ſolius domini ſcientia aut ignorantia ſpectatur: A[illegible] incertum emi mandarit, *vt hominem emito,* eo caſu e[illegible]ptionem poſuit in poteſtate ſerui, eique eligendi arbitrium dedit, ideoque eo caſu ſcientia ſerui ig[illegible] [illegible]mino nocet. Similiter, ſi quis per procuratore[illegible] hominem emerit, ſcientia procuratoris ei no[illegible] *[illegible] ſolum §. pen. de liber. cauſ.* At ſi per procuratorem emerit certum, ſcientia procuratoris ei non nocet. Sic igitur eſt amplianda diſtinctio leg. *2. de litigioſ.* Verum aduerſus hanc diſtinctionem oppono *l. cum mancipium 51. de Ædil. edic.* Sciendum eſt eum, qui emit rem vitioſam ignorans, habere actionem redhibitoriam, is qui emit ſciens, non habet. Finge: Seruus emit

D rem vitioſam, ſcientia ſerui domino nocet *omnimodo,* id eſt, indiſtincte, id eſt, ſiue ſuo nomine emerit, ſiue nomine domini. Item, ſiue certum emi dominus mandauerit, ſiue incertum. At in ignorantia Africanus admittit eam diſtinctionem: nam ſi ſeruus emerit ſuo nomine, eius ignorantia domino ſcienti prodeſt, id eſt, dat redhibitoriam. At ſi emerit nomine domini, eius ignorantia domino non prodeſt: at ſcientia nocet ſine diſtinctione & quod diſtinguit in ignorantia, confirmat lex *13. de contr. empt.* Dicendum eſt, Africanum ex hac cauſa, id eſt, ex cauſa vitij, morbive non facile admiſiſſe reſciſſionem venditionis, ſi vel ſciret dominus, vel ſeruus ipſe. Et in eadem hac ſpecie morbi vel vitij, nullus eſt locus, qui poſſit obiici Africano. A ſimilibus quid[illegible] [illegible]mentari poſſumus, quod raro valet. Ita-

E que ſeparandæ ſunt cauſę, & dicendum, non tam facile reſciſſionem admitti in *l. cum mancipiũ,* quam in caſibus ſuperioribus. African⁹ in eadem ſpecie arbitratur procuratoris ſcientiam domino nocere *indiſtincte,* id eſt, ſiue certum, ſiue incertum emi mandauerit: Ideoque tunc neque ipſi procuratori, nec domino dabitur redhibitoria. Verum procurator tenebitur domino mandati, qui ſciens rem vitioſam emit. Adiicit lex: *vel negot. geſt.* quoniam procuratoris appellatione ſępe cõtinetur negot. geſt. Deinde Africanus ignorantiam procuratoris putat domino ſcienti non prodeſſe, id eſt, non parare redhibitoriam. ipſe quidem aget redhibitoria, nec repelletur ob domini ſcientiam. Addendum, ſuperiorem diſtinctionẽ obſeruari in vſucapione. Finge: ſeruus emit rem à non domino. ita diſtinguendũ eſt: Aut

suo nomine emit, aut domini: si suo, serui scientia spectanda est, vel ignorantia, quoniam ipse est principalis. Ideoque si seruus sciat rem esse alienam, dominus nesciat, vsucapio non procedit: sic etiam si dominus sciat, seruus nesciat, vsucapio procedit: nisi dominus fuerit præsens & ementem prohibere potuerit, *l. 2. §. si seruus. inf. pro empt.* Quod si seruus emat nomine domini, tunc inspicitur scientia vel ignorantia domini. Ideoque, si dominus sciat, seruus nesciat, vsucapio non procedit. & contra, si dominus nesciat, vsucapio procedit. Sed hoc casu exigitur etiam vt seruus nesciat, cui scilicet traditur possessio, alioquin vitiosum erit initium possessionis quod vsucapioni maxime impedimento est. Hæc colliguntur ex *l. heres §. vlt. de vsurp. & vsucap. l. 2. §. si seruus tuus cum seq. pro empt.* Opponitur etiam *l. liberis §. si duo, de lib. caus.* Ex qua colligitur, ignorantiam vnius alteri scienti prodesse, sed in eadem specie cum *l. liberis*, videtur pugnare *l. vlt. quib. ad libert. proclam. non licet.* Sciendum est, maiorem viginti annis, qui passus est se venundari pretij participandi causa, non posse proclamare ad libertatem aduersus emptorem, seruum effici iure ciuili, si ignorans emit, aduersus scientem potest. Nunc finge: duo emerunt liberum hominem, qui se vænire patiebatur, vnus scit, alter ignorat. Ita distinguendum est: aut emerunt in solidum singuli: aut pro parte dominij. Si in solidum, ignorantia vnius alteri non prodest: & scientia vnius alteri non nocet: Ideoque tunc ille seruus efficitur ignorantis, nec sciens in illo quicquam iuris habebit, *l. non solum §. 1. de liber. cau.* At quid si emerunt pro partibus, vnusque scit, alter ignorat? tunc scientia quidem vnius, ignoranti non nocet, quo minus ignorans partem dominij obtineat, etiam illo proclamante in libertatem. Imo vero ignorantia vnius scienti prodest, id est, facit, vt & sciens pro sua parte aduersus proclamantem dominium obtineat. Hoc vero fit summa ratione, vt scilicet consistat tota emptio: nam non potest emptio in partem tantum consistere. Si vis punire scientem, punies & ignorantem. Itaque melius est, vt quod sciens per se non habet, habeat per coniunctam personam. *l. cum hereditate, de aq. heredit.* Opponitur etiam *l. si legibus, C. de Episc. audient.* siue *l. vlt. C. de sponsal.* ex ea l. colligunt, scientiam patris nocere filiæ. Finge: data est arra sponsalium nomine (datur semper à sponso) si sponsa recusauerit postea nuptias, videndum est, qua ex causa recuset: Finge recusat ob diuersitatem religionis. Si hanc causam cognouerit post sponsalia, lucri facit arras: verum, si antequam arras acciperet, id sciebat, vel etiam si parentes eius sciebant, filiæ imputatur scientia patris, quod Accursius sic explicat: Scientia, inquit, filiæ, ei nocet cum accepit arras: cum autem pater arras accepit, tunc sua ei scientia nocet: at accipienti filiæ arras, scientia patris non nocet.

Ad L. VII. & VIII.

L. 7. Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.

L. 8. Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest. iuris autem error nec feminis in compendiis prodest. ceterum omnibus iuris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.

Distinguendum ea inter hæc verba: *Nocere, non nocere: Prodesse, non prodesse. Nocere* bifariam accipitur: sic etiam *prodesse.* ignorantia facti prodest, non nocet, quod in maribus & fœminis obtinet. Prodest in lucris, veluti vt nobis acquiratur hereditas, vel bonorum possessio, vel vt aliena res à nobis vsucapiatur, *l. 8. h. t.* Eadem non nocet in damnis, id est, vt rebus nostris damnum aut deminutionem adferat. Ignorantia iuris non prodest, id est, vt lucremur, aut acquiramus aliquid, ac ne fœminis quidem, *l. 3. l. antepen. C. de iur. & fac. ignor. l. 8. h. t.* Ratio est: Ignorātia iuris videtur lucri causa affectari, & simulari: & ideo cum de lucro agitur, non recipitur, ne in fœminis quidem. Quæ-

A ritur an noceat? *Nocere* bifariam accipitur. nocere proprie est damnum inferre: itemque est non prodesse, id est, lucrum intercipere. Sic etiam *prodesse* duo significat, aut lucrum adferre, aut non nocere, damnum non adferre. Quæritur, an ignorantia iuris noceat? Minime, id est, damnum non infert. Scientia iuris nocet. Vt qui scit sibi delatam bonorum possessionem, nec petit, ei scientia sua nocet. Quid igitur est quod dicitur in *l. regula, ignorantiam iuris nocere?* nocere eo loco est *non prodesse.* Præterea in eam sententiam sunt multæ species iuris, in quibus videtur ignorantia iuris nocere. Hæ singulæ explicandæ sunt. Prima est: Qui credit filiofam. pecuniam, eius repetitionem non habet ex SC. Maced. At Finge: quidam credidit filiofam. quem putabat patremfam. per ignorantiam iuris, quia scilicet erat miles, & putabat militia solutum patria potesta-

B te. An repetet pecuniam? non, *l. 3. ad Maced.* Igitur ignorantia iuris nocet. Hoc in hac specie negandum est: Nam hic ignorantia iuris non facit, vt crediti non habeat repetitionem: nam etsi in eo errore non fuisset, tamen non haberet. Sed ignorantia iuris non prodest ei, vt scilicet per causam & speciem eius repetat pecuniam. Secunda species est: Vidua quæ nubit intra annum luctus, infamis est, itemque, qui eam sciens duxit: Ignorantia facti excusatur, vt si nesciret nondum compleuisse annum. At quid si errauit in iure? Finge, putauit viduam posse nubere intra annum à morte prioris mariti? an non erit infamis? Respondeo, imo erit, *l. liberorum §. vlt. de his, qui not. infam.* Igitur ignorantia iuris nocet. hoc negandum est: nam hic igno-

C rantia iuris non minuit famam, sed dicitur eam famam non conseruare: Ideoque non dicitur nocere, sed dicitur non prodesse. Tertia species est. Fideiussor errat in iure: nam putat se esse obligatum ex stipulatione inutili, sicque soluit, quod soluere non debuit, an habebit actionem mandati aduersus principalem? minime. *l. si fideiussor §. 1. sup. mand.* Igitur ignorantia iuris nocet. Hoc est negandum. nam ignorantia iuris non facit vt denegetur actio mandati, sed non est idonea causa dandæ actionis mandati. Quarta species. Quidam soluit indebitum est errorem iuris, non condicet, *l. regula §. si quis, h. t.* Igitur iuris ignorantia nocet. Hoc negandum est: nam in hac specie ignorantia iuris non facit, vt denegetur condictio indebiti, sed condictioni causam non præbet. Quinta species est ex *l. 2. de confess.* Quidam per errorem iuris confessus est se debere

D quod non debet, pro confesso & condemnato habetur. ergo iuris error nocet. Sed dicendum: in ea specie non habetur pro confesso, quod ius ignorauerit, sed certe nec pro non confesso. Igitur dicendum non prodesse. Sexta species est ex *l. 2. C. de in ius vocan.* Libertus vocauit patronum in ius, per errorem iuris non impetrata venia. Igitur per errorem quasi sibi id liceret. An incidit in pœnam edicti? Lex ait incidere, ergo nocet. hoc negandum: Nam iuris ignorantia non subiicit eum pœnæ, sed non prodest quia eum non releuat à pœna. Septima est ex *l. sicut, in fi. C. de præscript. 30. annor.* Omnis actio tollitur præscriptione triginta annorum. Creditor hoc ius ignorans, post triginta annos petit pecuniam, nec petiit maritus propter ignorantiam iuris. Lex ait, eum repelli. Sed hic etiam ignorantia

E iuris non aufert creditori actionem, sed tempus. Sic igitur concludamus: in omnibus eis speciebus ignorantia iuris non prodest, ne ignorans in damnum incidat, quod extrinsecus aduenit. At ipsa ignorantia iuris damni causa non est. & generaliter, *ignorantia iuris nunquam damni causa est.* si in lite de re mea, aut de ære meo, quod meum esse constat, ego aliquid per errorem iuris amisero, non ideo minus perueniam ad ius meum. Generaliter ait lex 8. *iuris error in damnis omnib. non nocet,* id est, nulli nocet: οὐδενὶ ἐλάττωσι, *l. legitimos §. in legitimis, de legitim. tut.* Addendum, ignorantiam iuris interdum prodesse fœminis, ne in damnum incidant, constat *l. vlt. C. eod. l. regula §. 1. hoc tit.* Plus dico, non tantum fœminis prodesse, sed etiam rusticis & imprudentibus, ne in damnum incidant, non vt lucrum faciant. Et regulariter, iuris ignorantia neminem in damnum con-

iicit, nec à damno eripit, à damno non liberat, etiamsi sit rusticus, *l. 1. C. de interd. matr. l. 2. C. de in ius vocan.* Verum sunt quidam casus legibus expressi, quibus ignorantia iuris prodest fœminis & rusticis, ne in damnum incidant, & hi sunt maxime, in quibus dolus aut delictum versatur. Iuris ignorantia excusat rusticos à dolo certis casibus, qui sunt in *l. si quis in grani §. si quis, ad Syllanian.* Species hæc est. Ex SC. Syllaniano tenetur pœnali actione, qui aperuit tabulas testamenti, occiso testatore, necdum quæstione habita de occisione. At hoc si dolo malo. Quod si ignarus SC. fuit, veniam meretur, id est, ignorantia facit, vt pœnę eximatur; Item in *l. si quis id, quod §. doli, de iurisd. omn. iudic.* qui corrumpit dolo malo album, tenetur actione pœnali in 500. aureos, *l. 2. si quis in ius vocat. non ierit, l. 1. §. vlt. de edendo, l. Diuus §. pen. ad leg. Cornel. de fals.* Ex SC. Liboniano scriptor testamenti, qui sibi aliquid adscribit, tenetur pœna falsi, nec veniam meretur, si ius ignorauerit, nisi fuerit fœmina, aut rusticus, *d. l. Diuus §. pen. l. sed et si lege §. scire, de petit. hered.* Prædo non videtur qui ius ignorat. iuris igitur ignorantia in fœminis & rusticis non comparatur dolo, dummodo delictū non sit iure naturali prohibitum, vt incestus inter parentes & liberos: inter ceteros enim iure ciuili tantum prohibetur. Item furtum, *l. probrum, de verb. signif.* hoc enim vnicuique innatum est. Huc pertinet *l. regula §. sed iuris.* ait ibi: *Iuris ignorantia non prodest.* Hoc ita est accipiendum, si suppetat copia IC. qui possit consuli. Deinde subiicit, *quod raro contingit:* sensus est: Iuris ignorantia non prodest, scilicet si sit copia Iurisperiti. Rustico iuris ignorantia prodest, qui copiam non habet Iurisconsulti. Verum hoc raro accipiendum est: nam rusticitati certis tantum casibus parcitur: regulariter non parcitur.

Ad L. Regula IX.

Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere: facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante præmisso, quod minoribus vigintiquinque annis ius ignorare permissum est. Quod & in fœminis in quibusdam causis, propter sexus infirmitatem dicitur. Et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non læduntur. Hac ratione, si minor vigintiquinque annis filiofa. crediderit, subuenitur ei, vt non videatur filiafam. credidisse.

§. 1. Si filiusfamilias, miles à cōmilitone heres institutus nesciat, sibi etiam sine patre licere adire: per constitutiones principales ius ignorare potest: & ideo ei dies aditionis non cedit.

§. 2. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur. Quid enim si omnes in ciuitate sciant, quod ille solus ignorat! Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum eius, qui etiam rem, diligenter inquirendo, notam habere possit.

§. 3. Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si Iurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, vt cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est.

§. 4. Qui ignorauit, dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis. Et ideo tametsi existimet, se non à domino emere, tamen, si à domino ei tradatur, dominus efficitur.

§. 5. Si quis ius ignorans, lege Falcidia vsus non sit, nocere ei dicit epistola Diui Pij. Sed & Imperatores Seuerus & Antoninus in hæc verba rescripserunt: Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. Quamobrem Cargiliani heredes, qui cum ex testamento eius, pecuniam ad opus aquæductus reipubl. Cirtensium relictam soluerint, non solum cautiones non exegerunt, quæ interponi solent, vt quod amplius cepissent municipes, quam per leg. Falcidiā licuisset, redderent, verum etiam stipulati sunt, ne ea summa in alios vsus conuerteretur, & scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquæ-
A *ductus impendi: frustra postulant reddi sibi à republ. Cirtensium, quasi plus debito dederint. Cum sit vtrumque iniquum, pecuniam, quæ ad opus aquæductus data est, repeti, & rempublic. ex corpore patrimonij sui impendere: & in id opus, quod totum alienæ liberalitatis gloriam repræsentet. Quod si ideo repetitionem eius pecuniæ habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiæ beneficio vsi non sunt: sciant, ignorantiam facti non iuris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus. Et licet municipum mentio in hac epistola fiat, tamen & in qualibet persona idem obseruatur. Sed nec, quod in opere aquæductus relicta esse pecunia proponitur, in hunc solum casum cessare repetitionem dicendum est; nam initium constitutionis generale est: demonstrat enim, si non per errorem solutum sit fideicommissum, quod indebitum fuit, non*
B *posse repeti. Item & illa pars æque generalis est, vt, qui iuris ignorantia legis Falcidiæ beneficio vsi non sint (nec) possint repetere, vt secundum hoc possit dici, etiam si pecunia, quæ per fideicommissum relicta est, quaque soluta est, non ad aliquid faciendum relicta sit, & licet consumpta non sit, sed exstet apud eum, cui soluta est, cessare repetitionem.*

PRimo proponitur regula. Deinde addit exceptionem, tum de speciebus tractat, in quib. ea regula locum habet. *Facti ignorantiam non nocere, Iuris autem nocere §. sed iuris, inf. hac l.* Ait *Iuris ignorantiam non prodesse.* Et vero regula ita accipienda est, non quasi iuris ignorantia damni causa sit, sed quasi nec lucri causa sit. Ergo iuris ignorantia neminem lucro afficit, neminem etiam damno eximit, neminem etiam damno afficit. Contra vero facti ignorantia lucro afficit, & damno eximit, damno vero non afficit.
C Addit quasdam exceptiones, quibus ostendit quosdam esse, quos ignorantia iuris excusat. Primo enim excusat minores 25. annis: Ideoque si talis pecuniam crediderit filiofamilias ignarus Senatusconsulti Macedoniani, creditum non amittit, *l. verum §. vlt. de minor.* Sic etiam si minor 25. annis soluat indebitum per errorem iuris, ei non denegatur condictio, *l. 2. C. si aduers. solution.* Impuberes multo magis excusantur, quibus tutor auctor non fuit, *l. vlt. h. t.* At impuberes ipso iure excusantur: minores autem causa prius cognita à prętore, *l. 3. ad Maced.* Excusantur etiam fœminę & rustici certis tantum casib. & hoc vbi delictum non est, sed legum ignorantia: delictum scilicet, quod iure naturali prohibitum sit, vt furtum, adulterium, stuprum; Nam iuris naturalis ignorantia neminé excusat. Verum, si
D crimen tantum descendat ex iure ciuili, etiam fœminas & minores iuris ciuilis ignorantia excusat, *l. si adulterium cum incestu, inf. ad l. Iul. de adult.* Vt si mulier minorve contrahat cum fratris filio, aut minor cum sororis filia, incestum iure ciuili committitur, non autem iure gentium, *l. vlt. de ritu nupt. in d. l. si adulterium §.* pro *Claudia,* legendum *Claudio.* Ait enim eum excusari propter minorem ætatem, Claudia propter sexum excusaretur. Incestum igitur quod contrahitur iure ciuili, excusatur ætate & sexu. Additur in *d. l. si adulterium §. incestum,* id crimen excusari rusticitate manifesta; quam sequatur correctio & pœnitentia. qui per rusticitatem tale matrimoniū contrahit, inuitus contraxisse videtur, si modo errore comperto statim abstinuerit: requiritur enim pœnitētia; nam si non statim corrigat factū,
E non videtur inuitus fecisse. Aristoteles 3. *ad Nicomach.* ea quę dolorem & penitentiā ei non adferunt, non videtur inuitus fecisse. Id quidē non videtur inuitus fecisse, sed tamen non volens. Inuitus enim est, quem post pœnitet, non volens, qui non corrigit factum. Hæc differentia frequens in iure est. Inuitus est, qui palam dissentit, id est, qui dicit, ego nolo. Non volens est, qui tacet, *l. inuitum, de seruit. vrban. præd. l. 3. de reg. iur.* Accurs. in *h l. regula,* vt ostendat, quibus casibus liceat fœminis ius ignorare, adfert *l. mulier, inf. ad Turpil.* Verum male ea vtitur. Sciendum est, mulierem non iure accusare, nisi suam aut suorum iniuriam persequatur, & eo casu si desistat ab accusatione, quod est tergiuersari, incidit in Senatusconsultum Turpillianum, *l. pen. C. ad Turpil.* At quid si suam iniuriam non persequatur, &

tamen accuset & postea desistat, an incidet in Turpillianum? minime *l. 1. §. accusationem, inf. ad Turpil.* vbi id refertur ex responso Papiniani, in *d. l. mulier.* Ideoque ex eod. §. in *l. mulier*, est addenda negatio: *Mulier falsi crimine propriæ iniuriæ desistens*, &c. legendum, *non propriæ iniuriæ.* Præterea Accurs. adfert *leg. 2 §. vlt. de iure fisci*, vbi etiam non tractatur de errore iuris, sed de errore facti proprii, seu iuris sui. Verba sunt: *Ignarus iuris sui.* hic non est ignarus iuris ciuilis, sed qui in facto proprio errat, *l. 3. hoc tit.* Male etiam vtitur *l. si cum dotem §. si mulier, solu. matrim.* Ibi enim etiam est error facti. Mulier pro marito inopem expromissorem dotis accepit. hoc est errare in facto, non in iure. Postremo male vtitur *l. 1. C. de fals. mon.* nam ea etiam est de errore facti. Species: Domus, in qua est cusa falsa moneta, fisco vindicatur, etiam si non fuerit eorum, qui cuserunt monetam, scilicet si dominus illius domus fuerit in vicinia, id est, in vicinia habitauerit, nec de eo quicquam inquisierit: Nam ab eo domino exigimus curiositatem delatoriam extremamque, quod si omiserit, etiamsi non sit conscius facti, domum amittit. Verum hæc extrema diligentia non exigitur à vidua, hoc etiam nihil ad errorem iuris. Verum superioribus coniungendi sunt milites, quos etiam iuris ignorantia excusat, non tantum vt damnum non patiantur, *l. 2. C. eod.* sed etiam vt aliquid lucrentur & acquirant, vt si miles intra annum sibi delatam hereditatem non adierit, potest prætendere iuris ignorantiam, quamuis locuples sit hereditas, & post diem admittetur, *§. si filiusfam. h. l.* In cuius specie miles filiusfam. in iure errabat, quia putabat hereditatem castrensis peculii non posse adiri iniussu patris. Hereditas castrensis est, quam testamento commilito relinquit, *l. Pannonius, sup. de acquir. hered.* Plus igitur tribuitur militibus, quam fœminis, quas iuris ignorantia certis tantum casibus excusat, milites autem semper. Item in lucris non excusat fœminas, *l. 8.* at milites excusat. Puto etiam excusari minorem in lucris, *l. ait prætor §. vlt. sup. de minor.* Nec nouum est hoc, quod plus tribuitur militibus: nam in militum testamentis venia datur ob ignorantiam iuris, non item fœminis. Mulieres enim communi iure vtuntur, milites autem iure singulari. In §. *qui ignorauit*, tractatur de ignorantia facti. Finge: emi rem à domino, quem putabam non esse dominum, eamque traditam accepi, erraui in facto. An dominium rei mihi acquiritur? placet adquiri, neque ille error facti mihi nocet. Igitur in hac specie spectatur potius quod in re est, quam quod in opinione emptoris. Nam facti ignorantia vt acquiram prodest, vt non acquiram, non nocet, *l. 2. §. si sub condit. & §. si à pupillo, pro empt.* Sed in §. *si à pupillo*, sic legitur: *plus esse in existimatione quam in re.* sed legendum est: *plus esse in re, quam in existimatione, vt in l. impuberem §. sed etsi, ad leg. Cornel de fals.* At diuersum est in ignorantia iuris: ea n. vt acquiram, non prodest: Ideoque si emi rem, quæ potest vsucapi, existimans eam non posse vsucapi, eam non vsucapiam. Sic igitur hoc casu potius spectatur quod est in opinione mentis meæ, quam quod in re ipsa est, *l. si fur §. 1. de vsurp. & vsucap.* In summa, quoties quæritur, vtrum potius sit spectanda opinio, quam veritas, statuenda est differentia inter factum & ius: Nam vbi veritas potior spectatur, in illis agitur de errore facti. At vbi potior est opinio, in illis agitur de errore iuris. Heres necessarius putat se esse voluntarium errore iuris, repudiat, vel adit, nihil agit. Spectamus enim hîc potius opinionem, quam rem ipsam. Ignorantia facti non nocet, & ideo vt non noceat, rem potius, quam ipsam ignorantiam spectamus, §. *qui ignorauit.* Rursus ignorantia facti prodest; at vt prosit, tunc ipsam potius, quam rem spectamus. Huc pertinet *d. l. 2. §. si à pupillo, & l. is qui, de acquir. hered.* Vt ponamus in ea lege errasse in facto. Ignorantia autem iuris nocet, quia lucro non afficit, nec damno eripit, & vt noceat, ipsam ignorantiam potius, quam rem spectamus. Rursus, damno non afficit, & tunc ne damno afficiatur, rei veritatem potius, quam ipsam ignorantiam spectamus. Sequitur §. *si quis ius.* Digest.

A Quidam heres soluit solidum legatum, ignarus legis Falcidiæ, quæritur, an habeat condictionem indebiti? Minime. Confirmatur rescripto Diui Pii, & Seueri & Antonini. Generaliter, qui soluit indebitum per ignorantiam iuris, non habet condictionem indebiti. Obiicitur: ignorantiam iuris in damnis non nocere, *l. 2. & 8.* At si qui soluit per ignorantiam iuris, solutum non repetit, ignorantia iuris eum damno afficit; quia suum non potest repetere. Hoc negandum est: nam ipso iure soluti condictio non competit, licet indebitum dicatur, sed error facti locum condictioni facit; Idem error iuris non facit. Igitur error facti damno illum eximit: error iuris non item. verum nec hic, nec ille damno afficit quemquam. & hoc est quod dicitur: in damnis errorem iuris non nocere. Sed explicanda est species huius §. Quidam testator legauit certam pecuniam Reipublicæ Cyrtensium in opus aquæductus, lex Falcidia etiam locum habet in legatis Reipubl. relictis. *l. 1. §. ad municipum, ad leg. Falcid.* Non tamen in iis, quę Deo relinquuntur. Finge: Locus est Falcidiæ, quoniam hereditas onerata est legatis. Heredes eam pecuniam Reipub. integram soluerunt, & exegerunt cautionem à curatore Reipub. ne ea pecunia in alios vsus impenderetur, quam in aquęductus: cautionem vulgarem (quæ solet exigi cum in dubio solida legata pręstantur, quanto amplius, quam per legem Falcid. acceperis reddi) non exegerunt. Quinimo postea scientes passi sunt eam pecuniam consumi in aquæ ductus, & operi nomen testatoris inscribi, *l. 2 de operib. pub.* Nunc quæritur, an heredes possint vti condictione indebiti, quia solidum legatum soluerunt? Imperatores aiunt eis non dari condictionem. Cur id? An quia ab initio scientes soluerunt plenioris fidei exhibendę gratia, quo casu constat cessare condictionem. At hoc non proponitur hic. Sed hoc tantum, postea eos scientes passos pecuniam consumi in opus aquęductus: Itemque eos non exegisse vulgarem cautionem. Cur igitur non competit condictio? Imperatores respondent, quia pecunia est relicta in opus aquæductus: item quia operi iam inscriptum est nomen testatoris. Est autem iniquum, vt opus aliquod repræsentet gloriam alienæ munificentiæ, quod pecunia publica constructum sit. At constructum erit pecunia publica, si sit dati repetitio: Ideoque censent Imperatores, hic heredes pro scientibus haberi: ideoque non habere condictionem indebiti. At si liquido constaret eos solidum soluisse per errorem facti, cum scil. putarent locum non esse legi Falcid. tunc dabitur condictio. At quid si soluissent solidum per ignorantiam legis Falcidiæ? eo casu cessaret repetitio. Nam errantibus in facto subuenitur, non stultis, id est, iuris ignaris. Et generaliter error iuris non dat condictionem indebiti, *l. cum quis, C. de iur. & fac. ignor. l. error, C. ad leg. Falc. l. 2. C. si aduers. solut. l. illud, sup. de min.* Vbi excipitur minor, cui licet ius ignorare: Nam si per ignorantiam iuris soluat, condicit. Id etiam confirmatur ex eo quod leges quædam condictionis indebiti exigunt nominatim errorem facti, *l. 6. l. 7. C. de cond. indeb. l. 6. C. de iur. & fact. ignor.* Igitur iuris ignorantia non parit condictionem indebiti. Opponitur *l. 5. C. de cond. indeb.* species hæc est. Emancipatus patri iure honorario successit, non intra tempora constituta agnoscendæ bon. poss. itaque non successit cum re. Verum putat se esse successorem patris, atque ita videtur errare in iure, qui putat se succedere posse post tempus. hoc errore ductus soluit creditoribus paternis. lex ait, esse condictionem indebiti. Dicendum est, non esse errorem iuris, errat n. in facto, quia putabat tempora nondum præteriisse. Si sciebat tempora præteriisse, & tamen putabat post annum se posse succedere, errabat in iure, & ideo soluta non est repetiturus. præterea opponitur *l. eleganter §. si ob transactionem, de cond. indeb.* Oratio est D. Marci, quæ vetat transigi de alimentis futuris vltima voluntate relictis, sine decreto prætoris. Facta est transactio contra illam constitutionem, & solutum est ex ea transactione. An repetetur? Lex ait, repeti. An, si soluerit ignarus constitutionis, repe-

tet? Sic videtur. Nec mirum: nam etiam ignarus eius constitutionis, si soluerit, repetet, quia illa transactio pro infecta habetur. Dicendum, hac in re multum interesse, vtrum indebitum sit solutum, an quasi ex causa transactionis: Nam etiamsi transactio fuerit vtilis, quod solutum est ex vtili transactione non repetitur, etiamsi res nulla sit media, id est, etiamsi aduersarius in lite nihil iuris habuerit. At quod solutum est quasi debitum, repetitur, si res nulla sit media, *l. in summa, de cond. indeb.* Tertio opponitur *l.* 1. §. 2. *vt in poss. legat.* Species hæc est. Heres debet cauere legatariis in diem, vel sub conditione, *l. filiusf.* §. *ijdem Princip. de leg.* 1. Quæritur, an hæc cautio possit remitti à testatore, vt si testator prohibeat legatarium satis accipere? Ex Const. D. Marci potest remitti, ac tum satisdare heres non cogitur, *l.* 2. *C. vt in possess. leg.* Finge: Heres cui remissa erat ea cautio testamento, eam præstitit legatario. An potest eam condicere quasi indebitam? Distinguendum: aut per errorem facti ita cauit, vt quia ignorabat eam sibi remissam: & ita condicet. At si errauit in iure, vt quia credidit non potuisse remitti, lex ait, posse condicere. Sed ex eadem ipsa lege solutio petenda est: ait enim, *benigne hoc posse dici.* Hæc est sententia: ipso iure non esse condictionem, quia ius ignorauit. At benigne etiam subuenitur maiori. Et vero *l. illud, de min.* ostendit, interdum maiorib. subueniri, nedum minorib. Igitur succurri ipsis, qui soluerunt errore iuris, etiam ex ea causa, quæ per inficiationem crescit, causa cognita à prætore, & dabitur illis tum vtilis condictio indebiti. i. e. restitutoria. Obiicitur præterea: etiam, ignoranti condictionem indebiti dari, non scienti: is enim donare videtur. Ignorans ibi non accipitur pro imperito iuris, sed pro rerum & factorum ignaro.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI Recitationes solemnes.

AD TITVLVM I. *De sponsalibus, Lib. XXIII. Dig.*

Ad Leg. I.

Sponsalia sunt mentio & repromissio nuptiarum futurarum.

Definitio est in *l.* 1. per mentionem explicat græcam dictionem μνεία. Repromissio significat nudam cautionem sine satisdatione. Et fiunt ergo sponsalia per stipulationem sine fideiussione. Potuisse autem accedere fideiussorem testatur Seruius in 10. *Æneid.* Interponebantur autem mutuæ stipulationes, & ex iis agebatur in id, quod interesset, si non sequerentur nuptiæ. Et inde nata est appellatio sponsus & sponsa, non vt Verrius Flaccus in Festo quod σπονδὰς faciant. Si non interueniebat stipulatio, non appellabatur sponsa, sed sperata, vel dicta, vel pacta.

Hodie tamen fiunt sponsalia sine stipulatione, nudo consensu, & ex eo est obligatio, maxime si interuenerint arræ, *l.* 4. *h. t.* Retinent tamen appellationem veterem, sicut emancipationes, licet nulla interueniat emancipatio, i. e. nulla imaginaria venditio. Olim igitur sponsalia non poterant fieri inter absentes, hodie possunt, quia nudo consensu constituuntur. Et huc pertinet *l. vlt. h. t.* quæ ostendit, plerumque sponsalia constitui per interpositas personas, id est, per pararios, vel proxenetas, parentes illis dant mandatum quærendi mariti, *l. generaliter, inf. tit. prox.* Et dicuntur etiam interpretes & sequestres in *l.* 1. *C. Th. de* A *nup.* Eadem significatione dicuntur etiam ἑρμηνευταί, & salarium quod eis datur ἑρμηνευτικόν, *l. vlt. de proxenet. inf.* Fuit constitutio quædam Græca de modo ἑρμηνευτικοῦ, quæ desideratur in *C. tit. de sponsalib. & arris sponsalitijs, & de proxeneticis.* nulla exstat lex sub eo tit. quæ loquatur de proxeneticis, quia desideratur Græca constitutio de proxeneticis, cuius tamen summa exstat apud Harmen. *lib.* 4. *Epitom.* Sententia est hæc, vt illi προξενηταὶ τοῦ γάμου, interpretes nuptiarum, non petant ἑρμηνευτικὸν ob eam rem, nisi de eo nominatim conuenerit: alias petunt, etiamsi nihil conuenerit. Itemque vt nec conueniri possit supra vicesimam partem dotis & donationis propter nuptias: ἑρμηνευτικὸν eam quantitatem non potest excedere, vt tradit ibi Harmenop. Ergo quæ sunt interpositæ personæ, hæ dicuntur proxenetæ siue B ἑρμηνευταί. Notandum ad eam legem vltimam, eam pertinere ad edictum *de his qui notantur infamia:* Est Vlp. ex *lib.* 6. *ad edict.* Ex eo edicto notantur infamia, qui eod. tempore bina sponsalia constituta habent suo nomine: Nam si alieno nomine habent, non notantur, *l. quid ergo* §. 1. *de his, qui not. infam.* quę est coniungenda cum *l. vlt.* Est enim eadem inscriptio. Igitur ex eo titulo apparet per alium posse sponsalia constitui, quod & monuit Vlpian. de eo edicto tractans. Ergo inter absentes possunt sponsalia constitui. At notandum etiam absentem absenti posse in *l.* 4. Male ibi vulgo legitur *desponsari,* bene, *desponderi.* Hæ desponsiones fiunt à parentibus eorum, quorum de coniunctione agitur *l. Titia, de verbor. oblig. inf. l. tutor, inf. tit. prox. l. qui pupillam, ad l. Iul. de adulter.* Exigitur & filiarum consensus, in *l.* 5. vt filia non nolit, id est, vt non dissentiat, C non contradicat: non exigimus, vt velit. Nam hac in re taciturnitas pro consensu habetur. Vno casu tamen dissentire potest, si pater turpem sponsam deligat, *l.* 12. *boetii.* Cui subiicitur statim in *l.* 13. quod notandum est, *filiofamilias dissentiente, &c.* Videtur significari: differentiam esse inter filium & filiamfamil. quæ vno tantum casu dissentire potest. Itaque maior potestas patris in despondenda filia, quam filio: nec est alienum à ratione: Non temere dissentiet filia, temere filius, & ex quacunque causa: Nam in quæstione nuptiarum etiam statuitur differentia inter filium emancipatum & filiam emancipatam: filius emancipatus etiam minor. 25. annis potest coniugem ducere absque consensu patris, *l. filius, tit prox. inf.* Filia minor non potest, *l. vidua, C. de nup.* Nota ad *leg.* 13. eam etiam pertinere D ad edictum de his, qui notantur infamia, vel ex 5. Pauli ad edictum. In eo lib. tractauit de edicto, de iis qui notantur infamia. Dictum est, notari infamia eum, qui vno eodemque tempore bina sponsalia suo nomine habet. Item is, qui nomine filii habet bina constituta sponsalia, quem in potestate habet. Videtur autem bina constituisse si passus est filium ea sibi constituere, quo casu vterque infamis est, *d. l. quid ergo* §. 1. passus, id est, cum posset prohibere, nec fecit: alioqui crimen nullum patitur, quando non potest prohibere, *l. nullum, de regul. iuris:* quod notandum. Nam nondum ad eam legem posita est species apta ex 5. Pauli ad edictum qui notantur infam. Sensus eius erit: nullum crimen patitur, id est, non patitur pater crimen si non prohibet bina sponsabalia à filio constitui, E cum prohibere non potest. Et vere desideratur negatio in illa regul. Florent. *cum prohibere potest.* Rectius *cum prohibere non potest:* Et merito qui Pandectas Florentinas excuderunt, *non,* addiderunt. Sic & Harmenop. legit ὁ μὴ δυνάμενος κωλῦσαι. Ergo edicto qui notantur infamia comprehenditur etiam pater qui filii nomine bina sponsalia constituet; hæc autem non constitui non consentiente filio, ostendit lex 13.

Ad L. IV.

Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.

In l. 4. quæritur an nuptiæ vel sponsalia inter absentes possint contrahi? Edictum de his qui notant. inf. indi-

cat posse: Nam edictum loquitur de eo qui suo nomine binas nuptias constitutas habet. Ergo alieno nomine posse constitui indicat *l. 6. tit. prox. inf.* quæ est coniungenda cum *l. 4. h. t.* Est eadem inscriptio hoc modo. In l. 4. dixit, sponsalia posse constitui inter absentes, subiicit, nuptias etiam. Verum in *l. 6.* male legitur, *cum qui absentem accepit vxorem.* Nam vt indicat *l. 5. tit. prox.* absens mulier non potest vxor accipi. Nam non accipitur, quin & ducatur domum mariti, atqui absens non potest duci. At absens potest ducere per alium in domum suam vxorem, potest aqua & igni accipere, vt olim fiebat, & domum ducere per procuratorem. Ergo legendum, *eum absentem qui,* vel *eum qui absens,* quod exigit etiam necessario l. 5.



IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI
Recitationes solemnes.
AD TITVLVM VI.
De vulgari & pupillari substitutione, Lib. 28. Digest.

Ad L. I.

Heredes aut instituti dicuntur, aut substituti: instituti, primo gradu: substituti, secundo, vel tertio.

§. 1. *Heredis substitutio duplex est aut simplex, veluti: Lucius Titius heres esto: si mihi Lucius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto. si heres non erit, siue erit, & intra pubertatem decesserit: tunc Gaius Seius heres mihi esto.*

HÆc tria iuris verba ponenda sunt, institutio, substitutio, restitutio, ἵστασις, ὑποκατάστασις, ἀποκατάστασις. institutio est, quæ fit verbis directis primo gradu, de qua sup. tit. prox. substitutio est institutio, quæ fit verbis directis secundo gradu vel sequentibus, hoc est quod ait *l. 1.* Vlpian. in *Frag.* plenius *(secundo vel sequentibus)* qui dicitur secundus institutionis est primus substitutionis, *l. in tabulis, inf. de statulib.* Restitutio est institutio, vel substitutio precaria, vel fideicommissaria. De qua in tit. ad S C. Trebell. Verba directa hæc sunt *heres esto,* quæ & imperatiua & ciuilia dicuntur. Precaria sunt *rogo, peto, volo, mando,* quæ & precatiua, & inflexa & fideicommissaria, ἢ παρακλητικὰ à Theophilo, nusquam obliqua dicuntur: communia quędam dicuntur in *l. iam hoc iure, inf.* quod communia sint vtrique substitutioni, non quod precaria sint & directa. Sunt quædam verba precaria & directa, sed non ideo dicuntur communia: vt *Iubeo,* directum est: item & precarium in *l. Aurelianus §. vlt. de lib leg.* sunt verba, quæ nec sunt precaria, nec directa, id est, quæ heredes non obligant, vt *commendo, l. ex verbo C. de fid. libert.* Quæritur quomodo accipi oporteat gradum? an pro loco, vt Accursius: scio hæc duo verba nonnunquam confundi, proprie tamen inter ea multum interest: Nam heres instituitur primo loco, vel secundo, vel tertio, *l. 1. l. qui non militabat, sup. tit. prox.* At non instituitur heres, nisi primo gradu, secundo institutus substitutus est. Omnes igitur instituti, primo gradu, non tantum primo loco scribuntur: secundo loco scriptus substitutus est, secundo gradu est coheres, *l. 55. sup. tit prox.* qui & adiectus dicitur, vt dixi in *l. 25 sup. qui test. fac. poss.* & secundus heres plerunque etiam substitutus. Præterea locos etiam numeramus secundum ordinem successionis. Et in summa, tot sunt gradus heredum, quot sunt vices deferendæ hereditatis, & successionis. institutus ergo est cui primo loco, substitutus cui secundo defertur hereditas, vel

A tertio etiam substitutus instituto succedit: & cui primo defertur hereditas substitutus dici non potest, *l. 15. inf. eod.* quæ ait, *quo gradu,* non, *quo loco,* non ante heredis institutionem, vel post, sed in substitutione pupillari, quæ fit liberis impuberib. non habemus delectum ordinis: sicut vulgaris substitutionis, sic & pupillari, possumus plures gradus facere, *l. 2. § vlt. l in tabulis, inf. de statulib.* Itaque sic possumus filio impuberi substituere, *si intra pubertatem decesserit: Primus heres esto, si Primus heres non erit, Secundus heres esto. &c.* atque ita plerunque his verbis proprie vtimur. Item plerunque successio æstimatur non tam ratione gradus & successionis, quam scripturæ: vt cum pater pupillo exheredato substituit secundum gradum. Itaque prius sibi scribit heredem, deinde filio exheredato substituit. duo

B sunt gradus heredum, sed vtraque hereditas eodem gradu non defertur, neque alter gradus alteri succedit: & si rationem successionis spectemus non est substitutio, si scripturam, substitutio est. eadem ratione in formula Aquilij Galli nepos substitutus videtur, qui tamen semper institutus, nunquam substitutus dicitur, *l. cum in testam. 37. sup. tit. prox.* & passim in *l. Gallus, de lib. & post* hoc casu videntur quidem duo gradus facti, sed ita vt ex vno tantum deferri possit hereditas, non vtroque, *d. l. cum in testamento.* Finge: *Titius heres esto, si Titius heres non erit, Caius heres esto.* Titius decessit viuo testatore. Itaque ei nunquam delata est hereditas, *l. delata, inf. de verb. signific.* at post mortem testatoris Caius admittitur quasi substitutus, licet ei primo defertur hereditas post mortem, quoniam aliquo casu po-

C tuit vtrique deferri hereditas, vt si Titius superuixisset, & mox repudiasset, *l. cum ex filio §. vlt. inf.* hic notandum est, interdum habita ratione scripturæ dici aliquem sibi ipsi substitutum, licet ei semel tantum deferatur hereditas, vt si ita dictum sit: *Titius heres esto, si nauis ex Asia venerit,* si non venerit item heres esto. Si non venerit, non est Titio ex prima scriptura delata hereditas, sed ex secunda, *l. sed si plures §. vlt. inf.* itaque substitutum quandoque ordo successionis facit, plerumque non tam ordo successionis, quam scripturæ. Species substitutionis duæ sunt, vulgaris & pupillaris, vt indicat inscriptio huius tituli. ex successionis substantia substitutionem metiri oportet, vt traditur à Gaio in Institutionib. & in *l. precibus, C. de impub. & aliis subst.* est primus casus, est secundus. Primus est non acqui-

D sitæ hereditatis, secundus acquisitæ & mortis simul, & hic est pupillaris, vel mortis tantum, vt cum fit exheredato. hæ etiam dicuntur causæ substitutionum, *l. cum ex filio §. filio, inf.* Pater qui habet filium impuberem, potest filio in singulis causis singulos heredes substitutos dare. causas vocat, quemadmodum *d. l. precibus, casum. nullas,* id est, *non: Atticus nullus venit* apud Ciceronem ad Atticum, id est, *non venit:* & tum Sosipater notat vsurpari pro aduerbio. Aliæ vero non sunt substitutionum causæ, ergo nec aliæ species. Sed differentiæ earum sunt. Substitutio vulgaris est ex duodecim tabulis, *l. verbis legis, inf. de verb. signific.* ait substituendi vulgari modo. Data etiam ea l. est potestas legatariis substituendi, *l. vt heredibus, de leg. 2. l. Publius, l. auia, inf. de condit. & demonst.* Substituitur & tutorib. *sup. de testam. tut. l. pen. hoc modo: Seio centum lego, si ea*

E *Seius repudiauerit, aut ante me morietur, eadem Titio lego, & filio meo tutorem do Mauium: si Mauius ante mortem meam finitosve tutela annos obierit, Caius heres esto.* At substitutio pupillaris est introducta moribus, *l. 2, inf.* quæ fit iure patriæ potestatis, quod ius moribus est inductum. Item vulgaris fit communi iure, pupillaris proprio iure potestatis, Vlp. in Frag. vulgaris fit cuilibet ætati & personæ, pupillaris pupillo & vsque ad quatuordecim annos. Sunt, vt Goueanus, qui putant vulgarem substitutionem dici quod sit legitima. At pupillaris est etiam legitima: nam mores sunt pro legibus, & formula frequentissima. pupillaris dicitur vulgaris, *l. in vulgari, inf. de verb signific.* Item pupillaris finitur pubertate, vulgaris aditione. Postremo per vulgarem testator sibi heredem facit, per illam non sibi, sed pupillo: ideoque testamentum pupilli dicitur. Ini-

quum quidem eſt vt poſſit quis alteri heredem dare, in pupillo tamen hoc receptum eſt morib. vt poſſit à patre dari. Hæ ſunt duæ tantum ſpecies ſubſtitutionis, ſi rationem ſucceſſionis habeas. at ſi perſonas, aut alia accidentia ſpectes, multæ ſunt aliæ. Si perſonas reſpicias ſunt tres, vulgaris, pupillaris & Iuſtiniana, quæ à doctorib. exemplaris dicitur & fit furioſis, & fit etiam in ſecundum caſum, & eſt ſimilis pupillari. Itaque non propterea ſunt plures caſus aut cauſæ: ita accipiendus eſt titulus *de impub. & aliis ſubſtitut.* aliis, i. furioſorum & extraneorum. At ſi ſcripturæ & concipiendæ ſubſtitutionis rationem habeas, varia erunt genera: nam quandoque primus gradus exprimitur: quandoque ſecundus. cum primus tantum, eſt vulgaris ſimplex, cum ſecundus tantum, eſt pupillaris, cum vterque, eſt vulgari pupillaris, vt Theophilus appellat, & de ea in hac lege agitur. Quandoque nullus gradus exprimitur, vt Titius heres eſto, ei ſubſtituo Caium, vt in *l. iam hoc iure, inf.* hæc ſubſtitutio vel eſt vulgaris, vel pupillaris, vel duplex. nec quicquam intereſt ſi mutuo ſubſtituas hoc modo: heredes meos inuicem ſubſtituo: nam & ſemper idem dici poteſt. Hodie omnis ſubſtitutio facta pupillo eſt duplex, *d. l. iam hoc iure:* ineſt enim vulgari pupillaris, & contra. Eſt quædam alia quam vocant compendioſam (ſed nullibi ſic dicitur) quæ fit compendio orationis. Sed ſic dicas. In ſecundum caſum ſubſtitutio fit, vel expreſſa certa ætate vel compendio, vt *ſi filius heres erit & deceſſerit, Caius heres eſto,* & hæc intra pubertatem valet: ideoq; ſi poſt pubertatem fiat, non valet, niſi in milite: tum enim valet iure fideicommiſſi: itaque non poſſunt dari niſi duæ cauſæ, aut caſus ſubſtitutionum. ex accidentib. ſunt infinitæ diuiſiones, ſed ſubſtantiam ſpectare oportet in diuiſionib. Tentari vero poteſt duplicem ſubſtitutionem non eſſe quam pro duplici Iuriſc. Modeſtinus proponit. Exprimitur quidem vterque caſus ſed hæc verba, *Tunc Caius heres mihi eſto,* vulgari tantum ſubſtitutioni conueniunt, non pupillari, quia per pupillarem non mihi, ſed pupillo teſtamentum facio & heredem: ſed receptum eſt id quod etiam Accurſ. notauit, hanc ſubſtitutionem duplicem eſſe perinde ac ſi (mihi) adiectum non eſſet. Quod confirmat, *l. ſi ita ſcriptum* §. *ſi filio, inf. de bon. poſſ. ſec. tab.* ex quo oſtenditur idem etiam eſſe dicendum in pupillari ſimplici, quæ etiam ita recte fit, *ſi heres erit & intra pubertatem deceſſerit, tunc ille mihi heres eſto:* idque etiam confirmat *l. coheredi 41.* §. *vlt. inf.* Pater non poteſt pupillo pro parte teſtari, ſubſtituit enim omnib. pupilli bonis. ſed vt ſi quis pro parte teſtatus fuerit nullo alio coherede dato, heres aſſem occupat, *l ſi quis ita 23. ſup tit. prox.* ſimiliter ſi ſubſtituit pater pupillo in certis rebus, ſubſtitutus omnia bona nihilominus occupat, *l. ſed ſi plures* §. *ad ſubſtitutos, inf.* ita dixit, *ſi filius ante pubertatem deceſſerit, Titius in eius parte heres eſto,* quib. verbis vti ſolemus ſubſtituendo vulgariter, *l. cum quis decedens, inf. d. l. 5.* at finge. pater non in primum ſed in ſecundum ita filio ſubſtituit. hic ſubſtitutus omnia bona pupilli occupabit etiam aduentitia, & hæc verba quaſi menda detrahuntur conſeruandæ voluntatis cauſa. Ait, *non videri cum vitio:* nam quod ineſt vitium detrahitur & circunſcibitur.

Ad §. Subſtituere.

§. 2. *Subſtituere liberis tam heredibus inſtitutis, quam exheredatis poſſumus: & tam eum, quem heredem nobis inſtituimus, quam alterum.*

SVbſtituere poſſumus liberis exheredatis in ſecundum caſum: nam cum dicimus nos ſubſtituere liberis, pupillarem ſubſtitutionem intelligimus, hoc modo: *filius exheres eſto, ſi filius intra pubertatem moriatur, illi Caius heres eſto,* §. *non ſolum, de pupill. ſubſt. Inſtit. l. ſed ſi plures* §. *ſi ex aſſe, h. t.* dicimus autem valere hanc ſubſtitutionem etiam ſi exheredati liberi obtinuerunt in querela inofficioſi teſtamenti, *Nou. 115.* ex qua ſola inſtitutio infirmatur, cætera firma manent: & generaliter verum eſt, quoties vitiata ſola inſtitutione cætera manent, etiam ſubſtitutio pupillaris manet, nedum legata aut fideicommiſſa, aut libertates, *l. 2.* §. *quiſquis, inf.* Ad ſubſtitutum autem, exheredati, etiamſi in querela obtinuerit, pertinebunt ea quę poſtea adquiſierit, *d.* §. *non ſolum, de pupill. ſubſt.* cui opponitur *l. miles ita* §. *exheredato, de teſt. mil.* Verum in ea ſpecie ſubſtitutus non capit niſi ea bona quæ filius emancipatus, vel etiam extraneus conſequutus eſt à milite: idemque ſi miles filio exheredato ſubſtituerit: quod iniquum & abſurdum videtur: itaque non poteſt defendi lectio eius §. nam vt Viglius annotauit, verbum *exheredato* reddendum eſt ſuperiori §. in quo deſideratur, cuius ſpecies hæc eſt. miles filium exheredauit, vel dum ſciret eum filium ſuum eſſe, omiſit, quod in milite eſt exheredatio, & ei filio ſubſtitutum dedit, an ab eo legari poſſit? minime: licet ampla legata reliquerit exheredato. Sed plenius videamus, an ab ſubſtituto exheredati legari poſſit: Aut igitur exheredato aliquid relictum eſt, aut nihil. Si nihil, ab eo legari non poteſt, ſed neque ab eius ſubſtituto. Et hoc verum eſt, etiamſi exheredatus euincat per querelam: nam manent quidem cætera ex Nouella Iuſtiniani: ſed non manent ab exheredato relicta, quoniam à teſtatore iniuria affectus videtur. quemcumque vero teſtator iniuria affecit, inuitus non cogitur morem gerere teſtatoris voluntati, *arg. l. quidam, C. de fideicommiſſ.* Idem dicendum eſt ſi exheredatus aliunde hereditatem paternam ſibi acquirat, puta per ſucceſſionem, per interpoſitam perſonam, *l. qui fundus* §. *qui filios, ad leg. Falc. l. vlt. in princ. de leg. 3.* vbi pro *ſubſtituit,* legendum eſt, *inſtituit.* Quod ſi aliquid relictum ſit: hoc iure à filio exheredato legari non poteſt: nam à legatario legari non poteſt, toto tit. *de ſingulis rebus per fideic. Inſtit.* ergo nec à ſubſtituto eius legari poterit: nam quod non poſſum in te, non poſſum etiam in heredem tuum, *d. l. miles ita* §. *ſi miles, l. ab exheredati, de legat. 1.* Notandum tamen eſt, à filio exheredato cui aliquid legatum eſt, fideicommiſſum relinqui poſſe, & hæc eſt vna ex differentiis inter legata & fideicommiſſa, quam ſublatam eſſe oſtendimus. hic videnda *l. coheredi 41.* §. *quod ſi heredem, inf.* in quibus verbis alterum §. facio, cuius ſententia hæc eſt. Pater poteſt directo ſubſtituere filio pupillo quem habet in poteſtate in hunc caſum, *ſi impubes moriatur.* poteſt etiam pater in eundem caſum filio ſubſtituere verbis precariis, ſiue is fuerit in poteſtate, ſiue non, hoc modo: *filius heres eſto, ſi filius impubes deceſſerit, rogo vt hereditatem reſtituat Titio,* ita fideicommiſſario hereditas relinquitur poſt mortem heredis. Verum quid fiet in hac ſpecie ſi filius impubes moriatur? legitimus ei ſuccedit ab inteſtato, ſed detracta Falcidia reſtituet hereditatem Titio, qui ei in hunc caſum verbis precariis ſubſtitutus eſt, *ſi ſcilicet impubes decederet.* Adiicit Iulianus poſſe etiam patrem filio verbis precariis ſubſtituere in longius tempus: puta, *ſi intra trigeſimum annum deceſſerit,* vel quandoque deceſſerit: nam ſuccedit legitimus. Porro is detracta Falcidia reſtituet Titio. Deinde ait, iis omnibus locum eſſe, ſi teſtamentum prius ſit iure perfectum: nam ſi non ſit iure perfectum, ex eo nihil debetur: nec enim valet iure codicillorum. Denique ex imperfecto teſtamento, nec fideicommiſſa niſi nominatim adiecta ſit clauſula codicillaris, aut ea ſit voluntas teſtatoris. Poſtea addit, tali fideicommiſſo non comprehendi bona filij propria. filius rogari poteſt, vt bona quæ accepit à patre reſtituat: at rogari non poteſt, vt ea etiam reſtituat quæ poſtea adquirat, aut ea quæ iam propria aliunde quæſita habet. Ex eo efficit Iulian. ab exheredato tale fideicommiſſum relinqui non poſſe, ſi ei pater nihil reliquerit: diuerſum eſt ſi pater filio exheredato aliquid reliquerit per legatum aut fideicommiſſum: nam tunc poteſt filium rogare vt intra modum eius id reſtituat ex *l. ex facto* §. *non tantum, inf. ad Trebellian.* Verum hoc caſu filius non detrahit Falcidiam, aut legitimus heres filij, quia hoc caſu filius eſt legatarius, ſoli autem heredes Falcidiam detra-

hunc, nunquam legatarij, *l. lex Falcidia si interueniat* §. *vlt. l. pœnales* §. *vlt. ad l. Falcid.* Et ideo ait hoc loco: *citra rationem Falcidiæ*: id est, non retenta Falcidia fideicommissum hereditatis ab exheredato filio cui quid relictum est vocat, qui rogatus est pro modo acceptorũ, vt Titium heredem faceret. ergo à filio exheredato fideicommissum relinqui potest si quid ei relictum sit. Quæro nunc an ab herede eius vel substituto possit? id omnino negat Iustin. in *l. cum quidam, C. de legat.* vbi ponit filium exheredatum, filio relictum legatum, & tum ait, à substituto eius filij nec legatum, nec fideicommissum relinqui posse. Quæ sit ratio quæritur, item quo modo in concordiam adducatur ea lex *cum quidam* cum *l. 5.* §. 1. *inf. de legat. 3.* cuius sententia hæc est: hoc iure ab herede legatur, ab herede heredis non legatur, multo minus legatur ab herede legatarij, quia neque a legatario: cæterum ab herede heredis vel legatarij recte relinquitur fideicommissum: idque benignius est: nã benignitatem in fideicommissis spectamus, non ius. Hic quæro, quare non etiam recte fideicommissum relinquitur à substituto exheredati legatarij? Hodie ex cõstitutione Iustiniani, quæ exæquauit legata fideicommissis, à legatario recte legatur. Item & ab herede heredis, vel legatarij, §. *post mortem, Inst. de leg.* cur ab herede exheredati legatarij non recte legatur? hoc sic explicandum est: multa inutilia sunt quæ fiunt nominatim, quæ si verbis tegantur, inutilia non sunt, & aliquid emolumenti habent: huic sententiæ in hac quæstione omnino locus est: nam ab herede heredis legatarij fideicommissum, & hodie etiam legatum relinqui potest, sed non nominatim: heredis enim heres incertus est, *l. sciendum, de verb. signif.* sed hac formula legatur, *cum mortuus fuerit heres, vel legatarius, Titio lego centum, vel Titio C. dari peto: vel pridie quam moriatur*: hoc autem modo nominatim ab herede heredis non legatur: itaque hæc legata siue fideicommissa sustinentur perinde ac si essent adscripta ipsi legatario, vel heredi, non heredibus eorum. quod si nominatim legata vel fideicommissa relinqueres ab herede heredis, nihil ageres etiam hodie: nam heres heredis ex nostro iudicio nihil feret: Itaque non potest recte ab eo legari propalam, at tacite potest. Quæro an substitutio pupillaris possit fieri liberis præteritis? sed ob præteritionem liberorum totum testamentum ipso iure nullum fit: ideoque & pupillaris substitutio euanescit, *l. 2.* §. *sed si eos, inf.* neque dicendum est ex Nouella 115. solam institutionem inutilem fieri: nam in ea Iustinianus loquitur tantum de exheredatione & præteritione, quæ vicem exheredationis obtinet: lex enim de querela inofficiosi, quæ non nisi exheredatis, et iis qui præteriti pro exheredatis habentur, datur. igitur etiam hodie si pater præterierit liberos, testamentum nullum est. Vno tantum casu substitutio facta liberis præteritis valet, si filius æquo animo ferat iniuriam patris, & eius iudicium probet, nec vindicet hereditatem: tum enim dat prætor bonorum possessionem scriptis in primis & secundis tabulis, *l. filio præterito, sup. de ini. rupto.*

Ad §. Substituere.

§. 3 Substituere liberis pater non potest, nisi si heredem sibi instituerit: nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.

Pater non potest substituere in secundum casum nisi sibi heredem instituerit, vel ipsum filium, vel alium: nam pupillaris substitutio est pars paterni testamenti. ea ratione fit vt iniusto, irrito, vel rupto paterno testamento, vel destituto extinguatur pupillaris substitutio, quin & ante Nouell. Iustiniani rescisso testamẽto per querelam rescindebatur etiam pupillaris substitutio, non tamen rescisso testamento per bonorum possess. contra tabul. *l. ex duobus* §. *inf.* sed hanc in rem omnino videndus est §. *quisquis l. inf.* excipiendus est miles, qui potest soli filio testari, *l. in*

A *fraude* §. *miles l. miles ita* §. *vlt. inf. de milit. test.* quin & filio poterit pro parte testari, *l. sed si plures* §. *ad substitutum, inf.* si destituitur paternũ testamentũ non adita hereditate, pupillare euanescit: & hoc dicitur de extraneo scripto: sed quid dicemus si pater instituerit filium suum heredem, & is se abstinuerit? hac in re differentia est inter extraneum & suum: nam si suus heres abstineat se patris beneficio, manet pupillaris substitutio. qui abstinuit se, non desinit esse heres, etsi actionibus non sit obnoxius. substitutio pupillaris nudi heredis nomine sustinetur, *l. paterfamilias, D. de bon. auct. iud. possid. l. filius, inf. de acquir. heredit.* Nunc sic generaliter dicamus: quibus casibus sola institutio vitiatur paterni testamenti, inter cætera & pupillare testamentum manet: vt si quis falso rumore deceptus testamentum
B mutauerit, *l. vlt. sup. tit. prox.* Idem est, si is quem sibi heredem scripsit pater, in fraudem omisit testamentum, & ab intestato possideat hereditatem, hoc casu sola institutio destituitur ex edicto, *si quis omissa causa testamenti*: nam ea tunc substitutio pupillaris seruatur. Idem dicemus ex Nouella Iustiniani, si ob causam institutionis institutio vitietur. at quib. casib. totum primum testamentum infirmatur, infirmatur & pupillare: olim cum in totum primum testamentum per querelam rescindebatur, rescindebatur etiam pupillare. verum cum ex eadem causa pro parte tantum rescindebatur, manebat etiam pupillaris substitutio. Denique non tollitur nisi in totum tollatur paternum testamentum, *l. Papinianus* §. *sed nec impuberis, sup. de inoff. test.* sunt quidam casus quibus frater fratris testamentum arguit quasi inofficiosum. At frater fratris testamentum pupillare inof-
C ficiosum queri non potest, quia frater sibi id testamentum non fecit. sed si frater patris testamentum inofficiosum dixerit, & pupillare corruit, videlicet si in totum obtinuerit. Quod si pro parte, totum pupillare manet: porro frater exheredatus agens querela aduersus fratrem institutum, partem tantum aufert, & pro parte tantum rescindit testamentum: ideoque si fratri facta sit substitutio, pupillaris manet: at cum duo sunt fratres, & vterque exheredatus extraneo scripto, si vnus ex fratribus aduersus extraneum agat, & in totum testamentum rescindat, rescinditur & pupillaris substitutio. hodie omnimodo manet substitutio pupillaris, quia sola institutio vitiatur.

D
Ad L. II. Moribus.

Moribus introductum est, vt quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perueniant, fœminæ ad duodecim. quod sic erit accipiendum si sint in potestate, cæterum emancipatis non possumus.

Origo pupillaris substitutionis statim explicatur. moribus introducta est, non legibus vt vulgaris: nam ex l. 12. tab. data est potestas heredes instituendi & substituendi vulgari modo. Pupillaris fit moribus, quia & fit iure patriæ potestatis, quę moribus introducta est, *l. patre furioso, sup. de his qui sunt sui vel alieni iuris.* Et interdum fit liberis non mala mente & pro imperio, neque tamen ideo minus vtilis est, vt cum fit pupillo bona mente exheredato:
E & ideo in *l. cum quidam, C. de leg.* articulus, *scilicet*, est accipiendus per ironiam. Addatur, hanc substitutionem fieri liberis impuberibus vtriusque sexus, sed non nisi impuberibus: nam & finitur pubertate supremo tantum die anni decimi quarti, vel duodecimi, quamuis is dies completus non sit, quia eo die pupillus vel pupilla testamenti factionem habere incipit, *l. 5. sup. qui test. facere poss.* Puberes tum possunt rogari vt hereditatem restituant: quod genus substitutionis frequentissimum est hodie, §. *vlt. de pupill. substit.* & dicitur substitutio precaria, siue fideicommissum hereditatis, & hac non continentur bona puberis, vel impuberis propria, at substitutione directa etiam propria continentur. Præterea substituimus directo his quibus nihil relictum est, puta exheredatis, precario

non substituimus nisi iis quib. aliquid relictum est, *l. coheredi §. quod si heredem, inf.* ergo puberibus substituimus precario. Possumus vero impuberibus substituere non tantum vsque ad pubertatem sed etiam in breuius tempus. Puta si intra decimum annum decesserit, & hoc casu si pupillus post decimum annum decesserit, finitur substitutio, *l. si ita 21. inf.* quæ est Vlpiani ex *lib. 41. ad Edictum*, in quo tractauit tantum de bonorum possessione. Ideoque etiam in hac l. quæritur de bonorum possessione danda substituto, vel deneganda: item apparet esse coniungendum §. *si primus l. 2. inf. de bonor. possess. sec. tab.* testator ita substituit: *si filius morietur intra decimum annum, Primus heres esto, si intra decimum quartum post decimum Secundus heres esto:* hoc casu si pupillus moriatur intra decimum, solus Primus admittitur, nec hi duo sunt coniuncti. Id etiam probat *l. qui plures 38.* si testator ita duos substituerit, si filius intra decimum annum morietur, Primus heres esto, si intra decimum quartum, Secundus heres esto. Finge filium decessisse intra annum octauum, verum est decessisse intra annum decimum & decimumquartum, & hoc casu traditum est, videri vnumquemque separatim substitutum, nisi appareat de contraria mente testatoris, *l. 43. §. item quæro, inf.* Additur in hac l. pupillarem substitutionem iis tantum liberis fieri qui sint in potestate, quia fit iure patriæ potestatis. Notandum vero est, necesse esse vt sint in potestate testamenti & mortis tempore, media tempora non nocent, *§. cum filia, l. coheredi 41. inf.* cur loquitur de filia non de filio? Sciendum est, magnam olim hodieque, in quibusdam causis differentiam fuisse inter filium & cæteros liberos. filius nominatim erat exheredandus, cæteri inter cæteros, *de exheredat. liber. Instit.* Item filius non potest institui sub omni conditione, sed sub potestatiua tantum, quod & hodie manet, cæteri liberi etiam sub casuali, *l. 4. in princ. l. 6. §. 1 sup. tit. prox* Præterea filius non nisi ter mancipatus, ter manumissus exibat de potestate, cæteri liberi vna mancipatione sui iuris fiunt, *l. verum 8. de ini. rup. sup.* at in substitutione pupillari nulla est inter eos differantia: nam fit liberis æque filio ac filiæ. Item fit liberis cuiuscumque gradus, & sicut filius dicitur esse in potestate, ita & reliqui. Eo tantum respexit auctor, quasi diceret nullam omnino esse inter filium, filiam vel nepotes differentiam. irrita valet initio, sed irrita fit emancipatione, vel alia solutione patriæ potestatis, *l pater, inf. de cap. & post. reuers.* Ergo substitutio pupillaris fit iis qui sunt in potestate, & ex his colligunt nostri matrem nō posse libere facere pupillarem substitutionem, quod verum est: & in hanc rem adducitur *l. si mater 33. inf. hoc tit.* in qua tamen videntur contrarium statuere hæc verba, *pupillaribus tabulis*, id est, substitutione pupillari, *l. pupillares, inf. quemad. test. ap.* Quid ergo an mater potest facere pupillares tabulas filio? tota res erit perspicua, si ita statuamus: mater non potest diserte, & nominatim substitutum scribere, filius heres esto, si heres erit, & intra pubertatem decesserit, Titius heres esto: nam sic fit pro imperio: nullū autem habet mater in liberos: & hic notandum est, substitutionem pupillarem fieri vel in casum acquisitæ hereditatis vel mortis & institutionis, vel mortis tantum, & hoc fit exheredatis: neutrum in casum recte substituit mater. Potest tamen mater tacite quodāmodo substitutionis pupillaris casum inducere, quæ tamen substitutio effectum pupillaris non habet, vt *filius heres esto, cum erit pubes, si heres non erit, Titius heres esto.* Primum valet hæc institutio, *cum pubes erit:* nam hereditas non recte quidem datur ex die nominatim *l 34. hereditas, supr. titul. proxim.* at si tempus non sit definitum, vt in specie huius l. non enim dicit, Titius heres esto post quartum decimum annum; sed cum pubes erit, recte hereditas confertur in tempus: Itaque omnimodo valet hæc institutio. verum in hac substitutione tacite continetur hic casus, *si intra pubertatem decesserit,* qui est casus pupillaris substitutionis: & ea ratione hæc substitutio videtur quodammodo pupillaris. Verum nec formula est pupillaris: item hæc substi-

A tutio non habebit effectum pupillaris: nam sic substitutus erit heres matris non pupilli, & capit tantum bona matris, non pupilli: nam & succedet legitimus. Denique hæc substitutio effectu & figura verborum est vulgaris, in speciem tantum est pupillaris.

Ad §. Postumis.

§. 1. *Postumis plane possumus. nepotib. etiam possumus: & deinceps si qui non recasuri sunt in patris potestatem, sed si eos patres præcedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint, vel exheredati: ita enim post legem Velleam succedendo non rumpunt testamentum: nam si principale*

B *ruptum sit testamentum, & pupillare euanuit.*

His postumis substituit pater qui nati futuri erant in potestate. hic postumi habentur pro natis, quod non semper contingit: nam nato confertur, postumo non item, *l. vlt. C de collat.* nato defertur hereditas & bonorum possessio, postumo nulla ex parte defertur, *tit. de ventre in poss. mitt.* Postumus alienus non potest institui, qui natus instituereretur. substitutio pupillaris non tantum fit liberis primi gradus, sed nepotibus & cæteris si qui recasuri non sunt in patriam potestatem. Ergo inutiliter substituitur iis qui sunt recasuri: nam substitutio est testamentum pupilli, quod nullum esse potest filiorumfamil. *l. nepotes, de iis qui sunt sui vel alieni iuris.* Necesse igitur est vt nepos cui substituitur, aut teneat locum filij tempo-

C re facti testamenti, aut post testamentum ex lege Vellea succedendo locum filij tenere incipiat, *l. coheredi cum filia inf.* alioqui recidit in filij potestatem, quæ res obstat substitutioni: quod si teneat locum filij, necesse est etiam vt instituatur vel exheredetur: alioqui nullum erit testamentum ab initio. Si vero nepos tempore facti testamenti locum filij non teneat, quia eum filius præcedat & postea filius viuo testatore moriatur, succedit nepos in locum sui heredis ex lege Vellea: Nam iure antiquo sui heredes nascuntur, non fiunt, *l. Gallus §. sequentis §. & §. videndum.* Is igitur nepos in locum sui succedens necesse est vt sit institutus, vel exheredatus. Hoc similiter non fit in adoptione, vel adrogatione, quamuis vtroque casu suus heres adnascatur. Adoptione testamentum non rum-

D pitur, si adoptatus in eo sit institutus. Rumpebatur vero, si in eo esset præteritus, vel exheredatus: ea enim institutio extranei valuit ab initio, exheredatio non valuit, *l. filio §. vlt. sup. de liber. & post. l. nō putauit §. si quis, de bon. poss. cont. tab.* aliud seruandum est in successione: nam successione non rumpitur testamentum, si is qui succedit, sit institutus, vel exheredatus in eo testamento. succedendo in locum filij qui suus esse desierit viuo testatore non rumpitur testamentum.

Ad §. Sed si extraneum.

§. 2. *Sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit,*

E *rit, poterit ei substituere: si modo eum in locum nepotis adoptauerit, vel adrogauerit, filio præcedente.*

Species hæc est: Quidam habens filium, hunc exheredauit, extraneum instituit: deinde eum adoptauit, vel adrogauit in locum nepotis quasi ex filio natū, hac adoptione testamentum non rumpitur, quia hic nepos auo adoptiuo vt suus non succedit, cum eum filius præcedat: at post adoptionem auus ei fecit substitutionem pupillarem: potest enim facere, *l. si quis eum §. si suo, inf. h. t.* an hæc substitutio pupillaris valeat? Dicimus valere, sed duo exigimus. Primum vt adoptio institutionem præcesserit; nam is cui substituatur exigimus vt fuerit in potestate testamenti & mortis tempore: item vt viuo testatore suus heres esse desierit qui eum præcedebat, alioqui in

eius filij potestatem recidit, *l. si quis nepotem, sup. de adopt.* si desinat esse suus hic nepos locum occupabit, nec successionem rumpet. hæc est species huius versiculi, *nepotis*, quasi ex filio scilicet, *adoptauerit vel adrogauerit*, ante substitutionem *filio præcedente adoptionis*, vel etiam substitutionis tempore, non etiam mortis. Bene autem ait, *si heredem scripserit*, non autem, *si exheredauerit*: nam si extraneum exheredauerit, tum adoptauerit, & postea ei substituerit, testamentum nullum est: illa enim exheredatio ab initio inutilis fuit. Iurisconsultus in hac parte quæ dixit supra de nepote naturali eadem dicit de nepote adoptiuo: sed inter eos hæc differentia est, quod in prima specie satis sit si nepos fuerit in testamento vel institutus, vel exheredatus: sed in posteriori necesse est vt ante successionem fuerit institutus, nec sufficit exheredatio. Denique substitutio etiam pupillaris quæ facta est, rumpitur.

Ad §. Quisquis.

§. 3. *Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere: ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles fit. Adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet vt, nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum euanescat. Plane si omissa causa principalis testamenti, ab intestato possideatur hereditas: dicendum est, & pupillo substitutum seruandum.*

HVnc §. supra exposuimus: loquitur vero de substitutione facta filio exheredato extraneo instituto, quod indicat verbum aditionis: nam filij nunquam dicuntur adire. hæc obseruatio aliquod momentum habet ad intelligendum §. *prius*.

Ad §. Interdum.

§. 4. *Interdum etiam pupillaris testamenti causa compellendum heredem institutum adire hereditatem, vt ex secundis tabulis fideicommissum conualescat: vt puta si iam pupillus decessit. ceterum, si adhuc viuat, improbum esse Iulianus existimat, eum, qui sollicitus est de viui hereditate.*

LOquitur de substitutione facta pupillo exheredato: destituto paterno testamento infirmatur pupillare. Id proprie destitui dicitur ex quo heres scriptus noluit hereditatem adire, nunc species sic ponenda est. Titius heres scriptus est, filius impubes exheredatus, eique idem Titius substitutus. Deinde testator Titium rogauit in secundis tabulis vt restitueret hereditatem pupilli Gajo. si hic substitutus exheredato institutus etiam non esset, inutile esset fideicommissum: sed quod idem est institutus, vtile est, *l. in ratione §. vlt. inf. ad l Falc. l. plane si filium in pr. inf. de leg. 1.* At finge nunc: Titius repudiauit hereditatem, vel omisit ex paterno, hic destituit primum testamentum, ergo infirmatum est pupillare, ergo intercidit fideicommissum. verum fideicommissarius potest hunc heredem cogere, vt adeat, licet iam repudiauerit vel omiserit & sibi eam restituat: hoc casu ipso quidem iure euanuit substitutio & fideicommissum. Sed cum per prætorem cogatur adire, conualescit substitutio, fideicommis. libert. atque ita eidem iure substitutionis competunt actiones. Et hoc ita procedit si pupillus iam decesserit, si existat conditio fideicommissi: sed si pupillus viuat non potest compellere eum, vt adeat, quod est improbum agere de hereditate viuentis pupilli. hoc traditur in *l. apud Iulianum §. idem Iul. inf. ad Trebell.* Locus vero Iuliani extat in *l. ita tamen §. à patre, eod.* his simile est quod traditur in *l. is cui §. si ab impubere, vt in poss. legat.* Compellendum à prætore postulante fideicommissario hereditatem paternam quam omisit vel repudiauit. fideicommissarius here-

A ditatis: nam ob particulare nemo cogitur adire, *l si quis omiss. inf. si quis om. l. nam quod §. vlt. ad Trebell.* ex quo apparet hic agi de substitutione facta pupillo exheredato, quod indicat *l nam quod § si quis, inf ad Trebell.* Additur, hoc etiam casu similiter conualescere substitutionem pupillarem: Minor extraneus scriptus est in primis tabulis, filius exheredatus, eique alius substitutus: primus repudiat, ergo secundæ tabulæ nullæ, sed hic qui repudiauit beneficio ætatis restitutus est vt adiret: hac aditione conualescent tabulæ pupillares, ideoque substituto dabuntur vtiles actiones, si pupillus decesserit intra annum pubertatis. Ait decernat, hoc est proprium actionis vtilis, vt detur ex decreto, & causa cognita: id confirmat *l. pen. de ac. hered l si post const. de const. pec.* ait *Ergo.* legendum, *Ego.* His est applicanda *l. qui plures 38. §. vlt.* quo

B confirmantur quæ diximus de primo casu §. *interdũ.* Quidam extraneum scripsit, filium exheredauit. exheredato filio eundem in secundum casum substituit, rogauitque, vt pupillarem hereditatem restitueret: extraneus repudiauit hereditatem. ipso iure non valet substitutio: sed si iussu prætoris hereditatem adierit, omnia conualescunt. Ait, *à Patre*, videlicet exheredati filij. Ait, *ex fidei commissario.* sic *legare ex filio* in *l. 2. de leg. 3.* adiecit qui tamen ante repudiauerat. Interpretes male fingunt filium fuisse institutum, & ei factam fuisse fideicommissariam substitutionem, id est, eum fuisse rogatum hereditatem restituere. sed si fuit institutus, sola filij institutione sustinetur substitutio: nam solo heredis nomine sustinetur, *l, paterfam. inf. de bon auct. ind. poss. l. si filius qui patri. inf. hoc tit. l. filius, de adq. heredit.* Deinde filio factam es-

C se fideicommissariam substitutionem falsum est: nam hic tractatur de secundis tabulis, quibus verbis nunquam significatur precaria substitutio, sed pupillaris sola: dicta vero lex 38. scripta est lib. singul. Pauli *de secundis tabulis.*

Ad §. Prius autem.

§. 6 *Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere: & non conuertere ordinem scripturæ, & hoc Iulianus putat, prius sibi debere, deinde filio heredem scribere. ceterum, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. Quæ sententia rescripto Imperatoris nostri ad Virium Luppum Britanniæ præsidem comprobata est; &*

D *merito: constat enim vnum esse testamentum, licet duæ sint hereditates. vsque adeo vt quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat. & postumum suum filio impuberi possit quis substituere.*

FActa substitutione pupillari duo videntur testamenta, patris, & filij: ideoque duplex testamentum dicitur. *l. in duplicibus, ad leg Falc. l. 1. si cui plus quam per leg. Falc.* verius tamen est vtrumque pro vno haberi, idque iuris auctores tandem admisere: sed tamen est duarum causarum & duarum hereditatum, *l. paterfam. de bon. auct. ind. poss. l. 2. §. illud, de hered. vend. §. igitur, de pupill. subst.* Ideoque heredibus scriptis primis tabulis & secun-

E dis separatim datur bonorum possessio, *l. si ita scriptum, de bo. poss. sec. tab.* Quia vero vnum est testamentum, contribuuntur legata, quæ relicta sunt in primis & secundis tabulis, & vna Falcidia detrahitur, *l. in ratione §. quod vulgo, inf. ad leg. Falcid.* Eademque ratione septem testes sufficiunt seu signa septem testium. & satis est patris testamentum esse signatũ, *l. patris 20. inf.* ex iure prætorio sunt signa testium, & eorum numerus: in qua *resignata*, id est, non *signata*. Sequitur, *si pater, &c.* pater potest sibi per scripturam facere testamentum, filio per nuncupationem, vel contra. quo casu videntur signa exigi in pupillaribus tabulis, *l. si ita §. vlt. de bo. poss. sec. tab.* & iis casibus etiã vtrumque testamentum pro vno habetur, quod inter iuris auctores constare traditur *hoc §.* ex ea sententia illud etiam efficitur, vt quos pater sibi potest necessarios face-

re, eosdem filio impuberi possit: & hæc est vulgaris sententia Iurisconsultorum: & ea ratione fit vt non seruus tãtum, sed etiam frater fratri sit necessarius heres, & non tantum frater iam natus, sed postumus, quamuis sit alienus fratri. postumum alienum ipso iure non possumus instituere, vt fratrem, qui est in vtero matris; potest tamen pater postumum suum qui tantum est alienus fratri, ei impuberi necessarium facere, *l. sed si plures inf.* Necessarius quamuis is patri quidem sit suus, fratri alienus, potest etiã postumus vtrique alienus substitui filio, iure prætorio scilicet; nam iure prætorio postumus alienus institui potest. *l. substitui 17. inf.* vbi loquitur de quolibet postumo. Itemque de iure prætorio, & is admittitur ex substitutione, etiam si nascatur post mortem impuberis: at si fuerit postumus suus patri, admittitur ad substitutionem fratris iure ciuili, *hoc* §. Et quia vnum est testamentum, ex eo etiã efficitur, vt in eo ordo scripturæ seruetur, qui alias non spectatur nisi vnum sit testamentum: & hac ratione traditur, prius esse scribendam institutionem quam substitutionem pupillarem: nam & ante institutionem, non potest legatum, vt libertas relinqui, sed hoc Iustinianus sustulit, §. *ante, heredis Institut. de legat.* Tutor tamen, itemque fideicommissum olim poterat relinqui ante heredes: nam in fideicommissis non obseruatur subtilitas iuris §. *ad certum, qui test. tut. da. poss.* Poterat etiam exheredatio ante scribi, sed ex rescripto, *l. 28. sup. tit. prox.* item vulgaris substitutio *l. 1. sup tit prox.* at vt hic §. ait, pupillaris substitutio ante heredem scribi non potest. ait, *caterũ si*, pugnantia dicit. Vlp. idque e vestigio: sciendum vero est, substitutionem pupillarem fieri aut instituto, aut exheredato. quæ fit filio instituto, vere est institutio habita ratione successionis: nam hic substitutus est secundus heres: nam secundo eadem defertur hereditas quę & instituto, & vere est secundus heres. Substitutio autem quæ fit exheredato. non est substituto ratione successionis: nam non est secundus heres, sed primus pupilli, neque enim succedit instituto; nam alia atque alia est hereditas. Præterea fieri non potest vt institutus & substitutus simul succedãt. at cum quis substitutus ęst filio exheredato fieri potest vt eodem tempore heredes existant, & is quem sibi pater substituit, & quem filio exheredato. Ergo hæc substitutio quæ fit exheredato, institutio potius est, quam substitutio, primus gradus, quam secundus: nec substitutio recte dicitur, nisi ex ordine scripturæ. Quamobrem in ea omnimodo seruatur ordo scripturæ: & ideo scribitur post heredis institutionem. De hac autem substitutione loquitur prima pars huius §. vt Acc. ponit in fine. Et Alexander fortiter defendit: nam pendet hoc ex superioribus, vbi de exheredato dictum est.

Ad §. sed si quis.

§. 7. *Sed si quis ita fuerit testatus*, Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto: *deinde*, filius heres esto: *valet substitutio, licet conuersa scriptura filij testamentum fecerit.*

HIc casus diuersus est, quasi diceret: sed si substituat instituto in secundum casum. vnde sic concludamus. Cum constat de ordine successionis, ordinem scripturæ negligimus: At cum nullus est ordo successionis, necessario obseruamus ordinem scripturæ, quod fit in substitutione pupillari facta exheredato. Simile est quod dicimus, recedere nos à verbis testatoris, si de contraria mente constet: at verba sequimur cum de contraria mente non constat. Præterea substitutio quę fit exheredato, odiosa est *l. cum quidam, C. de leg.* Ideoque in ea seruatur rigor iuris, in aliis scripturis ordo scripturæ non spectatur & rigor relaxatur.

Ad §. Sed & si.

§. *Sed & si ita scripserit:* Si filius mihi heres non erit, Seius heres esto: filius heres esto: *secundo quidem gradu Sejus scriptus est heres, & si filius heres non extiterit, procul dubio Sejus ei heres erit: sed etsi extiterit filius heres, & in pubertate defunctus est, Sejus admittendus recte videtur: vt non ordo scripturæ, sed ordo successionis spectetur.*

ILlud repetendum est: in vulgari substitutione facta impuberi inest tacite pupillaris, & in hac illa vicissim, *l. 4. h. tit.* Omnis igitur substitutio quæ fit impuberi est duplex in vulgari autem inest pupillaris, etiamsi non sit seruatus ordo scripturæ. Constat enim de successione & de ordine naturæ. Ideoque scripturam non spectamus. Ergo quoties instituto impuberi substituitur quoquomodo, ordo successionis non scripturæ spectatur. At cum substituitur exheredato, necessario seruandus est ordo scripturæ.

Ad §. Quod igitur.

§. *Quod igitur dictum est, singulis liberorum substituere licere: ideo adiectum est, vt declaretur non esse à filij testamento incipiendum impuberis.*

QVod dictum est, sic accipiendum est, vt in *l. quod dictum est, de pact.* quod vulgo dici solet, sed quę hęc est sententia? an ea quæ ponitur in *l. vel singulis, inf.* minime: quoniam ea est sententia, singulis vel nouissimo morienti substituere licere: at legis vera sententia alia est, nempe, non tantum institutis, sed etiam exheredatis licere substituere. Nam hæc est vulgaris sententia, ideoq; adiectum est, vt declaretur necessario id fieri post institutionem heredis, alioquin intelligi non possit substitutio. Nam successionis ratio ibi nulla subest, nec incipiendum ẽst à substitutione quæ fit exheredato. Itaque manifeste proponitur differentia inter substitutionem quæ fit instituto, & eam quæ fit exheredato pupillo.

Ad Leg. III. Cum filio.

Cum filio impuberi pater ita substituerit, Quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi heres esto: *placuit, ad hanc substitutionem scriptos tantummodo ad hereditatem admitti, itaque dominus, cui per seruum hereditatis portio quæsita sit, ex substitutione impuberi heres effici non poterit, si seruus ab eius exierit potestate.*

HÆc lex est etiam de substitutione pupillari. Is qui pupillo substituitur, substituitur vel nominatim, vel generaliter, §. *substituitur, de pupil. substit.* nominatim, *si intra pubertatẽ decesserit, Gaius heres esto.* Generaliter ita: *quisquis mihi heres erit, filio meo heres esto:* Et de hac forma hic tractaturi sumus. Ea vocantur hi tantum qui scripti sunt testamento primo: itaque ad hanc substitutionem non admittitur dominus, qui per seruum heres extitit: non directo, & principaliter seruus quidem admittitur, si de eius potestate exierit, sed vel sibi, vel nouo domino adquirit. Item non admittitur pater qui per filium heres extitit: Ergo ij tantum admittuntur qui directo & principaliter testatori heredes extiterunt, non per interpositam personam, aut per successionem, aut per consequentias, hereditatis paternæ scilicet, *l. qui heredi, inf de condit. & demonstr.* vbi ideo seruo datur, quia dare facti est, *l. in facto, eod.* ait, *sed eum*, id est, sed quoniam, vt in *l. Titio centum* §. *vlt. eod. iussus est*, in proposita specie scilicet: & eo etiam casu seruo dandum. Itaque in ea specie heredem etiam pro scripto accipimus, vt in hac substitutione

tutione generali: hac de re videnda est *l.* 8. hic. Initio ostenditur, hanc substitutionem: *Quisquis mihi heres erit,* esse conditionalem, perinde ac si dictum esset, *si quis mihi heres erit*: itaque ex hac ij tantum vocantur qui scripti sunt: Omnis substitutio aut fit pure, aut sub conditione, Paul. *sentent. lib.* 3. pura est, *si heres non erit, si intra pubertatem decesserit*, in quibus & si conditiones insunt, tamen sunt puræ. conditionalis est, *si filius intra pubertatem decesserit, si nauis ex Asia venerit, filio meo impuberi heres esto*: hoc modo, *si ille mihi heres erit*, id est, si adierit. Item & cum generaliter substituitur, vt supra dixi, ostenditur in hac lege, ex ea substitutione eos tantum vocari, qui ex testamento veniunt ad hereditatem patris. ergo nec heres heredis vocatur quod ex testamento non venit, *l. sciendum, de verb. signific.* vulgo dici solet heredem heredis esse heredem testatoris, *l. vlt. C. de hered. instit.* Sed hæc regula multa vitia patitur in *d. l. sciendum*. nam & in hac substitutione continetur heres proximus, non heres heredis, qui incertus est: ex hoc loco colligitur, hanc substitutionem non transmitti ad heredem, idque generaliter verum est in omni substitutione: nam & si quis nominatim fuerit substitutus impuberi, & pendente substitutione decesserit, nihil transmittit ad heredem: nam ius substitutionis hæret personæ. Verum sic dicamus: si is qui est substitutus, non sit etiam institutus, certe nulla ratione transmittit. Quod si institutus sit, & suo coheredi substitutus, hoc casu si deficiat portio coheredis, eam capiet substitutus, non tam successionis iure quam accrescendi. Et ideo inuitus eam accipiet ex substitutione. nemo capit inuitus: at inuito accrescit, *l. si quis heres, de acq. her. l. si ego, sup. de ini. rup. l. testament. C. de impub. & al. sub.* At si mortuus sit prius quam vacaret portio coheredis, an aliquid ad heredem transmittitur? dicimus iure substitutionis nihil transmitti, *l. si ex pluribus, de suis, & leg. l. toties, de adquir. hered.* iure tantum accrescendi transmittitur, *l. qui patri, eod.* vbi fingendum est, filium impuberem fuisse ex parte institutum, extraneum coheredem filio impuberi substitutum; si coheredis portio deficiat, accrescit heredi impuberi. Hoc manifestius intelligitur si ponas tres heredes institutos. Primo substitutus est Secundus. Primus nondum delata hereditate decessit. hoc casu locus est substitutioni, & Secundus Tertium excludit, qui si admitteretur iure accrescendi Tertium non excluderet, sed in partem tantum veniret. Multum interest an veniat iure accrescendi, an iure substitutionis: si duo tantum sint instituti, nihil refert quomodo admittantur: sed tamen non admittuntur, nisi, adcrescendi iure. Ex hac igitur formula institutionis ij tantum vocantur qui directo & principaliter instituti sunt. Nunc quæritur si plures sint heredes instituti primo gradu, quemadmodum hereditatem inter se diuident. in hoc §. traditur, diuidi pro portionibus hereditariis in quibus testamento patris sunt instituti: hinc existit quæstio. Testator ita dixit institutis duobus heredibus: *Primus & Secundus heredes sunto, filium exheredo*: & subiicit, *Quisquis mihi heres erit*: & præterea, *Titius filio meo decedenti intra pubertatem heres esto*, quomodo diuidenda sit pupilli defuncti portio inter illos & Titium? Et traditur, duos semisses fieri, vnum dare heredibus institutis, alterum Titio, quæ est sententia, *l. si pater, inf. hoc tit.* cum qua pugnat, imo eam corrigit *l. vlt. C. de impub. & aliis substit.* quæ est vna ex 50. decisionibus. Dico eam legem emendari. Proponit enim eandem speciem. Iustinianus. ait *Quæri apud Vlpian.* at ista lex *si pater*, non est Vpiani, sed Labeonis, sed excepta est ex eodem libro Vlpiani, vt opinor: Nam & Haloander has tres leges coniungit: Et Iustinianus concludit, vnumquemque in trientem vocari. credo moueri Iustinianum quod verbum quisquis idem sit atque si dixisset *ille, & ille, & Titius filio heredes sunto*, vt in *l. hoc articulo, sup. de hered. instit.* quo modo si loquutus esset testator, fierent viriles partes. idem dicemus in hac specie, *Quisquis heres erit: & præterea Titius & Gaius heredes sunto*, ex sententia Labeonis Titius & Gaius in vnum semissem coguntur: at ex sententia Iustiniani quatuor quadrantes fiunt: De eodem substitutionis genere tractatur initio *l. sed si plures*, & traditur, hanc quoque substitutionem ad heredem non transmitti: nam fingit Vlpianus testatorem filium instituisse sibi plures heredes, & eosdem filio impuberi substituisse; deinde quosdam ex heredibus institutis adita hereditate paterna decessisse, tum impuberem. ait solos heredes patris superstites admitti: nec enim hæc substitutio transmittitur: id est, heredes defuncti ex eorum persona nihil habebunt.

Circa id genus substitutionis notandum est, heredes institutos vocari ad substitutionem non tantum pro parte ex qua instituti sunt, sed etiam ex parte quæ adcreuit: nam si portio hereditaria aucta fuerit iure adcrescendi, pro rata eius partis ad substitutionem admittuntur, *l. 5. hoc tit.* B quæ loquitur de substitutione vulgari. Cæterum hac in re nulla est inter vulgarem & pupillarem differentia: *Primus, Secundus, Tertius heredes sunto. si Primus heres non erit, quisquis mihi heres erit, pupillo heres esto.* si Primus decedat vel omittat, eius pars adcrescit cæteris, pro rata augentur portiones hereditariæ iure adcrescendi. *Per legem*, id explicandum est ex inscriptione, per legem Iuliam & Papiam. ius adcrescendi seruatur certis personis, quod postea abolitum fuit: nam quod adcrescebat, fiscus vindicabat: ius caduci sublatum est, ius adcrescendi antiquum est: sed eisdem legibus ius antiquum certis personis seruabatur, puta liberis & parentibus, Vlpian. *tit. de his qui antiquum hab. in cad. l. Celsus*, alias, *pater meus §. vlt. de leg.* 2. id est, adcrescendi iure. Addendum est, hac substitutione vocari non tantum scriptos primo gradu, sed & secundo, C substitutione vulgari: nam substituti vulgari modo sunt plane heredes testatoris, *in l. ex duobus, §. filium infra.* Postremo vocantur qui heredes extiterunt patri licet heredes esse postea aliquo casu desierint, *l. in substitutione inf. hoc titulo.*

Ad Leg. IV. Iam hoc iure.

Iam hoc iure vtimur ex Diui Marci, & Veri constitutione, vt cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in vtrumque casum substituisse intelligatur: siue filius heres non exstiterit: siue exstiterit, & impub. decesserit.

§. 1. Quod ius ad tertium quoque genus substitut. tractum esse videtur: nam si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque inuicem substituat: in vtrumque casum reciprocam substitut. factam videri Diuus Pius constituit. D

§. 2. Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo, Eosque inuicem substituto, *sibi fuerint substituti: in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem, Seuerus & Antoninus constituit: incongruens enim videbatur, vt in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit: vt si pubes heres non exstiterit, impubes ei substituatur. si autem impubes heres exstiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur. quo casu in vtrumque euentum substitutus videbitur, ne, si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantummodo substitutione in vtriusque persona sensisse intelligatur: ita* E *enim in altero vtraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur, vel certe euitandæ quæstionis gratia specialiter in vtrumque casum impuberi substituat fratrem*: Siue heres non erit: siue erit, & intra pubertatis annos decesserit.

Dvo sunt tantũ substitutionum casus, species & euentus, *si heres non erit*, & hæc est vulgaris: *si heres erit & intra pubertatem decesserit*: & hæc est pupillaris. Per vulgarem succeditur testatori, per pupillarem pupillo. verum ex vtriusque permistione fit ea quę dicitur duplex à nostris auctoribus *l. 1. §. 1. sup.* & à Theophilo vulgari pupillaris & licet dixerit, *mihi heres esto*, non ideo minus duplex est substitutio; hoc enim verbum *mihi*, quasi ex medio tolli-

tur, *l. si ita scriptum, §. qui filio, inf. de bon. poss. sec. tab.* Et ideo non male Cicero 2. *de Inuentione,* expressit hanc formulam, *si filius ante morietur quam in suam tutelam venerit, tu mihi heres esto.* Itaque in proposito exemplo substitutionis duplicis non ideo minus est duplex, quod dixerit, *mihi heres esto.* Ergo duplex est substitutio quæ fit vtroque casu expresso. addendum est, eam quoque esse duplicem quæ fit altero tantum casu expresso, modo ea fiat impuberi, *l. 2. sup. hoc tit. l. quamuis C. de impub. & al. subst.* Ambigebatur quidem ea de re inter peritissimos in causa Curiana, de qua apud Marcum Tullium multis in locis, & Quintilianum & alios auctores: sed pronunciauerunt centumviri in substitutione pupillari inesse vulgarem: tandem id obtinuit, & constitutione diuorum fratrum confirmatum est. Addit Modest. id etiam trahi ad tertium genus substitutionis: nam hæc pro duplici habetur. Si igitur personas spectes, multa sunt genera, sed spectanda est tantum ratio successionis, vt supra diximus ad l. 1. Præterea si inspicias rationem scripturæ, varia etiam reperies substitutionum genera: nam vel primo gradu fit, vel secundo, vel vtroque, vel neutro: hanc vero quæ fit neutro casu expresso vocat tertium genus substitutionis figura verborum inspecta. hæc fit cum plures instituuntur & mutuo substituuntur, & mutua dicitur, *l. cum proponebatur, de legat. 2.* Verum hæc quoque substitutio si fiat duobus impuberibus pro duplici habetur: diuersum est si fiat duobus puberibus, quia vulgaris tantum erit? Idem dicemus si vnus sit pubes, alter impubes, & si sint inuicem substituti. hæc substitutio pro vulgari habebitur. valet tantum hæc substitutio in eum casum, quo vtrique substitui potest, id enim dicemus in vulgari expressa: tu habes filium impuberem & vxorem, vtrumque instituis, & addis, si filius meus impubes vel vxor heredes non erunt Gaius heres esto. *l. quamuis, C. de imp. & al. subst. l. 1. eod. l. in test. C. de testam. milit.* Et hoc est quod sequitur, *Seuerus & Antoninus constituerunt,* ait, *hoc communi verbo,* non quod sit directum & precarium, sed quod conueniant hæc verba & vulgari & pupillari substitutioni. Nota, *verbum,* accipi pro axiomate pro sententia, *eosque inuicem substituo.* Sic verbum Donatus interpretatur, sententiam in Andr. Act. 2. Sen. 5. quid igitur facere debet testator si velit puberem impuberi in vtrumque casum substituere; impuberem puberi in vulgari, hoc Modestinus nunc docet in hac l. quę sumpta est, ex lib. περὶ εὑρημάτων, id est, consultorum, quæ Phauorino sunt βουλεύματα. Et ideo in *l. seruus 59. sol. matrim.* ait, *consulendum esse,* & in l. 45. *inf. ad Trebell.* & in *l. si tutor 9. de susp. tut. optimum factum est.* Ergo in hoc libro Modest. exposuit tantum consilia sua, vt in hac specie: consulit vero ita vt separatim puberi impuberem substituat in primum casum, deinde puberem impuberi in secundum. Nam tunc in hoc secundo casu inerit primus; verum si & puberi & impuberi in primum casum substituerit, vix inducetur in secundum casum. hoc posteriori casu videtur refragari voluntas testatoris, quia videtur eos pares fecisse. Illud notandum est plerumque matrem eius cui est facta substitutio, efficere, ne tacita pupillaris effectum habeat. Sic vero constituamus: qui venit ex vulgari expressa, vel tacita matri præfertur, quia nulla fit iniuria matri. Quæritur enim non de successione filij, sed patris testatoris eius mariti. qui venit ex pupillari expressa, matri etiam, cui est substitutus præfertur, quæ ex SC. Tertull. vindicat hereditatem: quin & mater non potest agere de inofficioso: neque enim testamentum fecit filius, sed pater, *l. Papin. §. sed nec impuberis. de inoffic. testam.* Et ideo omnimodo præfertur matri is qui est pupillo nominatim, & specialiter in secundum casum substitutus, nec hoc casu matri debetur legitima, idque definitur in *cap. si pater de testament. lib. 6.* & Senatus Parisiensis comprobauit. Vltima positio hæc est. Qui venit ex tacita pupillari, quæ vulgari inest, aliis quidem legitimis præfertur, matri non item: hocque ei datum est ex constitutionibus ad solatium liberorum amissorum, *l. precib. C. eod. l. vlt. C. de instit. & substit.* in qua mater adiecta est coheres filio, in *l.*

A *precib.* non item. hæc diuersitas factorum nullam iuris [di]uersitatem efficit. in ea specie est vulgaris tantum expr[es]sa, cui inest pupillaris tacita, ex qua mortuo filio non [ad]mittitur substitutus, sed præfertur mater. huc pertine[t] *Lucius 45. inf.* Hæc vt rata ponenda sunt. nulli non po[sse] fieri substitutionem vulgarem, item substitutionem re[ci]procam, quæ fit nullo casu expresso, semper continere vu[l]garem, pupillarem non semper: Nam si substitutio rec[i]proca impuberibus personis fiat, non continet pupillare[m]. Impares personæ sunt si in vnius persona vtraque substit[u]tio locum habere possit, in aliis vna. pares sunt si in vtr[o]que duplex substitutio locum habere possit, vt si vterq[ue] sit impubes in potestate. in specie autem eius *l. 45.* imp[a]res personæ institutæ sunt & inuicem substitutæ: nam [v]nus est in potestate qui est iustus filius, alter non item, qu[i]

B naturalis: naturalis autem hoc iure potuit omnino inst[i]tui ante Christianorum Imperatorum leges. inuicem a[u]tem substituti sunt his verbis, *vosque inuicem substituo.* ha[ec] substitutio reciproca vulgaris tantum est, non duplex. Ig[i]tur si vnus ex filiis heres non exiistat, alter admittitur e[x] substitutione vulgari. at si vnus heres extiterit, & porro impubes decesserit, mater ex SC. venit. Igitur is qui veni[t] ex tacita matri non præfertur? Hoc vero nego: nam hi[c] nulla fuit tacita pupillaris: ideo substitutus non venit, qui[a] nullum ius habet, nec tacitum quidem. matre autem defi[ci]ente admittentur alij legitimi. Eademque omnino pr[æ]ponitur in *l. 2. C. de impub. & al. subst.:* Ex his ergo con[stat] stat nihil hanc speciem facere, vt ostendatur in vulgari ta[ci]te contineri pupillarem, cum nulla hic sit, nec in *l. Lu-*

C *cius.* Summa est: facta substitutione imparibus, tantum vulgarem esse, non pupillarem. Sequitur in ea *l. aliter si e[t] iisdem, &c.* quæ verba absunt à Florent. & Haloander ait esse supposititia, & ex margine in contextum adscripta, mo[ueor] ueor hoc argumento, quod ex eo videatur diuersus casus exprimi à superiore, quod non est: nam vterque quidem est minor quatuordecim annis, sed alter erat in potestate, alter non erat. Debuit vero scribere, *aliter si ambo legitimi liberi instituti substitutique fuissent:* quasi diceret, aliter si pares fuissent personæ: tum enim substitutus admittere[tur] tur ex pupillari substitutione, nec mater præferretur: nam hoc non admittitur contra verba; hæc enim, *vosque inuicem substituo,* sunt communia: at qui venit ex tacita pupillari contra verba venit: hęc enim *si mihi heres non erit* com-

D munia non sunt: leges vero quæ matrem substituto præferunt loquuntur tantum de tacita pupillari. Altera positio sit hæc: qui venit ex substitutione pupillari quæ continetur in substitutione reciproca facta communi verbo, matri non præfertur: verba substitutionis vtrique casui congruunt, & hoc indicat *l. in testam. C. de testam. milit.* Differentia est maxima inter paganum & militem. Paganus non potest substituere in secundum casum puberi vel extraneo, nec iure fideicommissi substitutio sustinetur, *l. verbis, inf. hoc tit.* miles tamen ex priuilegio militiæ potest, & ea substitutio valebit vt fideicommissum, *l. 5. & l. miles, inf. de testament. milit. l. Centurio, hoc tit.* Item substitutio reciproca facta à pagano paribus personis omnimodo duplex est, *l. 4. sup.* At si miles mutuo substituat impares personas nullo casu expresso, non videtur voluisse substituere pube-

E ri in secundum casum nisi aliud probetur. Nam hæc est extraordinaria substitutionis ratio. hoc autem probato voluisse, repellitur mater *d. l. in testamento.*

Qui venit ex tacita pupillari quæ inest vulgari non præfertur matri. qui ex pupillari quæ continetur reciproca facta communi verbo, præfertur. Igitur vera hæc est annotatio si scribas in *d. l. Lucius, si ambo legitimi liberi inuicemq; substituti fuissent.* Cæterum auctoritas horum librorum, & Haloandri, & ratio iuris facit, vt dicamus esse interpretis.

Ad Leg. VI.

Si is, qui ex bonis testatoris solidum capere non possit, substitutus sit ab eo impuberi filio eius: solidum ex ea causa capiet, quasi à pupillo capiat, sed hoc ita interpretari Iulianus

noster videtur, vt ex bonis, quæ testatoris fuerant, amplius capere non possit. quod si pupillo aliquid præterea adquisitum esset, aut si exheredato esset substitutus: non impediri eum capere, quasi à pupillo capiat.

LEx sexta loquitur de iis qui solidum capere non possunt ex legibus Iuliis: nam ad eas pertinet, vt inscriptio ostendit. Ex legibus Iuliis sæpe fit, vt qui ex vnius testamento capere non potest, ex alterius possit, vt coniuges: nam non habent solidi capacitatem, sed tantum decimæ cuiusdam partis, *tit. Cod. de infir. pœn. cœlib. & dec. subl.* Et dicitur à Thalelæo lex Papia decimaria. Finge vxorem substitutam à patre filio impuberi. an ex substitutione pupillari solidum capiet? initio ostenditur, eam habiturum solidum, quoniam id accipit à pupillo, non à marito: sed bona aduentitia pupilli capiet in solidum. Opponitur *l. quod conditionis, inf. de mortis causa donat.* Finge: vxor ex meo testamento solidum capere non potest ob legem Iuliam & Papiam, decimas tamen capere potest: *Titio ita lego fundum, si vxori centum dederit*: hoc casu Titius legatum non habet nisi centum dederit, *l. Manius, de cond. & dem.* Impleta autem conditione Titius fundum accipit legati nomine: mulier vero percipit centum conditionis implendæ causa, vnde quasi mortis causa mulier capit centum, scilicet per alterius mortis occasionem: atque ea quæ ita dantur, non sunt ex bonis mariti: an ergo ea solida vxor capiet, an vero iuxta modum lege præscriptum: & ait *d. l. quod conditionis*, eam accipere pro modo à legibus concesso tantum. Cur ergo aiunt potius à pupillo integra bona eam consequi, cum hęc quę mariti sunt, non capiat nisi intra legitimum modum? sed misso Accursio notandum est omnino diuersas esse has species. in hac aliud atque aliud est patrimonium, licet receptum sit vnum esse testamentum, neque, vt substitutus veniat ad bona impuberis aliquid ex suis bonis erogat pater: at quæ dantur conditionis implendæ causa, succedunt in locum bonorum defuncti: nam ipse de suis bonis aliquid detraxit, vt vxori daret centum: ideoque non mirum si ea dicamus subiici legibus decimariis.

Ad Leg. Verbis VII.

Verbis ciuilibus substitutionem post quartumdecimum annum ætatis frustra fieri conuenit. sed qui non admittitur vt substitutus, vt adiectus heres quandoque non erit: ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim, quod ei testamento pater dedit.

VErba ciuilia Pap. vocat quæ vulgo directa & imperatiua, *l. quoniam, C. de testam.* vt *heres esto*, quibus verbis leges scribi solent, *vti quisque legassit suæ rei, ita ius esto.* Et ideo quod verbis directis relinquitur in testam. to, legis modo relinqui dicitur, Vlpian. in *Frag. tit. de legatis.* Eadem ratione verba directa appellantur ciuilia ab eodem, *tit. de fideicommiss.* Eiusdem generis sunt hæc, *dato, facito*, &c. quibus etiam verbis leges scribi solent. Horatius secundo Sermonum, *Transnanto Tyberim*, vbi Porphyrio vti ait verbis directis, propterea quod ad Iurisconsultum scribit. his aduersa sunt quæ precaria dicuntur & inflexa, ἐγκλιτικά, nusquam obliqua. hoc cognito illud addendum est, hic duos esse substitutionis casus, causas, euentus. Primus est non adquisitæ hereditatis, secundus adquisitæ, & mortis. In primum casum cuilibet substituere possumus, in secundum casum non nisi impuberibus, si sint in potestate. ex constitutione Iustiniani *l. humanitatis, C. de impub. & aliis subst.* furiosis etiam, qui sunt in nostra potestate puberibus in secundum casum substituere non possumus, vt nec extraneis etiam impuberibus, ne heredem demus puberi, aut extraneo, quod non possumus, precario tamen his recte substituimus ita: *rogo, vt hereditatem restituas Gaio, vel si intra certum tempus decesseris, vel si sine liberis decesseris*, *§. vlt. de pupill subst. Inst.* multum autem interest, an quis substituatur alteri directo in secundum casum, an precario: si precario, ea tantum quæ à testatore peruenerunt substitutus capit. Imo & de eis detrahitur Falcidia, *l. coheredi §. cum filia, inf.* Nunc quæritur, quid si quis puberi directo substituerit in secundum casum ita, *si ille heres erit, & quandoque decesserit, tum Gaius heres esto*, an pro precaria accipitur, & quidem omnino substitutio nullo iure sustinetur: verba enim fideicommissi deficiunt, *l. 14. inf.* & hic aperte ostenditur. verum dubitari potest, an admittatur quasi coheres: nam plerumque quæritur, an qui non admittitur vt substitutus, saltem vt coheres admittatur, vt in *l. Lucius, sup. tit. prox.* Ergo si quis sit substitutus puberi verbis directis, an saltem vt coheres admittetur? minime: frustra enim facta est substitutio. Et hoc, ne fiat contra voluntatem testatoris, qui filio nullum coheredem adiecit, quamdiu heres futurus sit, *d. l. Lucius.* Coheredes autem passim adiecti dicuntur, *l. qui non militabat §. vlt. sup. tit. prox. & l. 25. sup. de testament.* *Quandoque non erit*, id est, nullo tempore, nullo casu. qui substituitur puberi, nec vt substitutus, nec vt fideicommissarius, nec vt coheres admittitur. Et hæc quidem obtinent in pagano. In milite non item, *l. Centurio, inf.* quę omnino huic l. coniungenda est, vt inscriptiones docent, & vtraque pertinet ad eandem quæstionem. in hac ponitur regula, in illa exceptio. in milite ita ius est, vt si substituat verbis directis filio puberi, valeat substitutio quasi precaria fideicommissi iure, & hoc confirmat *l precibus, C. de impub.* quam tamen huic opponunt interpretes. Mater obtulit preces Imperatori, quibus declarabat substitutum datum filio impuberi: porro filium impuberem decessisse. quærebat mater an substitutus, an vero ipsa ex Senatusconsulto Tertylliano admittendi essent. lex ait, videndum esse in quem casum sit substitutus, quod quidem ipsa non expresserat: nam si in primum casum substitutus datus fuerit filio, & hic filius heres extiterit, finita erit vulgaris. sed si postea decesserit impubes, mater admittetur. At videtur admittendus substitutus ex tacita pupillari. verum ei præfertur mater hoc colore quod substitutus veniat contra verba: neq; enim hæc verba admittunt secundum casum; hoc autem datur luctui & dolori matris, *l. vlt. C. de substitut.* Quod si filio impuberi datus sit substitutus in secundum casum, aut substitutus est expressa certa ætate hoc modo: *si filius heres erit, & intra 25. annum morietur, Gaius heres esto*, vt in *l. Centurio. inf.* aut compendio non expressa certa ætate hoc modo, *filius heres esto, si filius heres erit & decesserit, Gaius heres esto.* Verum ostendit l. *precibus* nihil hæc interesse. Ergo substitutus admittetur exclusa matre, si hoc casu intra tempus pubertatis decesserit filius, atque omnia impuberis bona capiet, nec mater poterit queri de inofficioso, *l. Papinianus § cum impuberibus, sup. de inoffic. testam.* At si decesserit post pubertatem (in specie *l. precibus* testator miles fuit) lex ait, hoc casu matrem ei succedere ab intestato, & omnimodo retinere bona pupilli, quæ non habuit à patre, iuxta *l. coheredis §. quod si heredem, hoc tit.* At quæ à patre habuit, ea mater ex causa fideicommissi pręstat substituto: ea vero substitutus non vindicat, sed petit: nam ius fideicommissi non consistit in vindicatione, sed in petitione. Paulus libro 4. *Sentent. tit. de fideicommissis, §. vlt. l. mulier, §. non est, ad Trebellian.* Idem proponitur prorsus in *l. Centurio*, id est, miles *directo* verbis ciuilibus ex priuilegio militum, est antitheton eius quod dixit *iure communi patris*, quæ ad filium à patre peruenerint, non etiam propria filii. Hæc ergo substitutio post pubertatem exitum habet precariæ substitutionis: nam substituto dantur paterna, non aduentitia bona. quod sequitur, videtur egredi naturam fideicommissi, *cum fructibus inuentis in hereditate*, at in fideicommissaria hereditatis restitutione non veniunt fructus, *l. in fideicommiss. ad Trebell.* Equidem non veniunt fructus quæsiti post aditam hereditatem: hi enim non rebus, sed hereditati accedunt

pti feruntur, sed ante adquisitam percepti veniunt, *l. ita tamen.* §. *1. ad Trebell.* quoniam hereditati accedunt: qui vero post aditionem hereditatis fructus percipiuntur, non restituuntur. Ergo & in hac specie inuenti fructus veniunt, quia hereditatis sunt, & substituto restituuntur. Sic non pugnat lex *precibus* cum hac. Summa est: substitutio verbis directis facta à pagano post pubertatem inanis est, quoniam ea nec testatoris, nec filii bona continentur: at substitutio à milite facta etiam post pubertatem valet vt precaria, & fructus veniunt: absit communis error qui talis est, vt substitutio directis verbis facta post pubertatem valeat iure fideicommissi, si fiat à pagano, si à milite iure recto. Quod omnino pugnat cum *l. Centurio, & l. precibus.* Arx eius opinionis est lex *Scaeuola, inf. ad Trebellian.* in codicillis directo heres scribi non potest, *l. quod per manus, inf. de iure codicill.* pater filio quem in testamento ex asse heredem scripserat, in codicillis substituit verbis ciuilibus in secundum casum, neque excessit pubertatem. hæc substitutio inutilis est, quia in codicillis heres scribi non potuit: verum benigna interpretatione *l. Scaeuola* dicit, matrem succedere ab intestato, & eam ex fideicommisso obligari substituto, detracta scilicet Falcidia, quoniam testator fuit paganus, quæ quidem cessat in testamento militis. Ergo in specie *l. Scaeuola*, substitutio facta à pagano valet vt precaria, quæ directa non valet: sed diuersa est species eius leg. *Scaeuola*, diuersaque ratio. substitutio in ea specie ideo non valet recto iure, quia facta non est quo loco oportet, id est, in codicillis. hic vero non valet, quia non est facta cui oportet: prius genus substitutionis inutilis (factæ scilicet in codicillis de qua in *l. Scaeuola*) dico facile trahi ad fideicommissum: nam cum testator in codicillis directo quid scribit quod non recte potest, creditur id precario accipere. non sic fiet in posteriori genere, quia in testamentis directo scripta pro directis accipimus, non pro precariis, nisi adiecta sit ea clausula quæ codicillaris dicitur, *l. coheredi* §. *cum filia, hoc tit.* At vt dixi, codicillorum verba directa facilius pro precariis accipiemus, *l. fideicommissa* §. 1. *de legat. 3.*

Ad Leg. X. Sed si plures. §. Filio.

Sed si plures sint ita substitui, Quisquis mihi ex suprascriptis heres erit: *deinde quidam ex illis, postea quam heredes extiterint patri, obierunt: soli superstites ex substitutione heredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sint. nec quicquam valebit ex persona defunctorum.*

§. *1. Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum & filio, vt seruum meum, & fratrem suum, quamuis in rebus humanis nondum sit. postumus igitur erit fratri heres necessarius.*

§. *2. Filio impuberi herede ex asse instituto substitutus quis est. extitit patri filius heres, an possit substitutus separare hereditates, vt filij habeat, patris non habeat? non potest: sed aut vtriusque debet hereditatem habere, aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse.*

§. *3. Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte, & filium ex parte, & ego patris hereditatem repudiauero: nam neque filij hereditatem habere possum.*

§. *4. Si ex asse heres institutus, filio exheredato substitutus repudiauerit patris hereditatem, cum non haberet substitutum: non poterit filij adire: nec enim valet filij testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas: nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum, vt ex eo adiri hereditas possit.*

QVæstio est hæc, an substitutus pupillo possit separare bona paterna à pupilli bonis, vt hæc habeat, illa

A non habeat. De hac quæstione hoc loco tres ponuntur casus. primus est: is qui non erat institutus, substitutus est pupillo instituto, pupillus autem patri heres extitit, nec se abstinuit hereditate paterna, & postea impubes decessit. hoc casu bona patris non possunt separari, quia coniuncta esse cœperunt in persona pupilli: vtriusque igitur oneri subibit, vtramque igitur hereditatem substitutus amplectetur, aut neutram; extitit, nec abstinuit se existere est successorem apparere, ἀναφαίνεσθαι. idemque secundo casu coheres coheredi pupillo substitutus est hic substitutus paternam hereditatem repudiauit, non poterit postea peruenire ad substitutionem pupillarem. Itaque non potest induci separatio ea ratione quã supra attulimus, quia in persona pupilli vna hereditas esse cœpit.

B Accursius opponit *l. si filius qui patri, inf.* sed longe diuersæ sunt species: in hac coheres coheredi substitutus est. in illa substitutus est exheredato. Casus eius legis est tertius casus, & proponitur in §. *si ex asse.* Cæterum quod ait ille §. verum est, nisi substitutum vulgarem institutus habuerit, qui paternum testamentum sustineat. Et huic parti recte opponitur *d.* lex *si filius.* sed vera solutio est hunc §. loqui de extraneo instituto herede ex asse: nam loquitur de repudiatione. lex *si filius* loquitur in fratre ex asse instituto, & substituto fratri impuberi exheredato, atque adeo herede extraneo instituto ex asse repudiante euanescit substitutio pupillaris. A fratre abstinente se manet, quia is frater licet abstineat se, heres tamen manet: non est sine herede, qui suum heredem habet licet abstinentem se. Itaque nudo nomine heredis substitutio pupillaris sustinetur, *l. paterfamilias,*

C *lias, de bon. auct. iud. poss. l. 2.* §. *sed et si, de fid. libert. l. & si ex modica* §. *si filius, de bon. libert.* qui abstinet se, nomen heredis retinet, rem spernit: qui vero repudiat, ne nomine quidem heres manet. itaque constituenda est differentia inter suum, & extraneum. verum vt hoc clarius fiat, sic distinguendum est: aut is qui substitutus est, institutus est, aut non: & si institutus est vel ex asse institutus est, vel ex parte institutus. Rursus is cui fit substitutio, vel est institutus, vel exheredatus: hæc in quatuor speciebus spectantur. prima est. non institutus instituto pupillo substitutus est. hoc casu nulla est differentia inter fratrem & extraneum: nam aut pupillus abstinet se, aut non. si se non abstinet, substitutus qualis qualis sit non poterit separare bona paterna à pupillaribus, §. *filio:* si pupillus abstinuerit

D se, frustra quæritur de separatione: nam bona paterna non sunt immista bonis pupilli: verum hoc casu liberum est substituto vel admittere pupillarem substitutionem, vel non. si agnoscat, patris oneribus non subiacet, *l. Iulianus, inf. de adquir. hered.* vbi Iulianus reprehenditur. id vero pupilli vtilitas exigit. Secunda species est: non institutus substitutus exheredato. hic patet nihil distare fratrem ab extraneo: nam hoc casu liberum est substituto hereditatem pupilli vel agnoscere, vel omittere: omittere iure ciuili potest repudiando, si sit extraneus, si frater, iure prætorio abstinendo se: si agnoscat, non est cur obligetur oneribus paternis, quia nihil habet communionis cum bonis paternis. frustra etiam quæritur de separatione bonorum nisi vno casu, si exheredatus obtinuerit querela inofficiosi testa-

E menti: eo enim casu bona coniunguntur, nec separari possunt. Tertia species est: institutus coheredi substitutus est. hoc casu, si institutus amplectatur, non potest substitutionem omittere, vel repudiare, neque quicquam hac in re distat frater ab extraneo: atque ita definitum est in *l. quidam, C. de iure deliber.* quo pertinet lex *qui patri, de acquir. hered.* Si institutus non amplectatur institutionem, non poterit etiam substitutionem amplecti, quod ostendit versus, *Idemque est si pater.* Quarta inspectio est & postrema: institutus exheredato substitutus est. aut vero institutus est ex parte, aut ex asse: si ex parte, nihil distat extraneus à fratre: nam hoc casu potest paternam hereditatem spernere, & pupillarem amplecti: sic accipienda est lex *quæsitum, inf. de acquir. hered.* nam tunc non destituitur paternum testamentum: sustinetur

enim à coheredibus. Et ideo potest peruenire ad substitutionem pupillarem. Item è contrario poterit paternam hereditatem amplecti & pupillarem spernere, quia hereditas pupilli exheredati nihil habet commune cum paterna. Quod si institutus ex asse sit substitutus exheredato, hoc solo casu facienda est differentia inter extraneum & fratrê, vt supra tradidimus: nam si extraneus repudiauit, non valet substitutio, si frater abstinuit se, manet, quia nudo nomine heredis sustinetur hereditas & pupillare testamentum: hic enim habebit rem fratris, non patris. hæc est vis suitatis & necessitatis, quæ hæret fratri: quod & hic proponitur in *l. si filius*. est eadem species *legis filius, de acquir. hered.* Patri in *d. l. si filius* ex asse, alioqui separatio quę hic permittitur nô permitteretur heres, exstitit ipso iure, non per immistionem: nam qui miscet se, non potest abstinere, nisi per restitutionem prætoris qui dat abstinendi beneficium: nam iure ciuili vtriusque est necessarius heres. si rescindatur pupillaris substitutio, fratri heres existet ab intestato. Igitur nudo nomine heredis pupillaris substitutio sustinetur. Itaque regula iuris est, habita ratione non pupillaris, sed paternæ hereditatis legata primarum & secundarum tabularum contribui & confundi, & à substituto præstari salua Falcidia, *l. in ratione*, *§. quod vulgo*, *l. dupliciter*, *inf. ad leg. Falcid.* verum in hac specie præstabuntur tantum legata relicta à substitutione habita ratione hereditatis pupilli: nam abstinuit se paterna, quia iure potest & fraternam hereditatem amplecti.

Ad §. Ad substitutos.

§. 5. *Ad substitutos pupillares pertinent & si qua postea pupillis obuenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis. cum & exheredato substituere quis possit, nisi mihi proponas militem esse, qui substituit heredem hac mente, vt ea sola velit ad substitutum pertinere, quæ à se ad institutum peruenerunt*

§. 6. *In adrogato quoque impubere dicimus ad substitutum eius ab adrogatore datum non debere pertinere ea, quæ haberet, si adrogatus non esset: sed ea sola, quæ ipse ei dedit adrogator: nisi forte distinguimus: vt quartam quidem, quam omnimodo ex rescripto Diui Pij debuit ei relinquere, substitutus habere non possit: superfluum habeat. Scæuola tamen libro decimo quæstionû putat, vel hoc adrogatori permittendum. quæ sententia habet rationem. ego etiam amplius puto, & si quid beneficio adrogatoris adquisiit, & hæc substitutum posse habere: vt puta adrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit.*

AD substitutum pupillarem non tantum pertinent bona quæ ad pupillum peruenerunt à patre, sed etiam cætera. vulgari modo pater suis bonis substituit, pupillari bonis pupilli, quo fit vt etiam exheredato recte substituat. deinde huius regulæ ponit exceptiones duas, vna est in milite qui dat substitutum pupillo. miles potest pro parte sibi, pro parte filio testamentû facere, id est, filio substitutum dare in suis bonis non aduentitiis. Quin etiam potest filio impuberi testamentum facere, etiamsi sibi non faciat: nam voluntas quælibet militis est pro lege, *l. in fraudem §. pen. de testam. mil.* Altera exceptio est in adrogatore, qui ei quem adrogauit substituit in secundum casum: nam tum substitutus ea tantum capit, quæ ab adrogatore peruenerint, *§. in adrogato*, hic, cui adiungitur interpretatio in *l. causa cognita 40. inf.* olim impubes adrogari non potuit; neque enim adrogari poterat nisi vesticeps, id est pubes, vt Gell. auctor est *lib. 5. cap. 19.* hodie impuberes adrogantur ex const. D. Anton. Pij, vt Vlpian. scribit in *Frag tit. de adoptionib.* quod alibi non reperitur scriptum, licet sæpe mentio fiat quartæ Antonianæ: adrogatione autem impubes se, & sua omnia transfert in potestatem adrogatoris: ideoque ea adrogatione tutela finitur: item substitutio pupillaris, si quidem ei pa-

A ter naturalis fecerit, *l nec ei §. 1. de adopt.* Itaque adrogatione irritum fit testamentum pupillare. verum in adrogatione hac quædam obseruanda sunt. Primum adrogandus est impubes causa cognita: videndum enim est an id expediat pupillo, de eaque re prætorem decernere oportet, an honesta & vtilis adrogato futura sit adrogatio, *§. cum autem, de adopt.* Præterea ex eadem constitutione D. Pij adrogator debet cauere si forte is qui adrogatur impubes decesserit se bona eius restituturum iis ad quos peruenissent, si adrogatus non esset. Item se ea restituturum substitutis à patre naturali, *d. §. cum autem.* Ex hac autem cautione datur vtilis actio legitimis heredibus: itaque substitutis ei datis à patre naturali directa non dabitur, quod eis non satisdetur, sed personæ publicæ, tabulario, vel seruo

B publico: nam per liberam personam nobis actio non adquiritur, *l. 4. inf. rem. pup. sal. fore.* Ea autem actio datur licet cautio omissa sit. neque nouum id est aut infrequens. sic actio ex scriptura de dote datur licet stipulatio omissa sit. id vero fit potestate iuris: sic & in hac specie *d. l. his verbis, sup. de adopt.* actio semper est vtilis siue cautum sit siue non ind. l. 40. decesserat impubes: nam id fieri necesse est, & ideo bona quæ ad adrogatorem transtulit, is debet restituere legitimis vel substitutis: *auctoritate principali*, inquit, id est, ex const. D. Pij *succurrendum erit substituto*, actione scilicet ciuili data, etiam si nihil cautum sit. Ex his intelligimus bona quæ impubes adrogatus transfert in familiam adrogatoris, aut quæ acquirit, esse obnoxia cautioni & restitutioni. inde vero fit vt si adrogator substituat adrogato in secundum casum, ea bona

C substitutione non contineantur quę à patre naturali accepit, quæ per cautionem ipse obnoxia restitutioni facta sunt, sed ea tantum quę adrogator dederit: ea autem quæ dat adrogator aut ex iudicio dat & ex mera liberalitate, aut ex necessitate, vt quarta debitæ portionis intestato. hanc adrogato necessario relinquere debet, si decedens eum exheredauerit, & ita plus datur quam filiis naturalibus quibus nihil debetur, si iuste sint exheredati: quæ omnia manant ex constitutione D. Pij.

Debetur etiam quarta si viuus eum impuberem adhuc emancipauerit. est ea quasi in ęre alieno impuberi adrogato, quia omnino debetur, *l. Papinia. §. si quis impubes, sup de inoffic. testam l. 2. §. 1. sup. fam. ercisc. l. vlt. si quis in fraud. pat. l. 1. §. si impubere, de coll. bonor.* In quo §. Iu-

D risconsultus ait, eius actionem in heredem transferri, quoniam personalis actio est. hęc ratio non omnino est generalis, quia non est petitio hereditatis, quę non trsanfertur in heredem, nisi adierit, & quia dum petit heres hanc quartam, agit, non vt heres in bona, sed in personam, *l. 6. §. vlt. de inoff. testam.* quod exposuimus ad Paul. *lib. 1. Sent. tit de iudicato §. vlt.* Quęro nunc, an ad substitutû perueniat? quod non videtur prima fronte: nam ab inuito datur. sed tamen receptum est, eam quoque ad eum pertinere, quemadmodum ea quæ à liberalitate profecta sunt: & est ratio quia ex bonis adrogatoris proficiscitur. Item non æs alienum, sed dicitur deberi quasi æs alienum, quia ab inuito extorqueri potest. vltimo ad substitutum ea pertinent quæ impubes accipit ipsius adrogatoris contemplatione, quia in patris bonis ea esse videntur: qui enim filio

E patris contemplatione dat, ipsi patri, non filio dedisse videtur: vt forte amicus quidam adrogatoris in arrogatoris honorem ei aliquid legauit, *l. profectitia, de iure dot.* Seneca *lib. 5. de benef. vt tanquam Iurisconsultus respondeam, mens spectanda est dantis beneficium: beneficium ei dedit, cui datum voluit: si in patris honorem fecit, pater accepit beneficium.*

Ad §. Nemo.

Nemo institutus, & sibi substitutus sine causæ mutatione quicquam proficit, sed hoc in vno gradu. ceterum si duo sint gradus, potest dici valere substitutionem: vt Iulianus libro

trigesimo Digestorum putat. si quidem sic sit substitutus sibi, cum haberet coheredem Titium, Si Stichus heres non erit, liber & heres esto: *non valere substitutionem. quod si ita*, Si Titius heres non erit tunc Stichus liber & heres & in eius partem esto: *duos gradus esse: atque ideo, repudiante Titio, Stichum liberum & heredem fore.*

QVæritur, an quis sibi ipsi substitui possit. Tres tantum sunt loci qui ad hanc quęstionem pertinent, *l.* 1. §. *si proponatur, si quis omiss. causa testam. l. vlt.* §. *Titius, inf. hoc tit.* Et hic §. *d. l.* 1. primum explicandus est. Plerumque in testamento heredes scribuntur ij, qui ab intestato heredes futuri sunt, quo fit sæpe, vt omittant causam testamenti in fraudem legatariorum, quorum calliditati prętor occurrit: nam legatariis etiam perinde dat actionem ac si adita esset hereditas: & quouis iure possideant, siue pro herede, siue pro possessore, tamen ex testamento conueniri decreto Prætoris possint. & hoc est quod significant hæc verba, *vel alio modo*, in tit. *si quis omissa ca. testam. vel alio modo.* pro possessore ab intestato possidetur hereditas, vt pro herede, vel pro bonorum possessore possidet prædo qui fingit se possidere ex causa ab intestato successionis: qui his titulis possidet, id est, pro herede, pro bonorum possessore, pro possessore eo edicto tenetur, cęteri non item, *d. l.* 1. §. *non quauis, l. vlt. si quis omissa ca. test.* Item is non tenetur cui testator specialiter hoc permisit, *l. quia autem* §. *plane si nominatim, eod.* Nunc eius §. species hæc est: *Titius heres esto: Si Titius heres non erit, idem heres esto.* Hic duæ institutiones puræ videntur. Quarum posterior videtur superuacua, nec substitutio dici potest, nisi ratione scripturæ: neque enim duo sunt gradus. effectum autem substitutionis non habet nisi per eam prioris scripturæ causa mutetur, vt si testator ab institutione legata reliquerit, à substitutione non item, vel admodũ parua: tum leuior est causa substitutionis, si constat testatorem noluisse legata ab instituto relicta à substituto repetere. Quæritur hoc casu si Titius omiserit institutionem, an incidat in edictum, an teneatur præstare legata ab institutione relicta: Lex ait, non incidere, quia ei testator dedit arbitrium eligendi: Et hæc substitutio valet, quia ad aliquid vtilis est. Aliud vero dicendum est, si ego institutus sum, & filius qui est in potestate mea substitutus sit: Nam si ego institutus omisero, & seruum, vel filium iussero adire, incido in edictum: nam pro eadem persona pater & filius habentur: filius enim vel seruus patri, vel domino substituitur in casum, si contingat vt non possit adire, non etiam vt patri vel domino arbitrium eligendi relinquatur in *l. cui seruus, l. Iulianus, si quis omissa caus. testam. l.* 2. *C. eod.* quę ad hoc edictum omnino pertinet, vbi imperator vtitur hac distinctione: Aut ex testamento obtineri potest hereditas, vel bonorum possessio, aut non. Si scriptus heres eam omiserit, atque ab intestato adierit, ea res nihil legatariis nocet, aut fideicommissariis, aut libertatibus, quia tenetur hoc edicto. Si vero non potest obtinere hereditatem ex testamento, quia forte testamentum irritum factum sit, heres scriptus qui venit ab intestato, excusatur, & relicta in eo nullo iure petuntur. Hæc est sententia *d. l.* 2. Sed quod in secundo distinctionis membro dicitur, *iudicium defuncti non vsurpabitur*, difficile est. initio dicit, si ex testamento potest obtineri hereditas. Ergo sequitur diuersus casus. Et si non potest obtineri hereditas ex testamento, *non vsurpabitur*, videtur legendum, *non insuperhabetur*, vt & vetustorum quorumdam Codicum vestigia habẽt. quo fit, vt nec id Accursius animaduerterit. *Insuperhabere*, est omittere, negligere, aspernari, *l. sunt personæ, de relig. & sumpt. funer.* quod bene notandum. Sic etiam in *l. heredes, de his, quæ vt indign.* vbi ex Pand. Florentinis. ponenda est virgula, & distinguendum post illa verba, *insuperhabuit*, Apul. *lib.* 4. *de asino aur.* ait, *lacrymis insuperhabitis*, id est, omissis. Et Gell. *huius*, inquit, *rei cognitionem non insuperhabui.* Hęc sunt quę pertinent ad *d.* §. *proponebatur.*

A Sequitur nunc secundus locus, qui est in *l. vlt.* §. *Titius, hoc tit.* in quo de eadem questione agitur. In præcedenti casu ostendi, vtilem esse substitutionem sui ipsius: sed hic dicitur inutilem esse talem substitutionem, scilicet si sint eadem onera. Ille autem § *proponebatur*, intelligendus est, si sint diuersa onera, vt in casu. *l.* 27. *de hered. inst.* Nam ea secunda institutio nihil proficit, cum nihil noui habeat. Idem dicendum est, si quis instituatur pure, & sibi substituatur sub conditione: vel enim defecit conditio, vel exstitit, & vtroque casu superuacua est substitutio: nam si deficit conditio, nulla est vtilitas, quia est heres ex prima institutione: idem est, si exstitit, quia tunc non plus habet. Si vero institutus quis sit sub cõditione, & substitut[us] pure, secus est. Idẽ enim si conditio prioris institutionis deficiat, B obtinebit hereditatem, ex posteriori scilicet substitutione: Denique sic statuendum est: cum vnus est gradus, non prodest substitutio, nisi diuersæ sint causæ. Igitur hoc est, quod dicitur, *sine causæ mutatione*, & hoc pręcipue proponitur in *d.* §. *Titius.* Cuius quęstio hęc est. Finge: ita dixit testator: *Titius heres esto, Stichum Mæuio do lego*, adiicit: *Stichus heres esto.* Idque sine libertate adiecit, postea dixit: *si Stichus heres non erit, tunc Stichus liber heresque esto.* Quæritur, an ea institutio valeat? Dicendum est, duabus rationibus accidere posse, vt hic Stichus hereditatem non acquirat legatario. Prima est, si Titius non adierit hereditatem: nam Titio repudiante, inutile est legatum, quod à Titio relictum est: tunc vero Stichus ex substitutione hereditatem sibi acquiret. Atque hoc casu sunt duo gradus heredũ, nec Stich[us] proprie admittitur ad substitutionẽ. Pe- C rinde enim erat, ac si dixisset *Titius heres esto: Stichus heres esto & si Titius heres nõ erit, Stichus in Titij parte heres esto.* Alia ratio, quæ legatum inutile facit est, videlicet si adierit Titius; quoniam hoc casu præualebit libertatis datio, eaque legatum exstinguit, ita vt non possit legatario à Sticho acquiri hereditas: sed Stichus admittetur ad hereditatem & libertatem, quasi ex institutione, non ex substitutione. Ergo summa hæc est: in hac specie vtroque casu ex posterioribus verbis Stichum admitti. Sed vno casu sunt duo gradus, altero vnus tantum. Hæc est sententia §. *Titius.* Sed quod sequitur in §. nostro. *Siquidem*, idem plane traditur in hoc §. *Titius*, quem tamen huic opponit Accursius, qui fere semper vbi hostes non sunt, sibi triumphi causam quærit. Nam ait lex, non valet substi- D tutio, id est, non succedit quasi ex substitutione, sed quasi ex institutione. Quasi dicat: substitutionis nulla est species, nulla forma: quare vnus potius §. ex altero est explicandus.

Ad L. XI.

Si is, qui heres institutus est, filio substitutus sit, nihil obberit ei in substitutione, si tunc capere possit, cum filius decessit: contra quoque potest pœnas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit.

FInge: quidam institutus est & filio impuberi substitutus: fieri potest hoc casu, vt ex paternis tabulis here- E ditatem capere non possit, ex pupillari possit, si videlicet capax postea factus sit, eo nempe tempore quo existit pupillaris substitutio. Idem è diuerso dicendum est, vt qui pœnas non est passus in testamento paterno non possit capere ex test. pupilli. Hæ pœnæ de his accipiendæ sunt qui orbi sunt aut cœlibes: qui l. Iuliis solidum capere non poterant. Sic Tertullianus in lib. de Monogamia: *Aliud est*, inquit, *si & apud Christum legibus Iulijs agi credunt, & existimant cœlibes & orbos ex testamento Dei solidum non posse capere.* Sic Ambrosius in Lucam, *cap.* 4. quod hic vocat *pœnam*, appellat *mulctam.* vnde tit. *C. de infirm. pœnis cœlibat.* & est quoque tit. ea de re *in Fragment. Vlpiani.*

L. 12. exposita est in *l.* 10 *ex asse, sup. h. t.*

L. 13. exposita *sup.* in *l. 1. h. t.*
L. 14. exposita *sup.* in *l. 1. h. t. & l. 7.*
L. 15. exposita *sup.* in *l. 7. h. t.*

Ad L. XVI.

Si quis eum, quem testamento suo legauit, rursus à substituto filij liberum esse iusserit, liber erit quasi legato adempto: Nam & in legato in his testamentis nouissima scriptura erit spectanda, sicut in eodem testamento, vel testamento & codicillis confirmatis obseruaretur.

§. *1. Si suo testamento perfecto alia rursus hora pater testamentum fecerit, adhibitis legitimis testibus, nihilominus id valebit. Et tamen patris testamentum ratum manebit. Nam etsi sibi, & filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, vtrumque superius rumpitur. Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi heredem instituat si viuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum: quia secundum non valet, in quo filius praeteritus est.*

INitium huius *l.* coniungendum est cum *l. si mihi & tibi*, §. *vlt. inf. de legatis* 1. quæ ex eodem est libro: vbi ostenditur, in legatis quoque vltimam semper scripturam in eodem testamento spectari, nisi in libertatibus, in quibus non nouissima, sed leuissima spectatur, *l. sub diuersis, de condit. & demonstrat.* ideo seruo legato, deinde manumisso, liber fit, quasi adempto legato, *l. si peculium*, §. 1. *de manumiss. testam.* In hac autem lege ostenditur, non tantum in eodem testamento nouissimam scripturam spectari, sed etiam in codicillis testamento confirmatis, vt scilicet quod testamento datum est, si in codicillis adimatur, ipso iure adeptum esse censeatur, videlicet si codicilli testamento sint confirmati: alias enim non ipso iure adimitur legatum, sed doli mali exceptione, quod ostenditur in *l. 3. §. cum Titio, & seq. de adimend. legat.* vbi legendum est, *non solum autem fideicommissa sed etiam legata.* Verba enim sunt transposita. Additur nouissimam scripturam, quantum ad legata attinet, spectari in duplicib. testamentis. Duplicia autem testamenta sunt, quæ pater sibi & filio facit, *l. in duplicibus, ad leg. Falcid. l.* 1. §. *1. si cui plus quam per l. Falcid.* Itaque per libertatem ademptum censetur legatum scriptum in primo testamento. *his testamentis* id est, in duplicibus, id fit iure communi non fauore libertatis, non ipso iure libertas præualet, vt in specie *l. vlt. §. Titius h. tit.* vbi adiicitur, *liber esto.* In qua specie ita demum contingit libertas tota servo, si non potest venire ad legatarium ex mente defuncti: tamen ex fauore libertatis, non ipso iure inutile est legatum, & præualet libertas. Non absimile exemplum est in *l. inuitus* §. *vlt. de fideicommiss libert.* Finge, testator ita dicit: *Stichum Maeuio lego, quem rogo, vt eum manumittat: si non manumiserit, liber esto.* hoc casu Stichus statim liber erit, nec quæritur legatario, *l. si quis ita sit legatus, de manumiss. testam.* Est & alius casus, in quo libertas præualet legato: finge, testator seruum liberum esse iussit: deinde legauit eum Titio. Olim quidem adimi non poterat libertas, vt constat ex *l. 3. §. vlt. de his quæ in testam.* Hodie valet ademptio libertatis, *l. si peculium* § *1. de manumiss. testam. l. si seruus, de fideicommiss. libert. l. si idem de legat. 2.* Præualet igitur legatum in hoc casu, si modo certum est, testatorem adimere voluisse libertatem. Alias in obscuro præualet prior scriptura, fauore tamen libertatis, non iure. Sunt & alij casus, in quibus nouissima scriptura non spectatur, vt in *l. si mihi* §. *vlt. de leg.* 1. nisi testator declarauerit se prioris pœnituisse, cum testator non possit sibi præscribere ius, à quo recedere non possit, *l. si quis, in principio, de legat. 3.* Item in clausula leg. *talis scriptura, de leg.* 1. *l. cum vulgari, de dote præleg.* Ostenditur postremo in §. *vlt. huius legis*, patrem non compelli, vno contextu sibi & filio impuberi testamentum facere; sed

A poterit hodie sibi, cras filio facere; quin & aliis testibus adhibitis in pupillari, quam in suo. Neque hoc casu prius id est, paternum testamentum rumpetur per pupillare. Secus est, si testator sibi & pupillo fecit testamentum, deinde sibi aliud faciat: rumpetur enim & prius & pupillare, cum pupillare sit pars primi testamenti, vt dicitur in §. *liberis autem, de pupill. substitut.* Verum, finge; testamentũ aliud pater fecit, in quo extraneum sub hac conditione instituit, si filius ante se moriatur: tamen posterius testamentum est nullum, & prius manebit: Etsi enim in conditione positus sit filius: tamen, quia præteritus est, nullum est posterius testamentum. Hincque aperte constat, filios in conditione positos, non esse in dispositione, quod & aperte ostendimus in *l. Gallus* §. *idem credendum, & §.* B *in omnibus, de lib. & postum.* Summa; rupto primo testamento, rumpitur & pupillare: prius testamentum rumpitur posteriore iure perfecto: non iure perfecto non rumpitur, vt in specie quæ sequitur hoc §. vbi filius est præteritus.

L. 17. exposita est *sup. l. 2. §. prius autem, hoc tit.*
L. 18. exposita in *l. 7. §. si seruum, sup. hoc tit.*
L. 19. exposita in *l. 38. sup. tit. prox.*
L. 20. exposita *l. 2. § prius, sup. h. t.*
L. 21. exposita est in *l. 2. in princ. sup. hoc tit.*

Ad L. XXII.

C *Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur à substitutione.*

SCiendum est, bonorum possessionem contra tabulas dari liberis præteritis emancipatis: suis præteritis, non est necessaria: Nam ipso iure veniunt ab intestato ad hereditatem, cum præteritio suorum nullum ipso iure faciat testamentum. emancipatorum vero præteritio ipso iure non facit nullum testamentũ, sed per bonorũ possessionẽ contra tabulas, *l. 1. de legat. præstand.* Atque ea ratione fit, vt emancipatus, qui petit contra tabulas, repellatur ab omni iudicio patris, vt à legato, fideicommisso, donatione causa mortis & substitutione pupillari, vt in hac specie: Filius emancipatus præteritus substitutus fratri pupillo non admittitur ad substitutionem, si agat contra tabulas: quoniam defuncti iudicium impugnat, *l. 2. in princ. inf. de his quæ vt indig. l. filium* §. *non solum, de legat. præstand. l. in seruitutem* §. *si quis bonorum, de bon. libert.* D Et generaliter hoc verum est, vt is, qui impugnat patris iudicium, ex quo illud deficit, nihil ex eo consequi possit. Iudicium defuncti impugnat primo heres ex asse scriptus, qui repudiat. Ideoque hic etiam repellitur à substitutione pupillari, à mortis causa donatione, item aliis rebus, quæ in illum collatæ sunt. Secundo, etiam is impugnat, qui coactus à fideicommissario adit hereditatem: quia non adit suo periculo, sed fideicommissarij: quia omne periculum in se suscipit. quare arcetur omni commodo, nec vtitur quarta Trebellianica. Tertio, impugnat defuncti iudicium, qui inofficiosum testamentum dicit. Quarto & postremo, qui petit bonorum possessionem contra E tabulas. Hi omnes etiam repelluntur à substitutione pupillari, & hoc proponitur in hac nostra lege. Opponit huic sententiæ Accursius leg. *ex duobus* §. *vlt.* & leg. *& si contra, inf. hoc tit.* vbi dicitur, eum qui agit contra tabulas non repelli à substitutione pupillari. Respondeo: Si is, qui substitutus est, petat contra tabulas, substitutio inutilis redditur; sed si alius, quam substitutus petat contra tabulas, pupillare testamentum conseruatur, & ex eo substitutus admittitur. Ergo per bonorum possessionem contra tabulas non rescinditur testamentum pupillare. Sed notandum, non idem seruari iure ciuili: quo destituto paterno testamento euanescit etiam pupillare, *l. 2. §. quisquis, eodem.* Item paterno testamento rupto, & pu-

pillare rumpitur: sic & iniusto facto, §. *liberis, de pupill. substit.* Item irrito eo facto, & per querelam inofficiosi testamenti, quæ datur exheredatis, rescisso, *l. Papinianus, §. sed nec impuberis, de inoffic. testam.* Quod tamen postmodum à Iustiniano sublatum est. Nam ex Nou. 115. institutio tantũ vitiatur, reliqua omnia manent. Ratio differẽtiæ est, cur videlicet querela inofficiosi & alij modi rumpant & paternum & pupillare testamentum secundum ius ciuile: petitio tamen bonorum possessionis contra tabulas non rumpat iure prætorio: quod ius prætorium benignius sit, quam ius ciuile. si ergo manet pupillaris substitutio, manent etiam legata à substitutione pupillari relicta etiam extraneis. At hoc casu legata relicta ab instituto non debentur scil. si est rescissum testamentum per bonorum possessionem contra tabulas, exceptis certis personis, vt liberis & parentibus, *tot. tit. de legat. præstand.* & vxori, nurui, pronurui dotis causa. Vnde nec prætor petita bonorum possessione contra tabulas testamentum in totũ rescindit. Institutionem quidem & ex ea relicta legata extraneis rescindit, sed substitutionẽ & legata ex ea relicta omnibus conseruat, *d. tit. de legat. præstand.* Nunc vt intelligatur *l. & si contra hoc tit.* Finge: duo sunt fratres, vnus suus & pupillus, alter emancipatus, & is vel pubes, vel impubes, nihil refert. Emancipatus præteritus est, pupillus institutus, eique datus substitutus in secundũ casum. Item finge, ab institutione & substitutione relicta esse legata. in hac specie emancipatus præteritus petit bonorum possessionem contra tabulas. institutus etiam admittetur ad contra tabulas bonorum possessionem cum fratre præterito, qui ei ad hoc fenestram aperit: Nam institutus nunquam admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas, nisi præterito edictum committente. Et hoc notandum, edictum committere præteritum, qui ex edicto petit bonorum possessionem contra tabulas. Committitur vero instituto, qui propter fratrem ad id beneficiũ admittitur. Item edictum committit, qui principaliter petit contra tabulas bonorum possessionem, *l. si post mortem §. vlt. de bon. poss. cont. tab.* quia bonorum possessione contra tabulas in totum rescinditur testamentum patris. ergo institutio fratris etiam rescinditur. Igitur æquum est, eum & venire contra tabulas ad æquam partem *l. non putauit §. vlt. de bonor. possess. contra tab.* Ergo in hac specie vterque veniet ad bonorum possessionem contra tabulas, & eius possessionis iure hereditatem inter se diuident æqualiter. Nunc quærendum, quid fiat de legatis, cum & ab institutione & à substitutione sint relicta? Legata ab institutione relicta ipse pupillus institutus tantum certis personis quibusdam præstabit: idemque in eius substitutione dicendum est, si pupillus nondum præstitis legatis decesserit: quia substitutus pupillaris legata à pupillo instituto, non debet tanquam à se relicta, sed tanquam æs alienum impuberis, *l. in ratione §. quod vulgo, ad leg. Falcid. l. seruo alieno §. si quis à primo, de leg. 1.* Impubes nonnisi certis personis debet: Ergo nec substitutus nisi certis personis. Legata vero à substitutione relicta præstabit omnibus, salua tamen Falcidia. At notandum maxime, legata ea, quæ ab institutione relicta non præstantur, vt extraneis relicta, augere legata à substitutione relicta, atque ita proficere legatariis secundarum tabularum: quia locupletior hereditas transit ad substitutum, quod etiam fit in specie *l. ex asse, ad leg. Falcid. l. & si contra, hoc tit.* Adde, alia etiam ratione in hac specie legata augeri in vtrisque tabulis relicta, eadem scilicet, qua minuuntur. Quod vt intelligatur, sciendum est, interdum substitutum plus ferre commisso edicto ex bonorum possessione contra tabulas, quam ex institutione, interdum minus. Plus fert, vt si ex vncia institutus sit heres, vel ex sextante, aliis coheredibus datis, eius vero frater præteritus. Hoc casu rescisso testamento per bonorum possessionem contra tab. vterque semissem feret: ita institutus plus habebit commisso edicto. Minus feret, vt si institutus ex asse vel dodrante fuit: Nam accepta bonorum possessione contra tabulas, minuitur ipsius pars, cum semissem tantum habeat, *l. non putauit §. pen. & vlt. de bonor. possession. contra tabul. l. filium §. quod si impubes, de legat. præstand. l. filium §. videamus, de bon. poss. cont. tabul.* Ergo in hac specie interdum plus, interdum minus fert institutus. In hoc casu relicta legata ab institutione & substitutione præstantur non pro modo institutionis, sed pro modo eius, quod frater impubes accepit per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque si plus habuerit, augentur legata: si minus, minuentur, scilicet ea, quæ debentur exceptis personis. Hoc ostenditur in *l. ab exheredatis §. 1. de legat. 1 l. filium §. sin vero à substituto, & seq. de legat. præstand.* Videtur obstare lex *vlt. de legat. 3.* qui locus mendosissimus est, vt ostendimus latius lib. 3. nostrarum Obseruat. cap. 9.

Ad L. XXIII.

Qui plures heredes instituit, ita scripsit. Eosque omnes inuicem substituo: *post aditam à quibusdam ex his hereditatem, vno eorum defuncto, si conditio substitutionis extitit: alio herede partem suam repudiante; ad superstites tota portio pertinebit: quoniam inuicem in omnem causam singuli substitui videbuntur. Vbi enim quis heredes instituit, & ita scripsit, eosque inuicem substituo, hi substituti videbuntur, qui heredes extiterunt.*

IN specie huius legis plures extranei instituti, & sibi inuicem substituti sunt. hæc substitutio vulgaris est. nunc finge: vnus eorum decesit adita hereditatis suæ portione, & ideo in heredem suum eam transmisit: mox alter repudiauit partem suam, vel decessit non adita hereditate. quæritur an heres eius, qui adita hereditate decessit, aliquid ferat ex portione eius, qui partem suam repudiauit quasi substitutus? Lex ait, eum nihil laturum: & totam portionem ad superstites coheredes pertinere, qui heredes extiterunt ex testamento testatoris: & hi vocantur *in omnem causam*, vt ait lex, id est, non pro parte sua tantum, sed etiam pro parte eius, qui ante decessit, cuius portio eis accreuit. Nam substitutionis vulgaris spes non transmittitur ad heredes, vt dicitur in *l. cum proponatur, de leg. 2.* Ait, *heredes extiterunt*, directo scilicet, non per successionem. Idem proponitur in *l. Lucius §. vlt. eod.* Notandum est, in hac specie omnes heredes institutos, omnibus substitutos esse mutuo. tunc vero vno repudiante, ceteri omnes ex substitutione admittentur. Interdum tamen omnibus omnes mutuo substituti non intelliguntur, licet testator dicat, eosque inuicem substituo. Huius rei exemplum est in *l. coheredi §. qui discretas, hoc tit.* vbi plures sunt coniuncti & instituti, omnes tamen statim ad partem repudiatam non admittuntur. Species hæc est. Finge: testatoro ita dixit: *Primus & Secundus heredes sunt ex semisse, Tertius & Quartus ex altero semisse:* adiicit testator, *hos omnes heredes inuicem substituo.* hoc casu non omnes omnibus statim substituti intelliguntur: Nam repudiante Primo solus Secundus admittetur, ceteri non. At Secundo etiam repudiante, reliqui admittentur ex hac substitutione. Item alia species est, in qua non omnes omnibus substituti inuicem dicuntur, vt in §. *qui patrem d. leg. coheredi.* vt si testator patrem & filium heredes instituit, & eos nominatim vel separatim inuicem substituit: deinde testator assem complet aliis heredibus institutis, dicendo, *Secundus, Tertius, Quartus, Quintus heredes sunto, eos omnes inuicem substituo.* Nunc finge: vnus ex posterioribus repudiauit, vel mortuus est: quæritur an hoc casu in eius portionem pater & filius iure substitutionis mutuæ admittantur? Et dicitur: Minime. Nam testator separatim fecit substitutionem mutuam inter patrem & filium. igitur posteriores tantum ex substitutione succedunt, quia & eorum substitutio separata est.

Ad L. XXIV.

Si plures ſint inſtituti ex diuerſis partibus, & omnes inuicem ſubſtituti: plerumque credẽdum, & ex iiſdem partibus ſubſtitutos, ex quib. inſtituti ſint: vt ſi forte vnus ex vncia, ſecundus ex octo, tertius, ex quadrante ſit inſtitutus: repudiante tertio in nouem partes diuidatur quadrans, feratque octo partes, qui ex beſſe inſtitutus fuerat, vnam partem, qui ex vncia ſcriptus eſt, niſi forte alia mens fuerit teſtatoris, quod vix credendum eſt, niſi euidenter fuerit expreſſum.

B IN hac lege etiam tractatur de ſubſtitutione mutua, quę fit vulgari modo. fing: plures ſunt inſtituti ex diſparibus partibus, & inuicem ſubſtituti non adſcriptis partibus. quæritur, ſi vnius inſtituti portio vacauerit, quantum ſint laturi ex ſubſtitutione ſinguli? Et definitur in hac l. ſucceſſuros eos pro rata partis hereditariæ. Et ita quoque conſtituit *l. 1. C. de impub. & aliis ſubſtit.* quæ eſt conſtitutio D. Pij, *l. 1. C. de petit. heredit. l. 1. C. quom. & quand. iudex.* in quibus *ll.* emendanda eſt inſcriptio, & legendum, *Titius Ælius*, & ita emendandum oſtendit *§. etſi ex diſparibus, de vul. ſubſt.* cuius §. ſpeciem Theophilus non eſt adſecutus. facit huc plane lex *coheredi §. 1. hoc tit.* vbi idem oſtenditur quod in l. noſtra. Tale exemplum huius rei proponitur: Tres ſunt inſtituti, vnus ex vncia, ſecundus ex beſſe, tertius ex quadrante, & hi ſibi inuicem ſine partibus ſubſtituti ſunt. Tertius repudiauit ſuam partem. Iureconſultus ait, diuidendum eſſe quadrantem pro hereditariis portionibus inter alios duos, & ita diuidendum videlicet in nouem duellas, ex quibus dabuntur heredi ſcripto ex beſſe octo, vna reliqua ſcripto ex vncia. Et hoc ſemper debet obſeruari, niſi refragetur voluntas defuncti. vnde dicitur in l. noſtra *plerunque*. Si enim ſit euidens diuerſa voluntas, quę ex multis colligitur, vt eſt in *l licet, de legat.* 1. Notandum eſt, quæ de portionibus hereditariis diximus ſeruari in mutua ſubſtitutione, ſeruari ſubſtitutione pupillari ita facta: *quisquis mihi heres erit, &c l. qui liberis §. vlt. ſup.* Idem ſeruatur & in ſubſtitutione precaria, *l. quoties, l. Lucius §. Meuia, ad Trebell.* Semper autem excipienda eſt voluntas defuncti. Et in precaria ſubſtitutione nominatim tradit Iureconſultus in *l. nonnunquam, inf. ad Trebell.* varie iudicari ex voluntate teſtatoris. Duob. autem modis repugnat aperte voluntas teſtatoris. Primum ſignum eſt, ſi teſtator rogauerit heredem, vt reliquis reſtitueret, expreſſis nominibus propriis, non hereditariis, vt Titio, Mæuio, Caio, & Sempronio. hoc caſu videtur eos exæquaſſe in accipiendo fideicommiſſo, quod debet reſtitui, *l. verum §. vlt. de reb. dub. d. l. nonnunquã, & d. l. quoties.* Aliud ſignum eſt: Si teſtator plures heredes inſtituerit, & eorum vnum rogauerit hereditatem reſtituere, ſi centum daret, eoſque pari pecuniæ grauamine onerarit: nam tunc æquas ferent partes. Sed quod ad primum attinet, hæc diſtinctio negligenda non eſt: nam ſeruatur etiam in aliis iuris articulis, ſcilicet in iis, quæ heredibus dãtur complendæ conditionis cauſa, vt ſi dicat: *Stichus liber eſto, ſi decem heredibus dederit*: diuidentur illa decem pro portionibus hereditariis. Sed ſi non adiecerit heredibus, verum per propria nomina eis reliquerit, viriles habebunt *l. ita liber. §. vlt. de ſtatuliber.* Nota eandem diſtinctionem ſeruari in legatis, quæ ab heredibus relinquuntur: nã ſi ſub appellatione heredum legauerit, pro hereditariis portionibus: ſi vni ſub nominibus propriis, pro virilibus portionibus legata præſtantur, *l. turpia §. vlt. l. ſi heredes, de legat.* 1. Creditur obſtare huic parti lex *ſiue à certis, de duobus reis*, cuius ſpecies hæc eſt: Teſtator nominatim legauit à certis heredibus. Lex ait, dari legatum pro portionibus hereditariis. Si ab omnibus nominatim legauit nominib us propriis non expreſſis, viriles partes fiant: Si à

A certis legatum ſit nominibus propriis expreſſis, tunc hereditariæ partes ſeruantur, quia in hoc eos nominaſſe videtur teſtator, non vt eos pares faceret, ſed vt cæteros exoneraret. Nota, hereditarias portiones ſeruari, ſi ab omnibus legauerit excepto vno: item, ſi ſub appellatione heredis ab omnibus heredibus legauerit. In ſtipulatione quoque ſerui communis eadem diſtinctio ſeruatur. Nam ſi duobus dominis dare promittit, vel mihi dare promittit, ea ſtipulatio adquiritur pro parte dominica, *l. ſi communis, ſeruus, de ſtipulat ſeru.* Cui male obiicitur *l. proinde, in prin. eod. tit.* nam ibi *nominatim* non ſignificat per ſingulorum nomina, ſed ſub commemoratione omnium, vt *omnibus dominis ne promittis.*

Ad L. XXV.

Si pater impuberes filios inuicem ſubſtituerit, & ei qui nouiſſimus mortuus fuerit, Titium: reſpondendum eſt, ſolos fratres bonor. poſſ. accepturos, & quodammodo duos gradus huius inſtitutionis factos: vt primo fratres inuicem ſubſtituerentur. Si illi non eſſent, tunc Titius vocaretur.

HVius legis ſpecies hæc eſt: Pater habens tres, aut quatuor filios impuberes, illos heredes inſtituit, & inuicem ſubſtituit, & ita eſt ſubſtitutio reciproca: deinde ei qui ex filiis nouiſſimus moreretur, ſubſtituit Titium. mortuo vno, quæritur quis ex ſubſtitutione ei ſuccedat? C Lex ait, ſolos fratres ſucceſſuros & accepturos bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas: nec Titius ſuccedet: quia duo facti ſunt gradus ſubſtitutionis, & primo gradu ſunt ſubſtituti fratres, ſecundo Titius: & hoc fit, vt primo reciproca ſubſtitutio inter fratres obſeruetur, ſi illi non eſſent, tum demum Titius admittatur: atque hæc ſubſtitutio eſt vulgari pupillaris: quoniam impuberi fit. Ait *inſtitutionis*, legendum, *ſubſtitutionis*, vt indicat lex; *Titia §. Seia, de legat.* 2. in qua eadem pene ſpecies eſt. Sed quid fiet, ſi pater fratribus ſubſtitutionem reciprocam non fecerit, ſed ſupremo ſubſtituerit Titium? Hoc caſu videtur pater inter fratres ius legitimarum hereditatum conſeruare: vt oſtendit lex *vel ſingulis, hoc tit.* Accurſius huic legi obiicit leg. *Titia Seio §. Seia, de leg.* 2. Ex quo §. colligit, D ſubſtitutione facta vltimo morienti, non ita fieri, vt ius legitimarum hereditatum inter fratres conſeruetur, ſed vt inuicem ſubſtituti dicantur. Species hæc eſt: quidam duobus libertis ſuis fundum legauit coniunctim, eoſque rogauit, ne eum fundum venderent, & eos inuicem non ſubſtituit: deinde ei, qui nouiſſimus ex his duobus moreretur ſubſtituit precario, videlicet rogauit eum, vt primo & ſecundo partem reſtitueret: vno mortuo, quæritur an eius pars ad alterum pertineat, ita vt collibertus tunc totum fundum laturus ſit. Ait Iureconſultus, in eo fideicommiſſo duos ſubſtitutionum gradus factos: vnum, vt qui prior ex his duobus libertis moreretur reſtitueret alteri ſuam partem, atque ita inter eos libertos ſubſtitutionem mutuam factam videri, etſi expreſſim facta non ſit. Alterum, vt ſi alter moreretur, reſtitueretur fundus ille fideicom- E miſſario. Sed longe diuerſa hæc eſt ſpecies à ſpecie §. noſtri. Hic enim de fratribus inter quos eſt ius legitimę ſucceſſionis: in illo §. de libertis loquitur, in quibus nulla eſt legitima ſucceſſio: ideoque ex voluntate teſtatoris inuicem ſubſtituti intelliguntur: Cum eorum fidei commiſſum ſit, ne fundum vendant. Præterea hic loquitur de ſubſtitutione directa, in qua iudicanda nunquam coniecturas admittimus: illic de precaria, in qua iudicanda admittimus coniecturas, *l. cum proponebatur, de legat.* 2.

Ad L. XXVI.

Si pater filium puberem heredem scripserit, & ei substituerit, si quis post mortem natus erit, deinde viuo fratre postumus natus fuerit, testamentum viuo rumpetur: post mortem autem fratris viuo patre natus, solus heres patri suo exsistet.

HVius legis species est. Finge: pater filium impuberem heredem instituit, & ei substituit eum, qui post mortem filij instituti sibi nasceretur, scilic. fratrem nondum natum, his verbis: *filius heres esto. si filius me viuo morietur, tunc qui mihi postea nascetur heres esto.* Finge: postumus natus est viuo fratre instituto, itemque viuo adhuc patre: hoc casu testamentum rumpitur agnatione postumi, cum sit præteritus à primo gradu, item à secundo: quia deficit conditio substitutionis, quia videlicet non est natus post mortem fratris: ideoque totum testamentum rumpitur. Aliud erit, si post mortem fratris nascatur: nam tunc solus erit patri heres: non vt substitutus, sed vt institutus. Si successionem spectes, succedit vt substitutus, quia ei primum post mortem fratris defertur hereditas. Et hæc est huius l. species. Ait, *testamentum rumpitur*: legendum, *testamentum viuo rumpitur*, viuo scilicet patre, vt & in *l. Gallus*, §. *si eius*, *de lib. & postum.* Improprie tamen videtur viuo testatore rumpi testamentum: nam effectu non rumpitur, nisi testatore mortuo, *d. l. Gallus*, §. *sequ.* Nam testamenta non sortiuntur effectum nisi morte testatoris, *l. qui duos*, *de manumiss. test.* vbi dies non cedit viuo testatore.

Ad L. XXVII.

Si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius, verius puto in vtramque partem Sempronium substitutum esse.

HÆc lex pertinet ad vulgarem substitutionem: vt si quis duos ita instituat, *Primus & Secundus heredes sunto. si Primus heres non erit, Secundus heres esto.* Item, *si Secundus heres non erit, Tertius heres esto*: Secundum substituit coheredi. Secundo alium quendam extraneum. Primo & Secundo repudiante, Tertius in vtramque partem admittitur. Et hoc est, quod dicitur, substitutum substituto videri substitutum instituto, §. *sed si instituto*, *de vulg. substitut.* vbi etiam hoc sine distinctione constitutum esse ait Iustinianus: Nam non distinguitur, vtrum antequam coheredi substitueretur Secundus, an postea, ei substituerit Tertium, id est, non spectamus ordinem scripturæ. Adde non spectari etiam ordinem successionis, scilicet, vtrum Secundus primum repudiauerit, an postea, vel contra, vt ostenditur in *l. coheredi*, *in princ. hoc tit.* Idem seruatur in substitutione precaria in hoc exemplo. Finge: duos filios heredes pater instituit, eosque inuicem per fideicommissum substituit deinde adiecit: *si vterque sine liberis decesserit, rogo vt hereditas perueniat ad Tertium: quod si Tertius decedat, ei est substitutus Quartus.* Nunc finge: Tertius prior decessit, & ita ad eum nihil peruenit, quare Quarto nihil reliquit. Sed si deinde decesserint filij sine liberis, an Quartus succedet, an vero proximi cognati ab intestato? Et argumento leg. 41. dicendum est, Quartum succedere: non vt mortis ordo spectetur. Atque ita Gratianopoli iudicatum esse testatur Ioannes Paponius, libro tertio placitorum. Verum obstat *l. 47. inf. hoc tit.* Finge: pater habet filium & filiam impuberes. filium instituit, filiam exheredauit. filio, si impubes decedat, substituit filiam. in eundem casum filiæ substituit vxorem & sororem. hoc casu, si filius prius impubes decesserit, filia ei

A succedit ex substitutione pupillari. Verum si postea filia quoque moriatur impubes, ei succedent vxor & soror, & in eius filiæ hereditate inuenient hereditatem filij, atque ita ad eas duæ hereditates peruenient. At finge, filiam priorem decessisse impuberem. hoc casu vxor & soror ei succedent ex substitutione pupillari. Sed si deinde filius impubes moriatur, tunc non vxor & soror, sed proximus cognatus filio succedet. Ait, *antequam nuberet*, id est, nubilis esset ætatis: quæ ætas pubertatis est. Verum dicendum, omnino aliud seruari in substitutione pupillari, aliud in vulgari & precaria. in his de vna tantum hereditate agitur: ideoque ea non scinditur per legitimum heredem, sed eam totam vnus substitutus vindicare potest: in pupillari vero substitutione duplex est testamentum, filiæ & filij, & duæ hereditates: itaque nihil vetat vnam
B hereditatem ex testamento vindicari: alteram ab intestato deferri.

Ad L. XXVIII.

Lex Cornelia, quæ testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserunt, confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum, qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hereditates, quæ ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non peruenissent. Quapropter cum pater in hostium potestate decessit, filio impubere relicto in ciuitate, & is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet perinde ac si pater in hostium potestatem non peruenisset. Sed si pater in ciuitate decessit, fi-
C *lius impubes apud hostes: si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem peruenerit, non commode dicitur hereditatem eius, ex ea lege ad substitutos pertinere. si vero viuo patre filius in hostium potestatem peruenerit, non existimo legi Corneliæ locum esse, quia non efficitur per eam, vt is qui nulla bona in ciuitate reliquit, heredes habeat. Quare etiamsi pubes filius viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege duodecim tabularum, non filij ex lege Corneliæ ad agnatum proximum pertinet.*

DE lege Cornelia dictum est in *l. 12. sup. qui testam. fac. poss.* Hoc in summa ponendum, lege 12. tabul. confirmari testamenta ciuium Romanorum, qui Romæ
D decesserunt: lege Cornelia captiuorum testamenta, & successiones ab intestato confirmantur, *l. 1. §. 1. l. pen. de suis & legit. l. bona, in princip. de captiu. & postlim. reuers.* Lege Cornelia coniungitur tempus captiuitatis & mortis: fingit mortuum tempore quo captus est eum qui decessit apud hostes, *l. in omnibus*, *de captiu. & postlim. reuers. l. Gallus* §. *videndum*, *de lib. & postum.* Quæritur nunc, an lege Cornelia etiam pupillare testamentum confirmetur? Ac sic dicamus, irrito facto testamento paterno, etiam irritum fieri pupillare. Irritum autem fit testamentum paternum captiuitate. Ergo etiam pupillare. Et hoc proponitur initio *h. l.* Ergo lex Cornelia confirmat etiam testamentum pupillare. Nunc vt *h. l.* circumstantiæ omnes rectius intelligantur, ita est distinguendum circa hanc spe-
E ciem: Aut pater captus est solus ab hostib. aut filius solus, aut vterque. Sciendum vero est, substitutionem pupillarem irritam fieri, si pupillus viuo patre ex eius potestate exierit, & patre moriente sui iuris sit: quoniam necesse est, vt is cui substituitur pupillariter, sit in potestate morientis patris, *l. coheredi* §. *cum filiæ*, *hoc tit.* Item necesse est, vt filius patri superuixerit: nam si filius viuo patre moriatur, euanescit pupillaris substitutio: quia illius substitutionis tunc nullus est effectus. Nunc ad distinctionem illam redeamus. Primus casus. si pater captus est ab hostibus, aut ibi decessit filio viuo, aut mortuo: Si viuo filio, deinde filius impubes moriatur, substitutus admittitur: & confirmatur pupillare testamentum lege Cornelia, *l. pater*, *in princ. de capt. & postlim.* vbi pater filiam instituit,

vel etiam exheredauit, eique substituit in secundum casum, posteaque pater captus est ab hostibus, atque ibi decessit, post cuius mortem etiam filius, impubes decessit. Quidam dicebant, eius hereditatem non pertinere ad substitutum, sed ad legitimum. hi non spectabant fictionem legis Corneliæ, sed veritatem ipsam: quia sui iuris viuo patre intelligitur: vel hic filius moriente patre non erat in potestate eius. At sustinetur substitutio fictione legis Corneliæ, quæ fingit tempore captiuitatis illum mortuum: ideoque substitutio hoc casu necessario tenet, *d. l. pater*. Et hoc est quod sequitur in *l.* nostra. *Quapropter cum pater.* Quare si pater decessit apud hostes, mortuo iam filio: hoc quoque casu lege Cornelia confirmatur substitutio pupillaris: quia fingitur pater prius mortuus: Videtur enim decessisse eo momento, quo captus est. si veritatem spectes, nulla est substitutio. Eadem ratione fit, vt licet non sit facta substitutio pupillaris, habeat tamen legitimum heredem proximum agnatum ab intestato, quia videtur patri heres extitisse, *l. pen. de suis & legit. l. proponebatur §. vlt. de castrensi. pecul. l. bona §. quod si filius, de capt. & postlim. reuers.* vbi pro, *etsi viuo patre*, legendum: *nec si viuo patre*, vt sit sensus: Si filius quædam adquisiuit, sibi adquisiuit, nec si viuo patre decesserit ad heredem patris pertinebunt, sed ad heredem filij. Ergo sicut in hac specie filius habet legitimum heredem ab intestato ex lege Cornelia, ita etiam ex testamento, si pater ei testamentum fecit. Nec obstat lex *quod si filius, de capt. & postlim. reuers.* Vbi finge, pater captus est ab hostibus: deinde mortuus filius impubes, *nihil est*, inquit, *quod de secundis tabulis tractari possit*, id est, valeant, necne. nulla est dubitatio, quoniam si pater reuertatur, non valent pupillares tabulæ; quia filius intelligitur viuo patre mortuus. Sed si pater nō sit reuersus ab hostibus, tunc necessario tenebit substitutio pupillaris, *l. pater, in princ. d. tit.* quoniam pater prius videtur mortuus, & filius sui iuris effectus. Ait *d.* lex, *quod si filius hostium potitus*, id est, in hostium potestatem venit, & sic in *l. facere test. de testt. milit.* χαὶ ὑπὸ πολεμίων & apud Plautum. Secundo casu, si filius est captus ab hostibus, eodem modo distingue: aut captus est mortuo patre, aut viuo patre. si mortuo patre captus est, ibique decessit, confirmatur pupillaris substitutio lege Cornelia, vt confirmat lex *pater §. vlt. de captiu.* Cuius sententia est: finge: pater: fecerat substitutionem pupillarem. mortuo patre filius captus est ab hostibus, apud quos decessit. quæritur an substitutus succedat? Videtur quod non: quia lex Cornelia eam personam demonstrat, quæ habet testamenti factionem. Ergo non videtur lege Cornelia ad pupillares tabulas pertinere. Sed in hac specie, si mortuo patre filius captus est ab hostibus: hic filius habebit legitimum heredem ab intestato, quamuis non habuerit testamenti factionem: Nam in causa intestati, non spectamus, an habuerit testamenti factionem, necne, *d. l. bona, in princip.* Sic & in causa substitutionis id non spectamus. Ergo si non habuerit filius testamēti factionem: tamen substitutus ei succedet ex lege Cornelia, vbi vulgo *quoniam* male legitur, pro *quamquam*, & hoc quoque indicat lex nostra, cum ait, *sed si pater, &c.* Itaque non erit alienum dicere prætorem debere subsequi volūtatem patris, & dare substituto vtilem petitionem hereditatis, & hæc indicat lex nostra. Sed quid si viuo patre captus sit ab hostibus, ibique decessit viuo vel mortuo patre impubes? Hoc solo casu substitutio pupillaris non confirmatur lege Cornelia, neque vero legitimum, neque substitutum habuit. & hoc est quod sequitur *Quare etiamsi pubes*, vbi legendum, *impubes*. sic in *l. qui habebat, inf.* Quid si vterque captus sit ab hostibus, vt si eodem bello pater & filius, eodemque tempore ab hostibus capti sint, ibique decesserint, testamentum quidem patris lege Cornelia confirmatur, sed an etiam pupilli? non quærimus vter prior decesserit apud hostes: vtroque enim casu ad hanc substitutionem pupillarem lex Cornelia non pertinet: Nā hoc etiam casu is filius nulla vnquam bona in ciuitate habuit. Itaque nec heredem vllum habere potest, nisi si nō

A decesserit filius apud hostes, sed redierit, & in ciuitate decedat, tum filius patri heres existat, *l. vlt C. ex quibus caus. maior. l. captum, C de capt. & postlim. l. quod si filius: D. eod.* Si igitur filius in ciuitate decesserit, substitutus haud dubie succedet, vt ostenditur in *d.* legis *quod si filius*. Et hoc eodem pene modo proponitur in *l. seq. si pater, quoniam etsi ambo in ciuitate decessissent, veniret substit.* male aptatur, hæc ratio ad duos casus in lege propositos: ergo neque exceptionis est. Nam quod vtroque decedente in ciuitate veniat substitutus, non sequitur, vt vno decedente veniat. Sed notandum hoc factum esse errore librariorum; & legendum est *quanquam*, pro *quoniam*, vt & in *l. pater, de capti. & postlim. reuers. l. si hominem, de vsucap. l. in sua §. sed id, de cond. ind. l. Marcellus, de cond. &*
B *demonstr.*

Ad L. XXX.

Quidam testamento Proculum ex parte quarta; & Quietum ex parte dimidia & quarta heredem instituit: deinde Quieto Florum, Proculo Sosiam heredes substituit: deinde si neque Florus, neque Sosia heredes essent, tertio gradu ex parte dimidia & quarta coloniam Leptitanorum, *& ex quarta complures heredes substituit in plures quam tres vncias. Quietus hereditatem adijt. Proculus & Sosia viuo testatore decesserunt. Quæritur, quadrans Proculo datus ad Quietum, an ad substitutos tertio gradu pertineat?*
C *Respondi, eam videri voluntatem patrisfamilias fuisse, vt tertio gradu scriptos heredes ita demum substituerit, si tota hereditas vacasset. Idque apparet euidenter ex eo, quod plures quam duodecim vncias inter eos distribuisset. Et idcirco partem quartam hereditatis, de qua quæritur, ad Quietum pertinere.*

Circa hanc legem quæri vulgo solet, an substitutus præferatur coheredi & coniuncto. Et constat vulgo iis præferri substitutum, ius enim substitutionis potius est iure accrescendi, *l. 2. si duo, de bonor possess. secund. tabul.* At si substitutus repudiet, quoquove modo excludatur, pars heredis ad coheredem pertinet, si coheres pro sua parte admittetur. quod si coheres ex sua persona admitti non
D possit, coheredis vacans pars accrescere non potest. Et hæc est species *l. pen. de ini. rup.* In ea specie submouetur alter coheres, quia in totum rumpitur testamentum agnatione postumi. At vt diximus, omnimodo substitutus præfertur coniuncto. Huc pertinere creditur lex *vlt. in princip. huius tit.* vbi agitur de seruo communi herede instituto. Qui duorum seruus est communis, duorum vicem obtinet: itaque si heres sit institutus, vel adibit vno tempore vnius dominorum iussu, vel separatis temporibus, separatim vtriusque temporibus singulorum iussu. Finge: seruus vnius iussu adiit hereditatem, hac ratione dimidiam partem domino tantum adquirit: quod si deliberante altero dominorum liber factus sit, dimidiam partem hereditatis sibi adquirit, & substitutum excludit: sed si liber factus non sit,
E & dominus partem suam repudiet, substitutus seruo hoc casu admittitur, *l. seruus duorum, cum quatuor sequentibus, de adquir. hered.* Substitutus ergo coniuncto & coheredi præfertur. Hoc quidam sic amplificant, vt putēt præferri, siue expressa sit substitutio, siue tacita. plane ineleganter: Nam in directa substitutione nullas admittimus coniecturas, quamuis in precaria admittantur, sed directā substitutionem necesse est, aut scribi aut diserte nuncupari *l. Titia, §. Seia, de leg.* Verum hæc regula, qua dicimus, substitutum prēferri, vera est: nisi de contraria mente testatoris constet. Ergo, si de alia testatoris mente appareat, coheres substitutum vincet, quod sic proponitur in specie *l.* nostræ. Finge: Quidam testator tres fecit gradus heredū: Primo ita dixit: *Proculus heres esto ex quadrante, Quietus ex dodrante: &* ita totum assem distribuit.

Secundo gradu ita: *Si Proculus heres non erit, Sosia heres esto. Si Quietus heres non erit, Florus esto*: in hac quoque specie non excessit assem. Deinde tertium gradum adscripsit ita: *Si neque Sosia, neque Florus heredes erunt, tunc ex dodrante heres esto Colonia Leptitanorum, ex quadrante Seius.* Finge: Quietus adiit hereditatem ex dodrante: Proculus & Sosia viuo testatore decesserunt. ille casus est in causa caduci, ll. Iuliis. Sed veteri iure non transit ad filium, *l. cum ex filio §. vlt. huius tit.* Sed ille quadrans ad quem pertinebit? Ad substitutum tertio gradu, scilicet Seium: coheres non succedet. Ergo hoc casu substitutus coniuncto præfertur. Aliter dicendum; si tertio gradu ita scripserit, & diuiserit hereditatem in plures vncias, quam antea in primo & secundo gradu: videlicet, *si neque Florus, neque Sosia heredes erunt, tunc colonia heres esto ex dodrante.* B *Primus ex sextante, Secundus ex triente, Tertius ex vncia.* Et ita in hoc tertio gradu in plures quam in duodecim vncias suam hereditatem diuisisset. Videretur namque cogitasse testator de tota hereditate conferenda in tertium gradum: scilicet, si tota hereditas vacuaret, nunquam nouam hereditatis diuisionem fecit: igitur substituti non preferuntur vacante quadrante, sed tum demum, vbi tota hereditas vacauerit: quare hoc casu coheres substituto præfertur, & quadrantem obtinebit.

Ad Leg. XXXI.

In substitutione filio ita facta, Quisquis mihi ex suprascriptis heres erit, idem filio heres esto. *quæritur quisquis heres quandoque fuerit, intelligatur: an quisquis heres tunc erit, cum filius moriatur. Placuit prudentibus, si quandoque heres fuisset. Quamuis enim viuo pupillo heres esse desiisset, forte ex causa de inofficioso, quæ pro parte mota est: futurum tamen eum heredem ex substitutione creditum est.*

C *§. 1. Non simili modo in hac specie dicendum est, si quis cum filios duos haberet, Gaium puberem, Lucium impuberem, ita filio substituisset: Si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Gaius filius heres erit, tunc Seius heres esto: Nam ita prudentes hoc interpretati sunt, vt ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda.*

IN hac l. agitur de substitutionis pupillaris verbis quæ videntur ambigua. Ambigua sunt quæ duo plurave significant, vt quæ explicantur in *l. qui duos, d. l. 3. l. qui ducenta, de reb. dub.* quæ leges sumptæ sunt ex lib. *singul. de ambiguitatibus*, vt & hæc nostra. Quæritur ergo, si testator eosdem filio impuberi, quos sibi scripsit, verum si & sibi heredes extitissent, quid iuris sit: nam hæc verba duplicem sensum recipiunt, *quisquis mihi heres erit.* Possunt enim eum comprehendere qui heres fuerit, neque tum mortis impuberis tempore heres sit, vel, qui & ab initio heres fuerit, & tunc sit. at fieri potest, vt heres esse desinat rescisso testamento per querelam inofficiosi: tum enim paterfam. sit intestatus. Ait, *ex causa de inofficioso quæ pro parte, &c.* Nam si in totum obtentum sit, substitutio pupillaris nulla est, quæ manet pro parte rescisa, *l. Pap. §. sed nec impub. de inoff. test.* quæ differentia à Iustiniano in *Nouell.* 115. sublata est: hodie enim & tabul. pupillares, & codicilli non corruunt mota in vniuersum querela. Idem vero non fit in hac specie: Finge testatorũ duos filios habere, puberem & impuberẽ, & ita dixisse: *si filius meus intra pubertatem decesserit, neque heres mihi extiterit, Titius heres esto.* filius heres fuit, sed mortis fratris tempore non est amplius heres. Titio substituto locus erit non fratri. Illud ex hoc loco notandum est, eum, qui heres extitit, desinere esse heredem, si mota fuerit pro ejus parte querela inofficiosi testamenti. vulgo dicitur, *qui heres extitit, non desinit esse heres.* Verum suo facto, & tum per prætorem heres esse non desinit, vt puta per restitutionem in integrum: nam prætor vt heredem facere non potest, ita nec heredis no-

A men expungere potest. per legem tantum vel Senatusc. vel constitutionem fieri potest, vt qui heres extitit, heres esse desinat: nam legis, & Senatus est heredem facere; *§. quos autem, Inst. de bonor. possess.* Itaque & expungere heredis nomen possunt. Sic per querelam inofficiosi rescisso testamento, quia iuris ciuilis est querela, id est, ex lege Glicia, intestatus fit, & qui adit, amittit nomen heredis. si & l. Iulia quis desinit esse heres, *§. per contrarium, de hered. quæ ab intest. defer.* & capitis deminutione maxima, quæ contingit per legem, *l. ex facto §. vlt. inf.* Cuius species vt intelligatur, sciendum est iure ciuili quasdam esse personas quę ab alienis testamentis nihil aut solidum capere non possunt, vt cœlibes mulieres stupro vel adulterio cognitæ. plerumque tamen in fraudem legum solent heredes tacitam fidem testatori interponere de præstando B legato. hoc vocamus tacitam fidem, tacitum fideicommissum, id est, quod non palam, sed tacito relictum est incapaci, exacto ab herede chirographo, vel exacta cautione, *l. in tacitis, de legat. 1. l. in fraudem, de iure fisci.* Exemplum est apud Ciceronem *lib. de diuinat.* & apud Quintilianum. est vero tacitæ huius fidei in heredem pœna hæc, vt eam partem hereditatis amittat in qua tacitam fidem interposuit, & in ea Falcid. non vtatur, sed Falcid. fisco addicatur, *l. beneficio, inf. ad legem Falc.* Præterea pro rata eius partis omne commodum ei aufertur, vt fructus, & aliæ accessiones, *l. cum quidam §. in tacito, de vsur. sup.* Præterea pro rata eius partis is heres caducum non vindicat, si sit ex liberis & parentibus, quibus caduca legibus Iuliis conseruantur, Vlp. in *Fragm.* C *tit. 25.* Item, pro rata eius partis non vtitur iure adcrescendi, vt puta si heres scriptus pro parte totam eam restituere tacite & in fraudem legum rogatus sit: nam & tota pars ei adimitur, & repudiante coherede nihil ei adcrescit, quia nihil videtur habere. sed si non in tota parte sua fidem interposuerit, sed in eius partis parte quadam, ea tenus imminuetur ius adcrescendi. huc pertinet *l. si totam, inf. de adqu. hered.* vbi vulgo ita legitur, *si totam hered. aut partem*; Florent. *si totam an partem*, quod alias ostendimus sic accipi oportere, *si totam partem eam*: sunt nonnulli archaismi in Pand. Flor. *an* pro *eam.* sic *sam*, pro *suam* & apud Festum. Alioqui certe si partem partis restituturum se promiserit, pro altera parte vtitur iure adcrescendi. Addendum est, eum etiam ex subscriptione admitti ita facta, *quisquis mihi heres erit, idem im-* D *puberi*, &c. Ex hac enim substitutione vocantur primo gradu heredes scripti pro partibus hereditariis. Hic igitur succedet, nec tantum pro ea parte succedet quam retinet, vt pro ea quam fiscus abstulit, sed pro ea parte ex qua scriptus est. Itaque hoc casu plus feret ex substitutione pupillari quam ex institutione. vtitur Iurisconsultus hic ratione in *l. ex facto §. Iulius, Quoniam sic heres extitit, & heres manet.* Quinimo, etiamsi heres esse desierit, admittetur ex substitutione pupillari: nam hæc verba sic accipiuntur, *quisquis mihi quandocunque heres erit.* Hic vero ab initio heres fuit. Ait, *non capienti partem* quam cepit, quam retinuit adempta altera à fisco, *ad substitutionem*, id est, ad hereditatem pupillarem.

E

Ad L. XXXII.

Qui complures heredes ex disparibus partibus instituerat, & in his Attium: si Attius non adierit, cæteros ex iisdem partibus, quibus instituerat, heredes ei substituerat deinde si Attius non adiisset, Titium coheredem eis, qui substituti sunt, adiecit: Quæsitum est, quam partem is, & quam cæteri habituri essent? Respondi, Titium virilem, cæteros hereditarias, veluti si tres fuissent, Titium partem quartam Attianæ partis habiturum, reliquarum partium hereditarias partes, ex quibus instituti erant, reliquos habituros esse. Quod si non solum Titium, sed etiam alios adiecisset heredes, hos quidem viriles partes habituros. V.

In

luti si tres puta coheredes fuissent substituti, extranei duo adiecti: hos quintas partes Attianæ partis, reliquos autem coheredes hereditarias partes habituros esse dixit.

Species huius legis hæc est: testator quatuor heredes scripsit: *Primus, Secundus, Tertius, Quartus heredes sunto.* deinde adiecit. *si Primus heres non erit, & cæteri coheredes & Titius partis eius heredes sunto:* sic vulgariter substituit soli Primo: quæritur, quomodo inter substitutos diuidenda sit Primi repudiantis portio? Ait Iureconsultus, diuidendam esse pro numero substitutorum. Ex his igitur quatuor partibus vnam habebit quartam Titius: reliquæ tres partes dabuntur coheredibus, quas inter se diuident pro hereditariis portionibus. Sic igitur Titio debetur virilis, id est, quarta integra, coheredibus dantur hereditariæ. Adiecit, eandem rationem esse seruandam, si tribus heredibus substitutis adiecti sint duo extranei: nam tum in quinque partes diuidetur pars primi. Duo extranei ferent quintas partes, id est, vnusquisque feret virilem: reliqua ferent coheredes pro portionibus hereditariis. Ait, *ex iisdem partibus,* quod etiamsi non adiectum sit, semper intelligendum est ex *l. qui pecuniam, de statulib.* Finge: seruus liber esse iussus est, si heredibus & Titio decem dederit. ex iis decem Titius feret virilem: heredes portiones hereditarias. Vna tamen dubitatio hic existit: cur eadem ratio non seruetur in hac substitutione: *quisquis mihi heres erit, & Titius filio impuberi heres esto.* Nam filio impubere defuncto, Titius non habebit virilem, & patris heredes hereditarias: Sed ex Labeonis sententia duos semisses faciundos dicimus, vt Titius semissem, & heredes patris alterum semissem ferant, ex *l. si pater filio, sup.* Ex sententia autem Iustiniani, omnes viriles habebunt, *l. vlt. C. de impub. & aliis substitut.* Quæritur, cur ibi non eadem ratio seruetur? Dicam, magnum esse discrimen inter hæc duo genera substitutionum. Primum, substitutio huius legis est vulgaris. illa, *quisquis mihi heres erit,* &c. est pupillaris. Item hæc est pura, illa est conditionalis ex *l. qui liberis, sup. eod.* Ex hac substitutione heredes existunt, etiam non scripti in institutione: At ex illa, qui scripti sunt heredes, non existunt, nec ex institutione heredes fuerunt. Igitur illius conditionis, *quisquis mihi heres erit,* hæc sententia est: vt si vnus mihi tantum heres extet, is sit heres filio meo vna cum Titio. Itaque qui continentur hac oratione, videntur exæquari Titio: ita vt vel tantum ferat Titius, quantum omnes, vt est sententia Labeonis, vel quantum singuli, quæ est sententia Iustiniani. At non sic videtur heres Titio exæquari in hac substitutione vulgari pure facta, in qua nulla talis exæquationis causa fieri potest. Et ideo dispar est ratio, vt videlicet Titius vocetur in virilem, heredes in hereditarias.

Lex 22. exposita in *l. 2. sup. hoc tit.*

§. 1. expositus in *l. Gallus, sup. de liber. & postum.*

Ad Leg. XXXIV.

Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, heredem substituit si simul morerentur, vtrique heredem esse respondit: quia supremus non is demum, qui post aliquem, sed etiam is, ante quem nemo fit, intelligitur. §. 1. Filium impuberem, & Titium heredes instituit: Titio Mæuium substituit: filio, quisquis sibi heres esset, ex suprascriptis substituit. Titius omisit hereditatem, Mæuius adiit: mortuo deinde filio, putat, magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hereditatem, qui patris quoque hereditatem adierit. §. 2. Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit: substitutio tamen pupillaris valet: & legata omnia præstanda sunt, quæ à substitutione data sunt.

Initio huius legis tractatur de substitutione pupillari, quæ fit supremo morienti filio, quando scilicet sunt

A duo vel plures filii impuberes. Hæc substitutio etiam vulgaris dicitur, quod vsitatior sit, & vulgo fit inter impuberes, *l. vulgaris 162. de verb. sign.* Et fit ideo, vt inter heredes seruetur ius legitimæ successionis, *l. vel singulis 37. h. t.* In hoc autem casu sic distinguendum est: aut ordine decesserunt, aut simul. Si ordine, ei qui prior decessit, frater ab intestato succedit; deinde posteriori mortuo succedit substitutus ex testamento pupillari, & in eius hereditate etiam inuenit hereditatem prioris, *l. qui duos, de reb. dub.* totam hereditatem paternam non habet directo à patre. Si vero simul decesserint, videlicet ruina, naufragio, vel simili casu oppressi, hoc casu substitutus vtrique succedet, tanquam vtrique substitutus ex testamento pupillari, *d. l. qui duos; & l. qui ex lib. de bon. poss. secund. tab.*

B quoniam vterque supremus decessisse videtur. supremus dicitur, quem nemo præcedit. ita fit, vt vltimus primus dici possit, sicut proximus in 12. tab. is dicitur, qui solus est. Item in edicto prætoris, supremæ tabulæ & vnicæ dicuntur, *l. in vulgari, l. illa verba, inf. de verb signif.* Obstare videtur *l. eum qui 34. inf. ad Trebell.* Cuius species hæc est: pater duos filios scripsit heredes, deinde eum, qui supremus moreretur, rogauit, *vti partem suam restitueret Titio:* illi simul perierunt in naui, nec apparet, quis prior perierit. lex ait, fideicommissum intercidere, & matrem vtrique succedere ex Senatusconsulto Tertulliano, cum incertus sit ordo morientium. Respondeo: Non est in hac re constituenda differentia inter substitutionem directam & fideicommissariam; sed certa est ratio, quam notauit in gloss. Accursius hic. In hac lege substitutus totum omnino erat habiturus per supremum morientem. At in *l. eum*

C *qui,* partem tantum per fideicommissum erat habiturus: Nam si ordine decessissent filii, totum habuisset substitutus. Verum hoc totum in substitutione pupillari ita facta, priore loco moriente fratre, pertinet ad fratrem superstitem, à quo hoc peruenit ad substitutum: atque ea est mens testatoris in ea substitutione, *l. si & singulis, inf.* Quare etsi non appareat, vter prius sit mortuus, non minus hereditas vtriusque peruenit ad substitutum. Idem omnino dicemus in substitutione precaria, si scilicet testator supremum rogauerit, totam hereditatem restituere: Hoc casu videtur tacite per fideicommissum eos inuicem substituisse, *l. Titio §. Seia, de legat. 2.* quoniam à duobus institutis voluit totam hereditatem ad substitutum peruenire. Secus tamen est, si is, qui supremus mo-

D reretur, non totam hereditatem, sed partem tantum restituere rogatus sit. Et hæc est sententia *l. eum qui, ad Trebell.* Quare cum supremi pars restituenda sit, nec constat de supremo moriente, intercidit fideicommissum. Huc pertinet etiam *l. qui duos, hoc tit.* Sciendum est, nihil interesse vtrum qui habet duos filios, substituat supremo morienti, an vero dicat hoc modo: *si vterque decesserit intra pubertatem.* Nam substitutus totam semper habebit hereditatem, siue vterque simul decedat, siue ex ordine. Id quoque ostendit *l. pen. C. de impub. & aliis substitut. d. l. qui duos,* in qua ait, *duæ hereditates,* scilicet, ex testamento pupillari. Sed quæstio est, quid statuendum sit de legatis relictis à substituto. Finge: duo impuberes filii sunt instituti. iis Titius pupillariter est substitutus. à

E Titio ex parte Primi decem legauit, ex parte Secundi viginti. Quæritur hæcne omnia legata præstare debeat, & quæ sit ratio legis Falcidiæ? Distinguendum: aut ordine defuncti sunt, aut simul. Si simul, substitutus præstabit omnia legata ab vtroque relicta, retenta quarta legis Falcidiæ, & si petantur ab eo legata ex parte Secundi, quæ forte exhauriunt hereditatem, hoc imputabit in partem Primi. Nam primam partem capit iure directo, *l pater filiam §. vlt. ad leg. Falcid.* Sed si ex ordine decesserint, substitutio eius, qui prior decesserit, irrita est: nam ei succedet frater ab intestato: Ergo eius tantum rata est substitutio, qui posterior decedit. Ex eo sequitur, legata relicta, ex parte Primi non deberi: nam Primo non succedit ex substitutione: sed ea sola, quæ relicta sunt ex parte Se-

cundi. Eam partem primam non imputat in Falcidiam: quoniam eam partem accepit Secundus iure intestati, non iure testamenti. Igitur non spectabitur ea pars Primi, sed tantum pars Secundi. Eius tantum partis legata substitutus præstabit, & ex ea sola detrahet Falcidiam. Habebit ergo sescunciam, & semis: siue dimidiam quadrantis, *d. l. pater filium* §. *vlt.*

§. 1. est expositus in *l. 3. sup. hoc tit.*

§. *vlt.* est expositus in *l. 22. sup. hoc tit.*

L. 35. exposita est in *l. 22. sup. hoc tit.*

Ad Leg. XXXVI.

Potest quis in testamento plures gradus heredum facere, puta, si ille heres non erit, ille heres esto, *& deinceps plures, vt nouissimo loco in subsidium, vel seruum necessarium heredem instituat.* §. 1. *Et vel plures in vnius locum possunt substitui, vel vnus in plurium, vel singulis singuli, vel inuicem ipsi, qui heredes instituti sunt.*

Potest testator sibi plures gradus heredum facere per substitutionem, & nouissimo loco substituere seruum necessarium heredem. hic erit heres subsidiarius: nam cæteris repudiantibus hic necessarius heres erit. Idem dicendum in substitutione pupillari. Ergo vt sibi quis, ita & filio impuberi potest plures gradus heredum facere. Quæritur, an & hoc possit fieri verbis precariis? Videtur posse. Quod si testator dicat, se precario substituere in infinitum; quanquam Doctorum sententia, quæ obtinuit, sit, substitutionem precariam factam in infinitum, valere tantum ad quartum vsque gradum, moti *Nouella Iustiniani 159.* quæ tamen in eo loco de prohibitione alienationis, non substitutione precaria loquitur. non nego hoc carere ratione: nam amentis est, velle in infinitum substituere. Ait hoc loco, *potest quis in testamento.* Ex his verbis nostri colligunt recte, in codicillis testamento confirmatis, directo substitui non posse. Verum ex benigna interpretatione substitutiones directæ in codicillis factæ pro precariis sumuntur, *l. Scæuola, inf. ad Trebell.* de qua in *l. centurio, sup.* Deinde in hac lege traditur; fieri varie substitutionem vulgarem: Nam vel vnus pluribus, vel plures vni, vel singulis singuli substitui possunt, aut omnes omnibus: quæ substitutio dicitur reciproca, & vulgaris est, licet mutua sit.

L. 37. exposita in *l. 2. §. vlt.* & *l. 23. & l. 34. sup. hoc tit.*

L. 38. exposita est in *l. 2. sup. hoc tit.*

§. *vlt.* expositus in *l. 2. §. interdum, sup. hoc tit.*

Ad Leg. XXXIX.

Cum ex filio quis duos nepotes impuberes habebat, sed alterum eorum in potestate, alterum non: & vellet vtrumque ex æquis partibus heredem habere, & si quis ex his impubes decessisset, ad alterum partem eius transferre, ex consilio Labeonis, Ofilij, Cascellij, Trebatij, eum, quem in potestate habebat, solum heredem fecit: & ab eo alteri dimidiam partem hereditatis, cum in suam tutelam venisset, legauit. Quod si is, qui in potestate sua esset, impubes decessisset: alterum heredem ei substituit.

§. 1. *Filio impuberi in singulas causas alium, & alium heredem substituere possumus, veluti vt alius, si sibi nullus filius fuerit, & impubes mortuus fuerit, heres sit.*

Valde elegans est hæc lex, & pertinet ad substitutionem pupillarem, quæ ei tantum fieri potest, quem habemus in nostra potestate: itaque mater diserte, & pa-

A lam filio pupillariter substituere non potest, cum eum in potestate non habeat. si tamen mater velit filio decedente intra pubertatem, bona ad alium peruenire, ratio est, qua sine fraude id assequi possit: videlicet instituet filium, cum pubes erit: deinde substituet ei vulgari modo: *Si filius meus heres non erit, Caius heres esto.* Et hoc habebit quodammodo exitum pupillaris substitutionis. Hæc etiam suadet lex *si mater, sup. hoc tit.* Simili modo potest etiam pater vel auus filio substituere, quem non habet in potestate: quare hæc lex cum *l. si mater* est coniungenda: Nam pater & auus non possunt palam ei, quem non habent in potestate, substituere, vt ostenditur in hac lege. Finge: quidam habet duos nepotes ex filio mortuo: quorum primus est in eius potestate, secundus non: vult auus

B eos instituere ex æquis partibus: & si quis eorum decesserit impubes, vult eius hereditatem ad alium solidam, id est, sine deminutione pertinere. Ei quidem, quem in potestate habet, substituere alium potest, ei vero, qui non est in potestate, alium pupillariter substituere non potest. Vt vero voluntati eius satisfiat, suadet Iureconsultus, vt eum instituat, quem habet in potestate, & ab eo, cum alius pubes erit, leget dimidiam partem hereditatis. Hoc legatum est conditionale: sic enim accipitur, *si pubes effectus fuerit, l. si Titio, quando dies leg. ced.* cui solet opponi *l. pen. C. eod. tit.* In quibus distingue: Aut ita dicit: *lego cum pubes erit,* & est legatum conditionale, ideoque non transmittitur ad heredem, si decedat ante pubertatem. Aut ita dicit: *lego illi centum, quæ accipere, poterit cum pubes erit.* Hoc legatum non est conditionale: sed in diem. Et ideo

C hoc legatum transmittitur, & si nondum pubes decesserit, dummodo post testatorem moriatur, *d. l. pen. C.* Præterea hoc genus legati vocatur partitio in *l. nomen, §. portionis, de verbor. signific.* vbi melius Florent. *partitionis.* Eius §. sententia hæc est: cum testator dicit. *heres meus cum legitimo partitor,* videtur dimidium hereditatis legasse, hicque legatarius partiarius est: & pro ea parte, quæ legata est, onera hereditaria subit, *l. cum filius §. 1. l. si quis seruum, §. vlt. de legat. 2.* Et in eam rem olim interponebatur stipulatio, quæ vocabatur partis, vt constat ex §. *sed quia, de fideicommiss. hered.* quia & hic partiarius lucris participabat, vt constat ex Cicer. *lib. 2. de ll.* Ergo suadent auctores, vt leget dimidiam partem hereditatis ab eo, qui in potestate est: & ei hunc partiarium substi-

D tuat, legetque sub hac conditione, *cum pubes erit:* Nam hoc modo fiet, vt pars illa, si moriatur partiarius intra pubertatem, apud heredem scriptum remaneat: non autem transmittat ad heredem suum partiarius, nempe ad matrem: nam hi fratres cognati tantum sunt, non consanguinei & agnati: quia consanguinitas & agnatio emancipatione tollitur: Soli autem consanguinei matri præferuntur, §. *præferuntur, ad Senatusc. Tertull.* quæ ita impeditur hoc consilio, quod ponit Iureconsultus hic, cum alias mater præferri debuisset. Eodem pœne modo mater filio potest substituere, scilicet *cum in suam tutelam peruenerit,* id est, cum pubes factus erit, *l. quoties §. 1. de administ. tut.* Existit tamen adhuc dubitatio circa speciem huius legis, & ponendum necessario, eum cui dimidia pars est legata, esse exheredatum: quoniam si non fuisset exhe-

E redatus, petere potuisset bonorum possessionem contra tabulas, quasi præteritus: licet ei legatum sit relictum, vel fideicommissum totius hereditatis, vel seruus eius institutus, vel institutus, ipse substitutus. Nec enim semper partiarius legatarius habetur pro herede, *l. mulier §. vlt. ad Trebellian.* Quod si non est exheredatus, petit contra tabulas bonorum possessionem, quam si perierit ante mortem, omnia ad matrem transmittet: Sed si non perierit, id sequimur quod dicitur in hoc §. & legatum *partitionis* apud fratrem manebit, nec quidquam ad matrem transfert. Sed ponamus exheredatum fuisse, & ei hac conditione, *si pubes factus esset,* legatum illius dimidiæ partis relictum esse: quæro an ei detur querela,

cum ea institutio non adferat emolumentum. Datur institutis querela, si institutio sit aut inutilis, aut incommoda, *l. Papinianus, de inoffic. testam.* Huic prima specie non videtur dari querela, quoniam quarta, imo plus quarta relictum est: nam sescunciam tantum habere debuisset: nam quarta quæ illis debetur, non est quarta omnium bonorum, sed quarta legitimæ partis, id est, eius quod habituri essent ab intestato, *Inst. de inoff. test.* At videtur admittendus hac ratione, quoniam quarta relinquenda est sine conditione, sine dilatione, sine onere: idque ex constitut. Iustiniani in *l. quoniam, C. de inoffic. testam.* Et ideo dubitant quidam, an pater substituere in hac specie impuberi filio possit precario. directo potest quidem, *l. ex tribus, C. eodem de tit.* precario vero non potest ex *d. l. quoniam*; cum illa quarta sine omni onere relinquenda sit nisi in specie *l. si pater, d. tit.* scilicet, cum qui sunt instituti, inuicem fideicommisso grauati sunt. Et ita statutum Lutetiæ docet Ioannes Paponius *tit. de substitut.* Sed in nostra specie ei relicta est quarta sub conditione, vbi sententia Accursii placet in *d. l. quoniam*, dicentis, nepotem statim suo iure quartam partem percepturum, ac si conditio apposita non fuisset. vt vero reliquum ferat, debet expectare pubertatem.

Ad §. vltimum.

Quidam quatuor heredes fecerat, & omnibus heredibus præter vnum substituerat. vnus ille, cui non erat quisquam substitutus, & ex cæteris alter viuo patrefam. decesserat. Partem cui nemo erat substitutus, ad substitutum quoque pertinere, Ofilius Cascellius responderunt: quorum sententia vera est.

Proponitur hæc species: Testator quatuor heredes instituit. Primo vulgariter substituit Titium. Secundo Mæuium, Tertio Caium, Quarto nullum. Nunc finge: Tertius & Quartus decesserunt viuo testatore; atque ita eorum portiones vacant, & post eos testator decedit. Hoc casu Tertii partem habebit Caius substitutus: Quarti vero pars cui nullus substitutus erat, aliis heredibus adcrescet: & hoc fit iure antiquo, quod spectatur in hoc §. Nam alias legibus Iuliis caducariis vindicaretur à Fisco. Ius antiquum hic spectamus. itaque & hic Offilius, & Cascellius citantur, quorum tempore ius nouum nondum locum habebat: quod totum hodie à Iustin. sublatum est, restituto veteri iure, id est, adcrescendi. hæc igitur pars Quarti Primo & Secundo adcrescet. Verum quæritur in hoc §. an etiam adcrescat Caio substituto Tertii? Et ait Iureconsultus, omnibus pro rata adcrescere: ergo ius adcrescendi ad substitutum transmittitur. Circa hanc speciem notandum, hunc substitutum, si spectetur successionis ratio, institutum potius videri, quam substitutum: quoniam ei primo post mortem testatoris defertur hereditas: cum tamen ordinem spectes, substitutus dicitur: quia aliquo casu & sibi & Tertio poterit deferri hereditas, videlicet si superuixisset Tertius, & repudiasset. Hic igitur admittitur vt institutus ad partem Tertii, vtiturque iure adcrescendi. Verum ait Iurisconsultus in hoc § *viuo patrefamilias.* Quæro, quid iuris sit, si vacassent hæ partes post mortem testatoris, vt si vterque post mortem testatoris non adita hereditate decessisset, vel repudiasset: an etiam hoc casu partes vacuæ adcrescerent omnibus? Et idem plane dicendum puto: & dico, quod hic in §. *nostro*, his verbis, *viuo testatore*, difficilior casus proponitur. Sic etiam eadem verba sumuntur in *l. si Titio, de vsufr.* Vbi Titio legata est proprietas fundi; Mæuio vsusfructus. finito vsufructu consolidatio fit, id est, plena proprietas. Pone, Mæuium viuo testatore decessisse, & ita extinctum vsumfructum. quæritur, ad quem is pertineat? Videtur illum heredi seruandum: tamen lex dicit, vsumfructum proprietario accedere, vbi & verba illa, *viuo testatore*, dif-

A ficiliorem casum proponunt. Idem plane hic est: si partes vacauerint post mortem testatoris, vt constat ex *l. 3. §. hæc autem, quib. mod. vsufruct. amitt.* quæ lex, etsi loquitur de vsufructu, multo magis ad proprietatem pertinere dicendum est. Quandocunque ergo ius adcrescendi quoquo modo aut tempore cedat, adcrescit substituto.

L. 40. exposita est in *l. 10. sup. hoc tit.*
L. 41. exposita in *l. 27. sup. hoc tit.*
§. 1. expositus in *l.* 24.
§. *cum filia*, expositus in *l. 2. & l. 7.*
§. 3. expositus in *l. 1. §. vlt. & l. 2.*
§. *qui discretas*, expositus in *l. 23.*
§. *qui fratrem*, expositus in *l. 23.*

B

Ad §. coheres.

Coheres impuberi filio datus, eidemque substitutus, legata secundis tabulis relicta perinde præstabit, ac si pure partem & sub conditione partem alteram accepisset. Non idem seruabitur alio substituto: nam ille Falcidiæ rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus: tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtineret: Nam & cum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio: Sempronius quandoque Titio concurrit.

C Hic §. pertinet ad materiam contributionis ponunturque in eo duæ species. Prior est: filius impubes & Caius heredes instituti sunt, filio impuberi Caius coheres substitutus est pupillariter: à Caio testator legauit, tam in institutione, quam in substitutione, à pupillo nihil reliquit. Quæritur, quomodo ratio Falcidiæ seruanda sit. Dicitur, quod si Caius vult deducere Falcidiam, debet confundere institutionem & substitutionem, & his duobus detrahendam Falcidiam. Idemque si quis ex parte pure, & ex parte sub conditione esset institutus, etiam confunduntur legata illa: ergo solida præstabit, si vel ex primis, vel ex secundis tabulis Falcidiam sibi seruare possit. Ita hic substitutus comparatur instituto: idque fit, si quis sit institutus & substitutus: quod etiam proponitur in *l. in ratione §. quod vulgo ad leg. Falcid.* Et hæc est prior
D species *huius §.* Secunda species: In priore specie vtriusque partis habetur ratio, & confunduntur tabulæ: non idem fit in altera specie, in qua partium separatim habetur ratio: & separatim deducitur ratio Falcidiæ. Finge: filius impubes, & primus sunt instituti heredes. filio impuberi Secundus substitutus est in secundum casum; à pupillo instituto, & Secundo substituto relicta sunt legata: quæritur de his legatis & de ponenda ratione legis Falcidiæ: in hac specie non idem est coheres & substitutus. Hoc casu licet coheres habeat quadrantem illæsum: tamen substitutus in partem pupilli, potest vti Falcidia, & legata à pupillo, & à substituto relicta confunduntur, quia hic substitutus instituto comparatur. Si esset institutus ex *l. in singulis, ad leg. Falcid.* detraheret separatim
E Falcidiam, etiamsi coheres alium quadrantem haberet. Ergo & hic substitutus detrahet, cum eodem iure vtatur: nam videtur hic substitutus coheres coheredis pupilli, etiamsi in diuersis tabulis sit scriptus: quæ posterior species pertinet etiam ad contributionem: ideoque separatim inducit Falcidiam: licet sit scriptus in secundis tabulis. Nec mirum hoc est: nam & collegatarii in *l. plane §. si coniunctim, de leg. 1.* dicuntur, etiamsi vni eadem res sit legata in primis tabulis, alteri in secundis, & sunt re coniuncti.



Ad §. Cum pater.

Cum pater impuberi filia, qua nouissima diem suum obiisset, tabulas secundas fecisset, & impubes filia superstite sorore pubere vita decessisset, irritam esse factam substitutionem placuit: in persona quidem prioris, quia non nouissima decessit, in alterius vero, quia puberem ætatem compleuit.

TRactatur de substitutione pupillari, quę fit vltimo morienti: quando pater vult ius legitimarum successionum conseruare, *l. vel singulis, sup.* Hæc formula erat vsitatior: ergo vulgaris dicitur, *l. in vulgari, de verb. sign.* quæ lex de vulgari substitutione accipienda est. Finge: pater habet duos filios impuberes, substituit vltimo morienti pupillariter: vnus ex eis primus decessit, in eius persona locum non habet substitutio: quia non decessit nouissimus: si deinde alter effectus sit pubes, in eo quoque non potest consistere substitutio pupillaris: quia pubes decessit. In hac ergo specie omnino irrita fit pupillaris substitutio.

§. *vlt.* est expositus in *l. 1. sup. hoc tit.*

L. 42. exposita est in *l. 34. sup. hoc tit.*

Ad Leg. XLIII.

Ex facto quæritur: Qui filium habebat mutum puberem, impetrauit à Principe, vt muto ei substituere liceret, & substituit Titium. Mutus duxit vxorem post mortem patris & nascitur ei filius. Quæro, an rumpatur testamentum? Respondi, beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Verum voluntatem Principis inspicientibus potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius in eadem valetudine perseuerat. Et, vt quemadmodum iure ciuili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit ius in eo, qui propter infirmitatem non potest testari: Nam & si furioso filio substituisset, diceremus, desinere valere testamentum, cum resipuisset: quia iam posset sibi testamentum facere. Etenim iniquum incipit fieri beneficium principis, si adhuc id valere dicamus; auferet enim testamenti factionem homini sanæ mentis. Igitur etiam adgnatione sui heredis dicendum est rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an iure habere cœpit suum heredem. Nec enim aut patrem aut principem de hoc casu cogitasse, verisimile est, vt eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem, vtrum in personam vnius, an complurimum.

§. *1. Item quæro, si ita facta proponatur substitutio:* filius meus, si intra annos decem decesserit, Titius heres esto, si intra quatuordecim, Mæuius: *filiusque octo annorum decesserit, vtrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an & Mæuius: quia certum est & intra decem, & intra quatuordecim annos filium decessisse. Respondi, omne quidem spatium, quod est inter pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio. Sed finis huius pubertas est. Magis autem est in vtroque eorum tempus suum separatim seruari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur.* §. *2. Lucius Titius, cum haberet filios in potestate, vxorem heredem scripsit, & ei substituit filios. Quæsitum est, an institutio vxoris nullius momenti sit, eo quod ab eo gradu filij non essent exheredati? Respondi, eum gradum, à quo filij præteriti sint, nullius momenti esse: Et ideo, cum ijdem substituti proponantur, ex testamento eos heredes extitisse videri: scilicet, quia non totum testamentum infirmant filij, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si à primo*

A *sit filius præteritus, à secundo exheredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, vtrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est.*

§. *3. Iulius Longinus pater eos, quod sibi heredes instituerat, filio ita substituit,* quisquis sibi heres esset. *vnus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem accommodauerat, vt non capienti partem ex eo, quod acceperat, daret; ad substitutionem impuberis admissus, vtrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit, veniat: an vero pro ea, quam cepit, ita vt augeatur eius pars in substitutione? Respondi: Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur, nec desinit esse heres, licet res, quæ ita relictæ sunt, auferuntur.*
B *Vnde ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quantum scriptus esset: satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges. Quinimo etsi desineret heres esse, idem dicerem. Quemadmodum intelligendum est in eo, qui cum scriptus esset heres, postquam adisset hereditatem, in seruitutem redactus est, & postea libertate donatus. Cui permissum est ad substitutionem venire, quæ ei in testamento fuerat relicta: Licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantum amisit percepturum.*

DVo sunt substitutionum casus. hæc lex ad secundum casum pertinet, quo pupillo per substitutionem pater facit testamentum. Quæritur, an pater filio furioso possit testamentum facere per substitutionem? Olim
C quidem non poterat nisi ex Principis rescripto: & ideo hæc substitutio non erat ordinaria ciuilis. Hodie tamen hęc substitutio ordinaria est sine rescripto principis ex *l. humanitatis, C. de impub. & aliis substit.* Sic nec mutus olim poterat sibi testamentum facere ex *l. 7. de testam.* nec pater ei faciebat sine rescripto principis. Hodie etiam mutus ita natus vel factus, si imperitus literarum sit, non potest testamentum facere, vt nec surdus, *l. discretis, C. qui testam. facere poss.* Quæritur, an pater iis hodie possit testamentum facere? quod nominatim non est expressum legibus, quia *d. l. humanitatis,* loquitur tantum de furioso. Sed tamen posse omnes sentiunt, ex sententia eius Constitutionis. Hęc vero substitutio fieri dicitur ad exemplum pupillaris: quia fit in eundem casum, adquisitę nimirum hereditatis & mortis. Pręterea quemadmo-
D dum substitutio, quæ fit pupillo, finitur pubertate, sic hęc finitur curatione morbi. Ad hęc, occasione substitutionis pupillaris non agit pupillus aut tutor querela, si legitima ei sit relicta, *l. 26 C. de inoffic. test.* Sic nec furiosus aut curator eius substitutionis occasione mouebit querelam, vt nec mutus, *d. l. humanitatis.* Sunt tamen quædam differentiæ inter substitutionem, quæ fit pupillo, & quæ fit furioso: Primum, mulier non potest substituere pupillariter, potest tamen exemplariter ex Constitutione Iustiniani *d. l. humanitatis,* quia hæc non fit potestatis iure, sed humanitatis. Secundo, pupillo potest quis extraneum substituere: at furioso parens statim extraneum non potest substituere: nam furioso debet pater substituere nepotes ex eo, si quos habet, vel aliis deficientibus,
E fratres: si neque sint liberi, neque fratres, substituet quemlibet. at pupillo statim quemlibet substituet. Postremo, substitutio furiosi rumpitur, si liberi furioso nascantur. Nam ex *l. patre furioso, de his, qui sunt sui, vel alie. iur.* furiosus nuptias contractas retinet: in pupillo secus est: hic enim nuptias non potest contrahere. In hac autem lege ostenditur: substitutionem in secundum casum factam furioso aut muto rumpi agnatione liberorum, aut resipiscentia. Species hæc est: pater rescripto Principis muto filio substituit: mutus deinde vxor. duxit, & liberos suscepit, muto nati sunt postea liberi. Antequam respondeat Iureconsultus, ait, *Solitos principes beneficia sua interpretari*, vt proponitur in *l. Neratius, inf. de reg. iur.* Verisimile tamen est, hanc fuisse mentem principis, vt

hæc substitutio finiretur curatione valetudinis. Ergo & susceptis liberis finiri videtur substitutio. idem dicendum est, si furioso substituere permiserit iure ciuili, id est, moribus *l. 2 sup* sic donatio inter virum & vxorem prohibetur moribus, id est, iure ciuili in *l. conueniri, inf. de pactis dotalib. & l. 1. inf. de donat. inter virum & vxor.*

§. *1.* expositus in *l. 2. sup. in princ.*

§. *Lucius* expositus in *l. 3. §. vlt. sup. de liber. & postum.*

§. *vlt.* expositus *sup. l. 31. hoc tit.*

Ad L. XLIV.

Ex pupillari testamento superius principale, neque ex parte, neque in totum confirmari posse, Macianus scripsit.

HÆc lex omnium huius tituli difficillima est. Multa in hac lege dubitationem faciunt: primum, quod frustra dubitetur, an pupillare testamentum confirmet paternum, cum constet testamenta solis legibus confirmari, vt l. duodecim tabul. *l. obuenire, de verbor. signific.* L. vt Velleia, *l. si hereditas §. qui filium, sup. de testam tut.* & l. Cornelia, quæ confirmat eorum testamenta, qui apud hostes decesserunt, *l. lege Cornel. qui testam fac. poss.* Nam confirmare est etiam impedire testamenti ruptionem. Id quidem sæpe quæritur, an testamentum testamento infirmetur, quoniam solet prius posteriore tolli, sed non an testamentum testamento confirmetur, quod quæritur hoc loco, & quidem quæritur de toto testamento paterno, an id pupillare confirmet. huius rei speciem vix vllam aliam tradi posse arbitror. Quæritur quidem quandoque de legatis inutiliter datis, an confirmentur substitutione: verum etiam repetitione facta in substitutione pupillari, si substitutus pupillo in primum casum succedat. *l. legata inutiliter, de leg.* 1. Et respondetur, legata confirmari ob repetitionem, vt si ab instituto viæ pars, à substituto tota via legetur, *l. legata inutiliter, de adimend. leg.* In cuius specie finge: Dominus est institutus; seruo eius legatum est pure inutiliter: sub conditione enim vtiliter legatur, §. *an seruo, Institut. de legat.* deinde ademptum est legatum seruo sub conditione. hoc casu legatum videtur datum sub contraria conditione: an possis dicere, hac ademptione legatum inutile confirmari? Minime, sed confirmatur tacita repetitione. Verum hoc loco nihil de legatis, sed de toto testamento quæritur, an confirmetur per testamentum pupillare: cuius rei difficile est speciem ponere, & si possis, frustra de eo dubitatur; cum substitutio pupillaris accessio sit, & sequela paterni testamenti, & parte totum non confirmetur. quis vnquam dubitauit an ex accessione principalia confirmentur? Sed me mouet verbum, *superius*, per quod non intelligendum est id, quod est prius ordine scripturæ, si eodem contextu, tempore & testibus fiat: sed superius testamentum dicitur, quod factum est alio tempore, aliisque testibus adhibitis, *l. si quis eum §. 1. sup.* potest autem pater separatum sibi testamentum facere testibus septem adhibitis, & alio tempore pupillo facere; aliis adhibitis, nec ideo superius rumpitur. Hoc nunquam quæritur, an inferiori superius confirmetur, sed an infirmetur: ita & hoc traditur *d. l. si quis eum*, substitutionem pupillarem non infirmare testamentum paternum: idem puto fuisse traditum hoc loco. Quare pro *confirmari*, plane legendum censeo *infirmari*.

L. 45. exposita *l. 4. sup. hoc tit.*

§. *vlt.* expositus in *l. 23. sup.*

Ad Leg. XLVI.

Paterfamilias primis tabulis postumo herede instituto, secundis sibi vel filio, si intra pubertatem decessisset, Gaium Seium fratrem suum substituit; deinde Titium Gaio Seio,

A *& postea sic dixit*: Quod si Gaius Seius frater meus, primo loco substitutus, heres mihi esset, tunc Titio fideicommissum relinquo. *Quæro, cum filius patri heres extiterit, eoque inter pubertatem mortuo, frater testatoris ex substitutione heres sit, an fideicommissum debeatur, cum ita relictum sit, si Gaius Seius frater suus sibi heres extitisset? Respondi: fratrem defuncti, qui in vtrumque casum institutus vel substitutus est, filio impubere defuncto, ea, quæ testator reliquit, præstare debere. Nec aduersari hæc verba*: Quod si Gaius Seius mihi heres erit: tunc dari volo: *cum verum sit, eum & testatori heredem extitisse.*

SEntentia huius legis est: substitutionem pupillarem valere, etsi testator dixerit, *tunc mihi heres esto*: nam B qui substitutus est pupillo, non est heres testatoris, sed pupilli. Verum hic articulus *mihi*, pro non adiecto habetur, *l. 1. l. coheredi §. vlt. sup. l. si ita scriptum, de bonor. possess. secund. tabul.* Species hæc est: pater postumum heredem instituit, substituit sibi & filio fratrem: & ita est substitutio vulgaris & pupillaris.: porro fratri substituit Titium, tum adiecit: *quod si frater mihi heres erit, tum Titio centum dato, fideicommissi nomine.* Finge: frater ob natum postumum testatori heres non extitit, scilicet ex substitutione pupillari. Quæritur, an Titio debeat fideicommissum præstare? Et respondeo, quod non: cum testatori non succedat. Tamen Iureconsultus dicit deberi: quia heres heredis est heres testatoris, *l. si quis filium §. vlt. de adquir. hered. l. 3. de petit. hered.* non quidem directo, sed per successionem ex substitutione pupillari. Ait, *institu-* C *tus vel*, hæc duo verba delenda sunt in Pandect. Florentin. heres igitur heredis est heres testatoris.

De l. 47. dictum in *l. 27. sup hoc tit.*

L. 48. expositum eius principium in *l. 1. & l. 30.*

§. *1.* expositus in *l. 10. §. vlt. sup. hoc tit. & l. 16.*

Ad §. vltim.

Si pupillus substitutum sibi seruum alienauerit, eumque emptor libertum heredemque instituerit: nunquid iste in substitutione habeat substitutum vniuersum? Et si quidem pupillus ad pubertatem peruenerit, necessarius ex testamento emptoris heres extitit. Sin vero intra pubertatem decesserit, D *ex substitutione quidem liber & heres fit, & necessarius patri pupilli: emptori autem voluntarius heres extitit.*

EAdem ratione in hoc §. substitutus pupillo dicitur heres esse patri pupilli: id enim verum est, si eam regulam iuris spectes, qua dicitur heredem heredis esse heredem testatoris. Eius §. species hæc est: Finge: impuberi substitutus est seruus cum libertate in hoc vt ille necessarius heres filio existeret. pupillus heres extitit, & eum seruum sibi substitutum alienauit: emptor seruum eum cum libertate heredem instituit: quæritur ex cuius testamento libertatem obtineat, & cui futurus sit necessarius heres? Respondetur, sicut traditur & in *l. pater filio, de hered. instit.* hunc seruum esse statuliberum, & eius libertatem pen- E dere ex conditione substitutionis, *l. 2. §. vlt. l. in tabulis, de statulib.* Statuta libertas non perimitur venditione serui: Ergo vniuersus huius serui status positus est in substitutione pupillari. Ideoque, si hic pupillus, qui seruum vendidit, pubes factus sit, atque ita substitutio secunda finita sit, tunc erit seruus necessarius emptori. At si filius impubes decedat, tunc is seruus erit liber & heres necessarius ex substitutione pupillari. Ideoque emptori tantum voluntarius erit heres: quia ex eius tantum testamento fit heres necessarius, ex cuius testamento liber factus est.



AD TITVLVM VII.

De conditionibus institutionum.

IN titulo de conditionibus & demonstrationibus infra tractatur de conditionibus quæ legatis, vel fideicommissis, vel libertatibus adhibentur: in hoc autem de his quę heredum institutionibus apponuntur, atque statim in l. 1. hoc quæritur, an impossibili conditione interposita vitietur heredis institutio. Impossibilis conditionis vnum genus est quod sic definitur in §. *si impossibilis, de inutilib. stipul. &* Paulo *lib. 3. Sentent.* Alia genera comminisci, insani est. Placet autem impossibili conditione interposita institutionem heredis non vitiari, conditionem tolli, & institutionem pro pura haberi. Cæterum conditio impossibilis vel in faciendo, vel in non faciendo consistit. si in non faciendo consistat, secundùm omnium sententiam receptum est, hanc institutionem pro pura accipiendam esse, *l. seruum* §. *1. sup. de hered. instit.* Verum si conditio impossibilis consistat in faciendo, & sub ea heres instituatur, res fuit controuersa: verum obtinuit tum hanc conditionem pro non scripta haberi, *l. 3. inf. de condit. & demonstrat.* & hoc verum est siue adiectæ sint institutionibus, siue legatis. Ait, *obtinuit*, post multas controuersias, §. *impossibilis, de hered. instit.* Id etiam demonstratur in *l.* 4. §. *vlt. l. mulier, inf. hoc tit.* in qua Labeo vsus est verbo ἀδυνάτως; quo verbo & Iulianus vsus est in *l. ab omnibus* §. 1. *inf. de leg. 1.* in *l. 6.* dicitur conditionem euanescere, id est, pro nulla haberi. Est autem ea conditio impossibilis tantum ratione temporis, non iniuncti oneris, idque Rogerius annotauit. Duæ sunt partes huius conditionis, monumentum fieri, & monumentum in triduo fieri. pars hæc tantum circumscribitur quæ impossibilis, prior non item: angustiæ tantum temporis circumscribuntur, cætera non tolluntur. huius rei fortissimum argumentum est in *l. Celsus* §. *idem ait, sup. de recept. arbit.* necesse est igitur in ea specie *l. 6.* vt heres monumentum faciat. Nunc redeamus ad leg. 1. in qua ea sententia proponitur. ait, *vel alio mendo*, sic rectè Florent. mendum est, si quis institutioni adiiciat conditionem impossibilem, *l. hereditas, sup. de hered. instit.* Mendum etiam est, si quis heredem scribat ex re certa, *l. si quis ita, de hered. inst.* hæc omnia menda nos circumscribimus, hæc menda testatori excidisse dicimus, quod superest conseruamus, hæc igitur menda nihil ei nocent. non sic fit in stipulationibus, & ceteris contractibus: nam contractus factus sub impossibili conditione, nullus est. Quæritur, cum duo sint qui contrahant, cur non possumus æque probabiliter hæc pro mendis interpretari? imo vt ait *l. non solum, inf. de oblig. & act.* sic interpretamur quasi noluerint contractum valere. in vltimis voluntatibus conditio impossibilis mendum est, in contractibus mendum non est, ἁμάρτημα Grecis propriè mendum, quod fiat διὰ τὸ ἁμαρτάνειν, ideſt, per errorem, non dedita opera. Ea Const. ἐγκλήματα appellari scribit quę consulto fiunt. Sed huic legi primum obiicitur §. *vlt. de leg. & l. vn. C. de his quæ pœnæ nom. relinq.* Constituit Iustinianus ea quæ pœnæ nomine relinquuntur valere, exceptis his quę sunt impossibilia, vel illicita, vel probrosa. Impossibilia sunt quæ sunt contra rerum naturam, illicita contra leges, probrosa contra bonos mores. Dicendum est, hæc tantum procedere in legatis pœnæ causa relictis, legata sub impossibili conditione relicta debentur detracto mendo. Excipiuntur cetera scripta in testamento pœnæ causa: Pœnæ causa veluti vt aliquid faciat, vel non faciat: Non vero, vt directo pertineat legatum ad legatarium; vt, *si heres meus filium suum in matrimo-*

A *nium collocauerit*, vel, *non collocauerit, tum decem millia Titio dato.* hoc fit puniendi heredis causa, si faciat vel non faciat, non vt aliquid directo pertineat ad eum cui legatur. Pœnæ vero causa omnia possunt relinqui, vt libertates etiam. Hæc vero non valebant ex constitutione Iustiniani. excepit impossibilia, illicita, & probrosa, vt si ita dixerit, *si heres meus digito cælum non tetigerit, decem dato*, vel si contra bonos mores ita dixerit, *si heres sororem suam vxorem non duxerit, Titio centum dato.* legatum ita relictum: lego Titio centum, si digito cœlum tetigerit, valet: hoc mirum videri non debet: nam & ante Iustin. omnia legata pœnę causa inutilia erant: notandum est in *l. 1. de his quæ pœnæ causa relinq.* scriptum esse, *illicite vel probrose*, eaque dicit non valere. Iurisconſ. non ita scripsit, sed ea ver-
B ba Triboniani sunt ex constitutione Iustiniani: idq; ostendit Vlp. *in Frag. tit. de legat.* Secundo opponitur *l. Cum heres* §. *1. inf. de statul.* Dominus seruo libertatem dedit, & adscripsit conditionem pene impossibilem, vt *si heredi millies dederit*: sic enim scribendum est, id est, centena millia. Græci eo loco in Σάπα interpretantur ἱκανὰς μυριάδας. hæc conditio pene est impossibilis, facitque ne videatur data libertas. cui iungenda est lex *vlt. inf. de man. test.* quia videtur testator scripsisse impediendæ libertatis causa. Ea tamen conditio est pene impossibilis, vt Iurisconſ. ait. Dicendum est, aliud esse difficilem conditionem, aliud impossibilem: difficili rerum natura non obstat, impossibili obstat, difficilem non statim respuit animus, impossibilem respuit: difficilis non circumscribitur, impossibilis circumscribitur. Tertio obiicitur lex *si Titius, inf. hoc tit.*
C duos heredes scripsit hoc modo: *si Primus heres erit, Secundus heres esto: si Secundus heres erit: Primus heres esto*: inuicem hi se impediunt: hæc enim scriptura se ipsam iugulat, vt ita dixerim. dicimus igitur, hanc institutionem esse nullam, cum conditio existere non possit. Ergo conditio impossibilis non circumscribitur, cæteris manentibus: conditio impossibilis, vt ante dixi ex Labeone non appellatur impossibilis, sed ἀδύνατος. hoc loco vtamur his verbis, & dicamus hanc conditionem non esse ἀδύνατον; sed ἄπορον, siue ἀσύστατον. non est impossibilis, sed perplexa. & quæ consistendi locum non habeat vllum hæc. conditio non circumscribitur, vt impossibilis: exemplum ἀπόρου est in *l. qui quadringenta, inf. ad leg. Falcid. l. si nemo, de testament. tut.* Postremo oponitur *l. filius* §. *1. inf. hoc*
D *tit.* filius qui est in potestate non potest institui sub conditione, nisi ea quæ est in eius potestate: alioqui inutile est testamentum, quod pro præterito habetur, *l. iam dubitari, supra de heredibus instit.* Præterea notandum est, impossibilibus conditionibus comparari illicitas & probrosas: nam sicut in testamentis conditio impossibilis, pro non scripta habetur, sic & illicita & probrosa, vt, *heres esto si sororem duxerit*: hic perinde heres est, ac si pure scriptus esset: vnum est tantum genus impossibilis conditionis, vt supra ostendi. difficilis, & ἄπορος non est impossibilis. Item nec illicita nec probrosa. in his tamen illicita similis est impossibili, *l. 14. inf. hoc tit.* Nunc finges Filius est heres institutus sub conditione illicita, vel probrosa, hæc est species *l. 15. inf.* vt puta, si homicidium fecerit, an valet institutio filij? Minime. Itaque spectatur
E illa conditio, nec insuperhabetur: ait autem, ideo non valere, quod ea conditio non sit in eius potestate: nam non videmur ea facere posse quæ leges aut mores fieri vetant. Itaque hic filius omissa institutione ab intestato rem vindicabit. hoc pugnat cum *l. 14.* Item cum *l. 1.* Et omnino in hac quæstione necesse est, vt separemus extraneum à filio qui est in potestate: nam si extraneus instituatur sub conditione imposibili, vel illicita, dicimus institutionem valere, quia vitium conditionis submouetur: sed si filius sit institutus sub conditione imposibili, illicita, vel probrosa, dicemus arrepta prima ratione quæ occurrit, institutionem non valere, quia conditio non est potestatiua. Cum quæritur quid quodque sit, quærendum est proximum genus, non remotum. sic cum quæritur, an

quid valeat, quærenda est proxima ratio: extraneus potest institui sub qualibet conditione, filius non potest. Ergo sic concludas: institutio extranei facta sub impossibili conditione valet. Ita accipienda est *l. 1.* institutio filii facta sub impossibili conditione non valet, quia non est potestatiua, & hoc ait *l. filius 15. hoc tit.*

Ad Leg. II.

Si testamento comprehensum sit, Ille seruus, si meus erit: *aut*, Qui meus erit cum moriar, heres esto: *quatenus accipiatur* meus, *quaritur. & si quidem alienauit in eo vsumfructum, nihilominus ipsius est. si vero partem in eo alienauit: an deficiat conditio institutionis, quaritur: & verius est, non defecisse conditionem: nisi euidentissimis probationibus testatorem voluisse apparuerit: pro hac conditione hac verba inseruisse: si totus seruus in dominio eius remanserit, tunc enim, parte alienata, conditio deficit.*

§. 1. *Sed si duo serui ita sint heredes instituti,* Primus & Secundus, si mei erunt cum moriar, liberi & heredes sunto, *& alter ex his sit alienatus: Celsus recte putat sic accipiendum, atque si singulos separatim sub eadem conditione heredes instituisset.*

IN hac L. tractatur de institutione serui facta sub hac conditione, *Qui meus erit, vel si meus erit.* Et in ea verbum *meum* vti accipiendum sit ostenditur. Verum illud prius sciendum, multum interesse an testator dixerit, *Qui meus est*, an *qui meus erit.* hęc conditio est, illud demonstratio. Demonstratio in pręsens tempus confertur, conditio in futurum. Conditio vt existat omnino exigimus, Demonstratio vt existat non exigimus: Nam falsa demonstratio non nocet, *l. falsa, inf. de condit. & demonst.* Itaque si testator dixerit, *Stichus qui meus est,* Stichus heres erit, etiamsi testator eum totum vendiderit, & pleno iure in emptorem transtulerit. At si testator ita dicat: Stichus qui meus erit, hæc etiam verba Labeo accipiebat pro demonstratione, *l. 5. §. 1. inf. de leg. 1. l. nuper §. vlt. de leg. 3.* Trebatius cuius sententia obtinuit pro conditione. conditionem igitur fecisse videtur testator non demonstrationem. Ideoque si testator eum seruum totum vendiderit, institutio non consistit, nec ea hereditas ad emptorem peruenire potest, *l. talem §. 1. sup. de hered. inst.* Quidam volunt docere ex *l. scribit §. vlt. inf. de aur. & arg. leg.* hæc quoque verba, *aut meus erit,* esse accipienda pro demonstratione, non pro conditione: sed ea lex mendosissima est: nam legendum in eo loco, *deminutionem in se habent legati & augmentum:* non demonstrationem in se habent legati & augmentum. ita vxori testator legauit: *aurum quod eius causa paratum est:* hæc verba pro demonstratione accipiuntur: Ideoque videtur certum corpus legasse quod extabat testamenti tempore. Itaque id legatum deminutionem & augmentum non recipit. Quod si dixerit, *quod vxoris causa paratum est:* hæc verba pro conditione accipiuntur, non pro demonstratione, & habent deminutionem, & augmentum. itaque plus vel minus debebitur: Ergo & in hac specie, si testator ita dixerit, *qui meus erit,* hæc verba conditionem accipiunt: Itaque si venditus sit seruus, non consistit institutio, *d. l. talem §. 1.* Ergo quod dicitur in *l. 6. inf. de leg. 1. magis,* sic accipiendum, vt vsurpauerit Iurisconsultus τεχνικῶς, non συγχεδικῶς. At videamus quid iuris sit in specie proposita, si is qui Stichum ita heredem instituit, vsumfructum vendiderit, an deficiat conditio, & respondetur, conditionem non defecisse: nam recte meum dicitur id cuius vsusfructus alienus est, *l. recte dicimus, inf. de verbor. significat.* Ideoque institutio consistit: sed videndum est quemadmodum fuerit institutus, an cum libertate, an sine libertate: si in libertate institutus sit, institutio consistit, sed effectum non habet hoc iure antequam vsusfructus extinguatur, *l. quoties §. vlt. sup. de hered. instit.* & interim hic seruus est sine domino. verum ex constitutione Iustiniani hæc institutio

A statim effectum habet, *l. 1. C. comm. de manumiss.* Si sine libertate, vel est inutilis substitutio, vel etiam vtilis est, si modo appareat eum substitutum contemplatione fructuarii: quo casu adit hereditatem iussu fructuarii cum alienus ex regula iuris, non nisi iussu domini adeat, *l. aditio §. vlt. de acquir. hered* Nunc videamus quid dicendum sit, si testator Stichum quem instituit sub ea conditione *si meus erit,* vendiderit pro parte, an deficit conditio? IC. ait hoc loco conditionem defecisse non videri, nisi voluntas testatoris refragetur, *l. Iulianus §. seruus, de leg. 3.* vtrumque verum est. quod commune est, meum esse. Quod commune est meum non esse: nam mei verbum est ambiguum, *l. pupillus §. vlt. inf. de verb. signif. meum* interdum ad partem refertur, interdum de parte intelligi-

B tur. valebit igitur hæc institutio. Et valebit siue cum libertate institutus fuerit, siue absque libertate. Sed si cum libertate institutus sit, liber fit, & heres partis pretio alteri domino persoluto ex constitutione Iustiniani. Si sine libertate institutus sit, acquiret alteri domino, *§. vlt. de donat. Institut.* hoc est quod proponitur initio *l. 2. nisi euidentissimis, &c.* Totum facit voluntas defuncti: nam semper quid voluerit spectandum est. Quid si proprietatem alienauit retento vsufructu; & constat deficere conditionem: nam vsusfructus non est pars dominii, sed seruitus? Nunc fingamus, testatorem sub eadem conditione duos substituisse: *Primus & Secundus si mei erunt, heredes sunto*, vnus ex eis à testatore venditus est, totus alter venditus non est, in prioris persona institutio non consistit: sed an in alterius consistit? non videtur, quod vterque

C coniunctim institutus est. at in vnius persona conditio defecit: sed IC. respondet, perinde ac si separasset conditionem, *l. falsa §. vlt. de condit. & demonst.* qua de re diximus in *l. hoc articulo, sup. de hered. instit.*

Ad L. III.

Si ita heres institutus sim, si decem dedero, & accipere nolit cui dare iussus sum, pro impleta conditio habetur.

IN hac l. tractatur de institutione facta sub hac conditione; *si 10. dederit legitimo heredi.* heres institutus sub hac conditione, ea decem obtulit legitimo heredi. in eis accipiendis moram trahit heres. lex ait, conditionem im-

D pletam videri, neque aliud exigi quam oblationem, neque heredi legitimo est pœnitentiæ locus, *l. 3. §. Stichus, inf. de statulib. l. vlt. C. de condit. insert.* Ac generaliter hac in re sic statuendum est: conditionem impletam videri, cum per eum, cuius interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur, *l. in iure ciuili, inf. de diuers. reg. iur.* Pertinet hoc & ad conditiones cum per promissorem fit, quo minus stipulator conditionem impleat, vt si stipulatus sit, si ipse in Capitolium ascenderit. Debitoris interest conditionem non impleri, si tum per eum stat, nihilominus tenetur. Idem proponitur eisdem verbis quamquam ab alio auctore in *l. iure ciuili, inf. de condition. & demonst.* quod ob id maxime dico, quia in P. Flor. in ea l. desideratur negatio, quæ addenda est ex *d. l. in iure,* quod & quæ sequuntur exempla exigunt. Et hoc est quod dici-

E tur in l. 3. Quærit Accurs. an sit legatarius is cui heres decem dare iussus est, an fideicommissarius: & an quasi ex legati, vel fideicommissi iure possit ea decem petere. lex *si quis sub conditione, inf. si quis omissa causa testam.* aperte ostendit, hunc non esse fideicommissarium. sed interpretibus nostris hac in l. negotium facit *l. fideicommissa, §. cum esset, inf. de legat. 3.* Quidam est rogatus hereditatem aut partem Titio restituere acceptis decem. in hac specie est duplex fideicommissum: nam vel Titius petet partem hereditatis iure fideicommissi, oblatis decem, vel coheres oblata parte iure fideicommissi decem petet à Titio: memini me alias ostendisse in titulo *de transaction.* multum interesse, vtrum quis rogatus sit acceptis decem Titio restituere, an ita, *si Titius decem dederit*, nam & in

quæstione l. Falcidiæ cum ita dictum est, acceptis decem à Titio, heres ea decem imputat in Falcidiã, quod videantur quasi hereditatis capi, id est, pro pretio. At si ita dixerit, *si Titius decem dederit*, dicuntur mortis causa capi ea decem, & ideo non imputantur in Falcidiam, l. *si dignum*, *l. in quartam* §. *vlt. l. qui fundum, inf. ad l. Falcid.*

Ad Leg. IV.

Si qui ita sint instituti: Si socij vna bonorum meorum permanserint vsque ad annos sedecim, heredes sunto: *inutilem esse institutionem secundum verborum significationem Marcellus ait. Iulianus autem, quoniam & ante aditam hereditatem iniri societas potest, quasi rei futuræ valere institutionem. Quod est verum.*

HIc proponitur conditio ἀσύστατος, id est, difficilis, hęc multum differt ab ea quę dicitur ἀδύνατος; hæc enim pro mendo accipitur, illa non, *l. si Titius, inf. hoc t.* cum eam non sit necesse interuenire, *l. 3. pro soc.* Putat tamen Iulianus hic valere institutionem, quasi rei futuræ.

Ad §. vltim.

Idem Iulianus scribit, eum, qui ita heres institutus est, si seruum hereditarium non alienauerit, cauentem coheredi implere conditionem. Ceterum, si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri. Quæ sententia vera est.

HÆc pertinent ad *cautionem Mutianam*, de qua est disputatio difficilis. Inprimis sciendum est, legata & fideicommissa, item hereditatem in vltimum vitæ tempus conferri posse, scilicet cum morietur, *l. heres in pr. de condit. & demonstrat. l. extraneum, C. de hered instit.* & morientem legatum ad heredem, quasi pure relictum transmittere: eo enim moriente dies legati cedit. Item sciendum, in vltimum vitæ tempus etiam collatum videri, quod relinquitur sub conditione non faciendi aliquid, *vt si in Capitolium non ascenderit:* nam hæc nisi fine vitæ impleri non potest. Notandum etiam, multum distare ea, quæ relinquuntur sub conditione non faciendi aliquid, ab iis, quæ communiter in mortis casum conferuntur. Primum, vsusfructus *cum morietur*, inutiliter relinquitur, sic etiam libertas. Vtiliter tamen vtrumque relinquitur sub conditione non faciendi aliquid, *l. libertas, l. vlt. inf. de manumiss. testam. l. Titio, 51. sup. de vsufr. l. heres 78. §. vlt. de condition. & demonstrat.* Secundo, si quid sit nominatim relictum in vltimum vitæ tempus, scilicet *cum morietur*, necesse est exspectare mortem; moriens vero ita relictum transmittit. Secus si quid sit relictum sub conditione non faciendi, quoniam non exspectatur mors eius, cui ea conditio proposita est, sed remedio cautionis Mutianæ illi repræsentatur. vt *si Capitolium non ascenderit, lego decem;* decem statim capientur. Hæc cautio excogitata est à Quinto Mutio Scæuola, vt ait Iustinian. *Nou. 22.* quæ recepta est prudentum sententia, *l. Titio fundus 23. de condition. & demonstrat.* & etiam probata fuit constitutione D. Pij, *l. Mutiana 7. eod.* Verum hac cautione præstita, videtur statim impleri conditio, quæ in non faciendo consistit. Notandum autem eum, qui ita cauet, non tantum de re cauere, sed etiam de accessionibus, id est, deficiente conditione, & id quod acceperit & hoc amplius fructus restiturum, *l. cum filius §. qui Mutianam, inf. de legat. 2. l. heres 78. §. qui post, de condit. & demonstrat.* His etiam & illud addendum, huic cautioni locum esse in legatis, fideicommissis, institutionibus, mortis causa donationibus, non etiam in libertatibus: nam in his legatum non ita intelligitur, si abstineat vsque ad mortem; sed si quam primum potuerit in Capitolium ascendere, non ascenderit: fit enim tum liber. id introductum fauore libertatis, *l. libertas 17. §. 1. de manumiss. test.* ex qua lege explicatur *l. 20. inf. de condit. & demonstrat.* in qua legendum est, *non ascenderit.* Notandum præterea, hanc cautionem tantum locum habere in iis, quæ in non faciendo concipiuntur expresse vel tacite. Tacite, *si vidua permanserit.* Intelligitur enim, *si non nubat.* Expresse, *si Capitolium non ascenderit.* Iustinianus in *Nouella 22.* dicit, eam conditionem consistere in omnibus, quæ pendent ex factorum vel rerum prohibitionibus; quæ sententia est explicanda. In ea tractatur de conditione *si iterum non nupserit*, qua conditione iniungitur viduitas. Verum de iure huius conditionis quæritur. Ad eam pertinebat lex Iulia Miscella; & lex Papia. Lege autem Iulia hæc conditio remittebatur intra annum viro vel mulieri, verum necesse erat iurare, se liberorum procreandorum causa nubere. Gellius *libro 4. capite 3.* hoc dicit de Spurio quodam Carbillio. Post annum hæc conditio non remittebatur, sed legatum poterat capere quis pręstita cautione Mutiana. de hac fit mentio in *l. sed si hoc §. vlt. l. cum ita, l. hoc modo 64. l. heres §. vlt. l. mulieri 73. l. cum tale 71. §. si arbitratu, de condition. & demonstrat.* Postremum *l. hoc modo*, dicit, *sobolis procreandæ causa fuisse hanc legem latam.* Hæc obtinebant lege Iulia, quæ sublata fuit constitutione Iustiniani, *l. 2. & 3. de indic. viduit. toll.* Ex ea constitutione illa conditio viduitatis omnino remittitur, sine iureiurando. Remittitur etiam cautio Mutiana hodie: Nam in hac remissione est regula: *Vbi remittitur conditio, quæ in non faciendo consistit, remittitur etiam cautio Mutiana, l. Titio centum §. 1. de condition. & demonstrat. & l. 9. h. t.* Iustinianus postea mutauit sententiam in *Nouella 22.* scilicet illam conditionem non esse remittendam, sed vt legatum capiatur, præstita cautione Mutiana. quæ constitutio omnino videnda est. Sed obiter eo loco cum disputat de conditione viduitatis, dicit etiam, cautionem Mutianam locum habere in omnibus conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, scilicet modo, eiusmodi sint, vt non possint adimpleri, nisi morte eius, cui sunt adscriptæ, *l. seruo §. 1. ad Trebellian. l. Titio fundus 73. de condit. & demonstrat.* At si potest expleri viuo eo, cui adscripta est, tunc cessat cautio Mutiana: vt lego Titiæ, si Caio non nupserit, explebitur conditio morte Caij. In hoc genere non est locus Mutianæ cautioni, sed exspectatur euentus conditionis. horum sunt quatuor exempla. Primum in *l. cum tale 72. §. Titius.* Secundum in *l. Auia 77. §. Titio.* Tertium in *l. pater 101. §. socrus.* Quartum in *l. hoc genus 199. de condit. & demonstrat.* & hoc generaliter verum est. Excipiuntur duo casus positi initio *l. cum tale, de condit. & demonstrat.* Primus est: Legatum est matri, *si à liberis non discesserit*; tunc enim cautioni est locus, etiamsi contingere potest vt liberi priores decedant. Ratio est, quia votum matris est, vt prior moriatur. Secundus est, patronus liberto legauit certam pecuniam, *si à liberis eius non discessisset*, dicit textus: *permisit cautionem interponi*, & ratio ibi additur. Est autem hæc improprie cautio Mutiana, ideo dicitur quasi Mutiana, ad exemplum Mutianæ. Alias semper exceptis his duobus casibus in iis conditionibus, quæ expleri possunt viuo eo, cautio Mutiana non interponitur. Hoc valde pugnat cum §. *nostro*, cum etiam hæc conditio possit viuo herede expleri, veluti si ipse seruus viuo herede moreretur. Contra in *l. Mutiana, & l. cum sub hac conditione, de condition. & demonstrat.* Vbi ostenditur cautionem interponi in hac conditione, *si seruum non manumiserit*, & similibus, & tamen hæc conditio potest adimpleri viuo legatario. Respondeo: quidam dicunt, durum esse exspectare mortem serui, quod non procedit, quia in *l. pater §. socrus, de condition. & demonstrat.* exspectatur mors liberi hominis, cur non etiam exspectari possit serui mors? Imperatores censuerunt periculosum esse liberi hominis mortem exspectare, *d. l. cum tale.* Aliorum tamen mortem exspectare non est ciuile. Verum dicendum in illis quatuor locis supradictis ideo non exspectari mortem, quia legatum est relictum post mortem tertij, vt *d. l. cum tale §. Titius*, vbi Titius fidei-

commissum restituere rogatus est, si fideicommissarius cautionem non peteret. Sciendum est legati vel fideicommissi in diem, vel sub conditione relicti nomine cautionem præstari debere fideicommissario, *l. filiusfamil.* §. *iidem principes, de legat. 1* De ea titulus, *vt legat. vel fideicommis. nomine caueatur.* Hæc cautio potest remitti à testatore, & admittitur quocunque indicio voluntatis defuncti. Atque ita est in constitutionibus Diui Marci, *l. 2. C vt in possess. legat.* cuius posterioribus verbis vtitur *l. auia* §. *pater, de condit. & demonstrat.* Hodie hæc verba non accipiuntur pro conditione, sed faciunt vt cautio illa remittatur, *l. licet, inf. vt legator. nom. cau.* *d. l. auia* §. *pater.* Sed quæritur de iure, quod obtinuit ante illam constitutionem, scilicet si non potuisset remitti cautio? Id etiam tractat Iurisconsultus in *d. l. cum tale.* Sciendum ante eam constitutionem, hæc verba conditionem fecisse, poterat enim peti cautio. Quæritur in §. *Titius,* an sit præstanda cautio Mutiana? Dicitur, quod non, sed exspectandam mortem heredis, quoniam nominatim post mortem heredis reliquit. Eadem est ratio leg. *quod genus, de condit. & demonstrat.* Lego Caiæ decem *si Titio non nupserit,* an habet locum cautio Mutiana? minime: Ratio est, quia legatum hoc videtur relictum post mortem Titij, vnde tantum morte Titij expletur conditio, quæ est exspectanda. In ea lege additur, mulierem etiam non posse illud legatum consequi, si alij nupserit. Ita dicitur ibi; *Sed & alij nubendo nihilominus legatum consequetur,* vbi *nihilominus* accipiendum est pro *nullo modo.* Ita etiam in *l. qui fundum* §. *seruus, inf. pro empt. l. properandum* §. *vlt C. de iudic.* Eadem est ratio *l. auia* §. *Titio, de condition. & demonstrat.* Vbi legato relicto, *si illa mulier non nupserit,* manifestum est, hoc casu spectari mortem mulieris illius, & ita in mortem collatum legatum videtur, ideoque exspectatur mors illius mulieris. Eadem ratio est *l. pater* §. *socrus,* vbi extraneus vel socrus legauit mulieri, *si cum marito suo in matrimonio perseueraret.* Huius conditionis nullus est alius sensus, quam si scilicet vsque ad mortem mariti, vel diuortium culpa mariti factum, perseuerauerit. Mors itaque mariti exspectanda est. Igitur in his quatuor locis ideo cessat cautio Mutiana, quia aperte in tempus mortis tertij collatum est legatum. At in specie *huius* §. vt & in *l. Mutiana, l. cum sub conditione, de condition. & demonstrat.* *si scilicet Stichum non alienauerit, vel non manumiserit,* non liquido apparet eum cogitasse de morte Stichi. Et in hac specie, si non præstatur cautio Mutiana, mortuo Sticho legatum non præstabitur, quia adhuc mors legatarij exspectanda est, argumento *l. vxori vsumfructum, de vsufr. leg. l. 4.* §. *vlt. inf. de condit. & demonstrat.* *Nouel. 22.* In qua dicit Iustinianus, cautionem præstari in hac conditione, *si iterum vxorem non duxerit.* Hæc tamen conditio, viuo eo, potest expleri, si scilicet sacerdotium ei obuenerit, & tamen ea res non impedit cautionem Mutianam, quia hic casus non spectatur, neque eum testatorem spectasse apparet; & in omnibus ita Mutio videtur. Ita etiam in præcedenti casu dicendum, testatorem non spectasse mortem Stichi. Verum nota *ex Nouel. 22.* cautionem Mutianam impleri sacerdotio suscepto. Ioannes Paponius *lib. 22. placitorum* recitat decretum esse, hanc conditionem, *si sine liberis decesserit,* impleri, si sacerdotium ei obuenit. Ita etiam procedit in hac specie: filia est substituta filio si sine liberis decesserit, ille autem fit sacerdos: & filia moritur liberis relictis ante filium, deinde filio mortuo liberi filiæ succedunt hac ratione, cum sublata sit præsumptio liberorum.

Ad §. I.

Sequitur in hoc §. si sit heres institutus ex parte sub hac conditione, *si seruum non alienarit.* At quid si solus ex asse esset institutus sub hac conditione? Dicit Iurisconsultus: hæc conditio est impossibilis, quia non est cui ca-

A ueat, igitur pro non scripta habetur hæc conditio. Contra *Nouel. 22.* ait, cautionem Mutianam præstari legitimis heredibus ab iis qui ex asse sunt instituti. cur igitur & in hac specie non cauet legitimis hereditatibus? Confirmat hoc lex *seruo inuito* §. 1. *ad Trebellian.* vbi ostenditur, caueri iis, quorum interest. Idem confirmat *l. is, cui sub conditione, de condit. & demonstr.* Vbi cauendum iis, ad quos legatum vel hereditas iure ciuili pertinere potest. In Digestis id nusquam nominatim traditur, cautionem præstari legitimis heredibus, sed hoc allegatis locis significatur, legatarios cauere heredibus vel substitutis. Sed in *Nouel. 22.* scribitur, caueri debere legitimis, quasi hoc sit introductum à Iustiniano. Adieceruntque ibi scriptores in Pandectis non reperiri hoc. Idem respondetur *l. mulier*
B *inf. hoc tit.* quæ loquitur de dote aduentitia, scilicet promissa ab ipsa muliere. Porro notandum, dotem profectitiam, mortua muliere, redire ad patrem. Dos vero aduentitia penes virum manet. Vlpianus in *Fragm. tit. de dotib.* In hac specie *l. mulier,* mortua muliere maritus dotem consequitur, non quod ita pactus sit, sed suo iure. Nunc species esto: Mulier promisit dotem viro, nec numerauit: moriens virum heredē instituit ex parte, si dotem non peteret, nec exigeret; hæc conditio duobus modis impletur. Primum, si hic maritus coheredi acceptam dotem ferat. secundo, si præstiterit coheredi cautionem Mutianam. Sed obiicies, non videtur hic locus esse cautioni Mutianæ, cum possit hæc conditio viuo marito impleri. hoc negandum est. Nam licet moriatur coheres, tamen peti
C potest à coheredis herede. Rursus dices: potest tamen impleri viuo marito, si maritus dotem acceptam ferat. Respondeo, quod quis potest alia ratione statim consequi, potest etiam cautione Mutiana, quia hoc remedium cautionis cum alio potest concurrere. Sed quod non potest alia ratione statim consequi, potest tamen cautione Mutiana præstita, si est talis conditio, quæ non potest nisi morte adimpleri: sed si maritus esset scriptus ex asse, hæc conditio impossibilis esset, quia non esset, cui caueret. igitur pro non adscripta haberetur, *d. l. mulier, l. Mutiana,* in qua legendum est, *vel caueret.*

Ad Leg. V.

D *Si heredi plures conditiones coniunctim datæ sint, omnibus parendum est, quia vnius loco habentur, si disiunctim sint, cui libet.*

Conditio proprie non dicitur dari, sed adscribi, *l. 3.* §. *conditio, de adimend. leg.* Dicitur tamen sæpe dari, vt etiam in *l. plurimum, de acquir. hered.* Sententia huius legis hæc est: multum interesse, an conditiones coniunctim adscribantur, an disiunctim. Primo enim casu si sint in potestate heredis, omnibus parere necesse habet, vel si in euentum collatæ sint, omnium euentus exspectandus; sed si disiunctim sint adscriptæ, si sint in euentum collatæ, tunc vtra prior exsistet, id efficiet vt sequens non exspectetur, §. *pen. de hered. instit.* Nota tamen idem esse, si
E heres scribatur ex eadem parte separatim sub diuersis conditionibus, *vt heres esto ex semisse, si nauis ex Asia venerit. Idem heres esto ex eodem semisse, si Titius illud fecerit:* tunc enim vna conditione adimpleta, fit ex illo semisse heres, *l. si te solum* §. *vlt. de hered. instit. l. si plures, inf. e. d.* quam vide. Notandum est hoc, aliud seruari in legatis: Nam si idem legatum eidem sub diuersis conditionibus relictum sit, nouissima conditio spectatur, scilicet, quæ posterius est scripta, *l. quod traditum, inf. de condit. & demonstr.* Ratio differentiæ est, quia legatum tacite adimi potest, & quod sub prioribus conditionibus datum est legatum, videtur tacite per posteriores sublatum, hereditas autem nunquam tacite adimitur.

Ad Leg. VI. eam expoſuimus ſup. in l. 2.

Ad Leg. VII.

Si quis ſub conditione heredes inſtituiſſet, ſi inuicem cauiſſent ſe legata eo teſtamento relicta reddituros, placet remitti eis conditionem: quia ad fraudem legum reſpicerent, quæ vetarent, quoſdam legata capere. quanquam & ſi cautum eſſet, in ipſa actione exceptione tuendus eſſet promiſſor.

CVm relicta ſunt capacibus & incapacibus ſimul legata, relicta incapacibus pro non ſcriptis habentur, *l. 3. inf. de his quæ pro non ſcript. hab.* Si tamen teſtator non ignorauerit pro non ſcriptis habita legata iri, vult tamen heredes obligare his legatis, apponat inſtitutioni hanc conditionem, *hi heredes ſint, ſi cauerint omnia legata ſe præſtituros,* & ſic facit, vt illi incapaces habeant legata ex cautione, licet non ex teſtamento. ſed videtur hic teſtator nihil agere: nam licet heredes caueant, non proficit legatariis, quoniam alteri inutiliter ſtipulamur, *l. quo tutela, in fi. de reg. iur.* Reſpondeo: Et ſane ita verba huius cautionis non ſunt accipienda, vnde *inuicem* hic non ſignificat mutuo, ſed pro ſua quiſque parte, ſicut in *l. filius §. vlt. de liber. & poſtum.* Sic etiam Plinius eo articulo vſus eſt. Itaque expone: ſi pro ſua quiſque parte cauerit. Hanc conditionem adſcribendo obligat heredes ad præſtanda legata. Sed Iuriſconſultus dicit, eam remitti, & pro pura haberi inſtitutionem, cum ſit illicita. Contra eſt *l. Balliſta, ad Trebellian.* Reſpondeo, ibi non fieri in fraudem legum. licet autem ſic cauerit hoc loco, inanis eſt actio ex ſtipulatu: nam repellitur exceptione doli mali: ſit enim hæc ſtipulatio in fraudem legum. Simile habetur in *l. Seius & Agerius, inf. ad l. Falcid.* Ante Iuſtinianum teſtator non poterat prohibere Falcidiam; verum ex *Nouel.* 1. poteſt, ſcilicet nominatim id faciens, cum dicat *prohibendo.* At finge: teſtator dixit, *heredes ſunto, ſi cauerint ſe contentos fore, nec petituros Falcidiam,* hæc conditio remittitur cum fuerit facta in fraudem legis.

Ad Leg. VIII.

Quæ ſub conditione iuriſiurandi relinquuntur, à prætore reprobantur. Prouidit enim ne is qui ſub iuriſiurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionẽ perderet hereditatem legatumve: aut cogeretur, turpiter accipiendi conditionem iurare. Voluit ergo eum, cui ſub iuriſiurãdi conditione quid relictum eſt, ita capere, vt capiunt hi, quibus nulla talis iuriſiurandi conditio inſeritur. Et rectè: Cum enim faciles ſint nonnulli hominum ad iurandum, contemptu religionis, alij per quam timidi motu diuini numinis, vſque ad ſuperſtitionem, ne vel hi, vel illi, aut conſequerentur, aut perderent quod relictum eſt, prætor conſultiſſime interuenit: Etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis conditione aſtringit, ſub conditione faciendi relinquere: Ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione.

§. 1. Hoc edictum etiam ad legatum pertinet, non tantum ad heredum inſtitutionem.

§. 2. In fideicommiſſis quoque oportebit eos, qui de fideicommiſſo cognoſcunt, ſubſequi prætoris edictum. ea propter, quia vice legatorum funguntur.

§. 3. Et in mortis cauſa donationibus dicendum eſt, edicto locum eſſe, ſi forte quis cauerit, niſi iuraſſet ſe aliquid facturum, reſtiturum, quod accepit. Oportebit itaque remitti cautionem.

§. 4. Si quis ſub iuriſiurandi conditione, & prætereà, ſub alia ſit inſtitutus, huic videndum eſt, an remittatur conditio. Et magis eſt, vt remitti iuriſiurandi conditio debeat, licet alij conditioni parendum habeat.

A *§. 5. Sed ſi ſub iuriſiurandi conditione ſit inſtitutus, aut ſi 10. millia dederit, hoc eſt, alternata conditione, vt aut pareat conditioni, aut iuret aliud quid, videndum, nunquid remitti ei conditio non debeat, quia poteſt alteri conditioni parendo, eſſe ſecurus. Sed eſt verius, remittendam conditionem: ne alia ratione conditio alia eum vrgeat ad iuſiurandum.*

§. 6. Quotiens heres iurare iubetur, daturum ſe aliquid vel facturum, quod non improbum eſt, actiones hereditarias non alias habebit, quam ſi dederit, vel fecerit id, quod erat iuſſus iurare.

§. 7. Mortuo autem, vel manumiſſo Sticho viuo teſtatore, qui ita heres inſtitutus eſt, ſi iuraſſet ſe Stichum manumiſſurum, non videbitur defectus conditione heres, quamuis B *verum ſit compellendum eum manumittere, ſi viueret. Idem eſt, & ſi ita heres inſtitutus eſſet quis:* Titius heres eſto, ita vt Stichum manumittat: *aut* Titio *centum ita lego, vt Stichum manumitteret. Nam mortuo Sticho, nemo dicet ſummouendum eum: Non videtur enim defectus conditione, ſi parere conditioni non poſſit. Implenda eſt enim voluntas, ſi poteſt.*

§. 8. De hoc iureiurando remittendo non eſt neceſſe adire prætorem: Semel enim in perpetuum à prætore remiſſum eſt, nec per ſingulos remittendum. Et idcirco, ex quo dies legati ceſſerit, remiſſum videtur, etiam ignorante ſcripto herede. Ideoque in herede legatarij rectè probatur, vt poſt diem legati cedentem, ſi deceſſerit legatarius, debeat heres eius actione de legato vti, quaſi purè legato relicto ei, cui heres ex- C *ſtiterat.*

HIc explicatur edictum prætoris de remittenda heredibus conditione ſub iuramento appoſita. Huius exemplum eſt: *Ille heres ſit, ſi iurauerit ſe 10. daturum.* conditio eſt vt iuret. hæc conditio remittitur, & inſtitutio habetur pro pura. verum priuſquam vtatur actionibus, debet facere quod facturum ſe iurare iuſſus eſt: *Nemo enim inuitus cogitur iurare, l. hac ſcriptura, de condit. & demonſt.* Eius legis initium eſt reprobatum. Imo enim non vna, ſed duplex eſt conditio. At lex ait, vnam eſſe. quæ ſequuntur in ea *l.* id explicant: altera enim conditio remittitur. Quod ſi dixerit, *heres eſto, ſi iuraueris te plagium facturum,* vtraque remittitur, cum etiam id ſit improbum. quid ſi D ſub conditione iuramento promiſſum eſt? Quid autem ſi volens iurat? iurat quidem, ſed nihil agit. Ex iureiurando enim non naſcitur obligatio, niſi ex iureiurando liberti, *l. vt iuriſiur. de oper. libert. l. & per iuſiurand. de acceptilat.* Vnde ſi iurat, non ſequitur legatum, ſed compellitur dare & facere. At *l. non dubitamus, de condition. & demonſtrat.* dicit, conditionem iuriſiurandi plerunque remitti? Cur ait *plerunque?* quoniam in libertatibus conditio non remittitur, idque fauore libertatis. Exemplum ſi teſtator manumiſit, *ſi iurauerit ſe Titio 10. daturum.* ſeruus non tenetur 10. dare Titio, quia non eſt poſitum in conditione, ſed leuius, citiuſque perueniet ad libertatem iurando, *l. ſi quis ita, de ſtatulib. l. ſeruum, de manumiſſ. teſtam. l. 12. eod tit.* quæ lex eſt coniungenda cum hac lege. Hic proponitur edictum, in l. 12. exceptio ponitur edicti. E Item non remittitur conditio contrahentib *l. ſi quis eum, de iureiur. l. ſi cum patruo, C. comm. vtr. iud.* Mouetur male Accurſ. *l. pactum, de pact.* Quia quæ teſtamento remittuntur, putat etiam poſſe remitti pacto. Hæc cautio remittitur in teſtamento. Igitur in pacto quoque & contractu. Ad maiorem reſpondeo: Sæpe quod lex admittit in teſtamentis, non admittit propterea in contractibus, vt eſt Mutiana cautio. Contra eſt *l. municipib. de cond. & demonſt. & l. Antiſtius, de acq. her.* Illæ leges conditionem non reprobant. in *l. municip.* dicitur, legatum eſt Municipibus ſi iuraſſent. hæc conditio videtur impoſſibilis, cum Municipium corpus ſit incertum: lex ait, eſſe poſſibilem: nam adminiſtrator eius poteſt iurare, ideoque conditio eſt explenda. In *l. Antiſtius* ponit heredem

esse institutum ita, *si iurauerit, heres esto.* ille iurauit, dicitur quod iurando se pro herede gesserit. Reiicienda sunt quæ illic notantur, & notandum in iis locis agi de conditione nudi, simplicisque iurisiurandi vt si simpliciter, iurauerit, sed si dixerit, *si iurauerit se 10. daturum*, decem dando, petet legatum. priori casu non habet quod reponat pro iureiurando, ideoque omnino necesse habet iurare, neque nouum est, vt quis simpliciter iuret, scilicet cum etiam testatur numina, vt ille apud Poetam, *Vos æterni, &c.* Cur autem edicto prætoris remittatur conditio iurisiurandi eleganter habetur in h. l. quia sunt quidam, qui contemnunt diuina numina, ac peierant. Quidam sunt ita superstitiosi, vt lucri causa nolint iurare, ideo dicit si quis iurauerit, non ideo magis consequetur legatum, nisi etiam dederit 10. Superstitio appellatur subtilis reuerentia in *l. vlt. C. de fide instrument. Qui de fideicommisso cognoscunt, &c.* id est, prætores fideicommissarij.

Ad §. Quoties.

LIcet iusiurandum remittatur, tamen dandum & præstandum, quod sub iureiurando iubetur. Quid autem si quis iussus fuerit seruum manumittere, qui viuo testatore est mortuus? dicitur, non deficere conditionem. Contra *l. inde Neratius* §. *idem Iulianus, ad l. Aquil.* Solutio Accursij prima est vera, scilicet, si post mortem testatoris decederet. In §. *vlt.* additur, vt remittatur hæc conditio non esse necesse adire prætorem: nam ipso iure remittitur hodie, quod olim non erat. Cic. 2. in *Verrem. L. 9.* explicata est in *l. 4. §. vlt. sup. eod.*

Ad L. X.

Institutio talis, Si codicillis Seium heredem scripsero, heres esto, *non est inutilis, in quouis herede instituto, præter filium. est enim conditionalis institutio. Nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est. Verum conditionalis est hæc institutio, quæ testamento data esset. Proinde & si ita scripserit:* Cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto, *pari ratione dicendum erit, institutionem valere, nullo iure impediente. §. 1. Si quem ita institutum ponamus*, ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto, *valet institutio etiam in filio, qui in potestate est. Cum nulla sit conditio, quæ in præteritum confertur, vel quæ in præsens, veluti*, Si rex Parthorum viuit: *si nauis in portu stat.*

CErtum est filium in potestate patris à patre heredem institui non posse sub conditione in euentum collata. Videtur enim filius præteritus, *l. heres suus, de hered. instit.* Item, hereditas codicillis nec dari nec adimi potest, *l. quod per manus, de iure codicill.* His positis finge: Quidam testamento sub conditione sic aliquem instituit, *Si Titium codicillis heredem scripsero, heres esto.* Quæritur an valeat institutio, & an debeatur codicillis data hereditas? Dicitur quod non, sed testamento. Dicas igitur, hanc esse conditionalem institutionem. Sic etiam dicitur in *l. potest, sup. de heredib. instit.* Nota hic: *institutio data*: qua loquendi figura vtitur etiam in *l. ex facto §. vlt. de vulg. & pupil. subst.* Vbi dicitur *relicta.* Idem iuris esse asserit, *si nomen codicillis scribatur.* Adde idem esse si scripserit, *ex qua parte Titium codicillis heredem scripsero, heres esto, l. 36. sup. de heredib instit.* quam coniunge cum hac *l.* & hoc casu licet non sit pars adscripta, valet institutio. At filius, qui est in potestate, inutiliter instituitur sic: *si eum codicillis scripsero*, quæ est prima differentia sui & extranei heredis, quam sequuntur aliæ tres.

A

Ad Leg. XI. Si quis testamento.

Si quis testamento hoc modo scripserit: Filius meus, si Titium adoptauerit, heres esto: Si non adoptauerit, exheres esto: *& filio parato adoptare, Titius nolit se adrogandum dare: erit filius heres quasi expleta conditione.*

FIlius potest institui sub conditione potestatiua, at non sub casuali, vel mixta, nisi in eius defectum exheredetur. Mixta conditio est huiusmodi, *si Titium adoptauerit:* pendet enim ex voluntate tum filij, tum Titij. At in specie huius legis vtile est testamentum, quoniam pater adiecit, *si non adoptauerit, exheres esto.* Lex autem ait, hanc

B conditionem pro impleta haberi, si per Titium stet, quo minus adimpleatur. Accursius male obiicit *l. vxorem §. heres, de legat. 3.* quia nihil obstat. Species eius est: heres vel legatarius rogatus est, *vt Titium adoptaret.* non ponit sub conditione esse adiectum, *si Titium adoptauerit.* Verum hoc nihil refert. adiecit, *si aliter fecerit, exheres esto, vel perdat legatum.* heres vel legatarius Titium non adoptat. Dicitur quod Titius ex causa fideicommissi non possit petere vt adoptetur. In quo nota, Neminem posse cogi, vt quem adoptet, §. *sed si quis nepotes, de adopt.* In vtriusque specie, nisi adoptauerit volente Titio, exheres fiet, igitur non pugnat.

C

Ad L. XII. Verba hæc.

Verba hæc, Publius Mæuius si volet, heres esto, *in necessario conditionem faciunt: vt si nolit, heres non existat: nam in voluntaria heredis persona frustra adduntur, cum etsi non fuerint addita, inuitus non efficitur heres.*

DIctum est sup. in *l. 10.* de vna differentia inter suum & extraneum. Hic alia ponitur, scilicet, si extraneus sit institutus, *si volet:* Hæc verba habent figuram conditionis, vim tamen conditionis non habent. Nam quæ tacite insunt, si exprimantur, conditionem non faciunt. In suo & necessario hæc verba conditionem faciunt, *l. Cornelius, de hered. instit.* Nam alias suus heres, etiam ignorans transmitteret hereditatem ad posteros, quoniam ipso

D iure est heres: sed his verbis additis, *si volet*, non aliter transmittit, quam si volet. Tertia differentia est: si suus heres sit institutus sub conditione potestatiua, eam implendo statim fit heres ipso iure: Hoc autem non fit propter conditionis euentum: nam si qua alia conditio adiecta fuisset, non fieret heres sine omni auxilio, sed hoc fit eius voluntate propria, neque abstinendi facultatem habet, *l. 5. de condition. & demonstrat. l. iam dubitari, de hered. instit.* Id autem fit ea ratione, iure sui, vel iure potestatis. Quid facit conditio? eo rem deducit, vt institutio pro pura habeatur: nam si pure esset institutus, statim heres exsisteret, id est, appareret, *l. vlt. §. sin autem parentis, C. de curator. fur.* Secus est in extraneo, hic in parendo conditioni potestatiuæ non fit heres: nam debet repudiare vel adire, & parendo tantum efficitur vt institutio habeatur pro pura, *l. si*

E *pupillus, hoc tit. l. 5. de condict. caus. dat.* In *d. l. si pupillus*, frustra exigitur tutoris auctoritas in adimplenda conditione. Idem ait esse in legatario, vt & in *l. 13. inf.* vbi etiam legatum non adquiritur adimpletione conditionis. Nota: legatum acquirit legatarius sola agnitione, non à morte testatoris, non ab adimpleta conditione, *l. cum vero §. vlt. de fideicomm. libert.* Fateor tamen legatum retrotrahi, *l. seruum filius §. 1. l. si tibi homo §. cum seruus, de legat. 1.* Eadem ratione filius qui est in potestate, potest implere conditionem sine iussu patris, vt & seruus, etiam sine iussu adire non possunt, quoniam eo facto nemo fraudatur *l. 5. de condit. & demonstrat.* Et ideo abundare negationem dicendum est in *l. 25.* vt constat ex *d. l. 5.* & *d. l. si pupillus.*

Ad L. XIII.

Ei qui ita hereditatem vel legatum accepit, si decem dederit, *neque hereditas, neque legatum aliter adquiri potest quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum adquiri solet.*

HVic legi Accursius opponit leg. *Antistius, de acquir. hered.* Ita institutus est heres *si iurauerit.* iurauit. hoc iuramento videtur se pro herede gessisse. Igitur implendo conditionem heres fit: verum, vt supra dixi, ex animi mei sententia hanc hereditatem habeo, *l. 2. C. de iureiur. propt. calumn. ex animi sui scientia*, legendum, *sententia*. Sic libr. 2. *de Orat. ex animi tui sententia vxorem habes*, id est, iura te vxore non carere. Sic *lib. 3. de Offic.*

Ad L. XIV.

Conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quæ legis vicem obtinent, scripta, vel quæ contra bonos mores, vel derisoriæ sunt, aut huiusmodi quas Prætores improbauerunt, pro non scriptis habentur. Et perinde ac si conditio hereditati siue legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve.

QVarta differentia sumitur ex hac lege. heres extraneus institui potest sub conditione illicita, ridicula & probrosa, quorum exempla sunt apud Paulũ, *lib. 3. Sent. tit. 4.* Derisoriæ conditiones similes sunt, inter quas & impossibiles numerari possunt, vt si mare ebiberit, *l. Mæuius, de cond. & demonstrat.* hæc autem conditio, *si 10. in mare proiecerit*, ridicula non est, sed præstanda est. Hæc quoque cõditio, *si reliquias meas in mare proiecerit*, est implenda, quoniam derisoria non est: sed si heres reliquias nõ abiecerit, sed memoria humanæ conditionis sepelierit, nihilominus heres erit, quia inepta est conditio *l. pen. hoc tit.* At in filio suo plane secus est, vt proponitur in *l. 15.* quæ supra exposita est in *l. 1. hoc tit. L. 16.* explicata est in *l. 1. & 4. sup. hoc tit. l. 17.* in *l. 5. sup. eod.* exposita est.

Ad L. XVIII.

Cum seruus pure liber & heres scriptus sub conditione sit: & si heres non exstiterit, legatum acceperit: in legato repetitam videri conditionem Diuus Pius rescripsit.

§. 1. *Hac ratione & Papin. scribit, cum auia nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituit, & postea codicillis scriptis hoc amplius ei legauit, quam quod heredem eum instituit: repetitam videri conditionem emancipationis etiam in legato nullam, vt in hereditate, substitutionem fecisset.*

QVæ traduntur in hac lege, sunt ex sententia Papiniani. Est autem ea sententia in *l. auia, de condit. & demonst.* Finge: Seruus est scriptus liber pure: heres scriptus cum conditione. si conditio defecerit, ei legatum est relictum: Ait Iurisconsultus, in legato videri repetitam conditionem, quod stare non potest: Nam si eadem sit conditio institutionis & legati, simul cum institutione legatum amittet. Præterea institutus est sub conditione, plane sub contraria conditione legatum relictum dicendum est: Quare pro *conditionem*, legendum est, *libertatem*, vt ostendit *l. Diuus Pius, de manumiss. testam.* Quod & his tribus speciebus ostenditur. Prima: Seruus institutus est sub conditione ex parte, libertatem à se accipiet, non à coherede, *l. Trebatius, de hered. instit.* Si deficiat conditio, legatum habebit & libertatem. Secunda: Seruus liber esse iussus est. post institutus sub conditione, si deficiat conditio, relicta sunt 100. non repetita libertate, libertatem tamen repetitam habebit, *d. l. Diuus Pius.* Idem quoque dicendum est in specie legis nostræ, quæ tertia est. Ac quemadmodum in hac nostra specie libertas censetur repetita, sic etiam in sequenti specie conditio. Finge: Auia ita dixit, *fili mi, heres esto, si te pater emancipauerit: quod si heres non fueris, Titius esto.* Deinde codicillis ita scripsit: *Eo amplius, quo te heredem institui, lego* 100. nec in legato repetita conditio est. verum eadem conditio legato repetita censetur.

Ad L. XIX.

Si ita scriptum fuerit, Titius heres esto: Si Titius heres erit, Mæuius heres esto. *Si Titius suspectam adierit hereditatem, potest Mæuius suo arbitrio adire, & quartam retinere.*

SCiendum est, heredes rogatos restituere hereditatem, si sponte adeant, retinere quartam: si non sponte, nihil retinent, *l. qui poterat, ad Trebell.* Finge nunc: testator dixit, *Primus heres esto, Si primus erit, Secundus esto.* Deinde rogati sunt heredes de restituenda hereditate. Primus coactus adiit. Quæritur an Secundus adire possit? Et ait lex posse, & si sponte adierit, Secundus quartam retinebit. *L. 20. princ.* exposuimus in *l. 4. §. 1. sup. eod.*

Ad §. I. Leg. 20.

Si quis hereditarium seruum iussus est manumittere, & heres esse, quamuis si manumiserit nihil agat: tamen heres erit. Verum est enim eum manumisisse. Sed post aditionem libertas seruo data secundum voluntatem testatoris conualescit.

§. 2. *Si quis te heredem ita instituit, si se heredem instituisses, aut quid sibi legasses, nihil interest, quo gradu is à te heres institutus, vel quid ei legatum sit: dummodo aliquo gradu, id te fecisse probes.*

IN libris nostris semper hereditarius seruus dicitur iacente hereditate: nam adita hereditate non hereditarius, sed heredis dicitur, quod constat ex specie huius §. Finge: *Titius heres esto, si seruum hereditarium manumiserit.* hæc conditio videtur impossibilis, quoniam, cum non sit dominus serui, iure seruum manumittere non potest. Verum si libertatem dederit, etsi nihil agat, tamen conditionem impleuerat, & adita hereditate libertas conualescet ex voluntate defuncti, *l. si seruo, qui & à quibus manum.* Sic etiam seruum hereditarium accipere oportet in *l. 4. §. vlt. sup. eod.* Species eius §. est: ex asse heres institutus est si seruum hereditarium non alienauerit. Hæc conditio impossibilis est, quoniam eiusmodi conditiones, quę sunt in non faciendo, implentur cautione Mutiana. At non est cui caueat, quoniam ex asse scriptus est. Videndum sub qua conditione sit scriptus. Si sub hac: *heres esto si vxorem non duxeris, si in Capitolium non ascenderis.* hoc casu debet cauere, quoniam & ante aditionem, & post vxorem ducere potest. At si dixerit, heres esto, *si 10. quæ debeo non petieris*, hoc casu non cauebit, quoniam non est cui caueat, aut à quo petere possit, cum sit heres, quod etiam ostenditur in hac *l. mulier.* Eademque plane ratio est in hac conditione: *si seruum hereditarium non alienauerit*; nec enim est cui cauere possit, quoniam id res non patitur, cauetur autem legitimo heredi, quoties res patitur.

Ad §.

Ad §. vltimum.

Capatoria institutio, hæc est: *Heres esto si me heredem feceris.* Hæ institutiones reprobantur, sed si dixeris, *heres esto si heredem scripsisti*, hæc institutio non reprobatur, nec hamata est.

Ad L. XXI. & XXII.

L. 21. Seruus alienus ita heres institui potest, Cum liber erit. *Proprius autem ita institui non potest.*

L. 22. Quia ratio suadet: eum, qui libertatem dare potest, ipsum debere aut præsenti die, aut sub conditione dare libertatem: nec habere facultatem in casum à quolibet obuenientis libertatis heredem instituere.

SEruum alienum vtiliter instituo, *cū lib. erit, her. esto.* Sed proprium eo modo inutiliter instituo, quoniam ea, quæ in nostra potestate sunt, non debemus εἰς τύχω ἀνάγειν, vt ait Theophilus in §. *seruus autem. Qui test. tut. dar. poss.*

Ad L. XXIII.

L. 23. Vter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit vxorem ex dodrante: qui non duxerit ex quadrante heres esto: aut si nubit alteri, aut non vult nubere. Consobrinam qui ex his duxit vxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans, si neuter eam duxerit vxorem, non quia ipsi ducere noluerunt sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes æquales admittuntur. Plerunque enim hac conditio, si vxorem duxerit, si dederit, si fecerit, *ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det, aut faciat.*

SPecies: Vter ex fratribus meis consobrinā vxorem duxerit, ex dodrante, qui non duxerit, ex quadrante heres esto. Olim hæc institutio erat licita, ideo ei erat parendum, hodie illicita est, ideo habetur pro non scripta ex Constitutione Theodosii, vt constat ex *Paulo Monacho in Theodos.* Diuus Ambrosius, *lib.* 18. *Epist. & l.* 1. *C. Theod. de nupt.* Quare non erit obseruanda, sed ex æquo diuident hereditatem. Sed aut illa consobrina alteri nubit, aut nulli, si alteri nubit, vnus habebit quadrantem, alter dodrantem; si neutri nubat, æquales partes fient, quod etiam traditur in *l.* 2. §. *qui ita, de bonorum poss. secun. tab. l.* 14. exposui in *l. prox. l.* 25. *&* 26. *in l.* 12. *sup. eod.*

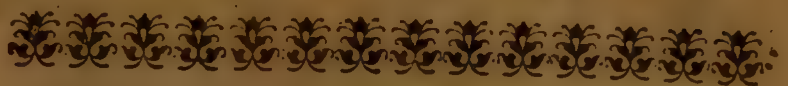
Ad Leg. XXVII.

Heredi, quem testamento pure instituit, codicillis scripsit conditionem. Quæro an ei parere necesse habeat? Modestinus respondit: Hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest. Porro in defectu conditionis de ademptione hereditatis cogitasse intelligitur.

TEstamento scriptus est heres pure, codicillis adiuncta conditio. Ei conditioni parendum non est, & pro non scripta habetur, quoniam conditionem adiicere, & sub conditione hereditatem adimere codicillis non licet, quare conditioni parendum non est, §. *penult. de codicil. L. vlt.* est exposita, in *l. si ita scriptum. sup. de liber. & posthum.* & in *tit. de hered. instit.*



Digest



AD TITVLVM. VIII.

De iure deliberandi.

Ad L. I. II. & III. IV.

L. 1. Si seruus fuerit heres institutus: vtique non ipsi præstituimus tempus ad deliberandum, sed ei, cuius seruus est, quia pro nullo isti habentur apud prætorem. Itemque si plurium seruus sit, vtique omnibus dominis præstituemus.

§. 1. *Ait prætor*, si tempus ad deliberandum petet, dabo.

§. 2. *Cum dicit tempus, nec adiicit diem, sine dubio ostendit esse in ius dicentis potestate, quem diem præstituat.*

L. 2. Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi.

L. 3. Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam sæpius diem ad deliberandum datam esse, dum prætori suadetur, tempus quod primum aditus præstituerat, non suffecisse.

L. 4. Sed hoc impetrari non debet, nisi ex magna causa.

IVs deliberandi siue tempus ad deliberandum datur heredibus, sed non omnibus: Nam necessariis heredibus nullo iure datur. Iure ciuili tempus ad deliberandum suis non datur, iure prætorio datur, *l. 8. inf. hoc tit.* Extraneis vero vtroque iure datur, §. *extraneis, de hered. qualit. & differ.* Tempus autem ad deliberandum datur aut à testatore, quod vocatur *cretio*, cuius hæc formula est apud Vlpianum in *Fragmentis tit. qui heredes institui possunt*, §. *cretio, Titius heres esto, cernitoque in diebus 100. proximis, quibus scieris, poterisque: nisi ita creueris, exheres esto. Cretio* à cernendo dicta est. Vnde nostri in *l. pupill. de acquir. heredit.* vtuntur verbo *decernere* & *scire.* Idem est cernere Varroni *lib. 5. de ling. lat.* Et apud Plautum: *Quia ego te amaui & mihi amicam esse creui. Creui*, ait Varro, *id est constitui.* Imperatores vocant *cretionem dicere, l. 5. C. Theodos. de bon. matern.* Cretio quoque testibus præsentibus fieri poterat. Quin & filiusfamilias cum hereditatem per cretionem interpositam adquirebat, eam patri acquirebat, patre scilicet iubente filium cernere, *l. 4. C. Theodos. de bon. matern.* Erat duplex cretio, vulgaris & continua. Continua cretio erat, cui non addebantur hæc verba: *Quibus scieris poterisque*, & in hac cretione computabantur etiam dies, quibus aut nescierat, aut cernere non poterat. Vulgaris est, cui ea verba addita sunt. Hoc in verbo erratum est in *can. ius Quiritum.* 1. *q.* 1. vt constat ex libro Isidori, vnde sumptum est, vbi pro *curationibus*, legendum est, *cretionibus*. Sic male hoc verbum exsulat libro quinto Valerij Maximi, *cap. de ingratis.* Vbi pro *solum se sortitum*, legendum: *solam se creuisse*, vt indicant veteres libris. Ergo ius deliberandi datur heredi scripto cum cretione vel ex cretione. Solet autem prætor dare tempus ad deliberandum, quod proponitur hac *l.* 1. in qua nullū certum tempus præstituit prætor, sed præstiturum se pollicetur. Verum ex *l. quandiu institutus, de acq. hered.* si intra tempus præstitutum non adierit, denegantur illi hereditariæ actiones. Non poterat autem prætor minus centum diebus dare, *lege si Titio* §. *quædam, quando dies legat. ced. leg.* 3. §. *& si heres, de minor.* Plures vero potest. Et hic *dies centesimus* vocatur *dies aditionis, l. Pannonius, de acquir. hered.* Eodem modo etiam liberis & parentibus dat prætor centum dies, & hoc est, quod ait in *l.* 2. Præterea in *leg.* 1. proponitur, seruo alieno non dari tempus ad deliberandum, sed eius domino, quoniam nec iure ciuili, nec prætorio seruorum habetur ratio. Ho-

Vu

die cretio sublata est, & ius deliberandi ex constitut. Iusti- A
nian. est supervacaneum, non tamen sublatum, cum id datum sit, ne se quis temere aere alieno oneraret incertus de hereditatis viribus. hodie potest quis sine metu quamlibet hereditatem adire: quod heredes consequuntur, si inventarium hereditatis faciant, quo facto non tenentur vltra vires hereditarias. Praeterea facto inventario actiones, quas heres tempore habebat cum defuncto, aditione non confunduntur, sed quod sibi testator debebat, habebit. Demũ si inventarium fecerit, detrahet Falcidiam, sed si deliberare velit, non repelletur. Verum hoc casu ius deliberandi valde transformatum est: Nam hodie semel tantum datur tempus ad deliberandum, olim iusta de causa tempus *l. 3. & 4. hoc tit.* Praeterea hodie tempus datur aut a Principe, & est annus; aut a magistratu, & sunt novem menses. *l. vlt. §. sed* B
quia C. de iure deliber. Et eo modo in solidum heres omnibus creditoribus cogitur respondere: Vnde ea hereditas locuples dicebatur, quae heredem habebat, & hoc verum est, sive is inventarium fecerit, sive non. verum is qui ex deliberatione heres est, si fecerit inventarium, habet Falcidiã: sin minus, non habet. *d. l. vlt. §. vlt.* Itaque valde est diminuta lex Falcidia: Primo, quia illa contra voluntatem testatoris locum non habet. Secundo, quia is, qui non fecit inventarium, vti ea non potest. Hoc de l. 2. 3. 4.

Ad L. V.

Aristo scribit, non solum creditoribus, sed & heredi instituto praetorem subvenire debere. Hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, vt perinde instruere se possint, expediat, necne agnoscere hereditatem. C

§. 1. Si maior sit hereditas, & deliberat heres, & res sunt in hereditate quae ex tractu tẽporis deteriora fiunt, adito praetore potest is, qui deliberat, sine praeiudicio eas iustis pretiis vẽdere. Qui possit etiam ea quae nimium sumptuosa sint, veluti iumenta, aut v[e] mancipia, item ea quae mora deteriora fiunt vendere. Quique praeterea curaturus sit, vt aes alienum, quod sub poena, vel sub pretiosis pignoribus debeatur, soluatur.

CRedo huius legis inscriptionem vitiatam: nam lib. 70 ad edictum Vlpianus tractat de interdictis. quare putarem legendum 60. in quo de iure deliberandi tractatur, D
vt constat ex *l. 1. & 3. sup.* In hac autem lege permittitur creditoribus missis in possessionem bonorum debitoris, rationes debitoris inspicere, earumque ἀπογραφὴν facere. & quasi inventarium, vt dicitur in *l. cum plures, de reb. auctor. iudic. possid.* vt notent, quot quibusque de rebus sint negotia. Idem conceditur heredi deliberanti, vt constat ex hac *l. & l. Aristo. & seq. de adquir. hered.* In qua proponitur, non videri eum, qui instrumenta inspicit, eam ob rem se pro herede gerere: nam hoc fit, vt se instruant heredes. Ait *perinde*, id est, *proinde*, vt notavit Fla. Sosipater. Verum qua via iuris id assequetur heres, scilicet vt sibi instrumenta exhibeantur? An interdicto de tabulis exhibendis, an edicto, quemadmodum testamenta inspiciantur? Id quidem Accursius tentavit, sed male: Nam in illis E
duobus edictis tantum de testamentis, aut iis, quae ad testamenta pertinent, tractatur, vt sunt tabulae pupillares, aut codicilli. Et haec duo remedia tantum heredibus, aut legatariis dantur, *l. 2. quemad. testam. ap. l. 3. de tab. exhib.* Differunt autem haec duo inter se, quod interdictum *de tabulis exhibendis* est ordinarium, quo venitur in eum, qui negat se habere tabulas, *l. 3. §. condemnatio, de tabul. exhibend.* Edictum autem, *quemadmodum testamenta inspiciantur*, est extraordinarium. Quare hoc auxilium, de quo agitur in hoc titulo, non est eorum interdictorum, sed est auxilium aliud quoddam extraordinarium.

A

Ad §. Si maior.

INterpretes male ea, quae proponuntur in hoc §. *& l. prox.* separant ab iis, quae sunt in *l. 7.* Quaestio etiam is, qui deliberat de adeũda hereditate, habeat ius deminuendi? Et vetat praetor quicquam deminui, nisi causa cognita, & nisi ex magna causa, arbitratu boni viri. cuius multa exempla proponũtur in hoc §. *& l prox. hoc tit.* vt sunt vina, iumẽta, fruges, vestes arcae, & ea quae nimis sũptuosa sunt, vt sũt equi, & mãcipia venalia, quae hoc loco venalitia vocantur, vt & ii, qui ea emunt vt carius vendant, venalitij dicuntur, *l. mandatum 57. ff. mand. l. mercis 2. de verb. signif.* B
l. 1. C. de mandat. Ait, *sine praeiudicio*, id est, nec propterea se pro herede gessisse, videtur. Ait, *ea quae mora deteriora fiunt*, haec verba circumscribenda sunt, *l. non solum, de petit. hered.* Idem namque est, quę tempore deteriora futura sunt, cum iis, quae mora. Adiicitur etiam in *l. 6.* heredem, qui deliberat posse iussu praetoris impensas necessarias facere, vt sunt cibaria: debet autem hoc facere ex frugibus, nummis, aut nominibus. *Quod si, inquit, nulli sunt debitores, provocent aut iudicem.* iudicem provocare dicitur, qui sponte iudicem admittit, vt sponsione, à quo recedere non licet. Plinius in prooemio lib. suorum: *quisque iudicem sumit, constituit quem vult, vnde provocatio appellatur.* Denique venire iubentur lenora, *l. lex quae §. 1. C. de admin. tut.*

C

Ad L. VII.

Ait praetor. si pupilli pupillae nomine postulabitur tẽpus ad deliberandum, an expediat, eum hereditatem retinere: & hoc datum sit, si iusta causa esse videbitur, bona interea deminui, nisi si causa cognita boni viri arbitratu, vetabo.

§. 1. Merito praetor impedit interim deminutionem, quandiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberandum.

§. 2. Quid sit autem, deminui vetabo: *videamus. His verbis praetor non tantum alienationem impedit, verum etiam actiones exerceri non patitur. Est enim absurdum ei, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere. Et ita Labeo scripsit.*

§. 3. In causae autem cognitione hoc vertetur, an iusta causa sit, vt deminuere praetor permittat. Ergo & funeris causa deminui permittet. Item eorum quae sine piaculo non possunt praeteriri, vescendi gratia aeque deminui permittet. Sed & vbi vrget, ex aliis quoque causis permittere eum oportet, vt aedificia sarciantur, ne agri inculti sint: si qua pecunia sub poena debetur, vt restituatur, ne pignora distrahantur. Ex aliis quoque iustis causis praetor aditus deminutionem permittet: neque enim sine permissu eius debet deminutio fieri. D

PRoponit in hoc edicto praetor difficiliorem casum in eadem specie: neque enim pupillo deminuendi potestas est sine iussu praetoris *l. si sciens, de contrah. empt.* Quin nec sine arbitratu boni viri funeris impensa & impensa hereditaria fiet. Ait, *vescendi gratia*, vt puta, pascendae familiae gratia. E

Ad L. VIII.

Si quis suus heres posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus, an impetrare debeat: magisque est, vt ex causa debeat impetrare, cum nondum bona venierint.

SVis heredibus tempus ad deliberandum iure praetorio dari certum est, quod sine aditione praetoris facere non potest. posset petere tempus ad deliberandum de immixtione, & hoc eis suo iure datur, *l. vlt. C. de repud.*

hered. nec necesse habent restitui. Et hoc verum est, si omnia sint integra, si nihil sit distractum ex hereditate. Nam si non sint integra, non poterit se miscere petita restitutione in integrum.

L. 9. exposui in *l. 7.*

Ad Leg. X.

Si plures gradus sint heredum institutorum: per singulos observaturum se ait prætor id, quod præfiniendo tempore deliberationis edicit, videlicet vt à primo quoque adsequentem translata hereditate, quamprimum inueniat successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere.

IN 10. lege proponitur, prætorem in dando tempore deliberandi gradum, ordinem obseruaturum, vt primo loco det institutis, tum substitutis, & sic deinceps.

Ad §. vltimum.

Qui filium libertinum habebat, heredem eum instituerat. deinde ita scripserat: si mihi filius nullus erit, qui in suam tutelam veniat, tum Dama seruus liber esto. *Is filius pupillus libertinus erat, quærebatur, si Dama liber esset. Trebatius negat, quia filij appellatione libertinus quoque contineretur. Labeo contra, quia eo loco verum filium accipi oportet. Trebatij sententiam probo: si tamen testatorem de hoc filio locutum esse apparet.*

HÆc lex nihil ad hũc titulum pertinet, vt alias annotaui. Species hæc est: Testator habebat filium libertinum, quem ita heredem scripserat: *Filius heres esto, si heres non erit, tunc Dama heres liberque esto.* Quæritur, an cum hunc solum filium libertinum habet, filij appellatione etiam veniat, an vero Dama sit futurus liber & heres? Filius autem libertinus is est, qui susceptus in seruitute est, & postea cum patre vna manumissus. De hoc Papinianus quærit, contineanturne filij appellatione in *l. ex facto §. si quis rogatus fuerit, ad Trebell.* Tradit autem Papinianus, hunc filij appellatione venire. *si* pro *an*, vt & in *l. 3. §. ait prætor, de collat. bon.* Non est ferendum, quod quidam volunt libertinum filium dici, quem dominus ex serua susceperat, & pôst manumiserat. Is enim mihi est filius, idéque libertus, quod tamen hoc loco Accursius tentat. Nec quoque probanda est Alciati hac de re sententia, dicẽtis libertinum eum dici, qui susceptus est ex ciue Romano & libertina: Nam is est Latinus, teste Vlpiano in *Fragmentis.*



IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI
Recitationes solemnes
AD TITVLVM I.
De Legatis I.

Ad L. I. & L. CXVI.

L. 1. Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.

L. 116. Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod vniuersum heredis foret, alicui quid collatum velit.

§. 1. Heredi à semetipso legatum dari non potest, à te coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, & duobus extraneis: ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia à se vindicare non potest: à coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte. Extranei autem & ab A *ipso herede, cui legatum est, semissem, & ab alio herede trientem vindicabunt.*

§. 2. Alienus seruus heres institutus legari ipse à se nec totus nec pro parte potest.

§. 3. Seruo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit: quia hereditas personæ defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur.

§. 4. Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Itaque siue ipse fundo heredis seruitutem debuit, siue ei fundus heredis: licet confusione dominij seruitus exstincta sit, pristinum ius restituendum est. Et nisi legatarius imponi seruitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur. Si vero fundo legato seruitus non restituetur, actio ex testamento superest.

B

LEgatum in *l. 116. inf. h. t.* sic definitur à Florentino: *legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod vniuersum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Hæc definitio est secundum ius nouum, id est, legem Falcidiam. Nam secundum duodecim tabul. legatis non tantum delibari, sed & exhauriri & onerari hereditas potest. *Exhaurire hereditatem,* id est, assem absumere, exinanire, vacuefacere, exantlare. Onerare est legare vltra dodrantem. At lege Falcidia nõ potest plus legari, quam vt quadrans heredi supersit, *l. si filia 20. §. Papinianus, famil. ercisc.* Igitur secundum legem Falcidiam legatum non est onus aut exhaustio hereditatis, sed delibatio ad finem & modum dodrantis. Hoc vt C clarius intelligatur, subiicitur, *qua testator ex eo, quod vniuersum &c.* Ea subiectio significat, hereditatis solius delibationem esse legatum, & in hoc à fideicommisso differt. Nam fideicommissum & ab herede potest relinqui, & à legatario. non tantum hereditatem onerare testator potest, sed etiam legatum. Ab herede relinquitur ad modum legis Falcidiæ, à legatario absque vllo legis modo. Nam legatarius non habet beneficium legis Falcidiæ. verum à legatario legari non potest, in *tit. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* Fideicommissum igitur etiam legati delibatio vel absumptio est. legatum legati ne delibatio quidem est; fideicommissum ab herede heredis vel herede legatarij relinqui potest, vel à patre vel domino heredis, vel legatarij, legatum non item, *l. 4. & 5 de leg. 2.* Igitur legata à solis heredibus relinquuntur, qui heredes sunt ex sua D persona principaliter, fideicommissa relinquuntur etiam à non heredibus. At quæret quis: si fideicommissum relinquatur ab herede, an ei fideicommisso illa definitio conuenire possit? *Delibatio hereditatis, &c.* Minime vero: Nam *delibatio* verbum est directum, quo significatur, per legatum ipso iure hereditatem minui, *l. à Titio 64. de furt.* & ideo Græci lib. 45. Basil. delibationem vertunt μείωσιν: per fideicommissum, non item. Legatum in vindicatione consistit: fideicommissum in persecutione & restitutione heredis. Legatum pendet ex ipso, & quidem solo testamento; fideicõmissum ex fide heredis, non ex eo ipso testamento. Ex legati causa dominium transfertur recta via: fideicommissi dominium non transfertur, sed tantum possessio, *l. qui vsumfructum, sup. si vsusfruct. petat.* Eodem mo- E do est accipienda alia definitio in *l. 36. de legat. 2. Legatum est donatio testamento relicta.* Donatio quoque ius directũ significat. Fideicommissum non est donatio directa: nam non relinquitur ita, *do, lego, vel dato,* sed sic, *rogo vt des.* Denique legatum relinquitur verbis directis; fideicommissum precariis. Ideoque in *l. vlt. C. de falf. cauf. adi. leg.* sic legitur, *legati sen precariis verbis.* Verba legati sunt directa, fideicommissi precaria. Ideo legatum Græce scriptum non valet: nam verba Græca directa non sunt. Verba directa sunt Latinæ voces, quibus leges populi Romani scriptæ sunt, *vt damnas esto, capito, habeto, sumito, danto, faciunto.* Ideoque recte Porphyrio in illud Horatij, *Transnanto Tyberim, vide,* ait, *vt directis verbis vtatur.* Fideicommissum autem Græce valet scriptum, *l. fideicommissa, l. 11. inf. lib. 8.* Fideicommissum quocunque verbo relin-

quitur. Præterea legata non possunt relinqui nisi testamento, fideicõmissum etiam ab intestato, de §. *preterea*, *fideic. hered.* Igitur hæc definitio: *Donatio testamento relicta*, non potest accommodari fideicommisso: non enim in testamẽto tantum relinquitur. Videamus nunc an ea conueniat donationi causa mortis. Legatũ est donatio. Legatũ mortis causa capitur, *l. mortis causa, de donat. mort. caus.* Ergo legatum est donatio causa mortis testamento relicta. Donatio autem causa mortis extra testamentum, non est legatum. Rursus: legatis modum imposuit lex Falcidia: Donationi inter viuos modũ imposuit lex Cincia, *l. 4. C. Theod. de donat.* De eo etiam loquitur Iustinianus in *Nou. 162.* cuius primum caput est de donationibus, vbi male legitur *Sentia*, pro *Cincia*, Dubitabatur de donatione causa mortis, vtrum modum accipiat ex l. Falcidia, an ex lege Cincia, idque ante Constitutionem Seueri. Sed Seuerus legem Falcidiam traxit etiam ad donationem causa mortis, *l. 2. C. de donat. cauſ. mort.* Post Seuerum prudentes generaliter censuerunt, donationis causa mortis & legatorũ eundẽ esse effectum in omnibus & per omnia, *l. 1. §. 1. inf. si quid in fraud. patron. l. Marcellus §. vlt. l. etsi debitor, l. illud, de donat. causa mort.* Idem postea confirmauit Iustinianus in *l. vlt. C. de donat. causa mortis*, ex qua Constitut. in *d. l. Marcellus*, Tribonianus adiecit: *hoc & constitutum est*, à Iustiniano scilicet: nam ante eum id nullus constituerat. Verum hoc ita procedit, si is qui donauit causa mortis, testatus decesserit: nam ab intestato donationes causa mortis non sunt instar legatorum, quia nulla sunt legata, quibus possint exæquari, *l. si filius 20. inf. de legat. præst.* Ideoque in *l. tam is, de donat. cauſ. mort.* dicitur, *tam is qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest.* Græci lib. 47. Basilicõn *tit. 3.* hanc differentiam addunt: Nam si is, qui donat testamentum facit, donata comparantur legatis, si non, non comparantur. Adiecit etiam Iustinianus verbum *fere*, *Instit. de donat.* Cuius particulæ adiectæ ratio est, quod qui donat causa mortis, potest sibi hanc legem dicere, vt ne donationem reuocet; quamuis regulariter donatio causa mortis pœnitẽtia reuocetur, *Nou. 87. l. si alienum 13. de donat. causa mort.* in eo qui legat secus est: nec enim qui legat, potest sibi hanc legem dicere. *l. si quis, in princ. de legat. 3.* Verum sciendum multas alias & propemodum innumeras esse differentias inter legata & fideicõmissa. Latini Iuniani fideicommissum capere possunt, legatum non item. Vlpian in *Fragm. tit. 26.* Item fideicommissum ante heredis institutionem relinqui potest, legatum non, §. *ante heredis*, *de legatis.* Item, lex Falcidia pertinet ad legata, ad fideicommissa non item, Lex Furia quæ obtinuit ante leg. Falcidiam, pertinebat & ad legata, & ad ceteras omnes mortis causa capiones: Vlpian. *tit. 1.* Lex Falcidia initio pertinebat ad sola legata. Postremo cum ita relinquitur fideicommissum, *cum morietur heres*, videtur relictum post mortem heredis, *l. 1. §. si ab ipso patre, de collat. bonor. l. 11. §. si filio, lib. 3. inf.* In legatis aliud est: multum enim interest, an relicta sint, *cum morietur heres*, an *post mortem heredis*: nam hoc modo inutiliter relinquitur, illo vtiliter. In summa, tot sunt legatorum & fideicommissorum differentię, quot testamentorum & codicillorum. At vt testamentis solent opponi clausulæ codicillorum, scilicet, vt *si non obtineat quasi testamentum, obtineat saltem quasi codicillus*: Sic in legatis clausula fideicommissorum opponitur nam: quod legabant, testabantur se idem per fideicommissum relinquere, *l. Publius, inf. de cond. & demonstr. Quisquis mihi heres erit, do, lego, fideicommitto, &c. l. non ad ea, eod.* Legauit eandem rem pure, & sub conditione, est in arbitrio legatarij electio, an pure, an sub conditione legatum sumere velit. Legatum etiam legatio appellatur in *l. pen. §. matri, de adim. legat.* Græci πρεσβεῖον, *Nouell. 87.* interdum legati nomen generaliter accipitur, vt comprehendat fideicommissum & donationem causa mortis, *l. 87. lib. 8.* quæ pertinet ad leg. Iuliam & Papiam. Sic sæpe legatum pro fideicommisso legitur, at fideicommissum nusquam

A pro legato accipitur. In 12. Tab. legati appellatione non continetur fideicommissum, nec in lege Falcidia, sed legati nomine tutelæ, libertates, institutiones continentur, *l. verbis, de verb. sign.* non tamen fideicommissa, quia nõdum in vsu erat ius fideicommissorum, quæ sunt ex Constitut. August. *Inst. de fideicommiss. heredit.* Postremo sciẽdum est, quod etsi sint multæ differentiæ inter legata & fideicommissa; tamen in multis locis ea Iurisconsulti æquant, vt in *l. quæ sub condicione §. in fideicommissis, de condit. instit.* Item in edicto *quod legatorum:* nam subintelligitur *vel fideicommissorum*, *l. 1. C. quod legat. & l. 1. hoc tit.* quæ pertinet etiam ad edictum *quod legatorum.* Hæ superiores differentiæ sublatæ sunt paulatim omnes legibus & Constitutionibus. Primum ex *Nou. Theodos. de testa-*

B *ment.* legatum Græce relinqui potest. Secundo ex Senatusconsulto Pegasiano Falcidia pertinet ad fideicommissa etiam particularia testamento relicta, §. *ex singulis, Instit. de fideicomm. heredit. l. 1. §. Marcellus, in. fi. Si cui plus quam, per leg. Falcid. licet, l. is cui, ad leg. Falcid.* Constitutione autem D. Pij lex Falcidia pertinet ad fideicommissa ab intestato relicta, *l. filiusfamilias 18. inf. ad leg. Falcid.* Præterea ex Constit. Iustin. legatum potest relinqui ante heredis institutionem, *l. ambiguitatis, C. de testamen.* Eodem auctore Latinorum sublata est conditio. Igitur omnes libertini hodie legatorum & fideicommissorũ capaces sunt. legatũ potest relinqui ab herede heredis, *l. scrupulosam, C. de contr. stipulat.* fideicommissum potest vindicari sicut legatum, *l. 1. C. comm. de legat.* Tandem Iustin. *legata per omnia omnino æquauit fideicommissis.* Ita

C scilicet, vt si qua in re meliori iure essent fideicõmissa, idem ius hodie etiam in legatis obtineret: vt potuit fideicommissum à legatario relinqui, poterit & hodie legatum. Potuit fideicommissum relinqui à patre, vel domino heredis, vel legatarij: poterit & legatum. In fideicommissis, non quid testator dixisset, sed quid sensisset quærebatur; idem in legatis hodie non habita ratione verborum, directa sint, an precaria, *l. 2. C. comm. de legat.* Et contra, qua in re meliori iure erant legata, in ea idem ius in fideicommissis obtineret. vt legata petebantur iure ordinario: sic hodie etiã fideicommissa. Denique legata dominium transferebant recta via, sic & fideicommissa. In summa legatũ fideicommissi iure censetur, & contra. Nec inter ea, quæ testamento relinquuntur, potest hodie constitui vlla differen-

D tia ex verbis precariis aut directis: sed ex sola voluntate defuncti. Ideo factum est vt sic Iustin. mutauerit definitionem legati, hoc modo: *legatum est donatio à defuncto relicta.* Hæc definitio etiam fideicommissis conuenit. nam hodie donatio est, & à defuncto relinquitur. Vetus definitio erat, *donatio testamento relicta*, hodie autem non tantum testamento, sed & codicillis & ab intestato relinquitur. Quidam codices habent *ab herede præstanda*; quidam ea delenda censent, & recte. Sed non bene probant; quia inquiunt, plerunque à viuo testatore legptum repræsentatur: nam is, qui repræsentat rem, quam legauit, non videtur legatum præstare, sed donare inter viuos, *l. huiusmodi 84. §. si Titio, hoc tit.* Legauit testamento Primum, aut Secundum, non vtrumque, deinde præstitit Primum, nihilominus Secundus petetur ex testamento post mortem

E testatoris. Quod non fieret si videretur vt legatum repræsentasse, videtur enim donasse inter viuos. Sic igitur probabimus hæc verba delenda esse, quia non tantum præstatur ab herede, sed etiam à legatario, & ab herede heredis, & à patre, vel domino heredis vel legatarij. Denique illa verba conuenirent veteri definitioni non huic. Quod autẽ Iustin. sibi tribuit de exæquatione legatorũ *l. 1. C com de leg.* id refertur ab Vlp. in *hac l. 1.* ergo non auctor est huius sententiæ Iustin. Sunt plerique qui in manuscripto lib. qui est in sacro sacello huius vrbis Bitur. notarunt hic legi pręponi nomen Iust. non Vlp. quia in illo libro est imperator. Eodem vero argumento *l. 1 de verb. obl. l 1. de imp. in reb dot l. 1. de excusat. tut.* falso tribuuntur Vlp. vel Modestino: Nã in eo lib. illis locis apponitur hæc vox im-

fator, quam tamen nemo non dixerit veterum Iurifcon-fultorum effe. Sed hic error & alios multos libros occupauit. Et fuit tempus quo folebant librarii libris addere, hoc nomen Impp. Eodem etiam argumento in *l. 2. hoc tit.* erit Imperator: nam in illa eft idem. Retinenda eft vetus infcriptio, vel eo maxime quod indicat hanc legem poffe referri ad interdictum quod legatorum, vt docet l. 1. *quod legat.* Illud interdictum datur in legatarium qui vacantem poffeffionem rei legatæ, quafi fuo iure occupauit, vt fcilicet per hoc interdictum poffeffio reducatur ad heredem, & poftea legatarius heredem conueniat legati nomine. Illud interdictum non datur aduerfus legatarium, qui ab herede rem legatam per vim extorfit: is enim tenetur interdicto vnde vi, & legatum amittit, *l. extat, fup. quod met. cauf.* Datur autem heredi cuius intereft, non poteft eius intereffe, nifi Falcidiam prætendat, *l.* 1. *C. quod legat.* Heres autem Falcidiam adfequitur duobus modis, per retentionem rei legatæ, id eft, non præftando rem legatam, antequam deducat Falcidiam, vel per vindicationem, quando legatarius poffidet rem legatam, quia Falcidia videtur femper remanfiffe in hereditate. Sed multo melius eft vti retentione, quam vindicatione. Vt igitur heres hoc commodo vtatur, id eft, vt Falcidiæ habendæ caufæ retentione fibi confulat, per hoc interdictum poffeffionem petit, & recepta ea, fibi per retentionem confulit. Hic eft finis huius interdicti. Scripferat autem Vlpian. ad lib. 67. ad edictum, illud edictum dari non tantum legatorum, fed fideicommifforum etiam nomine, & hac in re exæquata funt omnia legata fideicommiffis: Verum quia Conftitut. Iuftin. non hac tantum in re, fed in omnibus exæquata funt, ideo Tribonian. ad Vlpian. adiecit hæc verba, *per omnia.* At cur etiam interdictum quod legatorum, non pertinet ad donationes caufa mortis, datur heredi Falcidiam prætendenti, & Falcidiæ etiam donationes caufa mortis fubiiciuntur, vt dictum eft, & tamen negatur pertinere ad eas donationes, *l.* 1. § *fiquid, quod legat.* Ratio eft hæc: Ex legatis & fideicommiffis Falcidia poteft feruari per retentionem: non ita poteft feruari ex rebus donatis mortis caufa: Nam legata & fideicommiffa à teftatore corporaliter in legatarium non transferuntur, fed adfcribuntur tantum: At donata à donatore corporaliter transferuntur: Igitur heres non poteft per rerum iam donatarum à defuncto retentionem Falcidiam feruare, ideo non poteft eius retentionis caufa interdictum quod legatorum intendere: verum vindicabit Falcidiam à donatario, quoniam videtur manfiffe in hereditate, *l. pen. C. ad l. Falc.* Nunc videamus, quot fint genera legatorum, & quæ actiones fingulorũ nomine competant. quatuor funt genera legatorum: *per vindicationem, damnationem, finendi modum, per præceptionem.* Legatum per vindicationem ita eft: *do, lego*, vel, *fumito, capito, habeto.* Huius nomine competit actio in rem, Theoph. *in tit. de legat. Per damnationem*, ita: *heres meus dare damnas efto, heredes damnas funto, l.* 122. *h. lib. l. ciuitatib.* §. 1 *l. nomen* 34. §. 1 *lib.* 3. Item fic, *heres meus dato, facito*, vel, *heredem meum dare iubeo.* Alias *iubeo* fignificat *opto, cupio, defidero*, & tunc eft verbum precarium, *l. Aurelius* §. *vlt. de lib. legat.* Alias eft directum verbum, *l. 2. C. comm. de legat.* ait, *quale eft iubeo forte*: nam & precarium eft. Sic etiam *impero*, duplicem fenfum habet. Alias eft legis verbum, *l. quoniam, C. de teftam.* Alias eft precarium, Paul. 4. *Sent. tit.* 1. (fic etiam *l. 2. C. com de legat.* ἐνοχῇ non ἐνόχῳ) fed ad rem. Legatum per damnationem non petebatur in rem, fed in perfonam actione, fiebat etiam eius nomine in rem miffio. Hæc autem fiebat *Nou.* 39. ἐξ ἀπορίας, id eft, herede non exiftente foluendo. ea miffio erat actus legitimus. In legato per vindicationem non fiebat ea in rem miffio, vt Greci notant, quia ipfo iure legatario rei legatæ vindicatio competebat, nec opus erat illa in rem miffione. Sed illi Græci non intelligentes quid fit miffio, interpretantur παραχωρῆσαι τοῦ ποιεῖν τι ἢ μὴ ποιεῖν. δίδοται τῷ ληγαταρίῳ ῥημάτιον, ὅπερ ἑρμηνεύεται παραχώρησις τοῦ ποιεῖν ἢ μὴ ποιεῖν. In hanc rem notetur *l. fi poftulante inf. ad Trebellian.* vbi

A *bonis fe immifcere*, eft in rem mitti. Nam ait, *fi fideicommiffarius nolit, &c.* Fideicommiffarius vel accepit fideicommiffum ab herede, vel in rem mittetur. *legatum finendi modo*, ita relinquitur: *Heres meus damnas efto finere, vel finito illum, illam rem fumere.* Ex hoc legato dabatur actio in perfonam, & in rem miffio. Quartum eft, per præceptionem. hoc genere legatur vni ex heredibus (non legatur hoc modo nifi heredibus ex parte: nam qui ex affe heres eft, tale legatum habere non poteft) hoc modo: *Illam rem præcipito.* id vocatur prælegatum & præcipuum. Hoc petitur actione familiæ ercifcundæ: Nam præcipiuntur prius legata, reliquum diuiditur, quæ actio mifta eft, tam in rem quam in perfonam. Poterat etiam heredibus aliis modis legari, *l.* 1. §. *fi*
B *quid ex mortis, quod legator.* Sed per præceptionem folis heredibus legabatur. Hæc funt genera legatorum & eorum actiones. Hodie ex Conftit. Iuftin. permixta funt hæc: Nam hodie pro omnibus legatis datur actio in rem, quafi fint vindicationis legata, vel in perfonam, quafi fint damnationis, & legatarii eft electio. Competit etiam hypothecaria, *l.* 1. *C. commun. de leg.* Solemnes illæ in rem miffiones fublatæ funt: illis enim nihil opus eft vbi in rem agitur. Non dubium tamen eft, quin prælegata etiam hodie veniant in actionem famil. ercifc. Igitur Iuftinianus primus ex omnibus legatis dedit diuerfas actiones, vel in rem, vel in perfonam. Verum opp. *l. cum filius* 76. §. *variis lib.* 2. Nam ibi oftenditur, varias actiones dari legatorum nomine. Igitur Iuftin. auctor non eft. ait *in eo* §. *eis actionibus fimul le-*
C *gatum non poffe peti*, id eft, non poffe peti partim actione in rem, partim in perfonam. Petendum eft vel totum in rem, vel totum in perfonam. legatarius eliget vnam folam actionem. Refpondeo, ille §. accipi debet de legato vindicationis. Ait enim: *legatum datum.* Id autem proprie datum dicitur, quod relinquitur his verbis, *do lego*, id eft, per vindicationem. Nam legatum per vindicationem peti etiam poterat actione in perfonam, *l. fi feruus* 108. §. *cum homo, hoc tit.* Species, hæc eft: Homo eft legatus generaliter. electio eft, inquit, legatarii. Hoc vero tantum obtinebat in legato vindicationis, ideo eliget eam actionem quam velit, id eft in rem vel in perfonam. Idem oftendit *l. huiufmodi* §. *vlt. & l. feq. h. lib.* Igitur, quod in eis locis dicitur, pertinet ad legatum vindicationis tan-
D tum. Iuftinianus autem ad omnia legata traxit. Ante Iuftin. fublata erant verba τυπικὰ, vt vocat Theoph. legatorum, id eft, formalia: nam fingulorum erant certæ folemnefque formulæ, quas teftatores obferuabant. hæc fublata funt *l. in legatis* 22. *C. de leg.* Sublatę etiam fuerunt quædam differentiæ. Primo, res aliena per damnationem poterat legari: per vindicationem non item. id oftendit *l. Stichus, de manum. teftam.* Ex SC. Neroniano etiam res aliena vtiliter legabatur per vindicationem, Vlpian. *in Fragm. tit.* 24. Sublatæ etiam fuerunt paulatim omnes aliæ differentiæ. Re coniuncti funt, quibus eadem res difiunctim per vindicationem legata eft, non fi per damnationem. Rurfus: Re & verbis coniuncti funt, quibus eadem res coniunctim per vindicationem legata eft, *l fi duobus, hoc tit.*
E Hanc differentiam fuftulit Iuftinian. voluit enim vt eodem iure effet legatum damnationis, quo vindicationis, *l.* 1. §. *vbi autem, C. de caduc. toll.* Ex inficiatione legati per damnationem, in duplum eft actio. Hanc differentiam fuftulit Iuftin. voluitque vt eodem iure effet legatum damnationis, quo & cetera: Itaque fuftulit illam in duplum actionem, exceptis legatis, quæ religionis caufa piis locis relinquuntur, §. *vlt. Inftit. de obl. quæ quafi ex contract. nafc.* vbi ait, *fe hac conftituiffe.* at vbinam. Vulgo dicunt effe *l.* 2. *C. commun. de legat.* in qua exæquat legata fideicommiffis. Sed hoc nihil ad hanc rem, ibi nihil de actione in duplum dicitur. Ego didici effe Conftit. quandam Græcam, quæ defideratur *in tit. de Epifc. & cler.* fuitque *l.* 45. Nam in illo defiderantur 10. vel 12. Conftitut. didici hoc ex lib. Græco cuius eft titulus de diuerfis inter-

uallis vsque ad annos centum. In titulo de anno scribit, si intra annum non soluatur quod relictum est piis causis, duplatur, vt scriptum est *lib. 1. C. constit. 45.* Omnes aliæ differentiæ etiam sublatæ sunt. Namque Iustin. ait, *omnia legata esse exæquata fideicommissis, §. nostra, de legat.* Et sane, si omnium legatorum non est vna eademque natura, non poterunt probe fideicommissa legatis adæquari. Igitur existimandum est, eam esse mentem Iustin. vt exæquentur etiam omnia legata. Fructus futuri poterant legari per damnationem, non per vindicationem, Caius in *Instit.* Hodie poterunt & per vindicat. §. *ea quoque, de legat.* Per vindicationem legato generaliter relicto, vel sub disiunctione, electio erat legatarij, per damnationem heredis. Hæ differentiæ sunt sublatæ, nisi quatenus sustinentur voluntate defuncti: nam voluntas testatoris totum facit, & ea sola differentiam inducere potest.

Ad L. 2. & ad L. 1. lib. 3. de legat.

L. 2. Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere: qui testandi ius habent.

QVæritur, quis fideicommissum relinquere possit? Exigitur, vt is iure testamentum facere possit, *l. conficiuntur §. codicillum, tit. prox. l. 21. lib. 3.* Nutu fideicommissum relinqui potest: dummodo is, qui annuit, loqui possit: nam mutus non potest, quoniam nec testamentum facit. Idem in legatis ius est, vt scil. is leget, qui iure testamentum facit. Sed in hoc differentia est, quod is, qui testamentum non fecit, potest fideicommissum relinquere, modo si facere potuerit. Verum ante Iustinian. legatum non poterat relinqui, nisi testamento: hodie idem ius est: Nam & ab intestato legata relinqui possunt. Aliud est in donatione causa mortis. Legatum & fideicommissum is demum relinquere potest, qui potest testamentum facere: At mortis causa donat is, qui testamentum facere non potest, *l. tam is §. 1. de mort. cau. donat.* Filius fam. testamentum facere non potest, nec volente patre, donare mortis causa potest, permittente patre. Ratio differentiæ: fideicommissum relinquitur vel testamento, vel codicillis: at proditum est, fideicommissum etiam relinqui in epistola, nutu, sine scriptura, *l. in epistola, C. de fideicom.* Verum hæc omnia obtinent vicem codicillorum: Nam codicilli fiunt vel ex scripto, vel sine scripto. hodie etiam legatum testamento relinquitur vel codicillis. Si testamento, res aperta est, nam nihil agitur, nisi is, qui testamentum fecit, factionem testamenti habuerit. At si codicillis sine testamento legetur, adhuc exigimus; vt qui codicillos fecit testamenti factionem habuerit. Ratio sumitur ex origine codicillorum. Origo proponitur in *tit. Instit. de codicill.* Si repetatur ea origo, inuenietur ius codicillorum datum fuisse solis testatoribus, vt scilic. quæ minus essent testamento comprehensa, codicillis supplerentur. Postea vero obtinuit, vt fierent etiam codicilli ab intestato. verum non alia ratione, quam quod is, qui codicillos facit ab intestato, videtur & testamentum fecisse & legitimum heredem scripsisse, *l. 3. sup. tit. proximo.* At donationes causa mortis extra codicillos fiunt, & nullo facto testamento comparantur contractibus potius, quam legatis vel fideicommissis, *l. si filius, de leg. præst.* Ideoque ab eo donatore non exigimus testamenti factionem (testam. factio dupliciter accipitur, id est, pro iure testandi, & pro iure capiendi.) Hac de re tractans Vlpianus lib. 1. fideicommissorum ex quo desumpta est *l. 1. de leg. 3. quæ cum hac l. 2.* coniungenda est, docuit primo qui possit fideicommissum relinquere: deinde à quo, tum cui relinqui possit ostenditur. De primo est *l. sciendum 2. hoc tit.* Is qui errat in suo statu, non potest fideicommissum relinquere: vt is, cui dubium est hostes sint, an latrones, à quibus captus est. Nam captus ab hostibus seruus fit, à latronibus non item. Dicitur is, qui dubitat errare in facto, hæc dubitatio accipitur pro

A errore, *l. vlt. C. de cond. indeb.* Dubitans pro errante habetur. Idem dicendum, si quis erret in iure vt si captus à latronib. putet se esse seruum. Item, si legatus, id est, is qui apud exteros legatione fungitur, putet se esse captiuum, *d. l. 1.* Vulgo legitur *relegatus*, id male: nam dicendum esset, si relegatus putet nihil se differre à deportato; melius legitur *legatus*. Ita vt comparetur legatus ei qui captus est à latronibus, vt in *l. qui à latronibus, ff. qui test. fac. poss.* Nam vterque liber manet: qui in errore iuris est, non potest relinquere fideicommissum, quia nec testari. Male excipit Accurs. militem & veteranum: Nam si miles dubitet, captus sit ab hostibus, an à latronib. non poterit testari, quia si sint hostes, forte non iure testabitur. Igitur dum in dubio est animus, melius est inhiberi testamenti factionem. Certo

B iudicio testari oportet, & certum de suo statu hominem, sub incerto statu testari non licet. Verum aliud dicendum, si filius dubitet paterfam. sit, an filiusfam. nam hæc dubitatio nihil morabitur militem, cum vtroque casu constet eum posse testari iure singulari. Sed de eo genere dubitationis nihil morabitur militem, cum vtroque casu constet eum posse testari iure singulari. Sed de eo genere dubitationis nihil in ea *l. 1.* tractatur. Eadem ratione male excipit Accurs. aditionem hereditatis. Is qui dubitat paterfam. sit, an filiusfam. hereditatem sibi delatam potest adire, *l. qui in aliena §. sed et si putat, de acq. hered.* quia vtroque casu est capax hereditatis. At qui dubitat liber sit an seruus, vel filiusfam. an pater, non potest testari vtroque casu: nam seruus non testatur. Ergo nec sub incerto, aut in omnem euentum. Seruus fideicommissum relin-

C quere non potest, quia nec testari. Id olim non obtinuit in seruo publico pop. Rom. nam hi parte dimidia testandi ius habent in bonis, quæ suo labore parassent: hodie etiam ex *Nou. Leonis 38.* seruus Principis testamentum facere potest, & hic quidem etiam ex asse. Igitur & poterit fideicommissum relinquere. Additur in *d. l. 1.* filiumf. non posse fideicommissum relinquere, nisi sit miles aut veteranus, *l. 114. lib. 1.* Postremo is etiam non potest fideicommissum relinquere, cui aqua & igni interdictum est, vel deportatus, quia est ἄπολις, id est, nullius certæ ciuitatis ciuis: soli ciues testamentum faciunt: Hinc sumpta occasione Vlp. in *l. 2.* declarat quis sit deportatus. Deportatus videtur is, cui Princeps insulam assignauit, vel is, de quo scripsit, vt deportaretur. Is vero quem Præses deportandum annota-

D uit in suis tabulis, non est deportatus, antequam id Princeps approbauit: Ideoque post illam annotationem iure fideicommissum relinquit ante comprobationem principis. Igitur præses ius deportandi non habet, quia opus est comprobatione Principis: vbi est opus confirmatione tutoris, ibi is, qui tutorem dedit, non habuit ius tutorem dandi. Præses ius gladij habet, *l. illicitas, de offic. præs.* qui gladij ius habet, ius deportandi ideo non habet: nam hæc iura non competunt iure magistratus, sed necesse est nominatim dari, *l. interpœn. de interd. & releg.* Denique in his quæ sũt meri imperij, nõ licet argumentari à maiori vel minori. Additur in *l.* ius deportãdi cõpetere præfectis prætorio: *Eum deportatum videri, quem præfectus prætorio, &c.* Item præfectis vrbi. At præfectus vrbi insulam non assignabat, quia nullam sub se habebat. Nam eius impe-

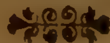
E rium erat intra centesimum lapidem, vbi nulla erat insula. verum princeps insulam damnato assignabat vbi præfectus vrbi aliquem deportandum pronunciauerat, *l. 1. §. relegandi, sup. de off. præf. vrbi.* Et sic fiebat deportatus statim à sententia præfecti vrbis, etiamsi insula nondum assignata esset. Ius deportandi is habet etiam *qui vice præfecti ex mandatis Principis cognoscit.* Quis is est? An qui mandatam iurisdictionem habet? Minime: Nam qui vice præfecti cognoscebat, propriam iurisdictionem habebat. Indicat hoc Cassiodorus in Formula vicarij vrbis Romæ. Præterea cognoscebat is ex mandato principis, non præfecti. Item is, de quo ibi agitur, non est is qui suffectus est in locum mortui præfecti: nam hic præfectus est, non vice præfecti. Item non est is, de quo agitur in tit. *de*

offic. eius qui vic. iud. obtin. C. Nam in eo tit. agitur de eo, qui est vice præsidis: verum is est, qui in Codice sæpe appellatur vicarius, de quo *tit. de offic. vicarij.* Is erat vicarius præfecti prætorio, is mittebatur non in vnam prouinciam, sed in tractum per multas prouincias, *l. 1. C. de proxim. sacr. scrin.* Notandum in eo loco non legendum, *præfecti*, sed *qui pro præfectis.* Et sic Marcellinus *lib. 14.* Martinum quendam vocat *regentem* Britanniæ prouinciam pro præfectis. Postremo in l. 1. ostenditur, de portatus, si codicillos fecerit, & fideicommissum reliquerit, ac postea, si restituitur beneficio Principis, & eis codicillis relictis decesserit quos fecerat peregrinus, codicilli valent, quoniam conualescunt codicilli quasi ex tacita voluntate. Idem est prorsus, si filiusfamilias codicillos fecerit, & emancipatus eos non mutauerit, quia tacite probat. Item si seruus fecerit, & manumissus non mutauerit. Igitur nuda voluntate conualescunt codicilli, quod non obtinet in testamentis: Nam testamenta nuda voluntate conualescunt. In illis rigorem iuris sequimur, *l. 1. §. exigit, de bon poss. secund. tab.*

Ad Leg. III.

Hac verba testatoris: Quisquis mihi ex suprascriptis heres erit, *aut*, Si heres erit Seius, *vel*, si hereditatem adierit, *subiectum legatum vel fideicommissum non faciunt conditionale.*

HÆc lex coniungenda cum lege 8. *de vulg. & pupill. substit.* & inde cōstituenda est differentia inter substitutionem pupillarem & legatum: Nam substitutio pupillaris est conditionalis, si Primo & Secundo heredibus institutis ita fiat: *si Primus heres erit, idem filio impuberi heres esto*: vel etiam: *quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi heres esto.* Hæc substitutio pupillaris est conditionalis, quoniam licet Secundus hereditatem adierit, nondum tamen adierit Primus mortuo impubere, Primus non poterit admitti ad substitutionem pupillarem, qui tamen admitteretur, si illa conditio non fuisset apposita: Nam illa conditio substitutioni non semper tacite inest. Imo vero, vt valeat substitutio pupillaris, satis est, si vnus ex heredibus adierit hereditatem paternam, nec exigimus, vt etiam adierit hereditatem coheres, qui substitutus est impuberi, nisi illa conditio fuerit adscripta. Aliud est in legato: Nam legatum non est conditionale, si Primo & Secundo heredibus institutis ita legetur: *si Primus heres erit, dato, aut quisquis mihi heres erit, Titio dato centum.* Ideo autem non est conditionale legatum: quia etiam ea conditione non adiecta, ita se res habet, nec potest peti legatum nisi ab eo qui adierit. Igitur hæc conditio semper inest legato, & expressa nihil mutat, *l. heredis §. pen. inf. quando dies leg. ced.* Et vero ita iudicandum ex coniectura voluntatis defuncti: Nam defunctus qui exprimit hanc conditionem, *si heres erit dato*, videtur potius demonstrare tempus, quo legatum peti possit, quam conditionem legato iniicere. Itaque si legatarius decesserit ante aditam hereditatem, tale legatum transferet ad heredem suum, quod ita non fieret, si esset conditionale. At generaliter ita statuendum: legatum certum, id est, quod certum est debitum iri, herede adeunte transfertur ad heredem. Hoc legatum est huiusmodi. Igitur transfertur ad heredem, *l. si dies §. vlt. quand. dies leg. ced.* & statim subiicitur sententia Pomponij, in *l. si Titio §. quidam, eod.* E contrario legatum, quod certum non est debitum iri, herede adeunte, propter suspensionem conditionis extrinsecus assumptæ, id est, extra testamentum, id est, quod fit ei apposita conditio, quæ non inest tacite, vt si nauis ex Asia venerit, hæc conditio non inest tacite, & moriatur legatarius antequam nauis venerit, non transmittit ad heredem. Denique certi legati dies cedit statim, etiam ante aditionem, incerti dies cedit existente demum conditione. *Diem cedere*, id est, in hoc legatum esse vt transmitti possit. Cessio est transmissio in heredes, Theophil. in *§. si peculium, de legat.* Nunc à sententia huius legis excipienda est contraria voluntas defuncti. vt testator ita legauit, *si heres erit, dato.* His verbis non tantum voluit demonstrare tempus petendi legati, sed omnino voluit facere conditionem his verbis, & hoc sensit, vt decedente legatario ante aditam hereditatem, legatum non transiret in heredem eius, tunc procul dubio hæc verba pro conditione accipimus, *l. in conditionibus §. 1. inf. de cond. & demonstr.* Sed heredi incumbet onus probandæ contrariæ voluntatis, quoniam præsumptio est pro legatario. Sic etiam in *l. si ita fuerit §. vlt. de manumiss. testam.* testator dixit, *libera esto cum filijs.* hæc verba non faciunt conditionem: ideoque etsi filios non habeat, libera fiet, nisi probetur aliam sententiam fuisse testatoris. Et vulgo dicitur, *voluntatem defuncti regere conditiones.* Notandum, aliud esse dicendum, si duob. institutis, Primo & Secundo, ita legetur, vel etiam vno tantum: *si Primus heres erit, dato decem.* non dixit, *si Primus heres erit, idem Primus dato.* Hoc casu legatum est verè conditionale, quoniam certum non est debitum iri Secundo adeunte, quoniam fortasse Primus simul non adiuerit: Huic legato inest tacite conditio, *si Secundus adierit.* At illa, quæ est expressa, si Primus adierit, non inest tacite. itaque mera est conditio. Eadem ratione, si duobus institutis legetur ab vtroque sub eadem conditione: *si Primus heres erit, heredes mei danto Titio centum.* quid fiet? Hoc casu pro parte Primi legatū non est cōditionale, pro parte Secundi est, *l si Titio §. vlt. quando dies leg. ced.* Nunc legi nostræ opponitur *l. si ita legatum 65 §. 1. h. t.* In lege nostra proponitur hac conditione expressa, *si heres erit*, quæ inest tacite, non magis legatum fieri conditionale, quam si non fuisset expressa. Conditio quæ tacite inest, si exprimatur, legatum non facit conditionale. At in lege contraria proponitur expressa talis conditio, *si volet Titius, Titio lego*, quæ conditio inest tacite. Verum hac conditione expressa, *si volet*, quamuis tacite insit, fit conditionale. Respondeo: non omne, quod dicitur inesse, eodem modo semper inesse: Nam vel inest simpliciter, vel inest secundum aliquid. Legato hoc inest simpliciter, si heres adierit, quoniam absque eo non consistit legatum: Itaque frustra id exprimitur. Sic homini inest simpliciter vt animal sit: itaque qui legat hominem, frustra exprimit animal: At secundum aliquid hoc inest legato, *si volet*, quoniam accidere poterit vt repudiet legatum. Verum sine voluntate legatarij ipso iure consistit legatum, imo & ignoranti acquiritur, *l. si à furioso, de obl. & act. l. cum pater §. surdo, lib. 2 l. si partem, quemad. seruit. amitt. l filiusfam. qui test. fac. poss.* Ideoque frustra hoc non exprimitur, *si volet*, quoniam sic fit, vt legatum non adquiratur ignoranti, vt legatum tale non consistat antequam legatarius constituerit, se velle, quod tamen illo non expresso, ita se non habet, *l. si ita expressum, de condit. & demonstr.* Lex vtitur hac ratione, quia conditio illa, *si volet*, personæ iniuncta videtur, quia scilicet illa conditio non inest naturæ rei, sed personæ, & fieri potest, vt repudiet, re ipsa igitur non inest. Eadem ratione in suo herede qui etiam est necessarius, hæc verba, *si volet*, conditionem faciunt, *vt filius meus, si volet, heres esto.* conditionalis est institutio & vtilis, quoniam est potestatiua, quia in suo hoc non inest simpliciter: nam hic inuitus & ignorans heres fit sed fieri potest, vt abstineat se beneficio prætoris. Verum in extraneo hæc verba, *si volet*, non faciunt conditionem: nam hoc inest simpliciter institutioni extranei: inuito enim ei non adquiritur hereditas. Extraneo ignoranti acquiritur quidem legatum: at hereditas non item, ne ignorans æri alieno obligetur. Legatum autem semper lucrosum est. Itaque institutioni extranei hoc simpliciter inest, *si volet, l. 12. sup. de cond. instit. l. Cornelius, sup. de hered. instit.* Hæc verba, *inesse, contineri*, gignunt multas controuersias, quæ ita distinguenda sunt.



Ad L. IV.

Si quis in fundi vocabulo errauit, & Cornelianum pro Semproniano nominauit, debebitur Sempronianus. Sed si in corpore errauit, non debebitur. Quod si quis cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi. Quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel orichalcum contineri: vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.

EST de testatore, qui errat in nomine rei legatæ, aut re ipsa: ideo coniugenda est *l. quoties de her. inst.* Ego tria tantum errorum genera tractabo. Primo error, siue mendum est, si testator, dum vult fundum Sempronianum legare, dicat Cornelianum: nam hic error legato nihil nocet, dummodo constet testatorem sensisse de Semproniano, *l. 7. C. de leg.* Hic error est in solo vocabulo, non in corpore. Secundo, error est, & grauior, si testator, dum putat fundum Sempronianum esse eum, qui dictus sit Cornelianus à maiorib. Cornelianum leget. Hic est error in nomine, quia nominatur Cornelianus pro Semproniano: error est etiam in corpore, quia alium fundum pro alio accipit. hic error legato nocet: neuter enim fundus debetur. Tertio, error est, si testator, dum vult vestem legare, supellectilem dicat, aut dum vult argentum legare, vestem dicat, aut aurum dicat pro orichalco. Hic error est in nomine solo, & tamen nocet legato. Quæritur igitur cur hic error, qui est in nomine solo, noceat legato, cum tamen primus ille error, qui etiam est in solo nomine, non noceat? Iurisconsultus hanc dat rationem: *quia rerum vocabula immutabilia sunt hominum mutabilia*: quæ ratio explicanda est. Notiones rerum eædem sunt apud omnes, vt notio fundi, hominis. At nomina siue vocabula, quæ sunt rerum notæ, non sunt eadem apud omnes, sicut & literæ, quæ sunt nominum notæ, non eædem apud omnes. Hoc ideo fit, quia notiones sunt à natura; at nomina & literæ sunt ab institutis hominum. Horat: *Verba*, inquit, *quibus voces sensusque notarent, &c.* Nominum duo sunt genera: quædam substantiam rei significant, vt homo, fundus, vestis: quædam differentiam, vt Titius, Cornelianus. Quæ substantiam significant, sunt publica & communia: illa quæ differentiam, sunt priuata. Vt homo significat substantiam hominis, id est publice receptum: verum vt hic homo appelletur Titius, est priuatum & arbitrii vniuscuiusque. Rursus, quæ substantiam significant, non possunt mutari arbitrio cuiusque, quia sunt publice recepta, vt vestem pro tuo arbitrio non recte dixeris fundum: consuetudo quidem ea potest mutare, hisque nominibus publicis vtimur sicut nummis: nummi possunt publice mutari, at priuatus non potest, *l. 1. de supell. leg.* Verum quæ differentiam significant, possunt mutari arbitrio cuiusque, vt seruum, quem soleo appellare Stichum, deinceps vocabo Pamphilum, aut fundum Cornelianum, dicam Sempronianum, quamobrem si fundum Cornelianum forte legando, Sempronianum dixerim: vel etiam, si quem Stichum dicere soleo, legando dixero Pamphilum, nihil nocet hoc legato: hæc enim vocabula sunt mutabilia. At secus, si hominem legando, arborem nominauero, vel etiam si vestem legando: fundum vel supellectilem nominauero. hoc est recedere à publice recepto vocabulo, & tale legatum est inutile. *Rerum vocabula sunt immutabilia*] id est, quæ rerum substantiam significant, & quæ communi vsu recepta sunt, arbitrio nostro non mutantur, sed quæ differentiam significant, possunt mutari, quia non sunt communis vsus, sed singulorum hominum. Opponuntur quædam. primo, *l. 3. & 7. de supell. leg. l. librorum §. quod tamen lib. 3. inf.* Supellex est domesticum patrisfam. instrumentum. non est instrumentum domus, sed patrisfam. id est, res mobiles, veluti, mensa, scamna

A candelabra, lecti, capsæ, vasa aquaria. In supellectili autem non est vestis: nam est alterius generis, & est separatus de eo *tit. de arg. auro, & veste leg.* In supellectili non est penus, nec instrumenta domus, vel agri: hæc enim sunt alterius generis. At dubitatur, an candelabra argentea sint in supellectili, item an mensæ inargentatæ vel his similia? Et olim quidem hæc non erant in supellectili lignea, vel fictili, vitrea, vel ænea, ea fuit eius seculi frugalitas, *l. 3. de supel. leg.* Omnia, quæ erant argentea deputabant in argento, non in supellectili. Ceterum crescente luxu, cœperunt vti supellectili aurea, argentea, & sic tandem obtinuit, candelabra argentea, vel mensas argenteas vel aureas supellectili contineri, *l. 3. l. 9. §. 1. de supell. leg.* Hodie igitur candelabra argentea sunt in supellectili: nam spectatur

B species & vsus, non materia. Itaque argento legato, non debentur candelabra argentea. legata supellectili debentur. Hinc quæritur, quid si testator putabat, argenti appellatione contineri candelabrum argenteum, & legauit argentum, an videtur legasse candelabrum argenteum, an debetur? Testator commutauit vocabula: nam quod in argenti numero non est, pro argento habuit. placet deberi, quoniam error & imperitia defuncti ius facit, facit vt in argento sit, quod alioquin non est. sed hoc ideo fit, quia de eo ambigitur, vt diximus, vtrum candelabrum sit in argento, an in supellectili: ideo hic error toleratur. Sic etiam ambigitur, an vasa escaria, potoria argentea vel aurea, sint in argento vel auro, an vero in supellectili. Placet, magis esse in argento, nisi aliud suadeat error defuncti, i. nisi solitus est

C defunctus ea supellectili, non argento deputare. Hac etiam in re propter dubitationem error sustinetur, *d. l. 3. & 8. eod.* Sic etiam dubitatur, *chartis legatis*, an debeantur libri, quoniam sunt, qui vsu loquendi libros suos chartas appellant: Sed verius est libros non contineri; nisi ad id nos cogat imperitia defuncti, qui solitus fuerit libros suos chartas appellare. Huic etiam errori facile indulgetur, *d. l. librorum §. quod tamen.* At quid si non ambigatur de vocabulo, vt constat, vestem non appellari supellectilem, an hoc casu error defuncti ius faciet, id est, an legata supellectili videbitur vestem legasse, quod ipse defunctus ita putet? vel an legata veste, supellex debebitur? Tubero existimabat in hac etiam specie, errorem defuncti ius facere, & ideo legata supellectili vestem deberi, secundum opi-

D nionem defuncti. Vtebatur hac ratione, quæ est *in l. 7. §. 2. de supell. leg.* Verba inquit, sunt voluntatis notæ, τῶν ἐν τῇ ψυχῇ παθημάτων σύμβολα. Et ideo mens prior est & potentior: vox ministerium est mentis: Ideoque qui aliud dicit, quam quod vult, vt qui supellectilem dicit, cum vult vestem dicere, hic non dicit, quod significat vox, quia id non vult, sed dicit potius id quod vult, quamuis id vox nullo modo significet: nam mens prior est, vox sequela: menti vox subseruire debet, non mens voci. Verum reliqui omnes ab eo dissentiunt optima ratione. Nam nomina, quæ communi vsu recepta sunt, sunt immaterialia, & oportet ea exaudire ex communi vsu, non ex opinione singulorum, ideoque non videtur dixisse quis quod voluit, nisi publico nomine vsus sit: Fateor, inquit, mentem esse priorem & potiorem voce, sed tamen nemo intelligere de-

E bet, dixisse quicquam sine verbis: alioquin & muti loqui intelligerentur, itemque animalia: nam sonum quendam emittunt cuncti, φωνῆσι ἢ ἀναρθρον φωνήν. Itaque sic definiamus, eum qui dum vult vestem legare, legat supellectilem nihil egisse, quia non est suo nomine vsus, & recessit à publice receptis vocabulis, *l. qui vestem, de supell. leg.* In *l. 7.* inter ea, de quibus non ambigitur, numeratur *argentum escarium*, ex quo sequeretur, supellectili legata non deberi argentum escarium, etiamsi id maxime senserit testator, quia de eo vocabulo non ambigitur. igitur non potuit eo abuti & errare. Verum id corrigendum est ex *l. 8.* & ita suppletur ab Accursio recte, alioquin videbitur vox *escarium* abundare. Sed verius est, ambigi de argento escario in supellectili sit an in argento, de veste non ambigitur: nam nulla ratione sub supellectili continetur.

Ad §. vltim.

Si quis heredes instituerit, & ita legauerit: Quisquis mihi Gallicanarum rerum heres erit, damnas esto dare, *ab omnibus heredibus videri legatum, quoniam ad omnes res Gallicanæ pertinent.*

SCiendum, legatum vel relinqui ab vno ab heredibus, quod fit nominatim, vel ab omnibus heredibus his verbis: *heredes mei danto,* vel etiam; *heres meus dato,* nullius nomine expresso, vel; *quisquis mihi heres erit, dato, l. 44. lib. 2. l. si pluribus 8. lib. 3.* Idem est, si ita legaui: *quisquis mihi Gallicanarum rerum heres erit, dato,* licet vni tantum ex heredibus obueniant res Gallicanæ, quoniam ipso iure res Gallicanæ ad omnes pertinent, quia ipso iure omnes sunt heredes rerum Gallicanarum. Item si vnus sit heres scriptus ex rebus Gallicanis: nam hoc casu legatum debetur ab omnibus. constat vno herede scripto ex rebus Gallicanis (quod non fit iure, nam nemo heres iure scribitur ex certis rebus) ipso iure ad omnes pertinere: verum prælegati iure is cui adscriptæ sunt res Gallicanæ, eas accipit in solidum, *l. ex facto, de heredib. instit.* Onus igitur illius legati omnes sequitur, quia ipso iure omnium sunt res Gallicanæ.

Ad L. V. & VI.

L. 5. Serui electione legata, semel duntaxat optare possumus.

§. 1. Labeo ait, cum certa res aut persona legatur ita: Qui meus erit cum moriar, heres dato: *& communis sit, totum deberi. Trebatium vero respondisse, partem deberi, Cassius scripsit. Quod & verius est.*

§. 2. Cum fundus communis legatus sit, non adiecta portione, sed meum *nominauerit, portionem deberi constat.*

L. 6. Stichum, qui meus erit, cum moriar, heres meus dato, *magis conditionem legato iniecisse, quam demonstrare voluisse, patrem famil. apparet, eo quod, si demonstrandi causa hæc oratio poneretur, ita concepta esset,* Stichus, qui meus est, *non,* qui meus erit. *Sed conditio talis accipi debet, quatenus meus erit: vt si totum alienauerit, legatum exstinguatur; si partem, pro ea parte debeatur, qua testatoris mortis tempore fuerit.*

SImul explicabitur lex 10. & tit. *de opt. vel elect. leg.* Optio vel electio datur per vindicationem, vt hominem optato, eligito. Vlpianus in *Fragm. de legat.* Optio est, si dixerit, optato. Electio, si dixerit, eligito. At vtrumque nomen idem potest. Fideiussio est, si dixerit, fideiubeo: fidepromissio, si fidepromitto: at vtrumque idem potest. Quia vero optio datur per vindicationem, ideo legatarii non heredis electio est, & legatario datur vindicatio, *l. 3. §. item si optare, ad exhibend. l. his consequenter, famil. erciscu. ad §. optionis, de legat.* quidam notant legata optionis ἀίρετικὰ appellari, falso. Sunt enim quæ Latini conditionalia vocant, αἵρεσις est conditio: legata optionis dicuntur ὑποθετικῶς, legatum optionis ante Iustinian. fuit conditionale, puta, si optaret, eligeret: Namque ad heredem non transferebatur aliter, quam si legatarius optasset, si ante optionem decessisset, nihil transferebat. Eadem ratione optione relicta seruo alieno, nisi dominus ante manumissionem eius serui elegisset hominem, post manumissionem seruo optanti legatum acquirebatur, quod vtique non fieret, si esset purum; sed quia conditionale est, hoc fit *l. si domino 99 hoc tit.* quam explicat Accursius recte, in *l si Eros, de opt. leg.* Hodie autem legatum optionis est purum ex constitutione Iustiniani, & ideo ius eligendi transfertur ad heredem legatarii, *d. §. optionis.* Eadem ratione post

A manumissionem serui, cui est data optio, domino est ius optandi, non manumisso. Hoc tamen Iustinianus expresse non attigit, sed ex eius constitutione necessario consequitur. Nunc ex duobus locis tentari potest, olim etiam, id est, ante Iustin. legatum optionis non fuisse conditionale. Primo ex *l. si Pamphilo, de opt. leg.* indicat diem legati cedere ante optionem, igitur purum est: nam electio ipsa conditio est huius legati. Ostendit etiam post manumissionem serui domino competere optionem, nec manumisso dari, nisi domino repudiante. Igitur videtur etiam ante Iustinianum non fecisse conditionale. Respondetur: In ea *l. si Pamphil,* Iurisconsultum loqui de legato generaliter relicto per vindicationem, vt hominem lego, non loqui de optione legata. Sunt diuersa, hominem lego, & hominem

B optato: Fateor quidem legatum generaliter relictum comparari sæpe legato optionis, in *l. 3. qui & a quibus, l. 2. l. 9. §. 1. de opt. leg.* Verum quamuis interdum comparentur, tamen magna est differentia: Nam homine generaliter legato optio relinquitur tacite, Vlpian. in *Frag. de legat.* At hoc modo optio datur expressim, & discrete. Potio aliud est aliquid verbis exprimi, aliud tacite contineri, *l. si ita legatum §. 1. h. lib.* Item legatum generaliter relictum est purum. legatum optionis est conditionale, scil. ante Iustinianum legatum generaliter relictum transfertur ad heredes, etiam si legatarius nondum elegerit, *l. nec semel, §. pen. quando dies legat. ced.* Idem in legato vindicationis quolibet, vt transferatur ad heredem, etiam legatario moriente, antequam legatum agnouerit. Paul. 3. *Sent. de leg.* At legatum optionis non transfertur ad heredem, si

C legatarius ante electionem moriatur. Is cui homo generaliter legatus est, non potest optimum eligere ex constitut. Seueri, *l. legato, h. t.* Is, cui optio data est, potest optimum eligere. Laxior est optio expressa quam tacita, *l si quis affirmauit §. 1. sup de dolo.* Nec obstat *l. vlt. §. si quis, C. commun. de legat.* Nam in ea lege is, quem ait lex, non posse eligere optimum, non habet optionem ex testamento: alioquin eligeret etiam optimum, sed optionem habet ex ea lege & constitutione. Alter locus, ex quo potest collligi, legatum optionis olim non fuisse conditionale, est in *l. illud, inf. de opt. leg.* Lex ait, legatum transferri ad heredem, si moriatur post mortem testatoris, id est, diem legati cedentem. Ostendit etiam, diem legati cedere ante electionem. Igitur purum est, nec Iustinianus auctor est.

D Respondeo, statuendam esse differentiam inter formulas legatorum. Nam in *l. illud* non fuit optio legata, sed ita relictum est, *illam aut illam rem, vtrum voles, sumito.* Hic non est optio, sed legatum sub disiunctione. Inter hæc duo est magna differentia: Nam optio datur generaliter, *d. l. his consequenter.* datur ex vniuersa familia, *l. si cum optio, de opt. leg.* Optio vestis, datur ex vniuersa synthesi. At legatum relictum sub disiunctione, specialiter relinquitur. Et quod adiicitur: *Vtrum elegeris,* non est conditio, sed disiunctionis interpretatio, vt appareat sub disiunctione legari: legati sub disiunctione dies cedit à morte testatoris, *l. si vsusfr. quando dies leg. ced.* At optionis legatum cedit, postquam optauit legatarius: Nam ea est conditio huius legati, si optauerit. Quando potest optare? Non potest ante aditam hereditatem *l. optione,*

E *de opt. leg. l. 10. h. t.* Igitur hæc conditio optionis est ex genere eorum, quæ impleri debent post aditam hereditatem, *l. quæsitum, §. 1. hoc tit.* Et in summa: Conditiones aut implentur viuo testatore, *vt si nauis ex Asia venerit.* aut post mortem ante aditam hereditatem, vt si Capitolium ascenderit, *l. 2. de cond. & demonst.* quædam non nisi post aditam, *vt si heredi 10. dederit.* Eiusmodi etiam est optionis conditio. Ratio est hæc, quia legatarius, cui optio data est, optare debet; *l. 2. 3. 4. de opt. leg.* Et quia optio hæc fit solemniter, fit enim herede præsente & testibus præsentibus, fit exhibita vniuersa familia, & ex eis eligit vnum, vel exhibita omni veste, si vestis optio data est, vel exhibitis omnibus rebus hereditariis eius generis. Fit etiam inter-

dum prætore diem decernente, quo optetur, *l. 6. l. si optio, de opt. leg.* Denique optio fit solemniter. Ideoque exspectatur aditio hereditatis, exspectatur heres, quia fit herede interueniente, alioqui posset heredi iniuria fieri, si fieret eo absente. Præterea aliam quamlibet conditionem potest filius famil. vel seruus implere sine iussu patris, *l. 5. de cond, & demonstr.* At conditionem optionis non potest implere sine iussu patris, *l. 10. hoc titul.* Ratio est, quia posset fraudari pater; quid enim si eligeret deteriorem? Præterea optio æque solemnis est, ac aditio hereditatis. Aditio non fit sine iussu patris, nec optio: Semel adeundum est, *l. si solus §. vlt. de acquir. hered.* Semel est agnoscenda bonorum possessio, *l. sed cum patrono, de bon. poss.* Semel est optandum, *l. 5. h. t.* Serui electione data, semel optare possumus, ius omne legati consumitur vna optione, *l. apud Aufidium, de opt. leg.* qui semel elegit, non potest mutare factum: qui semel elegit, ei necesse non est eiusdem rei electionem repetere, *l. 8. §. minus, de opt. leg.* Præterea aditio hereditatis non fit in diem, vel sub conditione, sic etiam optio, *l. actus, de reg. iur.* Hæc omnia conueniunt actibus legitimis, quæ de optione diximus: Nam actus legitimi fiunt semel duntaxat, nec iterantur, & fiunt pure. Denique optio serui est actus legitimus. Sic etiam tutoris optio, & qualibet optio erat actus legitimus. Liuius *lib. 39.* Ea dabatur mulieri; erant enim in perpetua tutela olim, sed dabatur illis plerumque optio tutoris testamento viri vel lege. Sic etiam optio filii vel adoptio actus legitimus est. Dicimus igitur, eum, cui generale legatum relictum est, non optio, posse plusquam semel eligere. argumento est *l. eum qui certarum §. vlt. de verbor. obligat.* Quidam promisit *illud aut illud*, electio eius est tacite, scilicet promissoris. lex ait, eum posse mutare voluntatem in eo, quod præstaturus est, quia alia est ratio taciti, alia expressi. Sic igitur, si optio data sit, semel tantum optabit. Sequitur de hoc legato, *Stichum, qui meus erit cum moriar, dato.* Quæritur vtrum sit legatum purum an conditionale? *L. 6.* indicat esse conditionale legatum, si dixerit ita, *qui meus est*, demonstratio est. Si dixit, *qui meus erit*, conditio erit. Magna est differentia inter conditionem & demonstrationem. Conditionem impleri oportet, demonstrationem veram esse necesse non est. vt legatum debeatur. Falsa demonstratio non vitiat legatum, si modo de corpore constet. Conditio, quæ non impletur, extinguit legatum. Demonstratio plerumque confertur in tempus præsens vel præteritum, conditio in futurum. Demonstratio rem præsentem ostendit, conditio futuram, *l. nominatim, de condition. & demonstrat.* Igitur, *Stichum, qui meus est*, demonstratio est, *qui meus erit cum moriar*, conditio est. Cum in *l. 6.* dicitur, *magis videtur conditionem iniecisse, &c.* negat omnino esse demonstrationem. Sic etiam idem auctor in *l. quidam, inf. hoc tit.* in hac specie legati, *nummos, quos in numerato habeo, dato, & nummos, quos in creditis habeo.* Ait Iurisconsultus, demonstrare potius voluisse videtur, quam conditionem iniecisse. ibi illis verbis negat esse conditionem. Magis dupliciter accipitur, electiue & comparatiue, Diogenes in vita Pyrrhonis, Magis accipitur comparatiue, vt cum dicimus, mel magis dulce esse, quam vuam. non negamus hic vuam esse dulcem. Sic in *l. iubere, de iurisd.* magis est imperii, quam iurisdictionis. Sic in *l. 3. de bonor. possess.* magis est iuris, quam corporis, non prorsus ideo negatur esse corporis. Alias accipitur positiue siue electiue, vt virtus magis prodest, quam obest. hic negamus obesse. Sic in *§. is quoque, quib. modis re contr. oblig.* magis distrahit, quam contrahit, negatur contrahere. Sic in *l. 1. comm. diuid. l. 10. in prin. inf. de auro & arg. leg. & d. l. quidam & hac l. 6.* electiue accipitur. Hæc igitur verba: *qui meus erit*, faciunt legatum conditionale, nec interest, vtrum dixerit, *Stichum qui meus erit*, an vero, *Stichum, si meus erit.* In hoc exemplo proponitur exemplum legati per damnationem, vt *Stichum dato.* Cur ita? quoniam ipso iure per vindicationem non potest legari res, nisi quæ mortis tempore testatoris fuerit: Imo si legetur corpus, aut fundus, scyphus, exigimus, vt vtroque tempore fuerit testatoris, id est, testamenti & mortis, Vlpian. in *Frag. tit. de legat.* Ideoque in *l. vlt. de opt. leg.* optione legata per fideicommissum, lex ait, legatarium posse eligere ex iis tantum, quæ mortis tempore testatoris fuerunt, etiamsi eius non fuerint. Recteque ait, *per fideicommissum.* Nam si per legatum detur optio, exigimus vt vtroque tempore res, quæ optatur, testatoris fuerit: At per damnationem legatum valet, etiamsi res aliena fuerit, dummodo non sit apposita hæc conditio, *qui meus erit cum moriar.* Nam apposita ea, si alienus fuerit mortis tempore, nihil debebitur, ne æstimatio quidem: quod si fuerit pro parte alienus, pro parte defuncti, debebitur, videlicet, nisi defunctus hoc sensit, vt scilicet
B debeatur, si eius in solidum fuerit, *l. Iuliano 28. §. pen. inf. lib. 3. l. 2 sup. de condit. instit.* At in dubio debetur pro parte. Hoc in *l. 6.* dicitur. Eadem ratione, si quis legauit fundum, quem habet communem cum alio sic: *fundum meum dato*, pro parte tantum sua legatum consistit, non etiam pro parte socii. Nam quia dixit *Meum*, de sua tantum parte intelligitur, *l. dominus 22. de pecul. leg. & hac l. 5. §. vlt.* Igitur, *meum est*, quod pro parte meum est, *meum est*, quod etiam alterius est, *l. illud, de ritu nupt. l. si quis suos seruos, inf. lib. 3.* At finge: fundum communem ita legaui, *fundum meum dato*, deinde redemi partem socii, atque ita totus fundus meus factus est. Quæritur an totus debeatur legatario? Minime, ex *l. si ita, de auro & arg. leg.* Nam hæc verba: *fundum meum*, præsens testamenti tempus significant: Atqui eo tempore pro parte tantum erat
C meum, igitur pars tantum debebitur. Annotandum etiam Accursium in *l. 6.* male illum articulum *Magis*, accipere comparatiue. Nam ex eo efficitur, hæc verba, *qui meus erit*, & demonstrationem & conditionem facere, quod est absurdum: Nam fieri non potest, vt idem sit conditio & demonstratio, quia pugnant inter se, quæ illis tribuuntur. Accursius tamen mouetur *l. 34. §. vlt. inf. de aur. & arg. leg.* Species est: Multum interesse vtrum ita legetur: *Aurum quod vxoris causa paratum est*, an vero, *quod paratum erit.* Nam si dixit: *quod paratum est*: hæc verba præsentis temporis significationem habent. Ideoque si tempore testamenti quinque libræ fuerint paratæ, quinque libræ debebuntur, quia totidem erant tempore testamenti, licet totidem non fuerunt mortis tempore: Nam hoc legatum de-
D minutionem non recipit, nisi testator id deminuerit adimendi animo, vt si forte vltro vendiderit vnam libram, non debebuntur nisi 4. quæ restant. At diuersum, *Quod paratum erit*: Nam hæc verba futurum tempus significant. Ideoque non spectatur quantum testamenti, sed quantum mortis tempore vxoris causa paratum sit. Ideoque si testamenti tempore fuerint 5. libræ paratæ, mortis 4. non debebuntur nisi 4. Vel si testamenti tempore fuerint 5. mortis 10. debebuntur 10. Igitur hoc legatum post testamentum & minui & augeri potest ante mortem testatoris, quod non fit in superiori legato. Verum locus est deprauatus in *d. l. 34. §. vlt.* Nam ait, *hoc legatum habet in se demonstrationem & argumentum.* Hoc vero falsum est: nã non est demonstratio, sed conditio. quid vero est *argumentum* in eo
E loco? quidam notant, alias legi, *augmentum*, quod rectissimum est, ideoque pro *demonstrationem* reponendum est, *deminutionem.* Igitur id legatum recipit deminutionem & augmentum. At cum dicis, *quod meum est*, neutrum recipit. sic in *l. 20. §. item non, de petit. hered. l. interdum, de oper. libert.* operarum obligatio recipit deminutionem & augmentum (sic apud Marcellinum *lib. 16.* ait ibi: *spumans fluuius cruore barbarico insueta stupebat argumenta*, legendum, *augmenta*, quia creuerat ex cruore. Sic apud Cassiodorum in formula Consulatus *lib. 6. Galliarum in argumentum publica gloria manumittuntur serui*, legendum *in augmentum.* Postremo opponitur aduersus ea, quæ diximus, auctoritas Labeonis, qui existimabat, hæc verba esse accipienda pro demonstratione, non pro conditione: ideoque

putabat totum seruum deberi, etiamsi alienus fuisset mortis tempore in solidū, vel pro parte, quia falsa demonstratio non perimit legatū. Hæc verba demonstrationem faciunt. Hoc proponitur in *l. 5. & l. nuper §. vlt. lib.* 2. Sed obtinuit contraria sententia. *Certa persona*] Notandum personam accipi pro seruo. Opp. etiam *l. pen. in prin lib. 3.* Species: Quidam legauit vxori viatoria lateralia (sunt sacculi linei vel coriacei folles qui feruntur à latere: dicuntur viatoria, quod viatores ea secum deferant, *l. vlt. de auro & arg. leg. l. 4. de supell. leg.*) & quicquid in eis conditum erit. Deinde profectus est in vrbem secum ferens lateralia illa, in quibus condiderat chirographa quædam, & pecunias quasdam. ea lateralia post testamentum secum detulit in vrbem, in vrbe chirographa reddidit debitoribus, pecuniam soluit, sicque euacuauit lateralia. Reuersus deinde in patriam, alias pecunias condidit, & alia chirographa. Quæritur an ea debeantur, quæ mortis tempore condita fuerant? Iurisconsultus respondet, non deberi, quæ morte tempore continerentur: Hoc vero falsum videtur. Placet coniectura eruditissimorum virorum, deesse in illa lege, *nisi*. Itaque legendum: *non deberi, nisi quæ mortis tempore continerentur*, quæ ante inerant, non debentur: nam hoc legatum deminutionem recipit. Verbum *erit*, non refertur ad præsens tempus, nisi patrocinante voluntate, *l. verbum erit, de verb. significat l. in conditionibus, de condit. & demonstrat.* At in ea specie eius voluntatis nullum extat argumentum. Igitur sunt ad suum tempus referenda, & debebuntur, quæ fuerunt condita mortis tempore.

Ad Leg. VII.

Legatum seruo delatum dominus potest repudiare.

Repudiatio legati seruo relicti à domino facta seruo nocet: & ideo si fortassis seruis manumissis legatum agnoscat, post repudiationem domini, nihil agit. repudiatio tam seruo, quam domino nocet. Accurs. adfert *l. si Pamphilus, de opt. legat.* Sed loquitur ea lex de optione seruo data tacite. id genus legati si repudiauerit dominus, non ideo seruo postea manumisso non licebit optare. itaque in illo genere repudiatio seruo non nocet. Itaque proprie ea lex ad hanc sententiam non pertinet, sed exceptio potius est. Contra hanc l. opp. *l. legatum, de adimend. leg.* Legatum est relictum seruo alieno, an potest adimi eius domino? Minime: Legatum ei adimi debet, cui datum est, igitur seruo adimendum est, non eius domino. Igitur, inquiunt, non potest repudiare nisi cui datum est, sicque dominus non repudiabit. Respond. non recte argumentamur ab ademptione ad repudiationem. Legatum adimit testator, legatum repudiat legatarius. Præterea adimit testator soli legatario, quoniam legatum eodem modo adimi debet, quo & datum est, vt si ita legatum sit *do*, sic adimitur, *non do, dato, ne dato* Idemque in personis obseruatur, vt si Titio legetur, Titio adimendum est, nec satis est, si domino aut patri eius auferatur. Vlpianus in *Fragm. tit. de leg.* At repudiatur legatum etiam à domino. Denique ademptio cum datione debet consentire: sic acceptilatio debet congruere cum obligatione: At repudiatio non debet consentire cum datione. Itaque repudiat etiam is, cui directo datum non est. Oppon. etiam *l ex repudiatione. C. de fideicommiss.* Ex eo colligitur, fideicommissum relictum filio famil. patrem non posse repudiare. Cur tamen potest dominus repudiare seruo relictum? Idem in hereditate vel bonorum possessione, hereditatem filiofamil. delatam pater non potest repudiare, *l. renitente, C. de iure delib. l. is qui, 13. §. vlt. de acquir. hered.* Idem & in legato dicendum. Sicut econuerso, quod dicitur in hac *l 2.* de legato, existimandum est etiam obtinere in fideicommisso. Item in bonorum possessione, *l. 1. § seruum, de success. edict.* Idem etiam in hereditate seruo delata. At cur non idem iuris est

A in filiofamilias? Necessario hac in re constituenda est differentia inter patrem & dominum. Ratio diuersitatis est hæc: delata seruo dominus repudiat. Igitur persona serui non spectatur, id est, non spectatur fieri posse, vt is manumittatur: nam seruus pro nullo habetur in omni iure, & ciuili & prætorio, seruus est heres institutus, institutis datur tempus deliberandi. Id autem domino dabit prætor, non seruo, quia pro nullo habetur, *l. 1. sup. de iure deliber.* At filiofamil. instituto & ipsi daret prætor tempus ad deliberandum: nam filiusfamil. pro nullo non habetur. Filiifamil. persona inspicitur, idque in considerationem venit, fieri posse, vt filiusfamil. sui iuris fiat, & ideo in eius fraudem non admittitur repudiatio, *l. 2. C. de repud. bon. poss.* Pater igitur repudiando seipsum fraudat, non filium, nam
B si filiusfamil. fiat sui iuris, peruenit ad legatum. At dominus repudiando vtrumque fraudat. Opp. & *l. Titia 34. §. Lucia, inf. lib. 2.* Species: Quidam legauit domum seruo alieno, aut per fideicommissum reliquit, heredes cum diuiderent hereditatem, eam etiam domum diuiserunt, idque præsente domino quasi teste diuisionis. Quæritur an eo, quod interfuit diuisioni seruo relicti dominus videatur amisisse actionem fideicommissi iam sibi acquisiti, & ideo an videatur amisisse fideicommissum? Lex ait, non videri amissum: nisi euidenter appareat eum amittendi fideicommissi animo interfuisse, quod ne repudiare quidem potest. Igitur fideicommissum seruo delatum dominus repudiare non potest. Respondeo breuiter: ego existimo differentiam esse constituendam inter legatum acquisitum & delatum.
C Lex 7. est de legato delato. §. *Lucia*, est de acquisito legato siue fideicommisso. Sciendum aliud esse legati diem cedere, legatum deferri, legatum acquiri: nam legati puri dies cedit à morte testatoris, hæc cessio facit, vt actio legati ad heredem transferatur. Defertur autem ab adita hereditate, acquiritur ab agnitione. Id dicit *l. ei, qui ita, sup. de condit. instit.* Eadem ostendit legatum non acquiri, etiamsi legatarius conditionem legati expleuerit. Vt si legatum sit, *si dederis 10. l. cum vero, in fi. de fideicommiss. libert.* Ea lex ostendit, legatum non acquiri statim ab adita hereditate, nisi id legatarius agnouerit. agnoscit qui constituit id ad se pertinere. Ergo post aditam hereditatem interim cum deliberat legatarius, rei legatæ dominium pertinet ad heredem, ante aditam hereditatem rei legatæ dominium est heredi-
D tatis, post aditam ante agnitionem, est heredis, *l. Papinianus, sup. de seruit. l. si seruus Titij, l. legatum §. vlt. l. si heredis, hoc tit.* Hæc igitur tria sunt diuersa. Legatum igitur delatum potest repudiari, acquisitum non potest repudiari, *l. delata, de verb. signif. l. 1. §. decretalis, inf. de success. edict.* Eius sententia est, duplicem esse bonorum possessionem, edictalem & decretalem. Edictalis, quæ ex edicto datur. Decretalis ex decreto deficiente edicto, vt Carboniana bonorum possessio, & quæ datur furioso, & de bonis captiui non dum mortui. Præterea edictalis ordinaria est, Decretalis non, *l. 5 §. vlt. de Carbon. edict. l. filium §. si quis contra, de legat præstand.* Præterea edictalis datur de plano, in itinere, transitu. Decretalis pro tribunali causa cognita: Edictalis sine causæ cognitione. Edictalis datur quocunque die: Decretalis datur diebus sessionum, *l. 2. §. dies, Quis ordo in bon poss seru.* id est, diebus quibus
E prætor sedet pro tribunali, ἡμέραις θεματικαῖς, *lib. 45 Basil. tit. 2.* Edictalis repudiari potest, decretalis nunquam. Cur id? quoniam, quod delatum est, id duntaxat repudiatur, non quod adquisitum est. At *decretales* eodem momento deferuntur & adquiruntur, id est, dum decernitur, defertur simul & acquiritur. Igitur non potest repudiari: nam nullum est medium tempus. At *edictalis* alio tempore defertur, alio datur & acquiritur, itaque intermedio tempore potest repudiari. Igitur §. *Lucia* est de fideicommisso siue legato acquisito: *h. l.* est de delato. Delatum dominus potest repudiare, acquisitum non potest. amittere quidem potest, potest alienare, derelinquere, donare, concedere; at repudiare non potest, quod iam habet. Denique ea quæ nobis of-

feruntur; repudiamus, recusamus, quæ vero iam agnouimus & acquisiuimus, ea derelinquimus vel alienamus, non repudiamus. hoc attigit recte Accurs. in *d.* §. *Lucia*. Videndum, an omnino verum sit, quod diximus, agnitione sola legatum acquiri. Quidam dicunt legatum statim acquiri à morte testatoris, quidam ab adita hereditate: Horum sententia comprobatur *l. à Titio, de furt.* Ex qua lege colligunt, legatario acquiri legatum ab adita hereditate, recta via, id est, non per factum heredis: Idem ex multis aliis locis colligitur. Sed illa omnia sunt accipienda per interpretationem quandam, quoniam agnitio retrotrahitur, non acquirit legatum, nisi qui agnoscit, sed postquam agnouit, id videtur acquisiuisse ex die aditæ hereditatis, & ex eo die fructus ad eum pertinent, agnitio retrotrahitur *l. seruum* §. *1. l. si tibi homo* §. *cũ homo, hoc tit.* Ideoque interim res legata non videtur fuisse heredis, cum scilicet secuta est agnitio; si sequatur repudiatio, semper videtur fuisse heredis, *l. omnia, in fi. de reb. cred.* In summa, agnitio legati hac in re est similis aditioni: Aditio hereditatis retrotrahitur; nam qui adit, videtur successisse ex die mortis, *l. heres quãdoque, de acq. hered. l. si ex re* §. *vlt. de stipulat. seru.* Ita etiam agnitio legati retrotrahitur ad diem aditæ hereditatis. Dicitur vulgo, legatum acquiri ignorantii. gitur non est necessaria agnitio: quod dicitur ita, non pertinet ad dominium: dominium enim non adquiritur nisi scienti, sed accipi debet de actione ex testamento, quæ competit legati nomine, *l. filiusfamil. qui testam. fac. poss.*

Ad L. VIII.

Si ex toto fundo legato testator partem alienasset, reliquam dumtaxat partem deberi placet, quia etiamsi adiecisset aliquid ei fundo, augmentum legatario cederet.

§. *1. Si ita scriptum sit*, Lucius Titius heres meus, aut Mæuius heres meus, decem Seio dato. *cum vtro velit, Seius aget, vt si cum vno actum sit, & solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent: quid ergo, si ab altero partem petierit? liberum cui erit ab alterutro reliquum petere. Idem erit & si alter partem soluisset.*

§. *2. Si ita legatum sit*, Lecticarios octo, aut pro his in homines singulos certam pecuniam, vtrum legatarius volet: *non potest legatarius partem seruorum vindicare, pro parte nummos petere, quia vnum in alterutra causa legatum sit. Quemadmodum si olei pondo quinquaginta, aut in singulas libras certum æs legatum sit. ne aliter obseruantibus, etiam vno homine legato, diuisio concedatur. nec interest diuisa ea summa, an iuncta ponatur. Et certe octo seruis, aut pro omnibus certa pecunia legata, non posse inuitum heredem partem pecuniæ, partem mancipiorum debere.*

Agitur in hac *l.* primo de legati deminutione vel augmento. Secundo, de duobus reis testamento constituendis. Tertio, de non diuidenda vnius legati petitione. Quod ad primam attinet, si testator ita legauit: *fundum, qui meus erit cum moriar*, legatum hoc deminutionem & augmentum recipit, *l. 6. sup.* Item, si fundus simpliciter legetur, vt *fundum meum lego*, *l. 10. tit. prox.* Ideoque, si testator fundo simpliciter legato, aliquid adiecerit, augmentum legatario accedit, vt si ex alio fundo illi partem adiunxerit, vel etiam si quid ei accesserit alluuione, vel si quid ei accesserit insula nata in proximo: sic igitur fit, vt legatum plenius præstetur, quam sit relictum, *l. 16. lib. 3. l. 21. hoc tit. l. si statuam, de auro & arg. leg.* Ex diuerso, si ex fundo legato testator aliquid deminuerit, id legatario decedit, vt si testator partem vltro alienauerit; nam alienatione partis, alius fundus constituitur. Item, si testator ex fundo legato partem detraxerit, quod fit sola animi destinatione, cum scilicet ex vno fundo pars detrahitur vt in alium fundum transferatur, id legatario decedet: Nam trãslatione partis mutatur eius partis nomen & causa ideoque in ea parte legatum deficit, *l. 24.* §. *penult. hoc tit. l. pedi-*

A *culis* §. *vlt. de auro & arg. leg.* Igitur siue fundum simpliciter legauerit, siue sic, *qui meus erit cum moriar*, tale legatum & augmentum & deminutionem recipit. Sed differentia inter ea duo genera est hæc, quod legatum, *qui meus erit*, conditionale est, & ideo parte alienata, nec redempta ante mortem, ea pars indistincte legatario decedit, *l. scribit inf. de auro & arg. leg.* At simplex legatum fundi purum est, ideoque parte alienata vtimur hac distinctione, vtrum sua sponte alienauerit, an necessitate coactus ob angustias rei familiaris: Nam si sua sponte alienauit, ea pars legatario decedit. At si coactus alienauit, nihil legatario decedit: id significat etiam *d. l. scribit.* Præterea illud legatum, *Qui meus erit*, ipso iure augmentum & deminutionem recipit. At simplex, ipso iure non recipit hæc: Nam si testator, qui

B simpliciter legauit, partem aliquam alienauit, legatarius potest partem alienatam petere ipso iure, sed repellitur exceptione doli, si sua sponte alienauerit. igitur ipso iure nõ minuitur: quoniam solidi legati petitio est. puto etiam petitionem augmenti adiuuandum replicatione, vt finge: fundo suo legato simpliciter, & post testamentum acquisito alio fundo, ex eo fundo illi aliquid adiecit, ergo adiicit ex fundo, qui eius non fuit testamenti tempore. plane dubitari potest, quid senserit, an id, quod adiecit, voluerit ad legatarium pertinere? Sed tamen obtinuit, id quoque pertinere ad legatarium. Verum ait lex 24. §. *pen. hoc tit.* & maxime, si eam partem adiecit ex fundo, qui eius fuit testamenti tempore, quoniam dubitatur, an alias idem sit. Illa tamen verba, *& maxime*, sic accipienda sunt, vt idem dicatur, etiamsi ex fundo post testamentum quæsito eam

C partem adiecerit. verum non tam facile. Itaque forsitan hoc casu necessaria est replicatio, iuuandæ intentionis suæ causa.

Secundum caput est de duobus reis debendi testamento constituendis. Duo rei debendi non tantum inter viuos constituuntur, sed etiam in testamento, vt si ita legetur: *Ille heres meus, aut ille heres meus Titio dato*; Nam singuli heredes legatario in solidum tenentur, §. *1. hac l. & l. ille 25. inf. lib. 3. l. eandem rem, inf. de duobus reis const.* Ea vtitur hoc exemplo: *Titius & Mæuius Sempronio 10. danto.* Nõ vtitur apto exemplo: nam vt apparet ex hoc §. & *l. ille*; in ea *l. eandem*, non *danto*, sed *dato* legendum est. Ideo que etiam legendum, *Titius aut Mæuius*, quo modo duo rei debendi constituuntur. At non ita est, si dicat, *Titius &*

D *Mæuius Sempronio danto*: nam hic non sunt duo rei, quoniam singuli tantum debent viriles, *l. turpia* §. *vlt. l. si heredes nominatim, h. t. l. ita liber, in fi. de statulib. l. nonnunquam, ad Trebellian. l. si communis seruus 37. de stipul. seruor.* Vel etiam, cum dixit, *Titius & Mæuius*, heredes singuli debent hereditarias, quo casu non sunt duo rei. Debent autem hereditarias partes, quando non ab omnibus, sed à quibusdam legatum est. *Titius & Mæuius hedes mei danto*, hi non pro virili, sed pro hereditaria parte tenentur, *l. siue à certis, de duobus reis constit.* Et in summa; in hac re ita constituendum est, cum nominantur propriis nominibus, exæquantur in præstando legato. cum vero appellantur tantum heredes, debent hereditarias. Cum vero & nominantur & appellantur, *vt Titius & Mæuius*

E *herodes mei*, non exæquantur, sed debent hereditarias, videlicet si testator ideo prætulit propria nomina, vt cæteros heredes exoneraret. Nam si illi soli sint heredes Titius & Mæuius, & appellentur simul, & nominentur propriis nominibus, tum exæquantur & viriles debent. Hæc autem cessant, cum ita legatur: *ille aut ille heredes mei dato*; nam sic sunt duo rei. Potest igitur vel ab vno eorum solidum peti. item vnius solutione alter liberatur, vel acceptilatione vnius, itemque vnius petitione. Sed cum hoc dicimus, petitionem cũ effectu accipimus, quam scilicet exactio secuta sit: nam litis contestatio non sufficit, *l. 2. de duob. reis. l. si vt certo* §. *vlt. sup. commod.* vno in loco ait, *petitione*. Ideoque recte in hoc præsenti §. ait: *Si cum vno actum sit, & solutum.* Possunt etiam à singulis partes viriles peti, si velit legatarius, *l. 3. vlt. inf. de duobus reis, l. inter eos* §.

duo,

§. duo, de fideiuss. l. grege §. etiam, de pign. Et hoc casu cum petit partes, petita ab vno parte, alter non liberatur, vel soluta, solido autem petito, liberatur. Verum addendum, eum etiam ipsum, qui partem soluit, non liberari: nam licet ad eum redire, alterius partis nomine. Hic oppon. *l. si creditores, C. de pact.* Hic §. indicat, posse creditorem pro altera parte reuerti ad eum, qui partem soluit. id negatur in *d. l. si creditores*, quæ scripta est ad duos reos debendi, quorum vnus partem soluerat, eumque creditor admiserat, non est æquum vt hic teneatur pro altera parte. Reiicienda sunt, quæ hic Accursius adfert; tentat enim pro *alterutro* in hoc §. legendum, *altero*. tentat etiam *alterutro*, accipi pro *altero*, in quo minus præstandum est: tentat etiá hic esse fauorem legati: legatorum nullus est fauor specialis, libertatum quidem fauor sæpe est. Quarto tentat in *l. si creditores*, egisse creditorem cum omnibus, exegisse vero partem ab vno, id vero commentum est. Breuiter igitur sic dicendum: Creditorem in ea l. admisisse vnum reum debendi pro parte sua soluentem. Admisisse est, accepisse partem ea mente, ne quicquam ab eo peteretur, vt in *l. stipulatus, in fi. de fideiuss.* Sic igitur dicendum: Vno electo pro parte, potest creditor ad eundem reuerti pro altera parte. Verum obstat exceptio pacti, si creditor ea mente aut ea lege partem accepit, ne quicquam præterea peteret, sed hæc exceptio probanda erit reo. Sicque *l. si creditores* proprie pertineret *ad tit. de pact.* Postremo constituuntur etiam testamento duo rei credendi, hoc modo: *Illi aut illi dato*, hoc casu electio est heredis, quia per damnationem: Eo igitur casu vni dando solidum, liberatur. Vel sic: *Illi aut illi, vtri heres voluerit, lego.* Duo sunt rei credendi, *l. 16. tit. prox.* Diuersum est ex constitut. Iustin. Si ita: *Illi aut illi lego*, quo casu duo sunt legatarij, non tamen sunt duo rei credendi; sed si concurrant, partes faciunt, *l. cum quidam, C. de verbor. signif.* Atque ita disiuncta accipitur pro coniuncta. Idemque est, *illi aut illi*, cum eo *illi & illi*. Iustinianus vtitur verbo συμπλέκτικως.

Sequitur tertio de non diuidenda vnius legati petitione; vnius legati. Nam multum interest, vtrum vnum, an plura legata sint. Vnum legatum pro parte acquiri, pro parte repudiari non potest. Pluribus autem legatis relictis, vnum peti, alterum reiici potest, *l. 38. hoc tit. l. 45. inf. lib. 2.* Præterea vnius legati dies pro parte cedere, pro parte non cedere, non potest, *l. cum illud, in prin. quand. dies leg. ced.* Pluribus autem legatis, vnius dies potest cedere, ex qua cessione sequitur transmissio, vt si vnum legatum sit purum, alterum conditionale: nam pendente conditione, puri dies cedit. Vnum autem tantum legatum est, vt cum vna tantum res legatur, aut fundus Tusculanus: aut grex, armentum, licet plura in eo sint capita. Vnum etiam est, si legetur chorus, aut familia, peculium, dos, vestis, aurum, argentum, instrumentum, supellex, licet in his plures sint species. Stipulatio quoque vna est, si quis horum quid stipuletur, *l. scire debemus, §. stipulationem, de verb. obligat.* Præterea vnum est legatum, etiamsi octo lecticarij legentur, id est, octo homines ad lecticam ferendam. Lecticarios Accurs. dicit, qui lecticas faciunt, hoc falso dicitur: Nam lecticarij sunt, qui aliquem gestant lectica. Ad lecticam splendidiorem comparabantur plerunque octo homines. Martial. *Octo Syris suffulta datur lectica puella.* Appellabatur etiam octophorum. Duo sunt loci de lecticariis in his libris de legatis. primus est in *l. item legato, lib. 3.* Quidam vxori legauit quod eius causa paratum esset. Dabuntur, inquit, lecticarij, qui solam vxorem gestabunt. Item dabitur sella, lectica, instrumenta, burdones. Burdones sunt muli. Ostenditur ex *l. qui duo, lib. 3.* vbi dicitur mulorum appellatione mulas cótineri: τῷ λεγέτῳ τῶν βουρδωνῶν ἡ αἱ μύλαι περιέχονται, *l. vxori, de auro & arg. leg. l. Ædiles §. quæsitum, de Ædil. edict.* Paul. in *3 Sent tit. de legat.* Alter locus de lecticariis est in *l legatis §. 1. lib. 3.* In eo §. statuit differentiam inter officium & artificium seruorum. Officium interpretantur ὑπηρεσίαν, *artificium* τέχνην. Igitur officium est, vt cubicula-

A rij vel ostiarij; artificium, fullonis, pistoris, textoris. Nam ait Iurisconsultus, legatum exstingui, si seruus ex officio transeat ad artificium, vt puta ostiarij legati sunt. postea testator vnum ostiarium textorem fecit, legato ille non continetur, quia desiit esse ostiarius. Non idem est econtrario, si ex artificio seruus ad officium transeat, vt si textor fiat ostiarius, *l. textoribus, lib. 3.* tum vero legatum non exstinguitur: Nam non ideo desinit esse textor, quamuis officio ostiarij fungatur. Artificium est habitus animi, officiú non item. Officium artificio mutatur, at non contra. Si cubicularius fiat sutor, desinit esse cubicularius. At si sutor, relicto paulisper instrumento artis, fiat cubicularius, non ideo minus est sutor, id est, non ideo minus nouit artem sutoriam. Verum in eo §. tale exemplum proponitur, vt si lecticarius postea fiat coquus: Ergo hic ex artificio B transit ad officium. igitur coci officium est, quod pugnat cum *§. si vnus in d. l. legatis, & l. si quid, in fi. de Ædil. edic.* Item Terent. *quid est, quod mea ars efficere potest?* cum de coquo agit. Item coquina famulatur Medicinæ. Igitur artificium est. Item §. indicat, lecticarij esse artificium, quod plerisque nouum videtur, sed idem etiam ostendit *§. si vnus.* Atque ita est omnino, sicut vehicularij aut carrucarij est artificium. Ita baiulorum est artificium: nam & lecticarij baiuli sunt. Verum de coquo quæritur, an sit officium? Minime vero. Sensus autem eius §. est: legatum exstingui, si quis transeat ex officio ad artificium: legatum non exstingui, si quis transeat ex artificio ad officium. Coqui nó potest esse officium, nisi cum soli domino dat operam. Octo lecticariorum legatum vnum est. Idem dice-C mus, si quis ita leget: *octo lecticarios, aut pro his tot aureos, vtrum elegerit legatarius.* legatum datur disiunctiuo modo, verum vnum est legatú. & generaliter, quoties legatur *illud aut illud*: vnum est legatum *l. 27. tit prox.* Ergo huius legati petitio diuidi non potest: ideoque legatarius debet eligere vel octo lecticarios, vel illam summam: nam non potest partem sumere ex lecticariis, partem ex summa: & hoc locum habet, siue sit legata summa pro omnibus lecticariis, siue pro singulis singulæ summæ: Nam semper vnú legatum est: Item si legauerit *centum libras olei, aut pro eis certam summam*: nam & hoc casu petitio eo modo diuidi non potest. Nam si illis casibus diuidi potest petitio legati, poterit & hoc casu qui sequitur: *hominem aut decem lego.* Igitur & hoc casu peteretur pars hominis & pars decé: quod D est absurdum. Neque vero hoc casu potius illud concedédum est, quam prioribus, cum vtrobique idem legatum sit. Obiic. *l. 8 §. 1. inf. tit. prox.* Diximus, *illud aut illud* vnum esse legatum. at *d. l. 8.* contrarium dicit: *legaui Titio decem, aut, si noluerit, Stichum*, duo, inquit, sunt legata, at vno debet esse contentus. Ratio est, quoniam dixit, *si noluerit.* Ná Stichus peti non potest antequá repudientur decem: Itaque dies decem prius cedit, quam dies Stichi, id est, prius in eo est, vt possit repudiari, priusque defertur, quod non fit in legato *illud aut illud*, sine verbis, *si noluerit.* Tú enim vnus est legati dies, vnum legatum, vna forma legati. Obiicitur etiam *l. plane §. pen. hoc tit.* Diximus vnum esse legatum, id negatur in hac specie: *fundum aut vsumfructú fundi eius lego*, duo hic sunt legata. Hic etiam casus exci-E piédus est: nec frustra dicit, duo esse legata, quoniam alias solet tantum vnum esse. Ratio est, cur duo sint: nam legato fundi inest vsusfructus: qui legat fundum, plenum fundum legat, id est, proprietatem & vsumfructum. At cum adiicit *fundum, aut vsumfructum eius*, ille, si velit, solum vsumfructum vindicabit: verum poterit etiam vtrumque amplecti, proprietatem & vsumfructum, quod non sic fit, cum legas *illud aut illud.* Tertio opponitur *l. si chorus, in princip. lib. 3. Si chorus* legatus sit *aut familia*, perinde est, ac si singuli homines legati sint: Igitur, inquit, sunt plura legata. Nego: nam homine legato generaliter, aut optione hominis data, videntur singuli homines compendio legati, *l Manius §. duobus, tit. prox. l. 3. inf. qui & á quibus manumissi, &c.* Attamen vnum est legatum; namque nec huius nec illius petitio diuidi potest. Sed quod dicitur,

perinde esse, ac si singuli homines essent legati, significat, omnes ad legatarium pertinere, siue singulos legauerit, siue vsus sit vniuersitatis nomine. Postremo opponitur *l. si sterilis* §. *vlt. de act. emp.* Species est: quidam vendidit & recepit sibi habitationem, donec viueret, aut decem in annos singulos, poterit venditor primo anno habitare, secundo anno petere decem, atque ita subinde mutare sententiam. Cur igitur etiam in hac specie legati non potest variare? Hæc non sunt similia. Ille §. *vlt.* loquitur de præstatione annua, nos hic non loquimur de legato annuo: hoc enim legatum, de quo agimus, semel præstandum est, dumque præstatur non potest diuidi: at illa altera præstatio est annua, si legatum annum esset relictum, vt in annos singulos tot amphoras aut decem lego, liceret etiam subinde variare. at hoc locum non habet in legato, quod semel tantum præstandum est.

Ad Leg. IX.

Id quod apud hostes est, legari posse Octauenus scripsit, & postliminij iure consistere.

Seruum meum captum ab hostibus possum legare, quia spes est fore vt eum postliminio recipiam, *l. seruus ab hostibus 98. inf. hoc tit.* Hoc traditur ex Octaueno. Ex eodem traditur, seruum captum ab hostibus posse vendi, & in stipulatum deduci, *l. vlt. de act. emp.* Eadem ratione potero legare nauem meam captam ab hostibus, aut equũ: Nam & hæc postliminio recipimus, *l. 2. de cap. & postlim. reuers.* Ac quæritur, an sublata ratione postliminij, res hostium quasi aliena possit legari. Constat rem alienam posse legari, licet difficilis sit eius paratio, emptio, acquisitio. *l. cum seruus 39.* §. *vlt. h. t.* & tum debetur vel res ipsa, vel æstimatio, si parari non potest. Res autem hostium non potest legari, nisi aliquo casu emi possit, *l. ab omnibus.* 104. §. *etiam, inf. hoc tit. Aliquo casu*, quia interdum cum hostibus est commercium: alioquin perinde est ac si quis legaret rem, quæ non est in rerum natura, aut cuius non est cõmerciũ, quo casu nec æstimatio debetur, §. *non solũ, Inst. de leg.* *L.* 10. explicata est in *l.* 5.

Ad L. XI.

Cum filiofam. vel seruo alieno legatum, vel hereditas datur fidei committi patris vel domini potest: ac tunc demum ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, cum ipsis, per quos commodum hereditatis vel legati patri dominove quæritur, fideicommissum relinquitur. Denique Iulianus non insubtili ratione motus, patrem, cuius filius heres institutus est, extero quidem habita ratione legis Falcidiæ, restituere hereditatẽ respondit: quoniam ex persona filij teneretur: ipsi vero filio, non admissa Falcidia: quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset: ac pater non vt heres, sed vt pater rogari videtur. Et ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se peruenit ex legato vel hereditate filio relictis restituere, isque viuo patre decedat: omnimodo patrem id retenturum: quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.

A Patre vel domino heredis instituti, aut legatarij, fideicommissum relinqui potest. Recte fideicommissum: Nam æque non potuit legari. Vlpianus in *Frag. tit. de fideicommiss.* At fideicommitti potest, & potuit semper à patre vel domino heredis instituti: Nam fideicommissum potuit relinqui ab herede heredis, vel herede legatarij, *l. inf. lib. 3.* Similiter à legatario potuit fideicommissũ relinqui, nec tamen legari, *tit. de singul. rebus per fideicommiss. relict.* Item fideicommissum potuit relinqui à legatario etiam exheredato, vt si quis filium exheredasset, & ei legatum reliquisset, *l. coheredi 41.* §. *quod si heredem, sup. de vulg. substit.* Quæritur igitur, cur non posset etiam fideicommissum relinqui à substituto exheredati legatarij?

A Si enim ab illis potest fideicommissum relinqui, cur non etiam potest à substituto filij, qui est exheredatus, legato relicto, *l. cũ quidam, C. de leg.* A legatario exheredato potest fideicommissum relinqui, cur non & à substituto eius. Item de herede legatarij potest fideicommissum relinqui: hic substitutus est heres legatarij. Breuiter sic dicendum. Multa fiunt inutiliter nominatim, quæ si verbis tegantur vtiliter fiunt, *l. si quis Sempronium 68. de hered. inst.* id est *expressa nocent, tacita non nocent.* Ab herede legatarij videmus quemadmodum fideicommissum relinquatur, a nominatim? Minime. Nec vero posset, quia ille heres incertus est, *l. sciendum, de verb. sign.* Relinquitur tacite hoc modo: *cum mortuus fuerit legatarius, Titio decem dari peto*: sic videtur relinqui ab herede legatarij, vel etiam pridie
B quam morietur legatarius: Id vero fit vtiliter, quia verbis tegitur, nec fit nominatim. At à substituto exheredati nominatim fideicommissum relinquitur. *filius exheres esto, filio decem lego*: sequitur substitutio, *si filius intra pubertatem decesserit, Titius heres esto.* Adiicitur: *Titium rogo, vt Caio det quinque.* hoc fit inutiliter, quia nominatim, *d. l. cũ quidam.* Hoc Bart. sensit; sed rationem idoneam non reddidit, ideoque ab eius sententia alij recesserunt. Quæritur etiam in hac quæstione, cur à domino serui heredis instituti, recte fideicommissum non relinquatur in specie *l. 6. inf. lib. 3.* Diximus enim vtiliter hoc modo relinqui. Species eius legis est. Quidam instituit Stichum seruum Primi, si Stichus fuerit factus Secundi. [sicque non à Primo fideicommissum relinquit] & forte eius iussu adeat hereditatem, *rogo Secundum, vt det Titio centum*, sicque non
C relinquit fideicommissum à Primo, qui erat eo tempore dominus Stichi, sed à Secundo, hoc fit inutiliter. Ratio est, quia à domino præsenti recte fideicommissum relinquitur, quoniam testator videtur ei dare hereditatem, non ignorat per seruum eum hereditatem acquisiturum, seruum tantum eius honorat heredis titulo, quod fortasse magis eum seruum diligat. Hic quærunt interpretes, cum seruus alienus institutus sit, vtrum dominus, an seruus videatur heres? Et multa vtrinque sunt argumenta, quorum summa est: Dominum plane πάλιν heredem non esse, nec enim donatus est heredis nomine, sed est heres κατά τι. Igitur cum sit heres aliquatenus, non mirum, si ab eo possit fideicommissum relinqui. At ei, qui non est dominus in præsentia, qui tamen forte fortuna vtiliter potest fieri dominus, testator nihil videtur dare: nam nihil dat fortuito,
D sed certo iudicio. de his quæ possunt forte fortuito accidere, nihil statuit. Itaque ab eo, qui fortuito dominus potest fieri, & ad hereditatem venire, non relinquit fideicõmissum. Hæc est ratio leg. 6. Addendum, à domino vel patre [quæ de domino dicuntur hac in re, etiam de patre accipi debent. item quæ de filio, etiam de seruo] ita demum potest fideicommissum relinquere, si hereditatem vel legatum agnouerit: alioquin qui nihil agnouit, precibus aut fideicommisso non obstringitur. Quid fiet igitur, si seruum manumiserit, qui heres institutus est, priusquam scilicet eum iubeat adire, & deinde seruus hereditatem adierit? Quæritur, quis fideicommisso tenebitur, dominus ne? Minime. Dominus non tenetur de fideicommisso, quia
E nihil ad eum peruenit. seruus etiam fideicommisso non tenetur directo, quia rogatus non est, sed dominus eius; sed tenetur actione in factũ vtili, *l. 4. lib. 3. l. si alienus, hoc tit.* Ratio est, quia penes seruum hoc casu remanet omne commodum hereditatis, cuius duntaxat respectu dominus fideicommisso astringebatur. quia igitur commodum hereditatis nanciscitur, & onus feret. Itẽ si dominus obligaretur fideicommisso, acquisita per seruum hereditate, obligaretur quasi ex persona serui, id est, quasi eius personam sustinens. Ergo non mirum, si à domino onus legati in seruum transferatur, data vtili actione. Quæritur, quid si seruum dominus vendiderit, priusquam eum iuberet adire, & postea adierit seruus iussu emptoris, quæritur, in quã, vter fideicommisso teneatur, venditor, an nouus dominus, id est, emptor? Hac in re ita definitum est, vendi-

torem teneri. Ratio, quia vendendo seruum, cui iam delata erat hereditas, videtur etiam eam hereditatem vendidisse, id est, eo pluris videtur seruum vendidisse, quod ei data esset hereditas. itaque pro hereditate videtur pretium accepisse: non mirum igitur, si fideicommisso obligetur. Verum si venditor non sit soluendo, tum tenebitur emptor actione vtili, *l. si seruum, sup. si quis omiss. caus. testam. l. plane 94. §. 1. h. t.* Addendum, etiam à patre, vel domino heredis instituti fideicommissum relinqui, non tantum extraneo, sed etiam ipsi filio vel seruo. vt filio herede instituto, pater potest rogari, *vt hereditatem eius restituat post mortem suam:* atque ita à patre filij instituti ipsi filio recte fideicommissum relinquitur, *l. quidam §. si ser. ad Trebell. l. quamuis, C. de fideicom.* Sed in hoc est differentia; quia si extraneo relinquatur à patre vel domino heredis instituti, pater ei tenetur ex persona filij heredis instituti, id est, obligatur veluti heres, quia repræsentat filium heredem; itaque extraneo tenetur quasi heres. Denique à patre heredis instituti vires accipit: secus si fideicommissum sit relictum à patre ipsi filio heredi scripto. Nam tunc non dicemus, patré ei teneri ex ipsiusmet persona, ne idem fiat & debitor & creditor, id est, ne videatur ipse fili° sibi obligari ex fideicommissi causa: Itaque extraneo quidem debet ex persona filij quasi heres; at ipsi filio debet quasi ex sua persona, id est, non vt heres, sed vt pater, vt quilibet ad quem aliquid peruenit morte testatoris: nam quilibet, ad quem aliquid peruenit, potest de fideicõmisso obligari, *l. pater §. sciendum, lib. 3.* Igitur hoc fideicommissum pater debet ex sua persona, non ex persona filij cui debet, quia ex mea persona mihi deberi non potest, at ex mea persona alij deberi potest. Hic quæritur primo, an pater vel dominus qui rogatus est hereditatem restituere sibi per seruum quæsitam, possit vti legis Falcidiæ beneficio? Sciendum, solum heredem Falcidia vti: vel eum, qui veluti heres sit, *l. mulier 22. §. vlt. ad Trebel.* Bonorum possessor est veluti heres, *l. 1. sup. de possess. hered. petit.* Igitur Falcidia vtitur. Pater, qui ab intestato succedit filiofam. militi, vtitur beneficio Falcidiæ, nec tamen proprie heres est, quia ea occupat iure peculij, non hereditatis, sed veluti heres est, & ideo si ab intestato fideicom. ei relictum sit, Falcidia vtitur, *l. si filiusfam. 18. ad l. Falcid.* Legatarius autem ex sua persona non vtitur Falcidia, nec si sit *partiarius*, id est, cui pars bonorum legatur, *d. l. mulier §. vlt. l. pœnales §. vlt. ad l. Falcid.* Similiter fideicommissarius, etiam vniuersalis, & quasi quodãmodo heres, Falcidia non vtitur ex sua persona: nam iam vsus est Falcidia heres, qui ei restituit hereditatem: Falcidia non duplicatur, non repetitur: semel adeundum est, semel deducenda est Falcidia: Igitur semel adita hereditate, & semel deducta Falcidia, cætera omnia expleri debent sine vlla deminutione: Lex Falcidia est contra voluntatem defuncti, *l. Titia 86. in fi. ad leg. Falcid. & Nou. 1.* Idcirco vtimur ea stricte: Fideicommissarius igitur vniuersalis Falcidia non vtitur aduersus secundum fideicommissarium, *l. lex Falcidia 47. §. vlt. ad l. Falcid. l. 1. §. inde Neratius, l. si patroni §. si fideicom. ad Trebell.* Quæritur, an pater vtatur Falcidia, qui scilicet rogatus est hereditatem restituere per filium quęsitam? Distinguendum est: Aut rogatus est extraneo restituere, aut ipsimet filio. Si extraneo, vtitur, *hac l. 11. l. 22. §. seruo, ad l. Falcid.* quoniam quasi heres est: videtur hoc casu pater rogatus, quasi heres: itaque tenetur extraneo non ex sua persona, sed ex persona filij, id est, filij nomine, qui & ipse filius tenetur, licet non sit rogatus: videlicet patre eam hereditatem non acquirente per filium, tum ipse filius tenetur, *l. si alienus 62. lib. 2.* At patre acquirente per filium, tenetur ex filij persona, non proprio nomine, quasi heredis vicem gerens. At si ipsimet filio rogetur hereditatem restituere, aliud dicendum est: nam hoc casu restituit filio, nec vtitur Falcidia, quia filio non tenetur quasi heredis vicem teneat, sed tenetur vt quilibet, ad quem aliquid peruenit morte testatoris. Dupliciter enim quis obligatur fideicommisso, vt heres, vel vt propius acce-

A dens ad vicem heredis: item vt quilibet ad quem aliquid peruenit morte testatoris. Pater extraneo obligatur vt heredis, id est, filij vicem gerens: filio autem ita non potest obligari, scilicet, vt eius vicem gerens, ne videatur ipse filius sibi obligari: sed tenetur vt quilibet ex sua persona & suo nomine. Igitur exsistente conditione fideicommissi, id est, filio sui iuris facto, pater ei restituet solidam hereditatem sine vlla deminutione. Ait *non insubtili ratione motus.* vulgus hæc non ita distingueret, animus hoc assequi non potest sine disciplina & contemplatione aliqua. Similiter vero legatarius ex sua persona non vtitur Falcidia, ex persona heredis vtitur, vt si suum legatum minuat heres, minuet & ipse pro rata fideicommissum, quod à se relictum est, *l. pœnales §. vlt. ad l. Falcid.* Similiter fidei-

B commissarius vniuersalis, quandoque vtitur Falcidia, at ex persona heredis, non sua. Heredum tantum est vti Falcidia, aut eorum, qui id ius habent ex heredum persona, *d. §. si fideicom. l. si patroni.* Hic opponunt *l. 1. §. si filio, ad Trebell.* In ea ostenditur locum esse Senatusc. Trebell. filio instituto, si pater eidem sit rogatus restituere hereditatem eandem, lex ait, Senatusconsult. Trebell. locum esse: Ergo, inquiunt, locus est Falcidiæ. Vitiosa est consequentia: Nam Senatusconsultum Trebellian. est de transferendis actionibus in fideicommissarium, pater transfert actiones in filium, cui restituit hereditatem, Falcidiam vero non retinet, hic Trebelliano locus est, non Falcidię. Sic fideicommissarius vniuersalis, qui secundo rogatus est restituere, ex Trebelliano actiones transfert in secundum

C fideicommissarium, nec tamen Falcidiam retinet. Opp. *l. iubemus §. 1. C. ad Trebellian.* Pater rogatus est filio hereditatem restituere, & retinet Falcidiam, quod negamus. Respondeo; pater scilicet institutus, quo casu Falcidiam suo iure retinet, vt heres institutus: at filio instituto, non patre, si rogatus sit pater eidem filio hereditatem restituere, non potest Falcidiam retinere vt heres, nec etiam alia ratione, quoniam alio obtentu Falcidia non retinetur. Alia quæstio: filio instituto, vter sit heres pater, an filius? Patrem heredem non esse demonstratur ex *l. qui hered. inf. de cond. & demonst.* Heredi dare iussus conditionis implẽdæ causa, non recte dat patri heredis: Igitur qui heredẽ dicit, filium dicit, non patré. Demonstratur etiam ex *l. 3. & l. liberis §. vlt. de vulg. substit.* Substitutio pupillaris ita fit; *Quisquis mihi heres erit, idem & filio meo impub. heres esto.*

D Ex hac substitutione vocatur heres institutus, non pater heredis, quamuis ei potestatis ratione hereditas acquisita sit. Item ex *l. 3. §. hoc autem, de leg. præst.* filius institutus est, aut ei legatum est. honor habetur filio non patri; nam honor ille consistit in heredis nomine. At contra tentant, patrem esse heredem: Nam Falcidia vtitur aduersus extraneum. Respondeo; vtitur quidem, sed ex persona filij. Alia ratione tentatur: Nam hereditas adita per filium exemplo patri acquiritur & in ἀτόμῳ, nec vllo momento subsistit in persona filij, *l. placet, sup. de adquir. hered.* Respondeo: Emolumentum hereditatis patri confestim acquiritur, neque tamen filius ideo desinit esse heres, non ideo exuetur honore heredis. Denique pater recto iure non est heres, sed potestatis necessitate, quia heres est in eius potestate,

E non directo, aut principaliter, aut per se, non πλαγίως, sed κατὰ..., quod etiam verum est, licet filius sit institutus contemplatione patris, quoniam & tunc semper eum heredem dicam, qui est scriptus, non eum, cui acquiritur, alioquin inanis erit scriptura. Dubitatur autem, an hodie à patre fideicommissum relinqui possit; Nam aduentitiæ hereditatis vsusfructus duntaxat acquiritur patri, non proprietas. Ergo quæritur, an hodie à patre fideicommissum relinqui possit? Et vero verius est, relinqui posse pro rata fructuũ perceptorum; nam & quilibet alius ratione fructuum potest fideicõmisso onerari, *l. filiusf. §. apud Marcellum, h. t. l. Impp. §. pen. tit. prox.* Igitur ratione vsusfructus poterit etiam pater hodie obligari fideicõmisso. Sunt autem quidam casus, quibus heredis vsusfructus patri non quæritur, vt si testator hanc legem testamento dixerit, *ne*

vsusfructus ad eum veniret, his certe casibus non poterit obligari. Addo quod etiamsi vsusfructus ei acquiratur, tamen non potest hodie ab eo relinqui fideicommissum hereditatis, quia hodie per filium non fit heres, quoniam non fit proprietarius. heredis appellatio proprietatem significat, & ius dominij. Igitur hodie etiam Falcidia non vtetur, si ab eo fideicommissa relicta sint. Tertia quæstio consistit in hac specie. Filiofamil. herede instituto, pater rogatus est eidem filio eandem hereditatem restituere post mortem suam, hoc fideicommissum est conditionale, quia sub die incerto. Pendente conditione, id est, viuo patre filius decessit: Lex ait, patrem eam hereditatem omnino retenturum. Id vero colligit ex superioribus quia dictum est, filio herede instituto, fideicommissum à patre relictum extraneo deberi ex persona filij, relictum autem filio deberi ex persona patris. Et hoc est quod dicit: *Et ideo si filio, &c.* Sic igitur concludit: quod pater filio debuit ex sua persona, mortuo filio pendente conditione, id omnino retinet: Inde colligitur ex contrario sensu, quod nobis negotium exhibet, aliud esse dicendum, si à patre fideicommissum extraneo relictum sit. Vt, filius heres est, pater rogatus restituere extraneo post mortem suam, extraneus pendente conditione, id est, viuo patre decessit. Quæritur, an pater fideicommissum retinebit? Lex significat, patrem non retinere, quia non sicut filio, ita extraneo id debuit ex sua persona, sed ex persona filij. Quid igitur fiet? An transmittetur ad heredem extranei? Non, quia conditionale est fideicommissum: dies autem non cessit, id est, conditio non exstitit viuo extraneo. Igitur nihil transtulit in heredem. Notandum, purum fideicommissum ad heredem transmitti, etiamsi fideicommissarius decesserit viuo herede, *l. postulante 44. in prin. ad Trebell.* Verum dices, hereditas non agnita non transmittitur; ideo nec fideicommissaria hereditas non restituta transmittetur. Neganda est consequentia: Nam hereditatis vel bonorum possessionis, antequam agnoscatur, nulla est actio: fideicommissariæ hereditatis, antequam restituatur, est actio, & hæc transmittitur. Hoc de fideicommisso puro. At hoc loco est conditionale, igitur non transmittitur. Quæritur, cur igitur apud patrem non remanet, à quo est relictum? si filio sit relictum, remanet apud patrem, cur non idem, si extraneo sit relictum, vel apud quem remanet? Æmilius Ferretus reiicit omnium opiniones, scilicet Accursij, Rauennæ, Bart. Besuntij, Castrens. Alciati. Id valde probo. quod autem is tradit, probare non possum. Negat enim vtendum esse argumento ex contrario sensu: Ait, siue filio siue extraneo sit relictum fideicommissum, viuo patre moriente fideicommissario, patrem id omnino retinere. Itaque vtroque casu idem statuit. Hoc postremum quod ait, falsum est: nam extraneo relictum, eo moriente pendente conditione, non remanet apud patrem, sed ad fiscum transit. Itaque non idem est. Illud etiam, quod ait argumento à contrario sensu non esse vtendum, falsum est: nos enim eo non vtimur, sed ipse Papinianus. Nam ait, *& ideo, &c.* id est, quia fideicommissum filio relictum, valet ex persona patris. Idem in fine inculcat, quoniam ex persona patris vires accepit. His manifesto indicat, fideicommissum, quod non valet ex persona patris, apud patrem non remanere. Ex veterum opinionibus probabilior est opinio Odofredi, cuius summa est: Lex nostra ait, id patrem omnino retenturum: *omnimodo*, id est, sine distinctione. Hoc posito ait differentiam esse inter fideicommissum à patre filio relictum, & extraneo relictum: Nam, inquit, si filio sit relictum, filio mortuo pendente conditione, sine vlla distinctione remanet apud patrem. At si sit relictum extraneo, filio herede instituto, vtimur distinctione, & in hoc est differentia: aut eo tempore, quo extraneus decessit, filius erat in potestate patris, & tunc remanet apud patrem fideicommissum, aut erat sui iuris, & tunc non ad patrem, sed ad filium pertinet, ex cuius persona hic pater debuit. Verum hoc falsum est: Nam, filio facto sui iuris, pater vtitur Falcidia aduersus extraneos, non filius. Cur

A igitur non vtetur etiam pater retentione fideicommissi. Denique nihil verius, quam patri acquisita hereditate, omnia hereditatis iura & commoda ad patrem pertinere, etiamsi filius fiat sui iuris. Præterea dubium est, *an omnimodo*, hic significet indistincte. Potest. n. significare ex toto, siue in solidum. Atque ita Græci interpretantur τὸ πᾶν ὅλῳ χειρὶ ἐπιτίμ. Ego existimo hanc partem vltim. l. huius accipiendam esse secundum l. Papiam quæ lex obtinuit ante Const. Iust. de caducis tollendis, qua Constitutione restituitur ius antiquum, quod fuit ante leg. Papiam: sed quod hic dicitur, accipiendum est secundum leg. Papiam. Sciendum est eorum, quæ in testamento relinquuntur, alia haberi pro non scriptis, alia esse in causa caduci, alia caduca. Pro non scriptis habentur, quæ deficiunt ab initio statim, vt quæ incapaci relinquuntur, &

B vero apud heredem semper remanet. In causa caduci sunt, quę viuo testatore post testamentum deficiunt, vt si legatarius moriatur viuo testatore, ea Vlp. appellat ereptitia, *in Fragm. tit. 19.* & vero Fisco vindicantur. Caduca autem sunt, quæ deficiunt post mortem testatoris, vt si heres scriptus ex parte moriatur pendente conditione, vel si legatarius aut fideicommissarius, vel si decedat ante apertas tab. & hoc etiam Fisco vindicatur ex *l.* Papia: Verum hoc ita est, nisi instituti sint liberi heredes, vel parentes, vsque ad tertium gradum: Nam iis institutis, quod deficit mortuo testatore apud eos remanet, nec fit caducum, *l. 1. C. de caduc. toll. l. 29. in fi. inf. lib. 2.* Vlpian. in *Fragm. tit. 18.* Liberi & parentes habent ius antiquum in caducis, i. e. non continentur *l.* Papia. Sciendum etiam *l.* Papia id

C tantum Fisco vindicari, quod antea ex iure antiquo heredi testamentario competebat, siue sit hereditatis portio, siue legatum. Igitur soli heredes testamentarij respiciunt caduca. Fiscus inuidet heredum duntaxat lucris. Ex eo hæc sequuntur, vt si sit heres scriptus ex asse, & moriatur ante apertas tab. hereditas transferatur ad eius legitimum heredem, non ad fiscum: si quis autem sit heres scriptus ex parte, & moriatur ante apertas tab. fiscus succedit in partem, præferturque coheredi testamentario, *l. multum, de cond. & demonstr.* dum ait, *quare & ex parte* Vlp. in *Frag. tit. 17.* Illud etiam sequitur, vt si à legatario sit fideicommissum relictum, & deficiat mortuo testatore, fideicommissum remaneat apud legatarium: nam Fiscus non inuidet legatariis, sed heredibus, *l. pater §. fidei, lib. 3.* Vel e-

D tiam eo casu, quo heres habet ius antiquum, vt si sit ex leberis vel parentibus, etiam fideicommissum à legatario relictum apud legatarium remanet, nec transit vel ad Fiscum, vel heredem, *l. Iulianus, tit. prox.* Excipitur vnus casus, si testator legatarium eligeret vt ministrum, tunc si fideicommissum deficiat, transit ad heredem, vel ad fiscum, *l. 17. tit. prox. l. pecunia, de alim. legat.* Sunt quidam ministri, qui appellantur curatores testamenti, vel dispensatores. Illo casu excepto, fideicommissum à legatario, si deficiat, omnimodo à legatario retinetur, id est, si non electus sit quasi minister. Eadem ratione si sit ab alio relictum qui non est heres, vel qui id non debeat quasi heres, id ab eo retinetur omnimodo. Ideoque, si filio sit legatum, nihil interest, siue à patre ipsi filio, siue extraneo fideicommissum à patre relinquatur: nam vtroque casu deficiens fidei-

E commissum pater retinebit, quoniam neutro casu id debet quasi heres, extraneo debet quasi legatarius, filio autem quasi quilibet, ad quem aliquid peruenit morte testatoris. Ergo neutro casu debet quasi heres, in hereditate tamen differentia est. Lex nostra ait, *legato vel hereditate.* Sed differentia tantum poni potest in hereditate, vt si, filio herede instituto, extraneo sit relictum fideicommissum hereditatis à patre, & extraneus moriatur pendente conditione, id est, ante mortem patris, fideicommissum fit caducum ex *l.* Papia, & ideo non retinetur à patre: Nam lex Papia oppugnat heredem; pater autem in ea specie tenetur ex persona heredis: igitur patitur caducum. Diuersum, si filio relictum sit: Nam, si deficiat, remanet apud patrem, nec fit caducũ, quia id nõ debuit vt

heres: Soli heredes patiuntur caduca. Sicut etiam fideicommissum relictum à legatario, si deficiat, non fit caducum, sed remanet apud legatarium. Hodie vero nulla est differentia, ideoque siue extraneo, siue filio relictum sit, remanet apud patrem: Quod hic scriptum est, accipi debet secundum l. Papiam.

Ad L. XII.

Si mihi & tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente, heres tibi exstitero: liberum mihi esse Labeo ait; ex meo legato, an ex eo, quod tibi heres sim, adquiram legatum. Si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere: vt tota mea sit: ex hereditario legato petere eam posse Proculus ait,

Prima huius legis quæstio pertinet ad ius accrescendi, cuius rei multæ sunt quæstiones, quarum vnam hic explicabimus, reliquas in *l. 16. h t.* Species: Mihi & tibi eadem res coniunctim legata est, die legati cedente tu decessisti me herede relicto, atque ita pro tua parte legatum in me transtulisti: hic ad legatum duplici iure possum venire, meo, itemque hereditario: Quæritur, an possim legatum ex mea causa repudiare, & ex hereditaria causa amplecti; vel contra? Lex significat, ex alterutra posse, & eo casu legatum pro parte defecisse videri, *l. si Titio & mihi, inf. tit. prox.* quid hoc est, id est, totum ad me non pertinet, pars repudiata agnitæ parti non videtur accreuisse. Verum ea pars non fit caduca: nam quod repudiatur nunquam fit caducum, id enim duntaxat repudiatur, quod est delatum, *l. 1. §. decretalis, de success. edict.* Lex autem Papia ea tantum iubet fieri caduca, quæ deficiunt, antequam delata essent, *l. 1. §. cum igitur, C. de caduc. tol.* sed apud heredem ea pars remanet, nec mihi accrescit. Ait, *liberum mihi esse*, &c. i. e. posse me ex alterutra causa repudiare, *d. l. si Titio.* Notandum: qui agnoscit legata ex vna causa, non ideo videtur protinus ex altera repudiare. Itaque qui ex sua causa legatum agnouit, potest, vt totam rem acquirat, deinde ex hereditaria causa petere. Sed legendum est, vt scriptum est Flor. sublata negatione: *Si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit, ex hereditario legato eam petere posse Proculus ait.* Concludo igitur in hac specie, partem deficere, cũ ex sua causa repudiauit, ex hereditaria agnouit. Huic sententiæ opponitur primo *l. 40. si duobus seruis, inf. t. prox.* Species: Eadem res legata est Primo & Secundo seruis meis, ego Primi nomine repudiaui legatum, Secundi nomine agnoui. Hoc casu pars Primi videtur accreuisse Secundo: Itaque licet Primi nomine repudiauero, quia tamen Secundi nomine agnoui, partem quoque Primi acquiram, quia Secundo Primi pars videtur accreuisse. igitur ea repudiatio nihil egisse videtur. Inde dubitatur, cur etiam in specie proposita idem non statuatur, id est, mea pars accrescat hereditariæ, ita vt totam rem acquiram. Secundo valde obstat *l. si mihi pure, tit. prox.* Illa lex attingit eandem speciem de duob. seruis, sed illi adiungit hanc. Finge: Eadem res legata est mihi & seruo meo coniunctim, meo nomine repudiaui, serui nomine agnoui, pars mea videtur accreuisse seruo, & ideo licet repudiauero meo nomine, tamen per seruum totum legatum consequar. Dubitatur igitur, cur etiam per hereditariam partem totum legatum non acquiram? Animaduertendum hanc quæstionem olim fuisse controuersam. Id indicat primo in hac *l. 12.* Pomponius qui ait partem deficere: Id vero Pomponius tradit ex sententia Proculianorum, idque Pomponius adnotat ad libros Sabini, forte quia Sabinianorum alia opinio erat. Præterea in *d. l. si Titio, & mihi,* Iurisconf. ait: *magis placere video partem defecisse*, quia dicit, *magis*: significat non bene ea de re inter omnes conuenisse, sed tamen in eam sententiam multo plures inclinare. Sic in *l. si mihi pure,* ait, partem deficere, responsum esse. Nam ea fuit maioris partis auctorum opinio. Verum in d. l. adiicit, *æquius esse*, vt dicamus, partem non deficere: id notat diffidenter his verbis: *Nisi si quis dubitet an legatum ad me pertineat*, id est, *in totum.* Eadem particula *nisi*, vtitur in *l. solent, in fine, de præscriptis verb.* Sequitur in ea lege: *quod æquius esse videtur.* Sensus est, stricto iure pars deficit: at æquius esse videtur, vt totum ad me pertineat, vt videatur pars parti accreuisse. Quod igitur dicitur in *d. l. si mihi pure*, nihil vetat etiam in hac lege subnecti & ad leg. *si Titio & mihi*, æquius scilicet esse, vt totum ad me pertineat. Ratio Iurisconsulti est, quia semel legatum ad me venire voluerit, male Florent. *voluerim*, recte Haloander, *voluerit.* Id indicat lex *duobus, hoc tit.* Sententia: In ea specie, & in certis semel legatum testator ad nos pertinere voluit: Igitur si coniunctus non concurrat, totum feram, neque repudiatio illa mihi nocebit; hoc ita, si ex æquo iudicare volumus, non stricto iure.

Ad §. 1. Si quis.

Si quis seruos quos Gadibus haberet, eo testamento quod Romæ moriens fecerit, triduo, quo mortuus fuerit, heredem dari mihi damnauerit: ratum esse legatum, & angustias temporis nihil legato nocere.

Secundæ quæstionis huius legis species est: Quidam Romæ testamentum fecit, & iussit heredem Titio alibi dare centum, scilicet Chartagini vel Gadibus triduo; quo mortuus esset: Hoc vero fieri non potest, propter locorum interualla, & temporis angustias. Quæritur, an tale legatum sit inutile? Lex ait, esse vtile, quamuis eo die præstari non possit. Hic tria opponuntur. Primo, ex ea causa esse inutilem contractum, vt si quis Romæ stipuletur hodie Lutetiæ dari, inutilis est stipulatio, *l. 2. §. si quis ita, de eo quod cert. loc. l. vlt. §. si inter eos, de verbor. obligat.* Cur igitur etiam legatum non est inutile? Constat hac in re differentiam esse inter legatum & contractum: nam etiam qualibet conditio impossibilis vitiat contractum, legatum non vitiat: Ratio differentiæ hæc est. In testamentis mendum deesse censemus, si conditio impossibilis adiecta sit, sicut etiam, si heres scribatur ex die, mendum est; Item, si instituatur ex certa re, id mendum circum scribimus, & pro non scripto habemus, atque ita præcipuam defuncti voluntatem conseruamus, *l. 1. de condit. instit.* Vbi male *modo* legitur, legendum enim *mendo*, vt Florent. in *l. hereditas 34. de hered. instit. vitium* appellatur. Testatori possunt pleraque menda excidere, ad quæ non animaduerterit, hoc colore ea detrahimus, ac obliteramus. Menda hæc non vitiant principale iudicium defuncti. Verum hoc colore non possumus conseruare contractus, vtimur illis coloribus in re probabili & verisimili, cum duos saltem oporteat esse qui contrahant (nam vnus tantum est testator) non videtur vni mendum excidisse, quod alter non animaduerterat: Itaque hoc non est probabile: si igitur etiam alter huic mendo assensus sit, aperte ludificari videntur, *l. non solum, de obl. & act.* Igitur contractus sub conditione impossibili, non potest prætextu mendi sustineri. Secundo opponitur §. *vlt de legat.* Iustin. ait, legatum relictum pœnæ causa valere, nisi sit impossibile. Igitur impossibile legatum non valet, aut impossibilis causa siue conditio vitiat legatum. Breuiter sic dicendum, id Iustinianum non dicere de omnibus legatis, sed de iis tantum, quæ pœnæ causa relinquuntur. Quidam legauit, *Si digito cœlum non tetigeris, Titio centum dato.* Legatum est inutile: nam & ante Iustinianum legatum etiam possibile pœnæ causa relictum erat inutile, igitur non mirum, si hodie impossibile sit inutile. Postremo opponitur *l. cum heres §. 1. de statulib.* Libertas ita data est: *liber esto si millies dederis*, id est, centum millia æris. Hæc conditio pene est impossibilis, & ideo inutilis est libertatis datio, hæc conditio vitiat libertatis dationem. Dicendum, eam conditionem proprie non esse impossibilem: nam rerum natura huic non obstat: sed proprie talis conditio difficilis

dicitur, non impoſſibilis. Ideoque ea conditio ſuſpendit libertatem. At impoſſibilis non ſuſpendit, ſed ſtatim pro non ſcripta habetur.

Ad §. 2.

Regula iuris ciuilis eſt, quæ efficit, vt quibus ipſis legare poſſumus, eorum quoque ſeruis legare poſſimus.

CVi poſſum legare, & ſeruo eius poſſum: cui non poſſum, nec ſeruo poſſum. Igitur legatum ſeruo relictũ videtur valere ex perſona domini, quod tamen falſum eſt: obſtat enim lex *debitor* §. *ſeruo*, *tit. prox.* Ex eo colligitur, legatum ſeruo alieno relictum, valere ex perſona ſerui, nõ domini. Dicendum eſt, hanc regulam ſic accipiendam, vt cum ſeruo ſit teſtamenti factio ex perſona dñi: nam ſeruus per ſe non eſt capax, ſed fit capax ex perſona dñi: dominus eſt incapax, & ſeruus erit, & contra. Verum legatum ei ſeruo relictum, vires accipit ex perſona ſerui. Quod, vt intelligatur, notandum, duo eſſe neceſſaria vt legatum alieno ſeruo relictum valeat. Primo, vt cum domino eius ſit teſtamenti factio: nam ſi non ſit, ſeruo inutiliter legatur. Deinde exigitur, vt legatum illud conſiſtat in perſona ſerui, id eſt, vt liber factus id legatum capere poſſit, nec exigimus, vt etiam illud legatum conſiſtat in perſona capacis, vt licet ego ſim capax, tamen rei meæ legatum in mea perſona non conſiſtit. Similiter fieri poteſt, vt licet dominus ſit capax, tamen rei ſeruo eius relictæ legatum in perſona eius non conſiſtat, in ſeruo conſiſtat. Summa: Igitur capacitatem ſolam & teſtamenti factionem in domino legatarij exigimus: in legatario autem, id eſt, in ſeruo exigimus, vt quod legatur, liber factus poſſit capere. Item cum quæritur, an ſeruus habeat teſtamẽti factionem; inſpicimus perſonam domini; cum quæritur, an legatum valeat, inſpicimus perſonam ſerui, hoc traditur in *d.* §. *ſeruo.* Exempla huius rei. Primum, domino ad ſuum fundum ſeruitus legari poteſt, ſeruo tamen recte non legatur ſeruitus ad fundum domini, *l. etſi maxime* 5. *in fine, de ſeruit. legat.* Ratio, quia etſi liber eſſet ſeruus ille, non recte ei legaretur ſeruitus ad fundum alienum: nam hoc ius fundo, non perſonæ acquiritur. Denique quod non poſſet ſibi liber acquirere, nec ſeruus domino acquirit. Aliud exemplum: Domino res ſua inutiliter legatur. ſeruo eius recte legatur, quoniam, ſi liber eſſet, legatum rei alienæ in eius perſona conſiſteret: ideo ſi hic ſeruus die decedẽte legati inueniatur liber, habebit petitionem legati. Eodem modo: dño, quod pure debetur, inutiliter legatur, ſeruo eius recte legatur, *d.* §. *ſeruo.* Præterea ſeruus hereditarius (ſic dicitur ſemper hereditate nondum adita) non habet dominum, cui poſſit legari, nec enim poteſt legari hereditati iacenti: Ei tamen ſeruo hereditario legari poteſt. Obiicitur. Seruus hereditarius etiam non habet dominum, ex cuius perſona ſit cum eo teſtamenti factio. Quomodo igitur legatur ei? Dicendum: hac in re hereditatem iacentem ſuſtinere vicem defuncti, cum quo fuit teſtamenti factio, & haberi pro domino, *l. cum hereditas*, *C. depoſiti.* Aduerſus hæc quæ propoſuimus, multa obſtant. Diximus, ſeruo rem domini poſſe legari, eumque habere petitionem legati, ſi die cedente liber fuerit. Hic opponitur regula Catoniana ex qua *Legatum quod fuit ab initio inutile, ex poſt facto non conualeſcit.* Hoc videtur ab initio inutile fuiſſe, cum ſcilicet ſeruo legata eſt res domini. Igitur, &c. Neganda eſt aſſumptio, & dicendum, fuiſſe ab initio vtile, licet accidere potuerit, vt non perueniret ad ſeruum, quoniam ſcilicet videtur relictum in tempus capiendi, videlicet, ſi quis ſciens ſeruo alieno rem domini legauerit, videtur eam legare in tẽpus capiendi, quod ſit iure, *l. in tempus* 62. *ſup. de hered. inſtit.* Sic etiam eſt accipienda lex *ſi ſeruus* 82. *ſup. de acquir. heredit.* In ſpecie eius legis ſeruus incapacis recte heres inſtituitur, videlicet in tempus capiendi, quæ ſemper videtur eſſe mens eius, qui ſciens ſeruum incapacis inſtituit. Ideo-

A que inſtitutio valet, nec obſtat regula Catoniana: cenſetur enim ab initio vtilis fuiſſe. Huius mentis argumentum eſt in *l. ſi paterfamilias, ſup. de heredib. inſtit.* Item opponitur *l.* 7. *inf. lib.* 3. Ex qua colligunt, ſeruo incapacis recte fideicommiſſum relinqui. Lex ait, *ſeruo deportati fideicommiſſum fuiſſe relictum*, id ait, *valere & acquiri Fiſco.* addit exceptionem, niſi deportatus eum ſeruum alienauerit viuo teſtatore, vel niſi ipſe deportatus reſtitutus ſit in integrum: tunc enim ipſi fideicommiſſum acquiritur, non fiſco. Circa eam legem de duobus dubitatur. Primo deportatus eſt incapax, quia non eſt ciuis. Igitur & ſeruus eius. at lex ait, ſeruo eius recte fideicommiſſum relinqui. Secundo, deportatus ſeruum non poteſt habere, nam omnia eius bona fiſco vindicantur, & præſentia & futura, *l.* 1. *C. de bon. pro-*
B *ſcrip.* Igitur quid eſt, quod dicit, *ſeruo deportati*, habuit igitur ſeruum. Item ait, *deportatum poſſe ſeruum alienare.* Species ſic ponenda eſt: Legatum eſt ſeruo Titij antequam deportaretur Titius. dies ceſſit poſt deportationem Titij. hoc legatum vtile eſt, quoniam tempore teſtamenti habuit dominum capacem. Item die legati cedente habet, ſcilicet fiſcum, & ei acquirit legatum: Ergo hic ceſſat regula Catoniana. Verum ſi legatum ſit ſeruo Titij, & Titius eum alienauerit viuo teſtatore, antequam ſcilicet deportaretur, vel etiam antequam reus poſtularetur. Nam poſt accuſationẽ capitalem non poteſt alienare, *l. poſt contractum, inf. de donat.* deinde deportatus fuerit Titius, dum ceſſit dies legati, legatum acquiretur emptori, non fiſco, quia ſeruus ad fiſcum non pertinet: vel etiam ſi Titius, antequam dies legati cederet, fuerit reſtitutus, ei acquiretur legatum non fiſco.
C Sic eſt accipienda *l.* 7. Præterea, ei quod diximus ſeruo non poſſe legari ſeruitutem ad fundum domini, obſtat *l.* 17. *inf. lib.* 3. verba ſunt: *Seruitus quoque ſeruo prædium habenti recte legatur.* ſeruus non poteſt habere prædium, niſi ex cauſa peculiari, id autem eſt domini. Igitur videtur poſſe legari ſeruo ſeruitus ad prædium domini. Sed tamen id nõ proprie dicitur ſeruus habere: nam non eſt dominus peculij, habere autem, dominium ſignificat. In quibuſdam non habetur vox, *ſeruo*: videtur legendum, *ſeruitus quoque non prædium habenti recte legatur*, argumento, *l. Labeo, ſup. de ſeruit. ruſt. predior. l. ſi ſeruitus* §. *vlt. de ſeruit. vrban.* quę leges indicant, futuro prędio poſſe acquiri ſeruitutem. Animaduertendum etiam quid dixerit Iuriſconſult. in *l.* 17. priuſquam illud proponat. Hoc autem eſt: futura poſſe le-
D gari, vt partus: ſubiicit, futuro quoque prædio poſſe ſeruitutem legari, atque adeo poſſe legari ei, qui nondum id prædiũ habet. Nec obſtat regula Catoniana: nam hoc legatum in futurum tempus confertur. Poſtremo obſtant ea, quæ annotauit Marcellus; is notat, Iuliani definitionem nõ eſſe perpetuo veram. Iuliani definitio eſt: *Legatum ſeruo alieno relictum, non valet, quod liber factus capere non poſſet.* Marcellus dat caſum, quo legatum ſeruo relictum valet, & tamen liber factus non poſſet capere, *d.* §. *ſi ſeruo.* Caſus. Finge: *Lego illi decem annua, quoad ſeruierit Titio domino ſuo.* legatum valet, *l. ſeruo alieno* 113. *in princ. hoc tit.* & tamen liber factus non poſſet id capere, quoniam dictum eſt, *quoad ſeruierit.* Igitur falſa eſt definitio Iuliani. Alia ſpecies. Legatum eſt ſeruo, qui eius eſt conditionis, vt nunquam poſſit fieri liber, vt qui vetitus eſt manumitti, *l.*
E *contra, C. de teſtament. manumiſſ.* hoc legatum valet, & tamen liber factus non poſſet illud capere, quia non poteſt fieri liber. Dicendum, Marcellum cauillari: nam eis etiam caſibus legatum valet ex perſona ſerui, quoniam id liber factus capere poſſet, ſi fieret liber, vel ſi non fuiſſet legatum relictum hac conditione, quoad ſeruierit Valet igitur eadem ratione, qua cetera, licet id extrinſecus accidat, ne capiat. Denique hæc dicuntur παραλόγως, hoc legatum libero facto non acquiritur: Igitur tale eſt, vt libero facto non poſſit acquiri. Fallacia eſt, veluti ſi dicas: Ego rei meæ legatum non capio, igitur incapax ſum. Atque ita nihil quæ dicit Marcellus obſtant.

Ad §. vlt. & L. XXX. h. tit.

In legatis nouissimæ scripturæ valent: quia mutari causa præcedentis legati, vel die, vel conditione, vel in totum ademptione, potest. Sed si sub alia & alia conditione legatum ademptum est, nouissima ademptio spectanda est. Interdum tamen in legatis non posterior, sed præcedens scriptura valet. Nam si ita scripsero: Quod Titio infra legauero, id neque do, neque lego: *quod infra legatum erit, non valebit: nam & eum sermonem, quo præsentia legata data, in diem proferuntur: ad postea quoque scripta legata pertinere placuit. Voluntas ergo facit, quod in testamento scriptum valeat.*

L. 30. Talis scriptura, Quas pecunias legaui, quibus dies adpositus non est: eas heres meus annua, bima, trima die dato: *ad corpora legata non pertinet, sed ad ea, quæ pondere, numero, mensura continentur.*

§. 1. Et ad ea tantum legata pertinet, quibus dies non est adpositus. Proinde, si forte pure legatum est, ex hac adiectione prorogabitur.

§. 2. Quid si forte centum mihi legata sunt præsentia? vtrum annua die dabuntur, an vero præsentia? Et ait Seruius & Labeo præsens deberi. Quamuis igitur superuacua sit hæc adiectio, quantum ad vim & effectum legati pertinet, tamen ad hoc proficiet, vt præsenti die legatum debeatur.

§. 3. Sed si in annos singulos, aut in singulos menses sit legatum relictum, cessabit ea scriptura, quia hoc legatum & initium & finem habet.

§. 4. Sed etsi sub conditione sit legatum relictum, potest dici, cessare annuam adiectionem, quia dies incertus appellatur conditio.

§. 5. Cui congruit, quod Trebat. existimat, si cui legetur, quando annorum viginti erit, vulgarem hanc clausulam cessare.

§. 6. Item si legetur pecunia, quæ in arca est, vel vinum, quod in apothecis est: dicendum est cessare clausulam: quoniam quotiens species legetur, cessare diximus.

§. 7. Hanc autem scripturam non solum ad præcedentia sola legata, sed ad vniuersa, quæ testamento adscripta sunt, extendi, Gallus Aquilius, Ofilius, Trebatius responderunt. Idque verum est.

IN initio hoc proponitur, *in legatis nouissimam scripturam valere*, & ideo, si legatum detur vel adimatur sub diuersis conditionibus disiunctim, spectamus nouissimam conditionem: Vel etiam, si primum legatum detur, deinde adimatur, pro non dato habetur, quia sequimur posterius. Similiter si idem legetur purè, deinde sub conditione, legatum erit conditionale, & contra. Hoc ita est, nisi coniuncta scriptura idem legetur pure, & sub conditione: nam tunc vtrumque spectamus: Legatarius enim potest eligere, quam legati causam amplecti velit, *l. non ad ea 88. de condit. & demonstr.* Sic cum idem & legatur, & per fideicommissum relinquitur coniuncta scriptura, in potestate legatarii est, vtrum id iure legati, an iure fideicommissi petere velit, *l. quisquis, lib. 3. l. Publius, de condit. & demonst.* Sic si seruo detur libertas coniuncta scriptura per legatum vel fideicommissum, erit serui electio, an sit orcinus, an libertatem fideicommissariam capere velit, *l. si quis seruo, de manum. testam.* Sic in *l. vlt. inf. de reb. dub.* ait, *coniuncta scriptura.* Verum sicut in legatis, ita & in tutelis nouissima scriptura spectatur, & in libertatibus fideicommissariis. In institutionibus etiam heredum nouissima scriptura spectatur; vt si quis heres, deinde exheres esse iubeatur, aut si eodem testamento sub alia atque alia scriptura libertas detur vel adimatur. In directis libertatibus quandoque etiam directam scripturam spectamus, vt si directo detur, deinde in vltima parte adimatur. Vlpianus in *Frag. tit. 2.* Verum si libertas detur sub diuersis conditionibus vel adimatur, vel si primo pure, deinde sub conditione detur, vel contra: his casibus spectamus leuissimam conditionem, nõ nouissimam, id est, eam rationem spectamus, quæ est expeditior ad assequendam libertatem, id quod fauore libertatis receptum est, *l. 1. inf. de manumiss. testa.* Plus fauetur libertatibus directis, quam fideicommissariis: nam directæ habent propensiorem defuncti voluntatem. Interdum in legatis non nouissima scriptura spectatur, sed potius præcedens, vt, *quod Titio infra legauero, id neque do, neque lego.* Hoc scripsit priore loco, deinde legauit Titio aliquid, legatum non valet, quamuis sit nouissime scriptum. *Item cui bis legauero, semel dato.* Deinde legauit eidem duas summas, duosve fundos: vtrumque non debetur, sed vnum tantum propter præcedentem scripturam, *l. 14. hoc tit.* Cur ita? Nam in his speciebus testator prius adimit, quam det.

B Ademptio vero illa scriptura quidem prior est, sed intellectu posterior, ideoque ademptio illa efficit, vt nec valeat datio quæ sequitur. Hoc ita est, nisi testator in datione legati ademptioni præcedenti nominatim derogauerit, *l. 22. inf. lib. 3. l. Diui §. licet, de iure codicill.* Est etiam alius casus, quo prior non posterior scriptura spectatur. Erat quædam vulgaris clausula in testamentis, *l. 30. inf. h. tit. l. cum vulgari, de dot. prælег.* per eã dãnationis pœna legata proferebantur in diem: Id fiebat his verbis *quas pecunias legaui, quibus dies appositus non est, eas annua, bima, trima die heres dare damnas esto.* Hæc clausula priore parte scripta, est, deinde legauit quæ dans pure die illa non repetita. Quæritur, vtrum sint pura legata, an in diem annuam, bimam, trimam? Respondetur, esse in diem *l. 30. §. vlt. & l. 31. h. tit.* Non sunt igitur pura, quamuis nouissimo loco sint

C pure relicta. Verum nouissimam scripturam non sequimur, sed clausulam præcedentem, quæ scriptura quidem prior est, verum secũdum voluntatem defuncti posterior, & complectitur vniuersa, quæ toto testamento relicta sũt. Opponitur *l. vxori, lib. 3 quæ viuus donaui vxori, vel vsibus eius comparaui, lego.* Hæc clausula est vulgaris, sic confirmabant donationes, *l. si quando, h. tit.* Finge: post illud testamentum vxori quædam donauit, an debentur? Minime. Igitur illa clausula non pertinet ad ea, quæ postea donata sunt, cur tamen pertinet ad ea, quæ post legantur? Ratio differentiæ est. aliud est dicere, *quæ viuus donaui*; nam non continentur, quæ post testamentum donauit: At si dixit, *quæ hoc testamẽto legaui*, continentur etiam ea quæ post legauit eodem testamento vel codicillis, quoniam id om-

D ne, quod testamento continetur, vno fit contextu, & pro vno actu habetur: cum vnus est actus, nõ refert, quo quicquid loco relictum sit. Breuiter, reliqua huius clausulæ sunt hæc. Ea clausula non pertinet ad corporum legata vel specierum; nam hæc legata solent semel tantum præstari, vt fundus, homo. Pertinet vero ad ea, quæ pondere, numero, mensura constant: nam hæc solent præstari certis pensionibus. & vero in omnibus contractibus solebant veteres Romani vti ea dierum præscriptione: Igitur in ea clausula *pecuniæ* verbum latissime non accipitur. *Pecunia* proprie nummos significat, alias res omnes, quæ nummo possunt æstimari, id est, χρήματα. At in ea clausula significat ea tantum, quæ pondere, numero, mensura constant, vt oleum, plumbum. Nec obstat, quod *pecuniæ* nomine alias etiam

E corpora contineantur, *l. quisquis, lib. 3.* Summarum appellatione contineri corpora, si suffragetur voluntas defuncti. Verum in hac specie corpora non possunt contineri: id enim rerum natura non fert: non solemus enim corporum præstatione defugi annua, bima, trima die. Ea clausula etiam pertinet ad ea tantum legata, quæ pura sunt, eorum diem produci, non pertinet ad legata annua vel menstrua, quia diem suum habent: Non pertinet etiam ad conditionalia; nam & hæc diem suum habent, verum incertũ. Quæritur, an pertineat ad legata præsentia, id est, quæ res iubetur dare præsenti die? an ad ea pertineat, dubitatur. Sed obtinuit Seruii & Labeonis sententia, non pertinere: nã hæc etiam diem suum adscriptum habent, scilicet præsentem. Differentia est inter pura & præsentia legata. Pura sunt præsentia, & contra. Verum illa clausula pertinet ad

pura legata, ad præsentia non item. Pura sunt præsentia tacite: præsentia sunt expressim præsentia: Quædam etiam sunt præsentia tacite, quæ eandem vim habent, ac si essent præsentia expressim, vt legatum dotis, *l. cum vulgari, inf. de dote praleg.* Dos debet reddi actione de dote annua, bima, trima die, sed nunc annua die. ex constit. Iustiniani. si dos legetur simpliciter, videtur repræsentari, alioqui est inutile legatum dotis: nam solum illud commodum est huius legati, quod repræsentatur, *l. cum quis §. vlt. de dote praleg. §. sed si vxori, Instit. de legat.* Igitur legatum dotis est præsens, & clausula illa non pertinet ad hoc legatum, alioquin esset inutile. Igitur illa clausula non pertinet ad præsentia legata. Alphenus disputabat contra Seruium & Labeonem. id indicat *l. Titio, inf. tit. prox.* Titio *centum præsentia dato*, deinde protulit diem legatorum per clausulam dictam: Alphenus ait, præsentia legata deberi non annua, bima, aut trima die: hoc falsum est, inquit. Imo verum est, quia legatum illud diem suum habet. Hæc ratio non congruit cum assertione: nam si hoc legatū diem suum habet, verum dixit Alphenus, scilicet deberi præsenti die: Igitur ita Alphenus scripsit, præsentia non deberi, itaque deest negatio. Summa: *Voluntatem potiorem esse scripto in hac re, ordinem scripturæ non impedire voluntatem, l. cum pater §. fidei tuæ, tit. prox. Quod secundum scripturam est prius, sæpe secundum voluntatem, est posterius.*

Ad L. XIII. & L. XIV.

L. 13. Cum incertus homo legatus tibi esset, heres Stichum seruo suo tradit. Neratius respondit, si voluntate domini tradidit, vel ratum hoc dominus habuerit, perinde eum liberatum, atque si Stichus legatus esset.

Lex 14. Si ita sit adscriptum, si cui legauero bis, semel heres ei dato, *vel vt semel debeatur, & eidem duas quantitates adscripserit, vel duos fundos, an vtrumque debeatur? Et ait Aristo, vnum videri legatum. nam quod ademptum, est, nec datum videri secundum Celsi & Marcelli sententiam, quæ vera est.*

§. 1. Sed Papinian. lib. 19. quæst. ait, & si post legata sæpius adscripta idem hoc subiecit, semel præstari velle, & hoc ante impletum testamentum fecerit, ipso iure videri cetera legata adempta. Sed quo magis erit ademptum? Non enim apparet. Et ait, posse dici, exiguius esse præstandum.

INcertum hominē legare, est generaliter legare, indistincte, simpliciter, sine nomine, *l. heredes §. si incerto, famil. ercisc.* Constat inter omnes, hoc legatum valere. Verum obstat *l. cum post §. gen. de iur. dot.* Ea lex ostendit, legatum fundi generaliter relicti non valere. Obstat etiam Paulus 3. *Sentent. tit. de legat. Legatum*, inquit, *nisi certa rei sit, nullius est momēti.* Denique hominis incerti legatum non valet. Vt tollatur difficultas, constituenda est differentia inter hominē & fundum: Nam homine generaliter legato, certa saltem est demonstratio rei legatæ: certa enim est finitio hominis. Idem si equus, bos, scyphus, lanx legetur. At *fundo* legato, certa non est demonstratio rei legatæ, quoniam vel cespes, vel gleba vna terræ fundus dici potest. Locus modicus fundus dici potest, *l. locus, de verbor. significat.* Hac ratione vsi sūt Græci in *lib. Basil. ad §. gener.* Certa non est finitio fundi. Idem de domo dicatur: Nam vel vilissima quæque materia, vel casa, domus dici potest, *l. 24. §. pen. h. tit.* Et hac ratione hominis legatum valet generaliter relicti, etiamsi testator nullos homines reliquerit, vel lancis legatum valet, etsi nulla lanx sit in hereditate: Nam quid præstari voluerit constat. Qui hominem dicit, satis quid legatum velit, indicat: Ideoque si *homo* generaliter legetur, legatum valet. Species nominatim relictæ non debentur, si non reperiantur, *l. omnia §. species, tit. prox. Nominatim*: nam si generaliter, debentur, etiamsi in bonis testatoris non reperiantur. Non idem in fundo aut domo.

A Nam si hæc generaliter legentur, legatum non valet, si nullam domū aut fundum testator reliquerit, *l. si domus, inf. hoc tit.* Si domum legauerit, & nullam reliquerit, magis derisorium legatum est. Igitur *fundi* legatum valet generaliter relicti, si reliquerit fundum, aut fundos: nam ex relictis eligitur vnus ab herede, vel legatario. ita accipienda est, lex *vbi non apparet, in pr. de verbor. obligat.* Nam hac in re nulla est differentia inter stipulationem & legatū. *Ea lex* inter stipulationes vtiles numerat stipulationem fundi generaliter conceptam. In ea *l.* nullum proponitur exemplū stipulationis incertæ, quod non sit vtile. Idque cognoscitur ex eo, quod ea lex meminit eius, qui stipulatus est tritici certam quantitatem sine qualitate. nō meminit ea lex illius, qui stipulatur triticum sine quantitate, quoniam ea
B stipulatio est inutilis, *l. triticum, eod.* In ea *l.* propositum est auctori dicere de stipulationibus, ex quibus datur actio incerti. Itaque dum ibi numerat stipulationem fundi sine nomine, dicendum est, eam esse vtilem: verum vtilis est, si promissor fundum habuerit. Nunc de aliis, scilicet, quæ pondere, numero, & mensura constant dicendum. Si nūmi legentur generaliter, nullum est legatum, ac ne vnus debetur. Idem de vino, oleo. ac ne ex eo genere rerum quicquā debetur, quoniam his rebus necesse est adiici numerum, pondus, mensuram: alioquin nihil agitur, *l. nummus, inf. lib. 3. Nummis indistincte*, id est, generaliter legatis, debentur viliores, exiguiores, nisi appareat, de quibus testator senserit, quod apparet ex vsu regionis vel testatoris, vel contextu testamenti. Verum *nummis*, id est, certo nummorum numero, *l. si seruus plurium, §. vlt. hoc tit. in eo §.* dici-
C tur, si numerus nummorum legatus sit. Denique hoc ita est, quia cum res illæ legantur, quantitas, non corpus legari intelligitur, *l. si is qui nummos, infr. de solut.* Cum dicimus nummos, quantitatem cogitamus, non corpora. Igitur hæc omnia quantitatum sunt: Ergo nisi quantitatem ipsam expresseris, nihil egeris. Ex eo multa sequuntur: Quod si legentur res illæ, quæ pondere, numero, & mensura constant, valet legatum, si quantitas adiiciatur. quantitas, inquam, valet, etsi tales res testator non reliquerit, *l. 3. in prin. l. 4. de trit. vino oleo, leg. l. si pecunia, in princ. tit. prox. l. heredes §. vlt. famil. ercisc. l. seq.* Ratio, quia quantitas videtur legata, quæ semper intelligitur inesse in hereditate, quia potest confici ex rebus hereditariis. Ex eo etiam colligitur: nummis legatis, aut similibus, non quæri de electione: nam vbi est certa quantitas, & talis quæ non possit vitiari, sem-
D perque sui similis est, nullus electioni locus esse potest: At aliud est corpore legato, vt homine, lance, fundo: nam corporum præstationes variæ sunt, nec corpora inter se mutuam functionem recipiunt. Ideoque magna quæstio est in his, cui competat electio. Quæ statim explicabitur l. 37.

Ad L. XXXVII.

Legato generaliter relicto, veluti hominis, Caius Cassius scribit, id esse obseruandum, ne optimus vel pessimus accipiatur: quæ sententia rescripto Imperatoris nostri & D. Seueri iuuatur: qui rescripserunt homine legato actorem non
E *posse eligi.*

AD eam quæstionem quod faciat, nihil ex hac *l. 13.* sumi potest. Nam sententia legis 13. est hæc: Stichus legatus est, an potest solui seruo legatarij? Sic sane, voluntate eius, vel eo ratum habente. Atque ita heres liberatur, alioquin non liberatur, nisi voluntate legatarij soluat, aut ratum habente, *l. 4. de solut.* Hæc lex ostendit, idem esse homine generaliter legato: nam in eo legato Stichus etiam recte soluetur voluntate aut ratihabitione legatarij. Hoc in hac *l.* proponitur. Verum nihil de electione tractatur: Nā quod exigitur voluntas legatarij, nō ideo electionem fuisse eius inferas, cum etiamsi electio fuerit heredis, voluntas legatarij exigitur. Verum quod ad illam quæstionem

de electione, cum *homo* generaliter legatus est, ita distinguendum est: aut per vindicationem, aut damnationem relictus est. Si per vindicationem, legatarii est electio, vt cum dixit, *hominem sumito, hominem tibi lego*. Et vero etiam hodie verba hæc sequimur, si non aduersetur defuncti voluntas. Sic sunt accipiendæ, *l. 37. inf. l. si seruus legatus 108. §. cum homo, hoc tit. l. heredes §. si incerto, famil. erci sc. l. cum hominem, cum l. seq. de adimend. legat.* Verum si per damnationem, heredis est electio: vt, *heres meus hominem dato*. Vlpian *in Frag. tit. de leg. l. si à substituto §. 1. hoc tit.* In eo §. necesse est vt fuerit heredis electio, & ideo dicitur *præstare non furem, noxaque solutum*: Ideoque & lex, quæ sequitur, id legatum, de quo agitur in *l. si à substituto*, comparat stipulationi hominis generali. Constat autem in stipulatione semper debitoris esse electionem. Cic. *in 2. de inuent.* B Quidam legauit: *Heres vasa dato*: ait etiamsi non addiderit, *quæ voles, des*, nihilominus, quæ ipse volet, dabit. Similiter in legatis disiunctiuis vtimur eadem distinctione, *illud aut illud do lego*, electio erit legatarii, quia per vindicationem, *l. plane, §. pen. l. Lucio, tit. prox.* verum si dixerit, *illud aut illud dato*, tum heredis erit electio, quia per damnationem, *l. si is cui, l. si ita relictum §. vlt. tit. prox.* Non mirum igitur, si eadem distinctio locum habeat in legato hominis generaliter relicti. Antea interp. *ex l. dominus, hoc tit.* colligebant, homine vel domo generaliter legata, heredis electionem esse. Et vero, si verba eum sensum acciperent, esset acccipienda de legato damnationis: sed omnem dubitationem sustulerunt Pandectæ Florentinæ, vbi legitur ita: *Si domus sit simpliciter legata, cogentur heredes domum, quam vellet, præstare. quam vellet*, scilicet legatarius, quia legatum est vindicationis modo. Antea legebatur: *cogetur heredes quam domum velent*, quod ambiguè C dictum est. verum dubitationem sustuleruntPandectæ Florentinæ. Videamus quid iuris sit in seruitute legata. Quidam legauit viam vel iter per fundum suum simpliciter, nec dixit per quam partem. Quæritur, an sit in arbitrio heredis, per quam partem voluerit constituere, an legatarii? Hac in re pugnant. *l. 6. sup. l. de seruit. l. si via, de seruit. rust. præd.* Hæc lex dat electionē hered. *L. 9.* dat electionem legatario: loquitur ea lex; de seruitute cessa, & etiam de legata. Non potest hoc dissidium componi, nisi posita legatorum differentia. Si seruitus fuerit legata *per vindicationem*, electio erit legatarii: *si per damnationem*, heredis. Notandum, seruitutem vtroque modo legari posse, *§. vlt. de seruit.* Potuit etiam *sinendi modo* legari. Et hæc quidem hactenus de eo cui competat electio. Nunc videndum, quomodo, & an cuiuslibet electio fieri possit, ab eo cui ius eligendi competit, & huc pertinet lex *generaliter* 37. §. 4. Finge, homo generaliter legatus est, legatarij est electio. si testator habeat seruos in familia, legatarius non eliget nisi ex familia testatoris, *l. 2. inf. de opt. leg.* cui comparatur legatum generaliter relictum, vt ostendimus in *l. 5.* Quæro igitur, an ex ea familia legatarius optimum eligere possit? Ipso iure quemlibet eligere potest, ciuili tamen modo. Sicut is, cui via legatur simpliciter ipso iure *ex duodecim tab.* quacunque velit ire agere potest, quia totus fundus seruit, ciuili tamen modo: Nam non poterit ire per ipsam villam, aut per medias vineas: & vero melius erit, hoc casu huius iuris coercendi causa viam certa parte constitui. Eodem modo is, cui homo generaliter legatus est, eliget vnum ex familia, quem volet, sed non eliget actorem seruum, quoniam ex eius iactura plerunque sequitur euersio totius rei familiaris. Nam actor est, qui tenet rationes omnes familiæ, *l. vlt. de offi. præsid.* Quem Iurisconf. vocat actorem, Græci dicunt διοικητὴν. ὅτι γὰρ δυνατὸν τὸν διοικητὴν ἐκλέξασθαι, id est, *non potest actorem eligere*. cum potest alium eligere minore heredis detrimento, sed neque pessimo contentus erit. Pessimus seruus ab herede dari non potest, nec legatarius pessimum eligere cogitur. Similiter, si heredis fuerit electio, non liberabitur dando pessimum, *l. si heres 110. inf. hoc tit.* Electio heredi datur, vt tamen ne quid fiat in captionem legatarij. Sæpe de ea re oritur contentio inter heredem & legatarium, cum vnus dicit, eum se posse eligere, alter dicit eum non deberi eligi. tum necesse est arbitrum sumi, qui ius eligendi moderetur, *l. certo §. 1. & §. vlt. sup. de seruit. rusticor. prædior.*

Ad §. I. L. XXXVII.

Si de certo fundo sensit testator, nec appareat, de quo cogitauit, electio heredis erit, quem velit dare, aut si appareat, ipse fundus vindicabitur. Sed & si lancem legauerit, nec appareat quam, æque electio est heredis, quam velit dare.

Altera pars huius legis 37. est. Prima pars est de re incerta legata. Secunda est de re certa. Incerta re legata per vindicationem, legatarij est electio: sic etiam certa re legata, legatarius eam vindicat, si modo constet quæ sit. Verum testator interdum de certo homine sensit, nec constat quis ille sit, puer an adolescens, iuuenis, an senex, aut de certo fundo, nec tamen constat, quo loci sit ille fundus, vel de certa lance, nec tamen constat, vtrum de pura an cælata. His casibus legatarius non potest vindicare, quoniam certam vindicari oportet, *l. si in rem, de rei vind.* An igitur dicemus legatum inutile esse? Minime. vt effectum voluntas defuncti habeat, legatarius poterit agere cum herede in personam actione, vt quando non constat de re legata, ipse heres præstet, quam volet: hoc igitur casu heredis est electio. Exemplum ex *l 32. §. pen. hoc tit.* Quidam habens plures Stichos, legauit *Stichum*. Igitur de certo corpore sensit. verum non apparet, de quo senserit. quid fiet? heres eligere debet & præstare. Idem in *l. cum seruus §. scio, inf. hoc tit.* duos habebat fundos eiusdem nominis. legauit *Cornelianum*, cum vterque sic vocaretur, vnus est maioris pretij, alter minoris. Quæritur vter debeatur? Ait minorem deberi. quibus significatur, heredis electionem esse. Sic in *l. si ita relictum §. vlt. inf. tit. prox.* Sic etiam cum dicimus in libertatibus directis, spectari leuissimam conditionem, significamus, serui electionem esse, *l. sub diuersis, de cond. & demonstr.* Ergo his casibus heredis erit electio, debebitur minor. His obstat *l. 20. hoc tit.* Quidam duos seruos habebat. vnum ex eis legauit. non intelligitur D quem legarit, legatarij est electio, inquit. Verum dissimilis est species, quoniam hic non sensit de certo seruo, sed legauit vnum ex duobus seruis per vindicationem. Præterea opp. lex *qui lancem, de aur. & arg. leg.* Species: Quidam habebat tres lances, vna erat maxima, altera minor, tertia minima, & legauit *minorem*, quæritur quæ lanx debeatur? Nam & minima deberi potest. Lex ait: *deberi lancem mediæ magnitudinis.* Imo debetur minima, quia heredis electio est. Hoc male colligitur: nam in hac specie constabat, quæ lanx esset legata, quia *minoris* appellatione media continetur: debetur igitur media, vt minor capitis deminutio, id est, media: Pontifices minores, id est, qui sunt inter maximum & minimum. Opp. etiam lex *duo sunt Titij, sup. de testament. tut.* Duo sunt Titij amici testatoris: Titium tutorem dedit sine alio adiecto, sensit de E certo, quis erit tutor? Neuter. Inutilis est tutoris datio. Cur etiam, si is, qui duos habet Stichos, Stichum legauerit, non dicimus neutrum deberi? Si in causa tutelæ, quæ fauoralibilis est, inutilis efficiatur tutelæ datio, cur secus in legato? Breuiter dicendum: In legato obscuritatem posse explicari electione heredis. At in datione tutoris incerti, non est qui possit eligere, cuius electione obscuritas explicetur. Nam vel pupillus eliget vel heres; pupillus autem non habet tutoris optionem, sicut nec mulier. Liuius *lib. XXXIX.* Heres etiam non potest tutorem eligere, quoniam sicut legatum ab herede relinquitur, ita etiam tutor ab herede non datur, tutoris datio nihil ad heredem. Itaque eo res recidit, vt neuter sit tutor, quia ius non deficit, sed probatio, id est, non apparet. Po-

stremò obstat *l. 3. §. si duobus, inf. de adim. leg.* Sciendum eam legem haberduas species, vnam de datione legati, alteram de ademptione. Prima est: Duo sunt Titij amici testatoris, legat Titio, non apparet, de quo senserit. Quæritur vtri legatum debeatur? Ait, neutri legatum deberi. Idemque in libertate est, *l. cum ex pluribus, de manumiss. testam. l. si fuerit, l. si quis de pluribus, de reb. dub.* Cur etiā non dicimus legatum inutile, cum legauit Stichum? Dicendum in illa specie aliam esse rationem. In hac specie, cū qui duos habet Stichos, *Stichum* legat, vnus est legatarius & certus, hic cogit heredē eligere. At cum qui habet duos Titios amicos, Titio legat, non possumus eadem ratione legatum explicare, quoniam inuicem sibi obstāt. Primo enim, si vterque vindicet legatum, inuicem sibi obstant, & neuter iure vindicat, vel etiam, si agant in personam, & est paratus heredem defendere aduersus alterum, hoc casu etiam vtrique heres non potest satisfacere, nam & agentes in personam inuicem sibi obstant, idque faciunt, vt ne heres possit explicare. Notandum tamen heredem sua sponte posse vni soluere, accepta cautione, *l. si quis seruum §. si inter, tit prox.* Lex ait, *& heres paratus sit soluere*, alioquin potest heres electionem defugere, quoniam duo sunt qui cum illo agunt, qui inuicem sibi obstant. Altera species est de ademptione. Finge: Testator legauit duobus Titiis, deinde Titio ademit. Quæro an vtrique Titio videatur ademptum? vel an nulla sit ademptio? §. ille ait, vtrique legatum deberi. Igitur ademptio nulla est, sic legitur Florent. Idque nititur summa ratione, quoniam datio legati ex eadem causa nulla est, sicut neutri legatum videtur, si duo sint Titij, & Titio legatum sit: ita etiam, si duo sint Titij legatarij, & Titio adimatur, nec appareat cui sit adēptum, dicamus neutri adēptum. Et generaliter in testamentis, quæ sunt obscura pro non scriptis habentur, *l. 2. inf. de his, quæ pro non scrip hab.* Ademptio illa obscura est, igitur pro non scripta est. Datio obscura pro non scripta habetur, cur non & ademptio? Verum obiicitur lex *si fuerit, de reb. dub.* Ait, duobus legatum est eiusdem nominis, mox ademptum est Sempronio. Quæritur vtrum ademptio legati in vtriusque persona valeat? i. e. datio in vtriusque persona infirmetur? Ait ademptionem vtrique factam. Igitur neutri legatum debetur, quod est contra rationem iuris. Verum in specie §. *si duobus.* Duobus Titiis legatum est separatim, vt lex indicat: Igitur ita legatum est: *Illi Titio rem istam lego.* Deinde, *illi autem Titio rem illam lego.* Deinde Titio his verbis ademit: *Titio ne dato*, idque cum vellet vni adimere, non apparet, de quo senserit: Sic homonymia vitiat adēptionem. Verum in specie *l. si fuerit* coniunctim legauit hoc modo, *Sēpronijs lego*, vel *Sēpronio & Sempronio lego*, deinde ademit Sēpronio, videtur vtriq; ademisse; quos cōiunxit in dando, videtur etiam in adimendo iunxisse, quia coniectura non vtimur, cum separatim legatum proponitur argumento est. *d.* lex 3. *si Titio, de adim. leg.* Titio eadē res pure & sub conditione legata est, quod nisi coniunctim fieri non potest: nam separatim si legetur, nouissima scriptura primam corrigit, *l. non ad ea, de cond. & demonstr.* Deinde ita ademit, *quod Titio legaui sub conditione heres ne dato?* legatum ei nec pure, nec sub conditione debebitur, omnem hæc ademptio legati causam tollit, hæc locum habent, si cum duobus res sit legata, vni adimatur, nec appareat cui. Quid si vni sint relicta duo vel plura legata, & vnum adimatur, nec appareat quale? In dando legato multum interest, vtrum ex duobus vni legetur, nec appareat cui: Nam hoc legatum est inutile, an vero ex duabus rebus legetur vna, nec appareat quæ: Nam datio legati hoc casu est vtilis, & heredi competit electio. In adimendo legato eadem distinctio est. Nam si vni adimatur ex duobus legatariis, inutilis est ademptio, *d. §. si duobus.* Verum si ex pluribus rebus vna adimatur, nec appareat quæ, ademptio est vtilis, & heredi competit electio dandi, quod volet, *l. 14. hoc tit.* Huius legis primam partem in *l. 12.* exposuimus. Secunda pars est. Testator reliquit Titio multa legata, deinde sic ademit: *heres meus semel dato, vel vnum dumtaxat legatum dato*, videtur cætera legata ademisse eaque ademptio valet ipso iure, si fiat eodem testamento, id est, ante consummationem testamenti. Idemque est, si fiat codicillis testamento confirmantis, *l. si quis eum, sup de vulg. subst.* Verum ademptio, quę fit extra testamentum, non valet ipso iure, vt quæ fit per epistolam: adimitur etiam nuda tacita voluntate, vt contractis inimicitiis capitalibus. Verum hęc ademptio non fit ipso iure, sed opposita exceptione doli, *l. militis §. vlt. de milit. testam. l. 3. §. vlt. de adim. leg.* in eo §. *vlt.* ait: *non solum legata, sed etiam fideicommissa nuda voluntate adimi posse.* Debuit dicere non solum fideicommissa, verum etiam legata: Nam de fideicommissis non erat dubium, certum erat ea nuda voluntate constitui, & adimi, sed de legatis dubitabatur: nam ea non valent ex nuda voluntate: Itaque ipso iure non adimuntur tacite. Verba sunt transposita. In proposita specie *l. 14.* Titio sæpius legauit testamento: Deinde sic ademit, *heres meus Titio vnum dumtaxat legatum dato.* Titius non poterit petere, nisi vnum legatum. Verum quod legatum petet? Hanc obscuritatem soluet iudicium & electio heredis, cū quo legatarius in personam aget, vt vnum ex pluribus præstet: præstabit igitur exiguius, quando est in potestate heredis præstare quod vult. Addendum ex *l. 9. inf. de diuers. regul. iur.* quæ est ex eodem libro & coniungenda. *Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.* Verum illa regula sic accipi debet, vt locum obtineat, quando in heredis potestate est obscuritatem eam soluere, vel in alterius potestate: alioquin obscura pro non scriptis habentur. Sic vtrumque verum esse potest, in obscuris minimum sequimur, & nihil sequimur: nam quædam interpretem habent, quædam non, & ea pro non scriptis habentur.

Ad L. XV.

Qui quartam bonorum partem legare voluit dimidiam scripsit. Proculus recte ait, posse defendi quartam legatam, quia inesset dimidia. Idem erit, & si quinquaginta voluit legare, & centum scripta sunt, quinquaginta enim debebuntur. Sed & si plus legare voluit, & minus scripsit, valebit legatum.

§. *1. Si quis vnam summam filiabus legauerit, vt etiam de posthuma sentiret, si ea non est nata, superstiti solidum debebitur.*

Sciendum, esse speciem quandam legati, quæ dicitur *partitio*, vt cum testator legat tertiam partem hereditatis, vel dimidiam, vt *heres meus cum Titio hereditatem partito*, quo casu videtur legata dimidia hereditatis, *l. nomen §. partitionis, de verb. signific.* Antea vulgo legebatur, *portionis*, recte Florentin. *partitionis.* Vlpian. in *Frag. tit. de leg. Inst. §. sed quia, de fideicomm. her.* Agitur de legatario partiario his locis. Hic legatarius partiarius partis sibi relictæ commoda percipiebat, onera etiam sustinebat. Itaque hoc legatum plerumque erat damnosum, cætera legata non possunt esse damnosa, *l. cum filius §. 1. l. si quis seruum §. vlt. lib. 2.* & in eam rem interponebantur stipulationes inter heredem & partiarium, *d. §. sed quia.* Aliud dicendum, si sit legata pars bonorum. Nam hic legatarius non est partiarius, *l. cum autem, lib. 2. l. non amplius §. vlt. l. prox. hoc tit.* Differentia est inter hereditatem & bona. Nam bonorum appellatione damna non continentur, hereditas est nomen iuris, quo omnia continentur. In tractatu tamen bonorum possessionis, bona etiam incommoda continent. Hæc ergo *l. 15.* est de parte bonorum legata. Species: Quidam scripsit se *legare dimidiam*, voluit autem quartam tantum legare, sequemur voluntatem, non scriptum: Debetur igitur quarta tantum. Similiter si voluit 50. legare, & scripsit 100. non debentur nisi 50. Idem & contra: Si voluit legare 100. & scribat 50. debentur 100. Hi errores non vitiant, nec præiudicium afferunt volun-

tati defuncti, *l. quoties, de hered. instit.* Et omnino hac in re sequimur quod scripsit Iustinianus in constitut. Græca, *de sacros. eccles.* cuius titulus est περὶ τῶν κληρονόμους καταλιμπανόντων τὰς ἐκκλησίας. id est, *de morientibus & relinquentibus heredem ecclesiam.*

Ad Leg. XVI.

Si duobus res coniunctim legata sit, quamuis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi puto verum esse.

§. 1. Heres adiecto ei nomine cuiusdam, cui heres non sit dare damnatus totum legatum debet. Nam & si duos ex heredibus suis nominatim quis damnasset, & alter hereditatem non adisset, qui adisset, totum deberet, si pars eius qui non adisset, ad eum qui adisset, peruenerit.

§. 2. Si Titio & postumis legatum sit, non nato postumo, totum Titius vindicabit. Sed & si testator Titio & postumis, viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur, non nato postumo.

TRia sunt coniunctorum genera: *Re tantum, Verbis tantum, Re & verbis* simul, *l. triplici, de verbor. signific.* Primo dicam de coniunctis *Re & verbis*, qui scilicet, coniuncta scriptura in eandem rem vocantur, vt *Primo & Secundo hanc rem do lego.* Et hoc in libris nostris coniunctio appellatur §. *si coniunctim, de legat.* Quæritur an inter eos sit ius adcrescendi? Et vulgo proditum est esse, *l. 1. de vsufr. accresc. cum §. vlt. huius legis, l. coniunctim, lib. 3. l. si seruo sub cond. de statulib.* quoniam hi ita sunt coniuncti, vt nō faciant partes, nisi concursu. Vno igitur non concurrente, alter totum habet. Ergo pars, quæ habetur pro non scripta adcrescit coniuncto. Item, si repudiata est pars, pars, quæ alia ratione deficit, vel viuo testatore, vel eo mortuo, fit caduca ex *l.* Papia. Nam ex ea. Fiscus præfertur coniuncto. Finge: quidam cum adhibitus esset à testatore ad scribendum testamentum, sibi & Titio legatum adscripsit coniunctim, sibi quidem illicite, Titio licite. Quæritur, an eius pars accrescet Titio? Rursus finge: quidam adscripsit legatum seruo communi, suo & Titij: Quæritur, an totum legatum Titio debeatur? Et quod ad hoc attinet, lex ait, Titio nihil deberi, ideoque id legatum in totum esse pro non scripto. Sed hoc fit optima ratione: nam serui nomen quasi falsum circumscribitur & subducitur. ex eo sequitur, neutri dominorum legatum deberi, quia serui nomen habetur pro non scripto. Verum quæro, quid iuris sit, si legatum sit seruo communi, nec legatum habeatur pro non scripto, vtrum vno ex dominis repudiante, alteri domino totum accrescat? Celsus existimabat & Proculus, alteri domino non accrescere, quia cum legatur seruo communi, non videtur coniunctim legari eius dominis, sed separatim pro partibus dominicis. Igitur non est ius accrescendi, *l. & Proculo, inf. tit. prox.* Verum ab eis dissentit Iulianus, *l. 2. §. sup. de vsufr. accresc.* Idque apparet euidenter ex eo, quod in *illo §. 1.* nominatim respondit rationi, quæ mouit Celsum. Dicebant illi, dominos serui communis esse vocatos in partes dominicas. Respondet Iulianus, fateor eos pro dominicis partibus vocari, verum non dominorum, sed serui personam spectamus, ex eius persona inducitur ius adcrescendi, nam etiamsi solus sim legatarius, & partem repudiauero, nihilominus totum adquiram: Serui igitur persona inspicitur. Altera species est: Si quis sibi & Titio legatum adscripserit, de hac quæstione nihil definitur illo §. Verum certum est, suum nomen induci, non Titij, & ideo Titio totum legatum debetur. Paul. 3. *Sentent. de legat.* Secundo obstat hæc *l. 16.* quod relinquitur ei, qui nō est in rerum natura, pro non scripto est, *l. pen. inf. de his, quæ pro non scrip. hab.* Finge: quidam legauit Caio & Titio, qui non erat in rerum natura tempore faciendi testamenti. Quæritur an Caio totum legatum debeatur? Lex

A ait, solam dumtaxat partem deberi. Igitur pars, quæ habetur pro non scripta, non accrescit coniuncto, & ita qui non admittitur ad partem, facit partem, id est, eius persona numeratur in partibus faciendi, quod iuri accrescendi impedimento est. Nam tum est ius accrescendi, cum is, qui non admittitur ad partem, non facit partem. Tertio Opp. etiam, *l. plane §. coniunctim, hoc tit.* Pro non scripto est legatum seruo proprio absque libertate relictum, *l. 3. de his, quæ non script. hab.* Pro non scripto est quodcunque non consistit ab initio. quod consistit ab initio, deinde deficit, non est pro nō scripto. Finge: quidam legauit coniunctim eandem rem Titio & seruo proprio sine libertate. Lex ait, Titium totum non habiturum. Igitur pars quæ pro non scripta est, non accrescit coniuncto, & sic seruus,
B qui non capit partem, facit partem. Postremo obstat *l. huiusmodi, §. si Titio, hoc tit.* si res mea mihi legetur, pro nō scripto est. Quidam legauit mihi & Titio rem meam coniunctim, pro mea parte pro non scripto est. Titius etiam non feret nisi partem. Ergo pars, quæ pro nō scripta est, illi Titio non accrescit. Denique ego partem non capio, & tamen partem facio. Distinguendum est inter genera legatorum: Aut duobus coniunctim legatum est per vindicationem, aut per damnationem. Si per vindicationem, plane sunt re & verbis coniuncti, & inter eos est ius accrescēdi, & is, qui deficit, non facit partem. Hoc fit, quia illi ab initio solidum capiunt, concursu autem partes, *l. coniunctim, lib. 3.* Consequens igitur, vno non concurrente, vt alter solidum habeat. Id vero est ius accrescendi. Iure accrescendi vtor, non concurrente coniuncto. eo concurren-
C te, fiunt partes. Hoc etiam iure, quod est inter coniunctos, fit, vt licet meam partem repudiauerim, tamen rursus eam adquiram postea, si coniuncto, cui ea accreuit, heres extitero, *l. 12. sup. in prin.* quæ ibi dicta sunt, huc sunt referēda. Si per damnationem duobus idem legatur, non sunt coniuncti re & verbis, quoniam singuli ab initio partes habent, & ideo inter eos non est ius accrescendi, & qui nō capit partem, facit alteri partem. hoc nominatim traditum est de legato damnationis, *l. 7. inf. tit. prox.* & ita est accipienda *l. 18. in prin. & l. plane §. si coniunctim, l. huiusmodi §. si Titio.* Igitur legatarij per damnationem, qui capere possunt, si repudiauerint, partem faciunt, ideo obstant iuri accrescendi. Dubitabatur, an etiam partem facerent, quia capere non possunt? Verum ex Constitut. Iustiniani
D *C. de caduc. tollend.* eodem iure est legatum vindicationis & damnationis. Eadem distinctione in re coniunctis vtebantur. Hic articulus, *disiunctim vel separatim*, significat rei tantum coniunctionem, vt *Primo fundum lego*, postea: *Secundo eundem fundum lego.* hi non verbis, sed re tantum coniuncti sunt. Quæritur, an inter eos sit ius accrescendi? Distinguendum est: aut per vindicationem legatum est, & tunc sunt re coniuncti, & inter eos est ius accrescendi, quoniam tunc ab initio solidum habent, concursu autem partes faciunt. Vno igitur non concurrente, alter solidum quod habuit ab initio, retinet, quia testator semel non bis ad eos legatum pertinere voluit, *l. si mihi pure, lib. 2. l. duob. hoc tit.* & ita est accipienda lex *plane §. sed si hoc tit.* Species: Primo legauit fundum in suo testamento, eundem fundum legauit Secundo in pupillari testamento. Pone per
E vindicationem legatum, re sunt coniuncti, *l. coheredum §. coheres, de vulg. substit.* §. Ille ait, eos habere partes concursu, est igitur inter eos ius accrescendi. Interim igitur, id est, antequam existat conditio pupillaris substitutionis, partem habebit is, cui in suo testamento legauit. Imo vero totum, idque affirmat etiam: ergo in *l. qui bona §. si quis duob. de acq. rer. domin.* vbi *pro solido*, est legendum, *parte.* Verum si per damnationem legatū est, aliud est quoniā tunc bis ad eos videtur testator legatum voluisse pertinere. Itaque singulis solidum debetur, vni scilicet res, alteri æstimatio, & ideo inter eos non est ius accrescendi. Vlp. in *Frag. tit. de leg.* Paul. 3. *Sent. eod. tit.* Gaius 2. *Instit.* Iustin. *l. vn. §. si autem disiunctim, de cad. toll.* Illi igitur non erant coniuncti re. Verum hoc mutat Iustinianus, dum

vult eodem iure damnationis eſſe, quo vindicationis legatum, niſi apparet teſtatorem ita legaſſe, vt ſinguli ſolidum haberent, *l. ſi pluribus 33. hoc tit.* Illa lex, exceptis duobus verſibus, Triboniani eſt. Videndum de coniunctis verbis tantum, & ſi commixti ſint coniuncti, vter vtri præferatur. Verbis tantum coniuncti ſunt, quibus eadem res ex partibus coniuncta ſcriptura legatur, vt *Primo & Secundo ex æquis vel virilibus partibus fundum lego.* Idem, ſi partes non exprimantur, ſed intelligantur, vt in ſpecie *l. 2. de vſufr. accreſc. l. & Proc. tit. prox.* Hi coniuncti ab initio habent partes, non concurſu, ideo inter eos non eſt ius accreſcendi. Videntur enim vocati in res diuerſas, cum ſingulis pars attribuatur, *l. pen. de vſufr. accreſ.* Ab initio eos partem habere verba indicant, *æquis portionib.* Id etiam mens teſtatoris ſuadet: videtur enim teſtator compendiũ orationis quæſiiſſe potius, quam eos coniungere voluiſſe ob jius accreſcendi, *l. ſi ita quis heredes, de hered. inſtit.* Igitur illi ſunt quidem verbis coniuncti, ſed non quod ad ius accreſcendi attinet. Illa verba coniunctionis ſpeciem habent, effectum non item. Ergo inter eos non eſt ius accreſcendi licet per vindicationem legatum ſit, ſemper habent partes, id eſt, ab initio & in concurſu. At quid ſi ita legetur: *Primo fundi dimidiam, Secundo eiuſdem fundi dimidiam lego, l. Mæuio lib. 2.* Hæc etiam verba multo minus effectum coniunctionis habent. Nam ſuperiora verba *Primo & Secundo fundum æquis partibus lego*, magis habent ſpeciem coniunctionis, quam hæc: illa tamen verba non habent effectum coniunctionis. igitur nec hæc. Ait Lex *Mæuio: Separatim partes datas*: At *l. ſi ita quis heredes* ait: *coniunctionem quidem eſſe, ſed ſine effectu.* Ideoque non mirum, in ſpecie *l. Mæuio*, ſi non ſit ius accreſcendi. Itaque ſi deficiat pars Primi, non accreſcet Secundo, ſed omnibus collegatariis eiuſdem rei pro portione legati, ſicut coheredib⁹ pro portione hereditaria. Videamus an hoc perpetuo ſit verum. Generaliter hoc verum eſt, *vbi partes concurſu non fiunt, non eſſe ius accreſcendi.* Interpretes tradunt indiſtincte eſſe ius accreſcendi inter hos coniunctos: Sed melior veterum ſententia, qui negant: Nam non ſemper inter eos eſt ius accreſcendi, ſed tunc quidem aliud dicendum, ſi teſtator ita eos coniunxerit data opera, vt ſcilicet concurrerent in idem legatum. tunc teſtator videtur partes adſcripſiſſe demonſtrandi cauſa. Vt ſcilicet intelligatur, quæ partes fieri debeant per cõcurſum, illa adſcriptio tunc demonſtratio quædam eſt. Cæterum quia de induſtria eos coniunxit, habentur pro coniunctis re & verbis, & ideo inter eos eſt ius accreſcendi. nec videntur ab initio partes habuiſſe, argumento eſt, *l. cum pater §. qui filio, tit. prox.* Filium ſcripſit heredem ex ſemiſſe, aliis coheredibus adiectis, tum dixit, *fili rogo, vt pro ſemiſſe contentus ſis ducentis aureis*: his verbis non videtur fideicommiſſum reliquiſſe, ſed videtur æſtimaſſe ſemiſſem. Ideo ſi filius petat ſemiſſem, non repelletur exceptione demonſtratæ quantitatis, quamuis pluris ſit ſemis. Similiter ſi de induſtria duos coniunxit teſtator legando, quamuis eis adſcripſerit partes, tamen vno deficiente, alter ſi velit totum vindicare, non repelletur præſcriptione demonſtratarum partium, quia adſcriptio illa demonſtratio quædam eſt. Ideoque tum inter verbis tantum coniunctos erit ius adcreſcendi. Sic eſt accipiendus, *§. vlt.* leg. 16. Legauit Titio & poſtumo adſcriptis partibus. poſtumo non nato Titius totum capiet, quia non fuit otioſa illa coniunctio verborum, quia coniunxit data opera, non etiam voluit compendium orationis facere. nam ſi id voluiſſet, orationis illa coniunctio inanis eſſet. verum hæc fuit mens, vt ſi naſceretur poſtumus ferret partem adſcriptam. ſin minus, vt Titius totum haberet, ideoque inter eos eſt ius accreſcendi. Eadem mens eſt defuncti in *l re coniuncti, lib. 3.* Ibi tractatur, an verbis tantum coniunctus præferatur cæteris. id autem fruſtra quæreretur, ſi cõiunctio verborum non adferret ius accreſcendi. Ea igitur quæſtio indicat, verbis tantum coniunctum habere ius accreſcendi, videlicet ſi data opera eos coniunxit, non etiam

A vt compendium orationi adferret. tunc coniunctus verbis tantum pro vtroque modo coniuncto habetur: Hoc ita, ſi per vindicationem legatum ſit: Nam de his, quibus per damnationem legatur, ſic ius eſt: Nulla coniunctio vllum vnquam effectum habet, quoniam vel ab initio habent ſinguli partes; quod fit, cum legatur coniunctim, vel ſemper ſolidum ſingulis debetur, vni ſcilicet res, alteri pretium, quod fit, cum diſiunctim, id eſt, ſeparata oratione eis eadem res legatur. Verum ex Conſtit. Iuſtinian. *de caducis tollend.* eodem iure ſunt illi, quibus per damnationem legatur, quo quibus per vindicationem. Itaque ſecundum eam conſtitutionem habent ius accreſcendi, & ſecundum eam conſtitutionem leges Pandectarum accipi ſemper non poſſunt. Olim etiam inter fideicommiſſarios

B non fuit ius accreſcendi, eademque fuit natura fideicommiſſi & legati per damnationem: quod per damnationem potuit legari, idem & per fideicommiſſum potuit. Vlpianus in *Frag. tit. de fideicom.*

Secunda quæſtio pertinet ad *l. re coniuncti, lib. 3.* ſi legatarij eiuſdem rei per vindicationem alij ſunt coniuncti re & verbis, alij verbis tantum, alij re tantum. Quæritur vter vtri pręferatur? Præferri dicitur is, cui ſoli accreſcit coniuncti deficiens portio: non præferri, & ſi cæteri cum eo veniant in eam portionem. Quæro igitur, quis præferatur, quis excludat reliquos? Eius legis duę ſunt partes. quod in prima parte tractatur, pendet ex *l. triplici, de verb. ſign.* In *l. triplici*, ponit tria genera coniunctorum, deinde in *l. re coniuncti*, qui ſint re tantum, qui verbis tantum. In

C ſecunda parte quæritur vter vtri pręferatur? Finge: *Primo & Secundo illum fundum lego.* hi ſunt re & verbis coniuncti. Adiecit, *Tertio eundem fundum lego*, hic illis eſt re tantum coniunctus, & illi huic viciſſim. Finge: Deficit Primus. quęritur an eius portio ſoli Secundo accreſcat, an vtrique, id eſt etiam Tertio? Lex ait, *ſoli Secundo accreſcere, l. 1. §. idem ait, §. prox. de vſufr. accreſc.* Igitur re & verbis coniunctus prętertur re coniuncto. Et generaliter, re & verbis coniunctus, prętertur cęteris omnibus, quibus eadem res legata eſt vel coniunctim vel diſiunctim. Exempli cauſa: *Primo & Secundo illum fundum lego, deinde, Tertio eundem fundum lego, deinde, Quarto eundem fundum lego, deinde, Quinto & Sexto eundem fundum lego. Poſtremo, Septimo & Octauo eundem fundum ex æquis partibus lego*, idque dixit non breuitatis ſtudio, ſed pręmeditate.

D Hoc caſu fient quinque partes: nam qui verbis tantum, aut re & verbis, vnius perſonę vicem ſuſtinent, *l. plane, in prin. hoc tit.* Deficit Primus. quęritur, an accreſcat ſoli Secundo, qui fuit ei re & verbis coniunctus, reliqui re tantum coniuncti fuerunt. Et placet, ſoli Secundo accreſcere. Secundus prefertur cęteris omnibus. Eadem ratione ſi deficiat Quintus, accreſcit ſoli Sexto, quoniam fuit ei coniunctus & re & verbis. Quid ſi deficiat Tertius, an Quarto tantum, qui ei re fuit coniunctus, accreſcet? Minime ei ſoli: ſed omnibus, quoniam reuera omnes ei ſunt re coniuncti. Non poteſt dari caſus, quo re tantum coniunctus prę feratur cęteris legatariis eiuſdem rei, quoniam & cęteri ei, qui deficit, ſunt re coniuncti. Et nihil hic eſt dubitationis: *Primo lego illum fundum. Secundo*

E *lego eundem fundum.* ſunt re tantum coniuncti, *Tertio eiuſdem fundi dimidium lego.* Hoc caſu ſi deficiat Primus, accreſcit ſoli Secundo, qui re tantum coniunctus eſt: nam Tertius nullo modo eſt couiunctus, non eſt legatarius eiuſdem rei. At quid ſi Septimus deficiat, an accreſcet ſoli Octauo, qui illi fuit verbis tantum coniunctus? Lex ait, *quæſtionis eſſe.* Cętera ſunt plana. Verum de hoc dubitabatur. Verum magis eſt vt & ipſe præferatur, id eſt, ſoli Octauo accreſcit, qui verbis coniunctus eſt: nam pro vtroque modo coniuncto habetur: Igitur cæteros is excluder. Ideo autem dubitatum fuit, quia plerumque obſcurum eſt, vtrum eos teſtator coniunxerit ſerio, an compendio orationis fecerit, quo caſu non prętertur cęteris, *l. ſi ita quis, de her. inſtit.* Itaque voluntatis ſubeſt hic quęſtio quædam. Verum magis eſt, niſi contrarium probetur

tur, scilicet, breuitatis causa defunctum locutum, verbis tantum coniunctum pro vtroque modo coniuncto haberi. Summa: *Re & verbis coniuncto, vel verbis tantum serio coniuncto, soli accrescit: re tantum coniuncto soli non accrescit:* quia & cæteri sunt re coniuncti, nec potest dari species, qua cæteri non sint coniuncti. Re & verbis coniunctus præfertur cæteris omnibus, quibus eadem res legata est. Notandum tamen quod si sint plures re & verbis coniuncti, & vnus deficiat, reliqui omnes simul admittuntur: Testator ita legauit; *Primo & Secundo & Tertio & Quarto fundum lego*, Primo deficiente, reliquis tribus accrescet pro virili *lib. 19 §. vlt. hoc tit.* Idem etiam, si testator ita legauit, *filiis meis rem illam lego*, vno ex filiis deficiente, reliquis omnibus accrescit. At quæstionis est, si ita legauit, *Primo & filiis meis illum fundum lego.* quæritur vno ex filiis deficiente, an etiam accrescat Primo, non modo reliquis filiis? Quod nō videtur dicendū, quoniam hoc legato duo semisses fiunt, vnum fert Primus, in alterum semissem filij coacti & commisti videntur, & funguntur vnius vice, *l. si quis Attio, de vsufr. accresc. l. interdum, de hered. instit.* Ideo hoc casu, vno ex filiis deficiente, fratres præferuntur Primo, non quod sint coniunctiores: nam coniunctio eiusdem generis & gradus plus vel minus non recipit, verum ideo fratres præferuntur, quia seorsim à Primo inter se coniuncti videntur, quia à Primo separati videntur. Opponi solet lex *pen. §. Lucius Titius testamento, lib. prox.* Ex ea lege colligitur, si legetur *Seio & filiis*, vel, *Primo & libertis*, non videri duos fieri semisses, sed viriles partes pro numero personarum. Sed hoc ideo fit, quia perspicua est voluntas defuncti, omnes ad viriles partes vocantis. Igitur in obscuro fiunt duo semisses. At quia in ea specie perspicua est voluntas testatoris, fiunt tres. Perspicuitas inde colligitur, quia testator dixit, *fundum lego libertis, & Seia liberta mea; ne de nomine familia mea exeat:* perspicuum est, eum non habuisse rationem huius vel illius liberti, vel Seiæ potius, quam totius familiæ. Itaque ex æquo inter eos, quasi omnes sint ex eadem familia, fiet diuisio, nec vni plus quam alteri dabitur, quia testator non fuit alia ratione ductus, quam familiæ, quæ omnes ex æquo respicit. Alumni erant etiam ex nomine & familia educatoris, & pene liberorum loco tutores dati alumnis confirmantur, *l. Nesennius, de excusat. tutor.* Sunt & pleraque alia huius rei argumenta. Notandum etiam, alumnos non tantum dici seruos, quos dominus pueros educauit, & forte post manumiserit, sed & liberos homines; quinimo serui non proprie dicuntur alumni, sed θρεπτοί. Eustath. in 11. *Iliad.* Latine dicuntur heriles filij, Donatus in Terent. Alumnorum igitur appellatio proprie ad liberos homines pertinet. Vno igitur ex liberis deficiente accrescit cæteris, idque vel eo, quod id expressit testator his verbis: *Donec ad vnum perueniat*, id est, vt pars deficiens reliquis accrescat, ita vt ad nouissimum totus fundus perueniat, *l. codicillis, in prin. de vsufr. leg.* Alio etiam casu viriles partes datæ videntur ex sententia defuncti, vt si testator ita substituit, *quisquis mihi heres erit, & Titio filio heredes sunto.* Finge: mortuus est filius intra pubertatem. Quæritur, vtrum fiant duo semisses hereditatis pupilli, vt vnum habeant heredes patris, alterum Titius? Minime, quin potius diuidetur hereditas pupilli in capita, *l. vlt. C. de impub. & aliis substitut.* quia illud *quisquis*, vim distributionis habet, *l. hoc art. de hered. inst.* Perinde est, ac si dixisset, *ille & ille & ille.* Verum Iustinianus ea constitutione abrogat sententiam Labeonis, qui putabat duos semisses faciendos, *l. si pater filios, sup. de vulg. substit.* Nam & Iustinianus ait, eam quæstionem Vlpianum tractasse: Illa sententia fuit relata ab Vlpiano. Recte Haloander *legem si pater filio* facit paragraphum esse *l.* præcedentis, quæ est Vlpiani. Sunt qui conciliant *l. vlt.* cum *l. si pater filio.* Fingunt in *l. si pater filio*, esse substitutionem, fingunt *heredes mei & Titius*, non ita, *quisquis mihi heres erit & Titius.* id commentitium videtur: quod indicant tum antecedentia, tum consequentia: nam illa omnia sunt de illa formula substitutionis: *Quisquis mihi heres erit.*

Quinta quæstio est: *An accrescat cum onere cui accrescit?* Videndum id, quod deficit, qua ratione deficiat: nam si deficit, quod habeatur pro non scripto, accrescit heredi sine onere, quia scilicet si id quod relictum est, habetur pro non scripto, debet etiam onus, quod adiunctum est, circumscribi, & pro non scripto haberi: atque ita Iustin. in *l. 1. §. 1. & §. hoc videlicet, de caduc. tollend.* Verum Iustinian. ait, excipiendos esse casus relatos in Pandectis, sunt autem duo. vnus in *l. cum vero §. si pro non scripto, de fideicommiss. lib.* Cuius ratio est fauor libertatis. *legauit seruum, & rogauit legatarium, vt eum manumitteret*, hoc est pro non scripto, & remanet apud heredem, sed heres cogitur eum manumittere. Alter casus est in *l. vlt. de his quæ pro non script. hab.* Eius casus ratio est auctoritas Senatusconsulti Liboniani, *l. filius §. vlt. ad leg. Cornel de fals.* Quidam sibi adscripsit legatum cum onere fideicommissi, legatum pro non scripto est, & remanet apud heredem, sed cum onere fideicommissi: his casibus exceptis, quod est pro nō scripto, accrescit sine onere. Quod vero repudiatur, an accrescit cum onere? Id vero certum est, cum onere accrescere, *l. mortuo §. vlt. tit. prox. l. 16. §. 1. hoc tit.* In eo §. duæ sunt species: Prima, Primum solum ex asse heredem scripsit, tum ita legauit, nescio quo errore: *Primus & Secundus heredes mei danto.* atqui Secundus non est heres, Primus totum legatum debet, & illa adiectio Secundi pro superuacua habetur, & secundum eam speciē est lex *ciuitatibus, §. 1. hoc tit.* Altera species: à duobus heredibus scriptis legauit nominatim. recte *nominatim*; nam si dixerit generaliter, *quisquis mihi heres erit, dato*, nihil est: vnus repudiauit hereditatem, ea alteri accrescit, an præstabit totum legatum? Sic videtur. Igitur ei accreuit cum onere. Id est ex Constitutione Antonini, *l. licet, hoc tit.* Ea constitutione legata relicta ab instituto sequuntur substitutum, consequenter sequuntur coheredem. Item onera heredis fiscum sequuntur. *l. si Titio & Mæuio, §. Iulianus, tit. prox.* Caducum autem si deficiat, vel quasi caducum, vel in causa caduci, fisco vindicatur ex lege Iulia & Papia, sed cum onere. Vlpian. in *Fragm. tit. 17. l quidam §. quoties, hoc tit.* Hodie ex iure antiquo heredi accrescit (iure antiquo, id est, quod fuit ante legem Papiam.) Igitur accrescit cum onere, siue coniunctim, siue disiunctim sint scripti heredes. In collegatario est differentia: nam collegatario disiunctim, id est, re tantum coniuncto accrescit sine onere, quia testator videtur eos separasse, ne alter alterius onus sustineret, *d. l. 1. §. sin autem defic. de caduc. tollend.* At coniuncto re & verbis accrescit cum onere. vt Primo & Secundo fundum lego, si decem dederint, Secundus tota decem præstabit, Primo deficiente, *l. si quis legata §. vlt. de condit. & demonstrat.* Obstat his scilicet, quæ de heredibus in accrescendi iure diximus, & de caducis, *l. Celsus 20. §. vlt. inf tit. prox.* Ex quâ colligitur fideicommissum ab vno ex heredibus nominatim relictum non deberi, si is repudiauerit: Igitur repudiantis pars cæteris non accrescit cum onere: pars enim accrescit, cæterū onus non sustinebit, hoc in § *pen.* dicitur. De vltimo §. repetendū, portionem repudiatam accrescere coheredi, *l. 12. sup.* Similiter portio, quæ habetur pro non scripta, accrescit coheredi: Sic portio, quæ alia ratione deficit, iure antiquo coheredi accrescit, ex lege Papia cadit in fiscum, quod ita deficit, vel eripitur heredi. Verum ea lege Papia excipiuntur liberi & parentes vsque ad tertium gradum heredes instituti, *l. vnica, §. 1. de caduc. tollend.* Vlpianus in *Frag. tit. 18.* Igitur illi habent ius antiquum, id est, ius accrescendi, & quacunque ratione deficit, ei accrescit. Quod dicitur in *l. 5. de vulg. Per legem*, accipi debet de lege Papia, quod inscriptio ostendit. id ad exceptas personas tantum pertinet. Lex Papia obstat iuri accrescendi. eodem pertinet §. *vltimus legis. 26.* Loquitur enim de filio instituto ex parte, qui est de exceptis perso-

nis, nec subiicitur legi Papiæ. Ait lex, *ei filio partem accrescere coheredis deficientem, siue repudietur, siue alio modo deficiat, idque siue onere legati. Et* ait, *id legatum filius iure antiquo capit*: id legatum, mistum, scilicet, portioni hereditatis deficienti, id est, eo iure, quod obtinuit ante legem Papiam, quod ius hodie omnibus restitutum est. Verum vterque §. *& pen. & vlt.* ostendit, sine onere accrescere. Sic respondeamus, vt coheredi accrescat cum onere, id est, ex Constitutione Seueri & Antonini. Celsus auctor leg. 29. fuit ante Seuerum & Antoninum, nempe Traiani temporibus, quo tempore etiam fuit Iulianus: ideo is etiam scripsit, coheredi accrescere sine onere in *d. l. si Titio & Manio* §. *Iulianus, tit. prox.* Verum adiecit in eo §. Vlpian. *sed post constitutionem Seueri & Antonini cum onere adcrescet.* Idem adiiciendum est ad Celsum, atque sic omnia conueniunt: id Accurs. aliquantenus tetigit in *l. vnica, C. de caduc. tollend.*

Sequitur sexta, eaque vltima quæstio: *An inuito accrescat.* In hac quæstione constituenda est differentia inter coheredem & collegatarium: eandem differentiam etiam in superiori fecimus. Coheredi generaliter inuito, & ipso iure accrescit portio heredis deficiens, id est, siue sit coniunctus, siue disiunctus *d l. vnica*, §. *in iis itaque, l. si quis heres, l. si ex duabus* §. *vlt. de adq. hered.* Iustin. hanc dat rationem, quia eiusdem hereditatis heres partem agnoscere, partem repudiare non potest. Iustinian. non vtitur alia ratione. non est igitur alia quærenda. In collegatario distinguendum est: nam collegatario disiunctim, id est, coniuncto re tantum, accrescit etiam inuito, *d. l. vnica* §. *si vero non omnes.* Coniuncto autem re & verbis non accrescit inuito, *d. l. vnica*, §. *vbi autem.* Ratio differentiæ: Re coniunctus ab initio habet solidum, concursu partem per vindicationem. Similiter coniuncti re & verbis, ab initio habent solidum, concursu tamen partes, in hoc conueniunt. Vlpianus in *Fragmentis tit. de legat.* Igitur tam re & verbis coniuncti, quam re tantum ab initio habent solidum, concursu partes. Verum in hoc est differentia, quod re tantum coniunctis expressim solidum datur. vt, *Primo illum fundum lego, Secundo eundem fundum lego*: ideoque deficiente Secundo, dicimus quidem Primo accrescere, sed non proprie, id enim est potius non decrescere. Quare etiam fit, vt Primus non possit legatum scindere, quod quidem solidum ei relictum est palam: hoc est, non poterit partem agnoscere, partem repudiare, vel totum inuitus agnoscet, vel à toto recedet. Alia est ratio coniunctorum re & verbis: nam his non expressim, sed tacite solidum datur, *vt Primo & Secundo fundum lego.* singulis propalam solidum non datur, sed coniuncta oratione simul in eandem rem vocantur. Verum id quidem est, vt partes non faciant nisi concursu. Verum multum interest, vtrum expresse dicatur, an tacite intelligatur. hac ratione, Primo deficiente, Secundus totum inuitus non capiet, sed, si hoc malit, partem suam sibi habebit, partem coniuncti reiiciet. Huic rationi locus est in alia specie: Si vnus tantum sit legatarius, cui fundus sit legatus in solidum, hic non potest partem agnoscere, partem repudiare: si partem agnoscat, totum adquirit inuitus, *l. si cui rei, tit. prox.* Repudiando partem, nihil agit. Ergo hic vnus legatarius vel totum agnoscit, vel totum repudiat. Secus si legatarius, die legati cedente, & legato nondum agnito, duos heredes reliquerit: Nam hi quidem heredes pro singulari persona, hoc est, vna habentur, sed tamen singulis legatum solidum non est relictum palam, vel singulis pro solido nō debetur: Ideo vnus ex iis potest partem suam agnoscere, alter repudiare, quod tamen non potuit defunctus, ideoque pars repudiata ab vno, non accrescit agnitæ parti, sed remanebit apud heredem, à quo relictum fuit legatum, *l 38. inf. hoc tit.* Postremo, distinguendum est inter coheredem & collegatarium. Et ratio differentiæ. Coheredi coniuncto & re & verbis inuito accrescit, vt *Primus & Secundus heredes sunto.* Secundo deficiente Primo inuito accres-

A cit. At collegatario coniuncto re & verbis, inuito non accrescit. Ratio differentiæ: hereditas vnius hominis vicem sustinet, id est, defuncti: fieri non potest, vt vnus idemque homo sit pro parte, pro parte non. Sic fieri non potest, vt hereditas, quę personę est imago, vel heres sit pro parte, id est, hereditas non potest pro parte vacare. Ideoque recte in *d. l. vnica* §. *in his itaque*, ait, *Eiusdem hereditatis.* Sic in *l. 2. sup. de acquir. hered.* in *eiusdem hereditate.* At in legato alio est inspectio; nam legatum non est nomen iuris, non sustinet personam defuncti, ideoque nihil vetat scindi, nisi totum sit palam adscriptum: Nam vti est adscriptum, ita agnosci vel repudiari debet: repudiatio cum datione congruere debet.

B

Ad Leg. XVII. & Leg. XVIII.

L. 17. Qui filiabus legauit, si mentionem aliqua parte testamentis postumæ fecit, videtur in filiarum legato & de postuma sensisse.

§. 1. Si quis ita legauerit, si qua filia mihi genitur, ei heres meus centum dato, *pluribus natis videtur singulis tantumdem legasse. Quod ita accipiendum est: Nisi euidens sit contraria sententia testatoris.*

§. 2. Si vni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiæ erciscundæ manifestum. Sed etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse, constat.

L. 18. Et quidem totum legatum petere potest, quamuis à
C *semetipso inutiliter ei legatum fuisset.*

Filiarum appellatione etiam postumæ continentur, *l. nomen, de verbor. signif. l. 5. de testam. tut.* At legatum *filiabus*, non statim & postumæ relictum videtur, nisi liquido appareat, testatorem etiam de postuma sensisse, *l. 15. §. vlt. sup.* Videtur autem testator sensisse de postuma si aliqua parte testamenti postumæ mentionem fecit, non aliter. Ratio diuersitatis est ex iure antiquo, vt recte notauit Alciatus *lib. 8. Parerg.* Differentia est inter postumum & postumam. Postumus exheredari debet nominatim, alioquin præteritus rumpit testamentum. Postuma autem etiam exheredari potest inter cæteros, cum adiectione tamē legati, §. *postumi, de exhered. liber. l. vlt* §. *vlt. C. de lib. præ-*
D *ter.* Vlpian. in *Frag. tit. 22.* Inter cæteros igitur videtur exheredata, id est, si dixerit, *cæteri exheredes sunto*, quæ erat vulgaris clausula: nam ea institutione perfecta, adiiciebatur; continebantur in ea liberi, cognati, amici, *l. Lucius, de hered instit.* Legatum illud postumæ debuit relinqui nominatim, vt, *postuma, si qua mihi nascatur, lego.* Nam si relinquatur sub generali appellatione filiarū, non statim pertinet ad postumam, nisi testator postumæ aliqua parte testamenti mentionem fecerit. Sic etiam est accipiendus §. 1. *h l.* vbi testator ita legauit: *filiæ postumæ lego* 100. Plures natę sunt postumæ. quid fiet? tantundem singulis legasse videtur. Igitur illæ omnes postumæ videbūtur exheredatę, quia legata singulæ capiunt. Similiter si libertas, quæ quidem etiam nominatim relinquenda erat ex lege Fusia Caninia, Paul. 4. *Sentent. in fin.* At finge: Libertas relicta est ei,
E qui erat in vtero ancillæ singulari numero: pluribus natis, videtur omnibus data libertas, *l. cum inter, C. de fideicommiss. lib.* Ait, *singulis tantundem legatum.* Igitur legatum multiplex, & non vna 100. debentur omnibus, sed singulis sua 100. Obstat. *l. vtrum, inf. de rebus dub.* legatum est relictum Titio & postumo. plures nati sunt. omnes concurrunt in eandem rem cum Titio. Igitur non multiplicatur legatum: Aliud est, si dixerit *postumo* 100. *lego*: tunc enim, pluribus natis, singulis 100. debentur. longe aliud est, *Titio & postumo lego* 100. nam tunc, pluribus natis, omnes cum Titio in eandem rem vocantur. Hoc efficit coniunctio illa, & comparatio Titij cum postumo. Quæstio §. *vltimi* hæc est, de legato heredi

relicto huc multæ quæstiones pertinent. Sic in primis statuendum: vni ex heredibus legatum posse relinqui à coherede, id est, ex persona coheredis, ita vt is coheres illud onus solus sustineat. Potest etiam vni ex heredibus à coherede legari, non tantum per præceptionem, sed etiam per damnationem, vindicationem, sinendi modum, *l. 1. §. si quis ex mortis, quor. legator. l. ab omnibus §. si Attio, hoc tit.* Igitur errant, qui accipiunt hæc de legato per præceptionem. legatur autem vtiliter à coherede: à semetipso heredi legatum dari vel adimi non potest, quia ipse sibi debere non potest, à seipso vindicare non potest. Ille quidem, qui legat vni ex heredibus, vult vt legatum & à coherede & à semetipso accipiat, sed ratio iuris resistit, *l. eum qui, in fi. de his quæ vt indign.* quia sicut fieri non potest, vt idem sit debitor & creditor: ita nec idem esse potest heres & legatarius, id est, vt ipse sibi debeat: at heres heredi legatum debere potest. Et sic est, etiamsi testator dicat expressim, *heredi à seipso lego, vel dari iubeo.* legatum dicemus esse inutile ex ipsius persona, non tamẽ ex persona coheredis: hic error non omnino vitiat, *l. Titia 1. §. 1. lib. 2.* vbi ponit exemplum fideicommissi: nam legatum quibusuis verbis relinqui non potest. παρ' ἰσωτι. Igitur si heredi sit legatum, ex persona coheredis valet: ex sua parte non valet: vt duo sunt heredes scripti ex æquo. Primo legatus est fundus: semissem, quem in eo fundo habet Secundus, Primus capiet iure legati. igitur pro eo semisse vtile est legatum: alterum semissem Primus à seipso non potest accipere iure legati. Itaque eum iure hereditario retinet, si coniunctum non habeat. Sic habebit semissem iure legati, alterum hereditario iure. Hinc fit vt semis ille, quem capit iure hereditario, imputetur in Falcidiam, alter, quem capit ex legato, non imputetur, *l. in quartam, ad l. Falcid.* Igitur heredi à semetipso legari non potest.

Opponitur primo. seruus cum libertate heres scriptus, à semetipso libertatem accipit, etiamsi ex parte heres institutus sit, *l. ex parte 58. de acquir. her. l. 6. §. vlt. de hered. instit.* Igitur cur etiam legatum non relinquetur heredi à semetipso? Sic dicendum: Legatum dari non potest cuiquam à semetipso. libertas etiam proprie non datur à semetipso; sed seruus, qui instituit cum libertate, simul & hereditatem & libertatem à semetipso accipit, idque fit necessario hereditatis obtinendæ causa, alioqui nunquam posset heres institui: libertas etiam non potest adimi à semetipso: vt si scriptus sit liber & heres, deinde eodem testamento adimatur, non valet, *l. si ita scriptum §. regula, de liber. & postum.* Oppon. etiam lex *si Attio, de vsufr. accresc.* heredi à semetipso inutiliter legari dixi: Ibi species proponitur, *Titio & heredibus meis vsumfructum lego.* Titius dimidium habebit, heredes dimidium. Igitur heredibus à seipsis legatum relictum valet. Non est dicendum in ea lege certis heredibus fuisse legatum relictum ab aliis quibusdam heredibus: Nam omnibus fuit relictum. Igitur non supersunt heredes, ex quorum persona legatum valere possit. nec etiam dicendum, à legatario legatum heredibus esse, *l. plane §. si duobus, hoc tit.* Nam à legatario neque heredi, nec alij cuilibet legari potuit, *tit. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* Sed dicendum in ea specie, omnibus heredibus fuisse legatum & Attio: & inuicem heredes legato obligari; sicut si non adscripto Titio dixisset, heredibus meis fundum lego, sibi videretur alter alteri inuicem eius legati nomine obligari, *d. l. ab omnibus, §. si Attio* Sciendum etiam, interdum testatorem heredibus legare cum alio quodam, non eo animo, vt sint legatarij, vt cum scripsit filios solos heredes, & ita legauit: *matri vsumfructum lego, cum filiis suis heredibus meis.* non videtur inuicem fecisse legatarios, sed voluit ostendere, quemadmodum vellet matrem frui, ita scilicet vt haberet filios secum fruentes, *l. si mulieri, de vsufr. accresc.* Ad hũc tractatum; sicut & ad tractatum de iure accrescendi pertinent *l. plane §. si duobus, & l. legatum 116. §. 1. inf. hoc tit.* Species §. 1. hæc est. Duos heredes scripsi ex æquis partibus: Primum

A & Secundum, vni, puta, Primo & duobus extraneis coniunctim fundum legaui: ex parte Primi in Primo non consistit legatum. at in extraneis legatum consistit ex parte tã Primi quam Secundi, quomodo fiet diuisio? Primum quidem semis, quem Secundus habet in eo fundo, diuidetur in tres partes, quæ dabuntur extraneis. hæ efficiunt bessem semissis, totius autem trientem: tertia pars dabitur Primo coheredi, ea est tertia semissis, totius autem sexta, id est, semissis triens, totius sextans. Semis autẽ Primi non diuiditur in tres partes, quia Primus in eo non potest habere partem iure legati, sed integer semis dabitur duobus extraneis: nam pars Primi inutiliter relicta, & pro non scripta habetur, & accrescit cæteris collegatariis, scilicet extraneis: & hoc si vindicationis genere legatum sit. Et lex *legatum §. 1.*
B nominatim loquitur de vindicatione: Nam si damnationis genere legatum sit, non accrescet cæteris, *l. vlt. §. Seio, inf. tit. prox.* vbi est legatum per damnationem. Tribonianus sustulit semper hæc verba per vindicationem, per damnationem, verum effectum rei non sustulit. Itaque multa sunt in libris de legatis, quæ non possunt sine hac differentia explicari. Huius rei est vestigium in *l. 1. §. si quis ex mortis, quor. legator. & l. Stichus seruus meus, de manumiss. test.* Illa *l.* est intelligenda de legato vindicationis, idque Græci notant recte 48. Basilic. In specie igitur leg. *legatum,* fundus ita diuidetur, vt extranei habeant dextantem, id est, decem vncias, Primus sextantem. In *§. si duobus,* vt appareat legatum relictum coheredi, non valere, nisi ex parte coheredis, vtitur hoc exemplo. Duo sunt instituti, Primus ex vncia, Secundus ex vndecim vnciis, eis legatus est fundus.
C Alter ab altero vice mutua legatum accipiet: Primus quidem à Secundo accipiet vndecim vncias: Secundus vicissim à Primo accipiet vnciã, quã solã in eo fundo Primus habet. sic fiet vt heres vnciarius in eo fundo habeat deuncẽ; is autem, qui est heres ex deunce, habebit vnciam tantum. Igitur non habebunt in eo fundo æquales partes. Verum obiiciunt leg. *seruus, §. vlt. eodem.* ait si heredibus sit legatus fundus, viriles, id est, æquales partes fient. Vtendum est distinctione: aut duo heredes tantum scripti sunt ex inæqualibus partibus, & eis legatus fundus: & tunc ex inæqualibus partibus vice mutua præstant legatum, *d. §. si duobus.* Aut plures sunt instituti ex inæqualib⁹ partibus, & duobus est legatus fũdus: tũc cæteri heredes, qui legatũ præstant id pręstant ex inæqualibus partibus, & illi duo, quibus legatum est datum, diuidunt id inter se pro virilibus partibus,
D non pro suis partibus hereditariis. Est etiam in *§. si duobus* hæc species: Fundus legatus est duobus extraneis Primo & Secundo, & legatus est ab vno ex heredibus, puta Titio. Legatum est vtile. Verum postea Titio, à quo est relictum illud legatum, vnus ex legatariis, id est, Primus heres extitit. pro parte Primi videtur extinctum legatum, qui idem cœpit esse heres & legatarius, quia res in eum casum venit, à quo non potest incipere. Quæritur, an pars Primi accrescat Secundo collegatario? Minime vero. Primus partem faciet Secundo, eamque partem retinebit quasi legatum, quamuis heredi heres extiterit, quia scilicet illud legatum semel ab initio constitit vtiliter, nec semper vitiantur ea, quæ ab initio constiterunt, licet casus inciderit à quo incipere non poterant, *l. in ambiguis §. 1. de regul. iur.* Ad eam
E legem multa dantur exempla: hoc etiam exemplum addendum est ex *§. si duobus.* Summa: Certa re legata vni ex duobus heredibus, eum partem vnam duntaxat capere iure legati, à coherede scilicet, partem alteram retinere iure hereditario, si coniunctum non habeat, vel eam accrescere coniuncto: Interdum autem idem ille & totam rem omni ex parte capit iure legati, *§. vlt. leg. 17. & l. prox.* Proponitur, legatum relictum vni ex heredibus præstari officio iudicis familiæ erciscundæ, quod obtinet etiam in fideicommisso, *l. si qua, C. famil. erisc.* Idem in quolibet genere legati, non solum præceptionis legato. præstatur autem coheredi pro parte coheredis; nam ex sua parte inutile est. Igitur totam rem non capit iure legati. voluit quidem te-

ſtator vt totum caperetur iure legati, ſed ratio iuris obſtat, quoniam ſi conſtituamus ex eius quoque parte legatum valere, idem erit debitor & creditor. Verum hæc ratio iuris interdum ceſſat, & tunc totam rem capit iure legati ex voluntate defuncti, vt ſi hereditatem repudiauerit, vel etiam ſi abſtinuerit, & ideo tunc integrum legatum petit, *l. quæſitum* §. *duobus*, *hoc tit.* Quomodo ceſſat ratio iuris? Quia, repudiata hereditate, non eſt amplius heres, ſed legatarius tantum. Item, ſi hereditas ei fuerit ablata tanquam indigno, tunc totam rem legatam petet, *l. eum qui* §. *vlt. de his quæ vt indig.* Obſtat *l. miles* §. 1. *tit. prox.* Ait, vni ex heredibus legatum fuiſſe relictum, & eum deceſſiſſe deliberantem ante aditam hereditatem. Ait, eius heredes hereditatem quidem non habituros; ſed legatum petent eius heredes, non totum, ſed pro parte coheredum tantum: pars hereditaria ad ſubſtitutos pertinebit. Accurſ. in illo loco & hac *l.* 18. omnino male. ſed recte in *l. filia*, *hoc tit.* Ita diſtinguendum: aut ille heres, cui eſt legatum, viuus deſiit eſſe heres, ſcilicet repudiatione, & tunc integrum legatum adquirit, & tranſmittit. Aut dum deliberat, deceſſit, & tunc non tranſmittit niſi partem legati, quæ conſiſtit ex perſona coheredum, quia, cum deceſſit, nondum in eo fuit res vt totum legatum ad eum pertineret, reliqua pars pertinet ad ſubſtitutos. Poſtremo oppon. *l. vlt.* §. *vlt.* & *l. apud* §. *ſi quis ex vncia, de except. doli.* Colligunt ex eo, eum, qui omiſit hereditatem, legatum etiam non habiturum. Sed hoc ideo, quia vtrumque videtur relictum ſub eadem conditione, ſcilicet, *ſi parem rationem fecerint*, id eſt, ſi apocham fecerint. Sic in *l. qui filium, de manumiſſ. teſtam. parem rationem adſcripſit*, id eſt, ἀπόδειξιν, apocham fecit. ſic igitur vtrumque ſub hac conditione relictum fuit. itaque neutrũ ſine altero debetur: vel ſi accepit pretium hereditatis vt eam omitteret, non habebit legatum, quia teſtator voluit, vt alterutro eſſet contentus.

Ad L. XIX.

Legata inutiliter data Papinian. putat lib. quæſt. confirmari per repetitionem, id eſt, per hanc ſcripturam poſtea forte in codicillis factam: hoc amplius ei heres meus dato: *& diuerſum eſſe in illa ſcriptura*, Quas pecunias legaui, quibus dies adpoſitus non eſt, annua, bima, trima die heres meus dare damnas eſto. *Non enim hoc egiſſe teſtatorem vt confirmaret, quæ inutilia ſunt, ſed vt diem vtilibus prorogaret.*

§. 1. *Idem eodem loco & in ſubſtituto impuberis ſcripſit, vt ſi fuerit ab impubere inutiliter legatum ſubſtitutus hoc debeat, ſi hoc amplius legatum ab eo ſit relictum aliquid, nec ille patri heres exſtiterit & deceſſerit.*

§. 2. *In legato pluribus relicto, ſi partes adiecta non ſunt, æquæ ſeruantur.*

INitio legis proponitur, *legata inutiliter data, per repetitionem confirmari.* Videndum quemadmodum fiat ea repetitio. Et quidem ſi is, qui Titio legauit fundum, ſubiiciat, *hoc amplius, quam quod Titio legaui, heres meus 10. dato.* His verbis: *Hoc amplius*, repetit legatum fundi, *l. ſi pure tibi, lib. 3.* vt Titius populo tria millia dedit, hoc amplius Seio θυσίαν, id eſt, viſcerationem; Idem in legatis, ſi Primo legatur fundus, & hoc amplius Secundo 10. *l.* 13. *eiuſdem tit lib.* 3. Et non refert dicat *hoc amplius*, ſiue, *amplius quam, l. qui ita, de dot. prælег.* nec intereſt ſiue *amplius* præcedat, ſiue ſequatur, vt Secundo hoc amplius dato, *d. l. ſi pure tibi.* Verum hac in re cum dictis legibus omnino pugnat *l. ſi ſeruus legatus* §. *ſi ita ſcriptum*, *h. tit.* ita dixit teſtator, Primo fundum dato; hoc amplius Secundo 10. *L.* 13. ait, legatum fundi in perſonam Secundi

A repetitum videri, & ideo Secundum habiturum & partem fundi & 10. Altera lex negat, & eum non dicit habiturum niſi 10. Primum vero integrum fundum habiturum. Et vtraque lex, non eſſe dubitandum ait. Sic ſtatuendum: In eadem perſona hæc verba: *Hoc amplius*, facile repetitionem inducunt, *vel hoc amplius quam quod Titio legaui, ei* 10. *dato.* ſuperius legatum repetitum videtur, *d. l. ſi pure tibi*, & *l.* 19. & *d. l. qui ita.* Item ſi dixerit præter id, quod Titio legaui, *l. Seio* §. *vxori, de annuis legat.* Hoc in eadem perſona. In diuerſis perſonis non tam facile repetitionem inducimus: Nam ſi coniuncta ſcriptura Primo legetur fundus, & hoc amplius Secundo 10. dicimus legatum fundi repetitum videri, & Secundum in fundo partem habiturum. Ita accipio leg. 13. & leg. *ſi tibi pure.* Et vero

B coniunctionem ſcripturæ hoc facere oſtendit *l. vlt. inf. de rebus dub.* Aliud igitur dicemus, ſi ſeparatim Primo legetur fundus, & poſtea hoc amplius Secundo 10. Nam tunc non dicemus eandem rem rurſus legatam, ſed illis verbis priori legato aliud legatum adiectum, atque ita amplius oneratum heredem, nec temere hoc caſu repetitionem inducendam. Sic eſt accipiendus §. *ſi ita ſcriptum.* Hæc de modo repetendi legati. Sententia legis eſt, legata inutiliter data, per repetitionem confirmari. Hoc videtur pugnare cum regula Catoniana, quæ legata ab initio inutilia, poſtea non confirmari ait. Igitur vt intelligamus quemadmodum ſententia huius legis accipienda ſit, exempla apponenda ſunt, tum & eius ſententiæ ratio reddenda. Exempla: Res aliena per damnationem potuit legari, per vindicationem non item

C ante Iuſtinianum, *l. Stichus ſeruus meus, ſup. de manumiſſ. teſtam.* Finge; Legaui Titio rem alienam per vindicationem. legatum eſt inutile. Scripſi tunc *hoc amplius quam quod Titio legaui*, heres meus ei 10. dare damnas eſto. hæc repetitio fit per damnationem, & ſuperius legatum confirmat. Item ſeruo heredis pure inutiliter legatur, ſub conditione, vel in diem, vtiliter. Finge: pure legauit ſeruo heredis, inutile eſt legatum ab initio. Verum mox ſcripſit: hoc amplius quam quod Sticho legaui, *ſi nauis ex Aſia venerit, ei decem lego.* Hæc repetitio ſuperius legatum quod erat purum, facit conditionale, atque adeo vtile. *d. l. ſi pure tibi, in princ.* Legata igitur ab initio inutilia per repetitionem confirmantur. Et huic locus eſt, etiamſi repetitio in codicillis fiat, vt, *hoc amplius quam quod in teſtamento legaui, ſi nauis ex Aſia venerit, Sticho decem lego.*

D Nec tantum, ſi repetitio fiat in teſtamento principali, ſed & ſi fiat in pupillari teſtamento. Species: Pater in principali teſtamento pupillum heredem inſtituit, ab eo legauit pure fundum Sticho pupilli ſeruo caſtrenſi & proprio. inutile eſt legatum. Poſtea vero pupillare teſtamentum, id eſt, pupillarem ſubſtitutionem his verbis fecit: *ſi filius intra pubertatem deceſſerit, Titius heres eſto*; adiecit: *hoc amplius quam quod Sticho legaui in principali teſtamento, Titius illi decem dato*: atque à ſubſtituto repetiit legatum, quod ab inſtituto reliquerat Sticho in primis tabulis, & quod purum erat legatum, fecit conditionale: nam huic legato ineſt conditio ſubſtitutionis, ſi filius intra pubertatem deceſſerit, *l. ſi fundum ſub conditione* §. *vlt. hoc tit.* Quod igitur ex inſtitutione inutile eſt le-

E gatum, ex ſubſtitutione valet. At hæc ſubſtitutio duos caſus continet: vnus, ſi filius heres non exſtiterit, quod tacite intelligitur. Alter, ſi intra pubertatem deceſſerit, *l. iam hoc iure, ſup. de vulg. ſubſtitut.* Omnis ſubſtitutio facta pupillo, continet hos duos caſus. Subſtituto locus eſt, ſiue filius heres non extiterit, ſiue exſtiterit, & intra pubertatem deceſſerit. Verum ſecundo caſu, puta, *ſi intra pubertatem deceſſerit*, illud legatum fundi, quod Sticho relictum eſt, ſubſtitutus non debet ex repetitione, ſed ex perſona pupilli inſtituti, quoniam pupillus heres exſtitit patri; quin imo, pupillo herede exiſtente, ea repetitio non valet, quoniam hæc eſt mens defuncti repetentis legatum, vt ſemel duntaxat debeatur, vel ex pri-

mis tabulis, pupillo herede existente, vel ex secundis, pupillo non existente herede, *l. seruus alienus §. si quis à primo, h. t.* Si igitur illud legatum sit relictum inutiliter à pupillo, & is heres exstiterit, non præstabitur à substituto, quoniam repetitio tum non valet. At aliud primo casu, vt si pupillus heres non extiterit, ibi substitutus legatum debet ex sua persona, & suo nomine, & vtile est legatum propter conditionem substitutioni adiectam, licet ex principali testamentum fuerit inutile. Verum necesse erit filium decedere intra pubertatem, *d. l. si fundus sub conditione § vlt.* Igitur in proposito, vt valeat legatum Sticho relictum, & à substituto repetitum, duo exigimus, vt pupillus heres non exstiterit, & decesserit intra pubertatem. Hoc est quod dicit lex. Recte autem legitur, *& decesserit,* non aut *decesserit*, vt Haloander putat. Videamus rationem sententiæ: Repetitio confirmat inutilia legata, quia in legatis initium spectamus, id est, tempus quo relinquuntur, quæ ab initio sunt inutilia, post non confirmantur. Verum initium non vtique statim id esse censemus, quo primum data sunt legata, sed quo sunt repetita, siue eodem testamento, siue codicillis: nam codicilli pars sunt testamenti. Idemque, si repetita sint in pupillaribus tabulis, quia & illæ principalium pars sunt, *leg. pen. sup. quemadm. testam. aper.* Nihil prohibet priorem scripturam iteratione emendari, *l. nihil prohibet, de adim. legat.* Igitur nunc primum videntur dari legata, cum repetuntur. hac ratione fit, vt legata, ab initio vtiliter data repetitione infirmentur: sic ea vis est repetitionis vt confirmet, vel infirmet: ea vis non est vulgaris clausulæ, quæ pura legata profert in diem, de qua *l. 12. sup.* Verum hæc clausula non confirmat inutilia legata, quoniam hæc diei prolatio non est repetitio legati. Ideoque si seruo heredis pure, & sic inutiliter legetur, atque proferatur dies legatorum, nihilominus est inutile legatum, quia initio suum vitium habuit, quod repetitione non purgatur. Denique vulgaris clausula puris legatis vtilibus diem adiicit, inutilibus non item.

L. 20. explicata est in l. 13.

Ad L. XXI. & XXII.

L. 21. Grege legato, & quæ postea accedunt, ad legatarium pertinent.

L. 22. Si grege legato aliqua pecora, viuo testatore mortua essent, in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri. Et si deminutum ex eo grege pecus esset, & vel vnus bos superesset, eum vindicari posse, quamuis grex desiisset esse, quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari.

Tractatur de legato gregis. augetur illud accessione capitum, l. 21. minuitur morte veterum, & si grex ad vnum, verbi gratia, bouem redierit, ille bos vindicari poterit, quamuis desierit esse grex, *l. 22.* vnus bos gregem non facit, quamuis vnus bos abigeum faciat, *l. vlt. de abig.* At ouium vel porcorum abigeus non fit, nisi qui gregem abigit, *d. l. vlt.* Quod in hac lege dicitur, idem de fundo, *sup. in l. 8.* fundi legatum minui & augeri potest, idem de domo, in *fi. l. 22.* domus legatum augetur adiectis columnis, *§. ædibus, Inst. de legat.* Minuitur, si domus combusta sit, & area duntaxat supersit; nam in ea area consistit legatum, quamuis domus esse desiit. Si testator, qui domum legauit, sua sponte domum destruit, tunc ne area quidem debebitur, quia videtur mutasse animum, *l. si ita legatum §. vlt. h. t.* At si domus casu aliquo combusta sit, in area legatum consistet, quia testator nihil fecit, quod præbeat argumentum mutatæ voluntatis. Et ideo in area consistit legatum, quamuis verum sit iam domum non esse. Aliud est si legetur vsusfructus gregis; nam si grex redierit ad vnum bouem, nihil debetur, quia desiit esse grex, *l. vlt sup quib. mod. vsusfr. amitt.* Similiter, si legetur vsusfr. domus, ea combusta, nec areæ vsusf. debetur quia desiit esse domus, *l. repeti, §. rei mutatio, sup. quibus mod. vsusfr. amitt. l. qui vsumfr. in princ. de vsufr.* Multum interest inter proprietatem & vsumfructum. Si ego sum proprietarius, re mutata, non desino esse proprietarius: si sum fructuarius, re mutata, desino esse fructuarius. Si mihi debetur proprietas, re mutata, nihilominus proprietas debetur: si vsusfructus, re mutata nihil debetur. Vsusfr. est ius, quod consistit in certo corpore, & certa rei substantia. Proprietas non cohæret certo corpori, id est, certæ rei formæ, quia & forma mutata manet. Denique vsusfr. facilius amittitur, quam proprietas: strictius est ius vsusfructus, quam proprietatis. Inde aliæ differentiæ. legato vsufructu areæ, & ei imposito ædificio, nihil debetur, quia mutata est rei forma, quia iam est domus, *d. l. repeti §. vlt.* Verum area legata & ei imposito ædificio, legatario vtrumque debetur, & solum & superficies, *l. si area. 1. tit. prox. l. seruum filij §. si area h. t.* Hoc casu superficies cedit proprietati areæ, non fructui, & ideo legatario non tantum solum, sed & superficies debetur: nam nec videtur periisse area, & est pars domus nunc. Verum obstat *l. si chorus §. vlt. lib. 3.* Lex ait, si area legata sit, & postea inædificata, nihil posse peti, sed si rursus facta sit area, peti poterit. Verum quamdiu ædificium manet, quod post testamentum impositum est, nihil peti potest. Breuiter dicendum, eam legem esse Celsi, qui hac in re dissensit ab aliis, vt & in specie *§. vlt. d. l. chorus.* Species: Seruus est legatus, deinde manumissus; non debetur. sed si rursus fiat seruus eiusdem, conualescet legatum. Hac in re dissensit Celsus. Sic scribit Paulus in *l. qui res §. area, de solut.* Cum ait ibi, Celsum dissentire, intelligit *d. l. si chorus.* Sunt qui ad hoc conciliandum statuunt differentiam inter legatum & stipulationem; verum nullam statuendam esse ostendit *l. si seruus legatus §. vlt. de adimen. legat.* Alia differentia est de quadriga, id est, iunctura quatuor equorum: si quadrigæ sit vsusfr. legatus, vno ex equis mortuo, nihil debetur, quia non est quadriga, *l. quid tamen §. vlt. quib. mod. vsusfr. amitt.* Verum quadriga legata, vno mortuo superstites debentur, nisi mortuus sit equus ille, qui quadrigam demonstrabat, *l. peculium §. quadriga, tit. prox.* Græci κωλυτικὸν ἐν αὐτοῖς, is ex quo maxime quadriga dependet. At si alius equus exstinctus sit, significat reliquos deberi. Igitur etiam hac in re distat vsusfructus legatum à proprietatis legato. Videamus, an etiam in eo differentia sit: legato vsufructu bonis, eo mortuo, λείψανα, id est, corium & caro non debentur, *l. quid ergo §. si heres, hoc tit.* quia iam non est bos, salua non est rei substantia, *l. pen. quib. mod. vsusfr. amitt.* Igitur consequitur superioribus dicendum, legato boue, deberi λείψανα. Idque etiam significare videtur *l. si seruus §. boue, de condict. furt.* Mortuo boue, corium, quod superest, meum est, itaque vindicari potest, vel furi condici. Cur igitur, si mihi sit legatus bos, & mortuus fuerit, non potero corium vindicare? Verum aliter omnino scriptum est in *l. mortuo, in prin. tit. prox.* Mortuo boue nec caro, nec corium debetur, id tamen videtur falsum: falsa etiam videtur esse ratio Græcorum *lib. 44. Basilicῶn, tit. 1.* Dant hanc rationem, τελευτήσας γὰρ οὐκ ἔτι ἐστὶ βοῦς. Illa ratione vti possumus in vsufructu, non in proprietate legata. Sic grex, qui ad vnum bouem recidit, non est grex, tamen bos debetur grege legato, etiamsi ad vnum bouem redierit, ille debetur, quia etiamsi grex esse desierit, tamen qui superstes est bos, pars quædam est gregis. Similiter domo legata, ac deinde combusta, area debetur, quia licet domus esse desierit, tamen area, quæ superest, pars est domus, & quidem maxima, *l. qui res §. aream, de solut.* Area autem legata & post inædificata, tota domus debetur, quia eadem area manet, licet ei accesserit superficies. Similiter quadriga legata & vno ex equis mortuo, reliqui debentur, quia pars sunt quadrigæ. At legato boue & eo post mortuo, nihil debetur, quia bos viuus legatus est, eius vero viua pars nulla superest. Igitur nihil debetur. Caro

& cotiú nihil eſt, niſi bos mortuus. At non legauit bouem A
ſiue viuum, ſiue mortuum, ſed viuum duntaxat, eumque ſolum legatarius poteſt petere. Græci *l.* 44. *Baſilic*ῶ*n tit.* 2. *c.* 48. τελευτήσας γὰρ οὐκ ἔτι ἐστὶ βοῦς, ἐπὶ δὲ ζῶντα καὶ τελευτῶντα τὸν βοῦν οὐ δύναται ἀπαιτεῖν, καὶ λαμβάνειν ὁ ληγατάριος, id eſt, *quia qui mortuus eſt, iam non eſt bos, non poteſt autem legatarius & viuum & mortuum bouem petere, & accipere.* viuo contentus eſſe debet, viui nihil ſupereſt: Nulla actione de boue mortuo agi poteſt, niſi bos interierit poſt adquiſitionem legati, *l. ſolum* §. *1. de rei vind. l. ſi ſeruus* §. *boue, de condict. furt.* Qui viuus meus eſt, & mortuus meus eſt: ait, qui viuus mihi debetur, mortuus non debetur, niſi interierit poſt moram debitoris.

B

Ad L. XXIII.

Si quis bonorum partem legauerit, vt hodie fit, ſine fructibus reſtituitur, niſi mora interceſſerit heredis.

LEx viceſima tertia eſt de legata parte bonorum. Olim ſingulæ tantum res poterant legari, fideicommiſſa etiam vniuerſarum rerum. Singulis rebus legatis, non debentur fructus percepti, viuo teſtatore, vel mortuo ante moram, *l. vlt. C. de fruct. legat. l. cum ſeruus* §. *fructus, h. tit.* Obtinuit poſt etiam legatum vniuerſarum rerum eſſe poſſe. Ait lex, *vbi hodie fit*: nec enim fiebat olim Supra *l.* 15. *in princ.* dixi, ibi intereſſe, vtrum dixerit hereditatis, an bonorum partem: Nam ſi dixerit bonorum, deducuntur onera. Si dixerit hereditatis, non deducuntur onera, C
niſi quid forte ipſe defunctus debuerit heredi, *l. ab omnib.* §. *vlt. h. tit.* At quod ad fructus attinet, nihil intereſt: Nam fructus non debentur niſi ex mora, *l. deducta* §. *pen. inf. ad Trebell. l. quod his verbis, lib.* 3. Nec obſtat, *l.* 3. § *nunquam, de vſur.* Nam in ea lege fructus debentur ante moram percepti iure voluntatis, quia ea fuit voluntas defuncti. Nec etiam obſtat *l. Balliſta, ad Trebellian.* Nam in ea ſpecie fructus debentur etiam ex voluntate defuncti, quia hereditatem noluit reſtitui ex fideicommiſſo, ſed ex cautione conuentionali ab herede præſtita, quæ quidem cautio recipit ſemper incrementum fructuum, *l. pecuniæ* §. *1. inf. de verbor. ſignific.* Verum quid debetur, cum eſt pars bonorum legata? Vtrum æſtimatio partis, an vero pars ipſa rerum hereditariarum? De hac re alij dicebant æ- D
ſtimationem deberi, alij res ipſas, *l.* 26. §. *vlt. inf.* Sed magis placuit, vt hoc totum relinqueretur arbitrio heredis heres ambigui eſt interpres; niſi quædam ſint res, quæ diuidi non poſſunt, vt mancipia, aut non ſine damno; tunc enim neceſſario æſtimatio præſtatur. Notandum ex *l.* 27. hunc legatarium, cui eſt pars bonorum legata, non accipere ex ſingulis reb. partem: nam hoc fortaſſe vix erit vſui, ſed poteſt heres, conſentiente legatario, vel iudice auctore, illam partem præſtare in re vna, atque ita ſingulæ res hereditariæ diuiſionem non patientur.

Ad L. XXIV.

E

Quod in rerum natura adhuc non ſit, legari poſſe, veluti, quidquid illa ancilla peperiſſet, *conſtitit; vel ita,* ex vino, quod in fundo meo natum eſt, vel fœtus tantum dato.

INitio legis oſtenditur, *legari poſſe id, quod nondum eſt in rerum natura*, vt fructus futuri, aut fœtus. Verum poterant quidem legari per damnationem, ſed non per vindicationem. Caius in 2. *Inſtit. tit. de legat.* Ideoque in *l.* 1. *in fin. de cond. & demonſtrat. & hac lege*, ponuntur legati per damnationem. Hodie ex Conſtitutione Iuſtiniani, quoquo modo poteſt legari.

Ad §. 1.

Si vſumfructum habeam, eumque legauerim, niſi poſtea proprietatem eius nactus ſim, inutile legatum eſt.

PRæterea in §. 1. dominus recte legat vſumfructum; vſufructuarius non recte, quia vſusfructus finitur morte, nec tranſmitti poteſt in alium. Igitur fruſtra legatur. Obiicitur. At potuit rem alienam legare. Fateor: Verum vſumfructum non legat, vt alienum, ſed vt ſuum errore iuris, quaſi ſibi liceat id facere. Verum ſi poſt teſtamentum adquiſierit proprietatem, legatum conualeſcit, quia factus eſt dominus. Obſtat regula Catoniana. Accurſ. recte regulam Catonianam pertinere ad ea tantum legata, quæ cedunt à morte, non ad ea quæ cedunt ab aditione, vt legatum vſusfructus: tale eſt legatum vſus, habitationis, libertatis. Igitur etiam ad libertates non pertinet, nec etiam pertinet ad ea, quæ cedunt à conditione. Eadem ratione non pertinet ad ea, quæ cedebant ex apertis tabulis, ſecundum legem Iuliam & Papiam, nec pertinet ad nouas leges, *l. vlt. de reg. Caton. l. qui ſoluendo non erat* 42. *de hered. inſtit.*

§. *Si quis poſt*, explicuimus in *l.* 8.

Ad §. vltim.

Si nauem legauero, & ſpecialiter meam adſcripſero, eamque per partes totam refecero, carina eadem manente, nihilominus recte à legatario vindicaretur.

QVidam legauit nauem, & nominatim dixit *meam.* Hoc verbum demonſtrat præſens tempus, id eſt, teſtamenti, *l. ſi ita legatum, de aur. & arg. leg.* Poſt teſtamentum eam nauem reficit particulatim. Quæritur, an poſſit peti? Dubitatur, quia non videtur eſſe ea nauis, quæ erat tempore teſtamenti: Verum placet eandem eſſe nauem, *l. proponebatur, ſup. de iud. Modo eadem*, ait, *carina maneat.* nauis carinę cauſam ſequitur, *l. Minitius, ſup. de rei vindic.* Ea lex pugnat vna in parte cum aliis. Quidam ſuam nauem refecit ex aliena materia. Nauis eſt ædificantis ſecundum Proculianorum ſententiam, §. *cum ex aliena, de rerum diuiſ.* At lex *Minitius* ait, eam eſſe domini materię, quia ſcilicet Minitius & Iulianus fuerunt Sabiniani: Minitius fuit tempore Traiani, *l. vlt. de fer.* Aliud autem eſt in ſpecie §. *vlt.* ſi nauis tota diſſoluta eſt: inutile eſt legatum, nec conualeſcit, ſi poſt alia nauis reficiatur, *l. lana, lib.* 5. Idem in domo: Domus eſt legata & refecta tota per partes, manet legata: Deſtructa tota, deſtruitur etiam legatum, nec reſtituitur legatum, domo reſtituta, *l. ſi ita legatum* §. *vlt. h. t.*

Ad Legem XV.

A filio herede etiam pure patri legari poteſt. Nec intereſt, an die cedente legati in patris poteſtate ſit. Igitur & ſi iuſſu patris adita ſit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam.

DVæ quæſtiones hic ſunt ex *l.* 25. & 26. de lege Falcid. & conſtituendæ ſunt duæ regulæ. Prima: *Filiofam. patre herede inſtituto pure inutiliter legari.* Altera: *Patri à filiofamil. herede inſtituto etiam pure vtiliter legari.* Idem in domino & ſeruo, §. *an ſeruo, de legat. l. quæſitum, in princ. h tit. l. cum legato in fi. quando dies legat. ced.* Vlpian. in *Fragm. tit. de legat.* Ei, cuius in poteſtate eſt heres ſcriptus, legari non poteſt. Tollenda hinc eſt negatio: nam legari ei poteſt. At ei, qui eſt in poteſtate heredis ſcripti, legari non poteſt. Ratio diuerſitatis ex *d.* §. *an ſeruo.* Filio-

famil. à patre legari non potest, quia ratio iuris non patitur, vt idem sit heres & legatarius, quia statim heredi per filium legatum adquiretur, & sic in eandem personam concurret legatum & hereditas: Et quamuis, die legati cedente, filius non sit in potestate patris, tamen legatum non confirmatur propter regulam Catonianam: fuit enim ab initio inutile. Hac igitur ratione filiofam. à patre pure inutiliter legatur: At patri à filiofam. legari potest, quia hoc casu idem & legatarius & heres statim non est: nam filius est heres scriptus, pater est legatarius tantum; nec heres est etiam, antequam iussu eius filius adierit. Igitur, si antequam filius adeat emancipetur, tunc pater separatim sibi hereditatem adquiret, & sic nunquam videtur eorum quisquam fuisse simul heres & legatarius: Verum si filius iussu patris adeat hereditatem, profecto legatum infirmabitur, quia res eo deducitur, vt nunc inueniatur idem heres & legatarius, quod ius non patitur. Ideoque adquirente hereditatem patri filio, legatum patri relictum, quod ab initio erat vtile, ex accidente infirmari, cum legato adiungitur hereditas; & hoc est quod proponitur in *l.* 25. Ait, *nec interest, &c.* quia etiamsi filius sit in potestate patris, adhuc legatum consistit in persona patris, pendente scilicet aditione hereditatis. Verum si adita hereditate, sint in potestate patris, & iussu patris adeat, legatum euanescit: ideo tunc quod relictum est patri, imputatur patri in Falcidiam, quoniam id pater retinet iure hereditario, non iure legati, *l. in quartam, l. Falcid.* Hoc vero casu, cum hereditas patri est adquisita, pater, quod ei relictum est, non accipit iure legati, quoniam id ius consumitur per adquisitionem hereditatis, sed quasi hereditario iure. Igitur imputat in Falcidiam. Aduersus hæc opp. *l. si à seruo, inf. ad leg. Falcid.* A seruo vel filio, nihil enim refert, instituto patri legatum relictum est, hoc vtile est ab initio. Deinde adquisita est ei hereditas, quia iussit filium adire, euanuit legatum: Lex ait, *id legatum patri non imputari in Falcidiam quia non debetur.* Verum sciendum: *Imputari in Falcidiam*, dupliciter accipi. vno modo, cum numeratur inter ea, quæ patiuntur Falcidiam, quæ minuuntur per Falcidiam. Sic in *l.* 1. §. *item si ita legatum, l. si à me tibi, ad l. Falcid.* Ita etiam accipitur *d. l. si à seruo.* Igitur adquisita patri hereditate per filium, legatum ei à filio relictum, non imputatur in Falcidiam, id est, non patitur Falcidiam, quia non debetur. Altero modo imputari dicitur id, quod numeratur inter ea, quæ explent quartam Falcidiæ, ita etiam hoc loco. Ergo, adquisita hereditate patri per filium, legatum ei à filio relictum imputatur in Falcidiam, id est, explet Falcidiam, quia non capitur iure legati, sed retinetur iure hereditario. Annotandum ex Constitutione Iustiniani hoc esse aliquatenus mutatum, *C. de bon. quæ lib.* Aduentitia hereditas delata filio non adquiritur patri proprietatis iure. Ergo pater non fit heres per filium: igitur legatum ei relictum à filio non extinguetur, itemque semper subiicietur Falcidiæ. Altera quæstio de lege Falcidia pertinet ad initium legis sequentis.

Ad Leg. XXVI.

Non amplius legatorum nomine ad quenquam pertinere videtur, quam quod deducto eo, quod explendæ conditionis causa datum esset, superesset.

Sciendum, quædam dari heredi à legatario conditionis implendæ causa, vt quod dat ei, vt legati conditio impleatur. vt si legetur fundus, *si heredi decem dederit.* Illa decem legatarius dat conditionis implendæ causa, heres autem quo iure ea accipiat, videamus. Non accipit legati iure, nec fideicommissi, sed generali titulo dicitur accipere mortis causa, id est, occasione mortis testatoris. Inde illa non imputantur heredi in Falcidiam, id est, non explent Falcidiam: Nam Falcidia est quarta hereditatis, in eam computantur ea tantum, quæ capiuntur iure hereditario, non quæ alio iure capiuntur. Igitur illa decem heredi non imputabuntur. Denique totus fundus, qui legatus est, subiicietur Falcidiæ, non deducto eo, quod legatarius dedit conditionis causa, *l. aut veterani, in fi. l. si seruus legat. ad leg. Falcid. d. l. in quartam* §. *vlt.* Verum obstat huic sententiæ hæc *l.* 26. Id tantum videri legatum quod superest, deducto eo, quod dedit conditionis implendæ causa. Legatus est fundus, qui erat viginti sub conditione, *si Titius daret quinque*, secundum sententiam *h. l.* quindecim tantum videntur esse in legato. Igitur ex quindecim detrahetur Falcidia, non ex toto fundo, id est, ex viginti. Dicendum *l.* 26. non loqui de lege Falcidia, nec eo trahenda est. Data igitur conditionis implendæ causa in Falcidiæ ratione non computantur, id est, illis non deductis ex toto legato, detrahitur Falcidia. Verum aliud dicendum, si à legatario fideicommissum sit extraneo relictum: nam tunc in eo fideicommisso præstando, data conditionis implendæ causa computabuntur: nam legatarius non obligatur fideicommisso supra modum eius, deducto eo, quod conditionis implendæ causa dedit. Ita est accipienda hæc *l.* & *l. ciuitatibus* §. *vlt. h. tit.* Legauit fundum dignum centum sub conditione, *si heredi centum daret.* hoc amplius, à legatario eodem fideicommissum reliquit extraneo, legatarius accepit fundum datis centum: Nam plerumque legatarius mauult habere fundum, quam centum, quamuis fundus non sit pluris, vt si fundus sit maiorum, vel si in eo sit educatus, vel ob aliam quamlibet commoditatem. Legatarius igitur, datis centum, accepit fundum. an obligabitur præterea fideicommisso? Minime: quia nihil videtur capere ex testamento, tantum dat, quantum accipit: in fideicommisso præstando habetur ratio eorum, quæ legatarius dedit conditionis causa. Aliud dicendum est in quarta Trebellianica. Lex Falcidia detrahitur ex legatis, Trebellianica ex fideicommissis vniuersalibus. Verum in Falcidiam ea tantum computantur, quæ sumuntur ex hereditate, id est, quæ sumuntur iure & titulo heredis non cætera. In Trebellianicam imputantur, quæ sumuntur quoquo modo ex bonis restitutioni, id est, fideicommisso subiectis, vt si heres rogetur partem hereditatis restituere, & aliquid præcipere, vel retinere, vel deducere, vel accipere, si retinere, vel deducere, vel præcipere, legatum est, *l.* 3. §. *cum Pollidius, de vsur.* Si accipere est fideicommissi, *l. fideicommissa*, §. *cum esset, inf. lib.* 3. At ea, quæ sumuntur ex bonis coheredis, non imputantur. Id significat *l. in quartam, in vers. pro ea vero parte, l. filium, C. famil. ercisc.* Eadem ratione in Trebellianam non imputantur, quæ sumuntur ex bonis eius, cui fit restitutio, vt si rogetur restituere, si de suo dederit centum, illa non imputabuntur, *l. in ratione* 30. §. *tametsi, inf. ad leg. Falcid.* Hoc ita est, nisi illa dentur tanquam fideicommissum: tum enim imputantur in Trebellianam, *l. in quartam* §. *sed & quod implenda.* Ratio, quia quod datur heredi à fideicommissario vniuersali, videtur proficisci ex ipsis rebus quæ restituuntur: Nam fideicommissarius videtur erogare aut prorogare quod accipit aut accepturus est.

Ad §. Si certum corpus.

Si certum corpus heres dare damnatus sit, nec fecerit, quo minus ibi vbi id esset, traderetur id postea sine dolo & culpa heredis perierit, si deterior fit legatarij conditio.

Duo hic notanda. Primo: certam rem, quæ legata est, ibi præstandam, vbi est, id est, vbi testator eam reliquit, *l. sed & si susceperit* §. *pen. l. quod legatum, de iudic.* Secundo, rem certam, quæ legata est, perire legatario, videlicet, si perierit sine dolo & culpa heredis. Item, si ante moram perierit, post moram rei interitum heres debe. *l*

cum seruus §. *fructus*, *l. cum res* §. *vlt. l. si seruus legatus*, *inf. hoc tit.* Item, ante moram heres præstat interitum, videlicet, si dolo vel culpa eius perierit, non si casu aut damno fatali. Præstat item culpam etiam leuissimam in *l. cum res* §. *pen. inf. hoc tit.* At aliud in fideicommissis: Nam præstat ibi tantum dolum, vel culpam dolo proximam; id est, latam, *d. l. si seruus legatus* §. *cum quid*, *l. mulier* §. *sed enim*, *inf. ad Trebellian.* Quæritur ratio differentiæ ea est: legata sunt in vindicatione: fideicommissa sunt in petitione & restitutione, Paul. 4. *Sentent. tit. 1. d. l. mulier* §. *non est*, *& l. pen. inf. de fideicommiss. libert.* Græci notant, fideicommissariam libertatem esse ἐν ἀπαιτήσει, id est, *in petitione*, directam autem αὐτόματως competere. In eo seruando, cuius vindicatio alteri competit, debeo esse diligentissimus; at in eo, quod non nisi meo facto alteri adquiri potest, licet mihi versari negligenter quasi in re mea, dummodo absit dolus vel lata culpa: Verum hodie fideicommissa eodem iure sunt, quo legata, & sunt hodie in vindicatione: Ideoque hodie heres etiam in fideicommissis præstat omnem diligentiam, *d. l. cum res* §. *pen.* §. vlt. & l. 27. exposuimus in l. 23.

Ad L. XXVIII.

Si creditori meo, tutus aduersus eum exceptione, id quod ei debeo legem, vtile legatum est, quia remissa ei exceptio videtur, sicut Aristo ait, id quod honoraria actione mihi debetur, si legetur, mihi legatum valere, quia ciuilis mihi datur actio pro honoraria.

§. 1. *Marcellus lib. 28. putat, rem quam ex stipulatu mihi debes, si legaueris, vtile esse legatum, vt neque Falcidia hoc minuat.*

QVæritur, An debitor creditori leget vtiliter id, quod ei debet? Definitio iuris est: quod debetur creditori, vtiliter legari, si emolumentum legati amplietur, id est, si amplius sit in legato, quam in debito. Huius rei quatuor sunt exempla. Si debeo ipso iure, non tamen opposita exceptione, vt quia doli vel pacti exceptione tutus sum, & ei legauero quod debeo, valet legatum, quia ei remitto exceptionem, leuo illum timore exceptionis. Item, si quod in diem, vel sub conditione debeo, pure legauero, vtile est legatum, quia accedit commodum repræsentationis, *l. si creditor l. idem est*, *infr. de liber. leg.* (Notandum eam *l. idem est*, esse sumptam ex *l. 7.* §. *vlt. infr. lib. 3.* quæ est *ex eod. lib.*) Item, si legato adiiciatur facilior modus, vel locus commodior, quam sit in debito, hæc quæ accedunt, vtile legatum faciunt. Item, si quod debeo iure tantum prætorio, legauero, vtile est legatum; quoniam pro actione prætoria datur actio ciuilis: actio ex testamento est ciuilis. Item vindicatio legatorum nomine: vtilior est ciuilis actio, quam prætoria; prætoria enim plerumque est annua: ciuilis est perpetua: qui habet ciuilē actionem, non desiderat prætoriam. *l. 1. de Public. in rem act.* Iure ciuili agere actori commodius est, quam prætorio, sicut etiam stricto iudicio commodius est actori, quam bonæ fidei (quod tamen Bartolus non admittit) Nam in bonæ fidei iudiciis multū potest arbitrium iudicis, multa reis condonantur: At in strictis iudicem formula circumscribit, reo quidem actio bonæ fidei vtilior est. Item si quod debeo ex stipulatu legauero, vtile est legatum, quoniam pro actione personali datur vindicatio: nam agnito legato statim adquiro dominium, nec exspecto traditionem. Igitur hoc legatum momentum aliquod habet, *l. 3.* § *si rem*, *inf. l. 3.* Verum inter hæc exempla est differentia quædam. Nam duobus prioribus, à legatario fideicom. relinqui potest: Posteriorib. non item: quoniam, licet alia actio pro alia subiiciatur, tamen hoc non est tanti, vt ex eo possit legatarius fideicom. onerari, quia nihil videtur testator de suis bonis largiri: At in prioribus remittit ius suum, scilicet exceptionem, item quia repræsentat & prorogat quod debebat, ideoque prioribus casibus legatarius onerari potest fideicom. pro modo emolumenti quod adiicitur. Præterea prioribus exemplis legatum subiicitur Falcidiæ, & quidem totum, posterioribus non item, *l. 1.* §. *si quis creditori l. verbis*, *inf ad leg. Falc.* Denique prioribus exemplis legatum omnino est vtile: posterioribus non est proprie vtile, sed neque inutile. Dicitur à Papiniano non necessarium *l. in verbis*, *ad leg. Falcid.* Verum alias legatum est inutile, si in eo amplius non sit.

Leg. 29. 30. & 31. expositæ sunt in l. 12. §. vlt.

Ad L. XXXII.

Si quis à filio pupillo herede instituto, cum is in tutelam suam venisset, pecuniam legauerit, & à substituto herede legata repetierat, impubere filio mortuo, secundus heres legatum non debebit. Quod ita verum esse tam Sextus, quam Pomponius putant, si repetitio legatorum ad eum modum concepta sit veluti, quæ a filio meo legaui, quæque eum dare iussi, si mihi heres esset, id heres meus iisdem diebus dato. *Sed si ita repetita fuerint*, Quæ à filio meo legaui, heres meus dato, *pure repetita videbuntur legata, & duntaxat demonstratio eorum facta. Igitur & hoc ipsum legatum, de quo quæritur, præsens debetur.*

§. 1. *Si quis plures Stichos habens, Stichum legauerit, si non apparet, de quo Sticho sensit: quem elegerit debet præstare.*

§. 2. *Si partis ciuitatis aliquid sit relictum, quod ad ornatum vel compendium Reipublicæ spectat, sine dubio debebitur.*

QVæstio de legatis à substituto simul explicabitur *l. licet Imperatores*, *h. t.* legata relicta nominatim ab instituto, olim substitutus non debebat, nisi nominatim ab eo fuissent repetita. repetuntur his verbis: *Hoc amplius quam quod Titio legaui, substitutus dato*, &c. *l. 19.* Vel repetuntur generaliter: *Quæ ab herede meo legaui, præstari etiam à substitutis volo.* His verbis & conditiones legatorum & dies eædem repetitæ intelliguntur, *l. in repetendis*, *inf. lib. 3. l. cum pater* §. *ab instituto*, *tit. prox.* Vna est exceptio, si legatum sit ab instituto sub conditione: quæ si repetita etiam intelligatur à substituto, inutile legatum faciet ex lege *seruo alieno* §. *pater*, *hoc tit. l. vlt. inf. de fideicommiss. libertat.* A pupillo instituto legatum est sub conditione, *si pubes fieret*: Repetita sunt generaliter vel specialiter legata à substituto. si eadem illa conditio fuerit à substituto repetita, inanis erit illa repetitio, quoniam illo pubere facto, deficit substitutionis conditio. Rursus: Illo impubere mortuo, legati conditio deficit. Itaque nullo casu ex ea repetitione dari legatum potest. Ergo inanis est repetitio. Verum si nominatim conditio non repetatur, sed generaliter repetantur legata, certe non intelligetur repetita. Ideoque substitutus, illo mortuo impubere, legatum præstabit, quasi pure repetitum, non sub eadem conditione, *d. l. seruo alieno.* Hæc est sententia huius legis. Notandum hoc casu substitutum id legatum præstare, siue pupillus heres exstiterit, siue non: si non exstiterit, certo constat, deberi illud legatum ex sua persona in *l. 19. sup.* Quod si heres extiterit, hoc etiam casu substitutus ex sua persona legatum debebit, non ex persona pupilli, quia pupillus legatum debuit sub conditione, *si pubesceret*, ea conditio deficit; Igitur ex persona pupilli deberi non potest, verum debetur ex secundis tabulis, siue à substituto quasi pure repetitum, *l. si cui serui.* §. *vlt. l. si fundum sub condit.* §. *si paterfamil. infr. hoc tit.* Alias vero per institutum adquisita hereditate, repetitio facta à substituto nulla est, & in eum duntaxat casum vtile est, repetitionem testamento adscribere; quo institutus heres non extiterit, id est, in substitutionis primum casum. Duo sunt tantum casus substitutionis, *l. precibus*, *C. de impuber. & aliis substitut.*

Primus est vulgaris; alter pupillaris; ex vtriusque permixtione fit vulgaripupillaris substitutio. Verum illa repetitio, quæ fit à substituto, est tantum vtilis in casum substitutionis vulgaris. Sciendum, hodie superuacuum esse eam repetitionem adscribere, quoniam ipso iure ita se res habet ex rescripto Seueri & Antonini, *l.4. C. ad Trebell. l. si Titio §. Iulianus, tit. prox, l. licet, hoc tit.* Ex eo rescripto legata relicta ab instituto tacite videntur repetita à substituto vulgari: Itemque ex sententia eius constitutionis, videntur repetita à coherede, cui coheredis deficiens portio accrescet. Item debentur à Fisco, si institutio heredis fiat caduca, *l.6. sup.* Sciendum autem illi rescripto locum esse in obscura voluntate, id est, nisi appareat, testatorem noluisse repetere à substituto, videtur noluisse, si aliam rem legauit eidem à substituto, aliam ab instituto, *d. l. licet.* Cum res diuersas legauit, de repetitione cogitasse non videtur. Item non videtur repetere, si causa, propter quam legauit ab instituto deficiat in substituto: Item si eum, cui legauit ab instituto, illi instituto ex parte substituit: nam si ex asse substituit, certum est cessare repetitionem, quoniam substituto à semetipso non potest repeti legatum. Verum si ex parte substituit, non videtur voluisse repetere quoniam videtur voluisse, vt altero esset contentus vel legato vel substitutione: Si ex substitutione veniat, non poterit legatum petere ex parte coheredis substituti, *d. l. licet.* At in dubia voluntate semper inducemus repetitionem tacitam. Addendum, tacite videri repetitam eandem conditionem legati, non secus ac si repetitio nominatim facta fuerit, *d. l. cum pater §. ab instituto, tit prox.* Nec obstat lex *sub conditione, sup. de hered. instit.* Ait lex, institutionem factam sub conditione, & instituto datum substitutum, an videtur in substituto eadem conditio repetita? Minime. Videtur pure substitutus. Dicendum sic: Conditio imposita instituto, non videtur imposita substituto. Id concedo: quia alia est instituti, alia substituti persona. Igitur alia institutionis, alia substitutionis causa, quoniam vtrumque non videtur fuisse pari animo. Altera positio hæc sit: Conditio imposita legatario ab instituto, eidem legatario non videtur imposita à substituto, id colligunt ex *d. l.* Verum hoc non est concedendum, quia vna est persona legatarij. Igitur etiam vna est legati causa, nisi liquido constet, testatorem mutasse causam. Postremo notanda lex *cum pater §. cum pater, inf. tit. prox.* Ex eo §. colligunt, legata relicta ab instituto, videri repetita à substituto, quod est ex rescripto Seueri & Antonini. Ego puto id ex eo §. non probari. Species: Pater ex testamento vxoris filiæ suæ fideicommissum prædiorum quorundam nondum persoluit. moriens testamento tres scribit heredes, in quibus filiam illam instituit ex parte, ita scilicet, vt hereditatem compenset cum fideicommisso, quod debebat. pater filium exheredauit, & ei prædia illa dari voluit, id est, legauit per damnationem, vt in *l. vlt. §. Seio, eod. tit. inf.* Deinde filia noluit hereditatẽ suscipere & cõpensare, eius portio accrescit cæteris coheredibus. Hi coheredes fideicommissum præstabunt filio; legendum videtur *filiæ.* Primum, quia filio non fideicommissum reliquit sed legauit, deinde quia non est æquum, vt filius petitionem habeat eius, quod ei relictum est: ita demum si hereditas filiæ satisfaceret, si hereditatem fideicommisso compensare vellet; Atqui id noluit. Igitur non debet prædiorum petitio filio dari. Postrema ratio, quia in extremo legis ait, quod si filius habeat substitutum in ea parte hereditatis, eius portio perueniet ad substitutum, & is filiæ fideicommissum præstabit. sic habent plerique codices, scilicet *filiæ* Igitur cum in extremo habeant *filiæ*, recte debent & in superioribus habere. Denique non quæritur in eo §. an legata relicta ab instituto substitutum sequantur, sed an coheres vel substitutus sustineat onus æris alieni, illa hereditatem repellente, quæ fuerat instituta eius æris compensandi causa; & respondetur sustinere. Hoc confirmat *l. cum ab vno, eod. tit.* Ait igitur filiæ fideicommissum deberi. Postremo notandum ex fine legis nostræ,

A (*§. pen.* expositus est in *l.13.*) ciuitatibus non poterat olim legari, quia est incertum corpus, Plinius 5. *Epistol.* Verum Nerua primus introduxit, & Senatus confirmauit vt posset, non tantum ad compendium, sed etiam ad honorem vel ornatum, *l. si quid relictum, l. ciuitatibus, inf. hoc tit.* Eadem ratione dicitur parti ciuitatis recte legari. Item certis vicis, *l. si heres, hoc tit.* Itemque collegiis, *l. cum senatus, inf. de reb. dub.* licitis scilicet collegiis. Iudæorum collegio non licet legare, *l.1. C. de Iudæis.* Olim etiam non licuit legare collegio Christianorum: nam id Principes Christiani nolebant, quoniam vnusquisque certatim sua collegio illi donabat. Itaque auaritiæ sacerdotum coercendæ causa, hoc prohibitum est. Hieron. *in libro de vita clericorum. Non queror de lege, sed doleo hoc nos meruisse,* id est, auaritiam sacerdotum, *l.1. inf. de colleg. & corp.* Ibi

B numeratur collegium tenuiorum inter licita, ἐπιτρέπεται τοῖς πενιχροῖς &c. *l.16.60. Basilicor. t.32.* ait, tenuiores posse coire singulis mensibus semel, & stipem suam conferre. Hodie ciuitatibus, partibus eius, vicis, collegiis licitis recte legatur.

Ad Leg. XXXIII.

Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem coniunctim, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is, qui ex testamento aget. Quod si separatim, si quidem euidentissime apparuit, ademptione à priore legatario facta, ad secundum legatum testatorem con-

C *uolasse: solum posteriorem ad legatum peruenire placet. Sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire. Scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est, vtrumque eorum solidum accipere voluisse: tunc enim vni pretium, alij ipsa res adsignatur, electione rei vel pretij seruanda ei, qui prior de legato siue fideicommisso litem contestatus est. Ita tamen vt non habeat licentiam, altero electo ad alterum transire.*

DIfferentia est inter vindicationis & damnationis legatum; finendi modo legatum damnationis legato coniungimus, & præceptionis legatum vindicationis legato, *l. duos, l. damnas, de vsufr. leg.* Si pluribus eadem res sit legata coniunctim per vindicationem, ab initio solidum singuli, concursu partes habent, *l.16. sup.* Duæ sunt

D hinc actiones, vindicatio & actio ex testamento, *l.1. sup.* Si legatarij concurrant, in rem actione, plus sua parte singuli non vindicabunt. Similiter si agant in personam, plus sua parte non ferunt. Solidi igitur petitionem non habent cæteris concurrentibus, quia defunctus semel tantum ad eos rem pertinere voluit, *l. si mihi pure, tit. prox. l. si duobus h. t.* At non concurrentibus cæteris, solus qui superest, solidi petitionem habet. Hæc est prima pars huius legis. Si per damnationem eadem res sit legata coniunctim, tunc ab initio singuli habent partes viriles, nec est ius accrescendi, nec inde datur actio in rem, sed tantum ex testamento. Ex constit. Iust. legatum damnationis eodem iure est quo vindicationis. Itaque secundum mentem Iustiniani prima pars huius legis de omni legato accipi potest, siue sit

E damnationis siue vindicationis. Secunda pars est de legato disiunctim. Si per vindicationem pluribus res eadem legetur, idem seruatur ac si fuisset legata coniunctim: nam res inter eos diuidetur per concursum; si per damnationem, tunc singulis solidum debetur, id est, vni res, alteri æstimatio, *d. l.16.* Verum ex constitutione Iustiniani legatum damnationis hac etiam re exæquatur vindicationi, & ideo singulis solidum non debetur. Ex ea Constitutione Tribonianus consarcinauit secundam partem huius legis, id stylus indicat satis, quoquo modo duobus legetur eadem res disiunctim, per concursum habent partes viriles. Huius definitionis duæ sunt exceptiones. Prima: si re vni legata, postea testator eandem rem alteri leget animo transferendi legati, tunc non concurrunt, quia videtur

priori ademisse, quod in posteriorem transtulit, *l. sicut, de adim. leg.* Ea ademptio valet, etiamsi in posterioribus translatio sit inutilis, vt si in seruum proprium sine libertate transferat, *l. plane, in princip. l. licet transfertur, l. legatum sub condit. in fi. de adim. legat.* Translationem legati inducit animus testatoris, non sola verba. Itaque non probo differentiam Alciati in *lib 7. cap.8.* paregrōn. Altera exceptio, si testator expressim iusserit singulis solidum dari, tunc vnus rem, alter æstimationem habebit. nisi igitur expressim dixerit, solidum non habebunt. *Ex scriptura manifestissimus*) alibi expressim & apertissime. Notandū in *l. qui duos §. vlt. tit. prox.* adiicit, *in solidum.* In *eo §.* agitur de nomine debitoris legato, quod quidem non potuit per vindicationem legari, sed per damnationem legabatur vtiliter, *in pr. d. l. qui duos, l. nomen lib. 3. inf. l non quocunque, §. qui casum, h. tit.* Duobus igitur legato nomine debitoris disiunctim, quoniam id non fit nisi per damnationem, vel sinendi modo, intelligitur semper singulis solidum relictum: & ideo hęres debet vni actionem cedere, alteri æstimationem litis dare, illud *in solidum* additur, vt conueniret cum sententia Iustiniani. Sic in *l. si res mihi, lib. 3.* etiam ex constitutione Iustiniani adiecta sunt verba: *non communicandi animo, sed vtrique in solidum.* Nam ea loquitur de fideicom. eiusdem rei disiunctim relicto. Idē in his ius erat, quod in damnationis legato: nam erāt verba eadem, & *dari volo* alias pro fideicommisso, alias pro legato accipiuntur. Sicut inter legatarios damnationis nunquam erat ius accrescendi: ita nec inter fideicommissarios. Si igitur duobus sit res relicta disiunctim, in illa lege, singulis debetur solidum, & quod adiicitur, *non communicandi, &c.* ex constitutione Iustiniani est. Postremo in *l. duos de vsufr. leg.* quod Celsus scripserat ita: *quia testator solidum, &c.* id mutatum est propter constitutionem Iustiniani Species Testator. legauit duobus disiunctim vsumfructum per damnationem, heres passus est eos communiter vti frui: nam nec possent singuli solidum vti frui, an vtrique teneatur ex testamento? Celsus dicit teneri, quia testator vtrumque solidum habere voluit vsumfructum: Ideoque respondetur, heredem vnicuique legatario teneri in solidum: nam qua parte vnus fruitur, alter non fruitur. ergo debet heres pecunia data vnicuique, quod deest explere. Ante Iustinianum, si fuisset duobus res legata disiunctim per damnationem, singulis debebatur solidum, etiamsi testator non expressisset. Nec obstat lex *vxorem §. 1. lib. 3.* Nam nos loquimur de eadem re duobus legata disiunctim, hoc casu posterius legatum non minuit prius, quoniam vtrique solidum debetur. At ille §. loquitur de re vni legata, & deinde, parte eius alteri legata; hoc casu posterius legatum minuit prius. Finge: Legauit Titio domum, deinde cuidam Fortunio liberto legauit ex ea domo diætam & cellarium. Quæritur, an oneretur heres? an prioribus legatariis cogatur replere domum integram dato pretio? Respondetur non teneri: nam posterius legatum minuit prius, generi per speciem derogatur. Ideoque in *d. l.* in *§. codicillis*, generi per speciem derogatur. At hodie ex constitutione Iustiniani solidum non debetur, nisi id edixerit nominatim: eo vero casu, id est, si dixerit nominatim, vnus rem, alter æstimationem habebit, & electio erit eius, qui prior agit, vt petat, quod volet in *fin. leg 33.* Opponuntur leges quædam: eum videri occupare, qui prior vicit, non qui prior agit, *l. si vero, de pecul.* Verum nos dicimus, electionem petitionis ei dari, qui prior agit. Male citant, *leg. qui prior, de iudic.* Eius legis sententia est: Eum, qui prouocauit ad iudicem, primum causam agere: Igitur verum est, petitionem electionis dari ei, qui prior agit: si is, qui prior egit, rem eligat, non poterit variare, in fine *huius legis, l. cum filiis §. variis, tit. prox.* Postremo si eadem res sit legata aliis pluribus coniunctim, aliis disiunctim: vt *Primo & Secundo fundum lego.* Addit, *Tertio eundem fundum lego, Quarto eundem fundū lego.* Hic Primus & Secundus pro vna persona habentur, & ideo fient tres

A tātum partes. Similiter *Primo & Secundo fundū lego, Tertio eundem fundum lego:* fient duæ partes. Item si dixerit, *Titio & filiis*, fient duæ partes, *l. 16. sup.* Verum secus si dixerit *Titio & postumis*: nam tunc fient partes pro numero personarum. si nascantur quatuor postumis, fient quinque partes, *l. vtrum, de reb. dub.* Ratio differentiæ, quia qui dixit filiis, singulos potuisset nominare, si voluisset. quia id non fecit, videtur eos in vnum corpus coegisse. At qui postumis dixit, ita necessario dixit, nec potuisset singulos nominare, ideo non videtur eos omnes, qui nascentur, mutuo coniunxisse, & in vnum corpus coegisse. Hoc est in *pr. l plane.*

Ad §. Si eadem res, L. XXXIV.

B *Si eadem res sæpius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest: sufficitque vel rem consequi, vel rei æstimationem.*

SI eadem res vni legetur sæpius: Quæritur, an sæpius debeatur? Aut vnius testamento legatur, aut duorum. Si vnius, semel tantum debetur, quia testator sæpius loquitur potius, quam legat. Verum an etiam semel duntaxat debetur, si à diuersis heredibus eodem testamento eandem rem legauit? Puto idem esse dicendum, si per vindicationem legauit. Ita accipio *l. Mauius §. eum qui, tit. prox. l. si tibi §. 1. hoc tit.* Nam in eo §. Iurisconsultus vtitur ea ratione, quia semel legatum ad eum pertinere voluit testator, qua ratione solent vti in legato vindicationis. Igitur ille legatarius C vel rem vindicabit, vel actione ex testamento æstimationē petet. vtrumque non potest. Aliud, si per damnationem legetur eadem res vni, quoniam à singulis heredibus petet solidum, & hoc nominatim in *l. quid ergo §. 1. inf. hoc tit. l. si pluribus §. vlt. tit. prox.* Ergo hoc casu petet ab vno æstimationem solidam, deinde ab altero rem ipsam. Verum si ab vno eodemque herede res eadem sæpius legetur eidem, non distinguimus inter damnationis & vindicationis modum, sed generaliter dicimus, semel duntaxat deberi, *l. Mauius, in princ.* Hæc *l.* dicit esse D. Pium, qui constituerit hoc. Sed ex Iustiniani constitutione, etiamsi per damnationem legetur vni eadem res, nō nisi semel debetur, nisi testator de solido ab vtroque pręstādo nominatim cauerit. Quid si duorum testamentis vni eadem res legetur? Cōstat sæpius rem deberi, ideoque poterit ex vno testamento D rei petere æstimationem, deinde rem ipsam, eumque ordinem sequi debet necessario: Nam si primum rem petat, nō poterit postea ex altero æstimationem petere, propter regulam quæ vetat ne duæ lucratiuæ causæ concurrant in eandem rem, *§. si res aliena, de legat.* Hic rem ex vno testamento ex causa lucratiua adquisiuit, id est, causa legati: ergo non potest rursus eandem rem petere, vel eius nomine aliquid. Hoc ita est, nisi ex vno testamento primum consequatur rem cum onere fideicommissi, vel onere dandi aliquid implendæ conditionis causa: nam tunc quatenus ei abest, quatenus erogauit, non videtur nactus ex causa lucratiua. Igitur supererit petitio rei vel æstimationis ex altero testamento, pro modo eius, quod ei abest, *§. quod si rem hac lege.* Similiter, si mihi semel vno testamento res E aliena legetur, & eam nactus fuero à domino donationis causa, cessat actio ex testamento, propter dictam regulam. Verum si rem legatam, priusquam legatum adquirerem, à domino emero pretio dato, quæ causa lucratiua non est, tunc petam eandem rem actione ex testamento. Sed animaduertendum nos hactenus locutos de re legata sæpius, id est, corpore vel specie. Videamus porro de quantitate. Multum hic distat quantitatis legatum. Si res eadem vni sæpius legetur, voluntatis quæstio non est: sed absolute dicimus, semel tantum deberi, nec admittimus quæstionem voluntatis, *l. ille aut ille, inf. lib. 3.* vbi etiam ius refragatur; non admittitur quæstio voluntatis, sed eam exprimi necesse est. Si eadem quantitas sæpius legetur, voluntatis quæstio est, quia quantitas eadem facile

multiplicationem recipit. Ideoque si sæpius legetur quantitas, sæpius debetur, legatario scilicet probanti testatorem multiplicare legatum voluisse, alioquin semel tantum debetur. At interdum præsumitur multiplicatio, vt cum duabus diuersis scripturis eandem quantitatem legauit eidem, vt testamento quinquaginta, & codicillis quinquaginta, præsumitur facta multiplicatio, nisi tunc heres contrarium probet, *l. quingenta*, *sup. de probat.* Verum secus in vna eademque scriptura: nam si eodem testamento sæpius quantitas legetur, id est potius inculcare, quā multiplicare: ideo à legatario voluntatis probatio exigitur, quam si non impleat, semel tantum eam summam accipiet. Hinc alia differentia. Illa regula: *Ne concurrant causæ lucratiuæ*, habet locum in corpore, non in quantitate, *l. Titia Seio in princ. tit. prox.* Vna res non potest ex duplici lucratiua causa ad me pertinere: at quantitas potest. Notandum etiam in corpore duas causas lucratiuas concurrere ex voluntate testatoris expressa, si dixerit se velle rem ab vno dari, ab alio æstimationem, *l. si alij*, *inf. sup. de vsufr.* Non satis est voluisse, sed exprimi voluntatem oportet, alioqui regulam iuris sequimur. Sic etiam, ne sit locus legi Falcidiæ, non satis est, testatorem voluisse, sed exprimi oportet, & prohiberi expresse Falcidiam. Similiter si duobus disiunctim eadem res legetur etiam per damnationem, singulis solidum non debetur, etiamsi testator voluerit. necesse est eam voluntatem exprimi. At in quantitate legata sufficit tacita voluntas, quę legatario probanda. Igitur magna est differentia inter corpus & quantitatem: diligenter semper considerandum, quando corpus, quando quantitas legatur. Corpus etiam videtur legatum, si legauerim nummos, quos in arca habeo. Si dixi, lego tot nummos, legatum est quantitatis, *l. 30. §. pen. sup.* Et ideo, si ita sæpius legauerim, semel tantum debebitur, scilicet quos in arca habeo. Similiter quantitas videtur legata, si legauerim certū pondus auri, argenti, aut certū modū olei, fruméti. Ideoque hæ res sæpius legatæ sępius debentur, si id testatorē voluisse legatarius impleuerit. Mēsura etiā videtur legata, id est, quātitas, si quis legauerit tesseram frumentariam. nam in tessera erat descripta certa mensura frumenti, & qui tesseram deferebat, accipiebat eum frumenti modum. Igitur qui tesseram legat, quantitatem legat, *l. Titia Seio, in princ. l. mortuo §. 1. inf. tit. prox.* Aliud si legauerit pondus auri, quod habet in horreo, armario, tunc corpus certum legari videtur. Sicut si quis legauerit *vinum, quod est in illa apotheca, illo dolio*, sicut cum legantur nummi, qui sunt in arca.

§. *si coniunctim* exposui in *l. 16.*

§. *si duobus*, & §. *inde*, in *l. 17. §. vlt.*

§. *pen.* in *l. 8. §. vlt.* & in *l. 13.*

In fine legis dicitur, quendam legasse *fundum Titio*, hoc adiecto, *vt illum pro parte habeat*, non habebit nisi partem, quamuis dixerit fundum. Nam & pars fundi, fundus dici potest. Idem seruatur in stipulatione, *rem ratam haberi*, & *rem pupilli saluam fore.* In his appellatione rei continetur etiam pars, & committitur etiam stipulatio ob partem, *l. appellatione rei*, *de verb. signific.* In indicat inscriptio in eo libro, ex quo sumpta est. Tractauit Paulus de illis stipulationibus, vt constat ex *l. vlt. de fideicommiss. l. 5. rem pupill. salu. for. l. si commissa*, *rem rat. hab.* Idem seruatur in lege Iulia de fundo dotali: fundi appellatione pars continetur, *l. dotale prædium*, *de fun. dot.* Eadem ratione interpretamur testamenta, qua & leges, quoniam testamentorum verba omnia sunt directa & legitima. In fideicommissis sola voluntas spectatur, in illis non sunt verba directa.

Ad L. XXXV.

Si heres alienum hominem dare damnatus sit, & hic à domino manumissus sit, nihil ex hoc legato debetur.

PEr damnationem possum legare rem alienam, per vindicationem non, nisi ex Senatusconsulto Neroniano,

A & postea ex constitutione Iustiniani. Re igitur aliena legata per damnationem, heres debet eam rem à domino redimere, vel æstimationem dare, §. *non solum*, *de legat. l. qui concubinam*, §. *vlt. lib. 3.* debet præstare æstimationem, si eius rei dominus eam nolit vendere, aut immenso pretio velit vendere. Cum igitur non potest iusto pretio redimere, præstat æstimationem. Quod si legauerit alienum seruum, & dominus eum manumiserit ante moram heredis, num debebitur? Minime, nec æstimatio debetur, quia æstimatio non potest esse eius rei, quæ non est. Mortui æstimatio non debetur, si ante moram mortuus sit, item sine dolo aut culpa heredis, manumissus mortuo comparatur, *l. si mihi alienam*, *inf. de solut.* Ea lex explicat hanc. Eadem est ratio §. *vlt. l. prox.* Si eadem res duobus legetur

B disiunctim per damnationem, tunc mihi debetur res, alteri æstimatio. At si heres vni legatario rem solidam præstitit, deinde ea res periit ante moram, id est, antequam moram faceret in æstimatione alteri danda, tunc alteri non debetur æstimatio, quia vbi res desiit esse, & æstimatio desiit deberi. rei tantum, quæ existit, æstimatio debetur.

Ad L. XXXVI.

Titiæ textores meos omnes, præterquam quos hoc testamento alij legaui, lego. Plotiæ vernas meos omnes, præterquam quos alij legaui, lego. *Cum essent quidam & ver-*

C *na, item & textores, Labeo ait, quoniam & quos Titiæ textores non legauerit, aliter apparere possit, quam si cognitum fuerit, quos eorum Plotiæ legauerit, nec quos Plotiæ legauerit, possit: neutrius legato exceptos esse eos, de quibus quæritur: Et ideo communes ambobus esse. Hoc enim iuris est, & si neutrius legati nomine quidquam esset exceptum.*

§. 1. *Quod si hoc modo esset legatum:* Textores omnes præter vernas, *& rursus*, Vernas omnes præter textores, *qui & verna & textor esset, neutri fuisse legatum.*

§. 2. *Nihil distat, vtrum ita legetur*, Titio & Mæuio, *an ita*, Titio cum Mæuio, *vtrobique enim coniunctim legatum videtur.*

§. 3. *Si alteri Stichum heres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, & antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, heres non tenetur, quia nihil per eum fa-*

D *ctum intelligitur.*

IN quæstionem huius *l.* multæ incidunt quæstiones. Prima, legaui Titiæ textores omnes, Plotiæ vernas omnes, vel non adiecto verbo *omnes*, Titiæ textores, Plotiæ vernas: quidam sunt & vernæ & textores, qui assignabuntur? Hoc casu certum est, eos esse communes inter Titiam & Plotiam, *l. seruis vrbanis, in fi. l. 3.* Secunda, Titiæ lego textores, præterquam quos alij legaui: Plotiæ lego vernas, præterquam quos alij legaui: quidam sunt & vernæ & textores, cui debentur? Si dixeris, eos Titiæ legato exceptos, & Plotiæ datos, poterit hoc conuerti, & dici eos Plotiæ legato exceptos, & Titiæ datos, perinde ac si dixisset, Titiæ textores omnes, præterquam quos Plotiæ legaui, Plotiæ vernas omnes, præterquam quos Titiæ

E legaui: Dubium est, cuius legato sint excepti, ideo neutrius legato excepti videntur. illa exceptio in neutrius persona valet, quia obscura est, & laborat vitio reciproci. Sic in *l. 13.* ademptio legati nihil valet, si obscura sit & dubia. Itaque in dubio vernæ & textores communicabuntur. Tertia, *Titiæ lego textores præter vernas, Plotiæ lego vernas præter textores*: quidam sunt & vernæ textores, cui debentur? Neutri, nec communicabuntur. Primum Titiæ non debentur, quia ab eius legato nominatim sunt excepti vernæ, nec Plotiæ, quia nominatim textores excepti sunt. Hæc species non est similis superiori: Nam in superiore non dixit præter vernas aut textores, sed præter quam quos alij legaui. Hic incertum est, quos exemerit, ideo in neutrius legato exceptio valet, sed communicabuntur &

diuidentur per concursum. Quarta, testator legauit Plotiæ vernas omnes generaliter, Titiæ specialiter legauit textores. Speciale legatum hic derogat generali, ideo detractis textoribus, reliqui vernæ debentur Plotię, vernæ textores ad solam Titiam pertinent, id est, ex vernarum genere adscripto Plotiæ, videntur exempti vernæ textores, & dati Titiæ, *d.l. seruis vrbanis* §. *vlt.* Hæc species in *h.l.* non proponitur, sed verisimile est etiam hanc Pomponium adiunxisse, quoniam sic solet Pomponius exempla coniungere, *l.* 1. *de auro & arg. leg. l.* 2. *de trit. vin. ol.* Primo omne penum legauit, Secundo vinum: detracto vino, Primo debebitur penum, sicut detractis textoribus, Plotię debentur vernæ. Similiter si Primo legauit vestimenta in genere, & Secundo muliebria vestimenta, iis detractis, reliqua debentur Primo. Sic si Primo legauit omnes seruos vrbanos, detracto actore, reliqui debentur Primo. Ita species derogat generi. Huc spectat *l. vxorem* §. *codicillis, inf. lib.* 3. Legauit vxori *certam regionem cum seruis, qui ibi essent*; libertis deinde legauit contubernales suas, & filios naturales, qui adhuc erant in potestate testatoris; vel prius legauit libertis, deinde vxori, *l.* 15. *de pecul. leg.* Species derogat generi, etiamsi species præcedat genus: In illa regione, quæ vxori legata est, *cum omnibus seruis*, sunt quidam filij naturales libertorum. Quæritur, vtrum debeantur vxori, an liberto? Certum est deberi libertis solis, quia videntur exempti ex generali sermone. Verum quæritur, an illi debeantur solis libertis, si legato libertorum testator adiecerit, nisi quos postea nominatim vxori legauero. Finge: eum sic legasse cum illa exceptione, postea vxori legauit illam regionem *cum omnibus seruis*. an & hoc casu filij naturales, qui sunt in illa regione, libertis debebuntur? Sic videtur, quia testator dixit, *nisi quos nominatim legauero*. Atqui postea nullum nominatim legauit. igitur filij naturales debentur libertis. Verum in eo §. *codicillis*, Iurisconsultus ex abundanti alia ratione vtitur, pietatis intuitu, id est, ne filij naturales abstrahantur à patris amplexu. Videtur à Triboniano addita, nostri auctores non solent ea ratione vti, nisi cum pietatis ratione receditur à iure communi, *l. Mela* §. 1. *de alim leg. l. si extraneo, de vsufr.* Postrema quæstio. Titiæ legauit coquos, Plotiæ textores: quidam sunt coci & textores. Quæritur cui debentur? cedent ei artificio, in quo plerunque versari solebant, *l. legatis seruis* §. *si vnus, inf. lib.* 3. Cur non idem in priori specie? scilicet, in prima & secunda? quia eorum vnum tantum est artificium, nec possumus dicere, eos cedere huic artificio, in quo versari plerumque solebant: *Verna* non est artificij nomen: Itaque in prima & secunda specie necessario communio inducitur. Postremo notandum, re & verbis coniunctos esse hos. Primo & Secundo fundum lego. Additur in §. *vlt.* idem esse: Primo cum Secundo fundum lego, *l. triplici, de verb. signif. l. si seruo sub conditione, de statulib.* At Accursius opponit *l.* 1. §. *qua depositis, depos. & l.* 5. *inf. de instruct. vel instr leg.* Dicendum, in eis locis non agitur de personis, sed de rebus, & in *d.* §. *qua depositis*, seruo deposito accedit vestis, equo capistrum. Igitur illa vestis per se non censetur depositi iure, quia accessio est. Similiter instrumentum accedit fundo: & ideo fundo alienato à testatore sine instrumento, legatum non consistit in instrumento, quia accessio est; qua in re notandum reprehendi Sabinum in *l.* 1. *de instruc. & instrum. leg.* Eius legis duæ sunt partes, quæ pugnant. Verum prima pars est scriptura Sabini; Secunda annotatio Pauli. Atque ita secunda primam corrigit. Verum in personis homo non est accessionis loco homini. Igitur cum dico, Primo cum Secundo, pares eos facimus. Itaque sunt coniuncti re & verbis. *L.* 1. *& l.* 3. *de pecul. legat.* coniungenda est.

Lex 37. explicata est in *l.* 13.

Initium *l.* 38. exposui in *l.* 16.

A

Ad §. 1. Legis 38.

Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit. Et ideo dicimus, nec confusas seruitutes, si forte prædium mihi legatum, prædio meo debuerit seruitutes. Et integra furti actio manebit, si seruus legatus sit ei, cuius nomine furti agere poterit legatarius.

QVæstio est de adquisitione legati. Sciendum, legatorum, quæ pure relicta sunt, vel in diem certum, diem cedere à morte testatoris, id est, ab eo tempore in ea causa sunt legata, vt moriente legatario ad heredem eius

B transferantur. Item legata deferri ab aditione hereditatis, id est, ab eo tempore in ea causa esse, vt agnosci vel repudiari possint. Adquiruntur autem agnitione, *l. ei qui ita, de condit. inst. l.* 7. *sup.* Agnoscit qui ea ad se pertinere velle constituit: ea agnitio post aditam hereditatem fit: nam ante aditam hereditatem non deferuntur, ea agnitio retrotrahitur ad tempus aditionis, ex quo tempore legata omnia præstantur & debentur, *l. seruum filij* §. 1. *h. tit. l. si tibi* §. *cum seruus, h. t.* Legatarius igitur, qui agnouit legatum statim ab adita hereditate, videtur legati dominium adquisiuisse, & nullo momento in persona heredis legatum constitisse intelligitur. At iacente hereditate rei quidem legatæ dominium videtur esse hereditatis, quæ pro domina habetur, sed per hereditatem heredi adeunti dominium non adquiritur: verum recta via, id est, sine fa-

C cto heredis in legatarium transit, nec vllo tempore intelligitur fuisse heredis, *l. à Titio inf. de furt. l. legatum, tit. prox. l. si seruus legatus, sup. de nox. action. l. peculium*, §. *sed & si creditor, de pecul.* Ex eo multa sequuntur. Primo, si serui legati nomine heres habeat actionem furti, ea per aditionem non confunditur, quia heres per aditionem rei legatæ non fit dominus. Sic si fundus legatus seruiat fundo heredis, vel contra, ea seruitus per aditionem non confunditur eadem ratione. Verum si legatarius serui nomine habeat actionem furti, agnito legato, actio exstinguitur. Sic si fundus legatus seruiat fundo legatarij, agnito legato seruitus confunditur; quia idem tunc est dominus fundi seruientis & dominantis. Eadem ratione, si res legata sit surrepta, legatarius habet actionem furti, quam-

D uis possessionem eius nondum apprehenderit, quia dominus est, *l. si dominium, l. si is cui commodata, inf. de furt.* Generaliter, dominio mutato, nouo domino datur actio furti. Ponit illa *l. si dominium*, quatuor exempla, vt heredi, bonorum possessori, patri adoptiuo, legatario. Legatarius tamen (vt Græci notant) differt à reliquis tribus: Nam legatarius non habet actionem furti, nisi ex noua contrectatione, quia successor est rei tantum, non iuris, aut actionis. At reliqui tres habent actionem furti ex veteri contrectatione, quia non tantum rei, sed totius iuris successores sunt. At legatarius actionis successor non est, ideo actionem non habet, sed eam habet vetus dominus, aut heres eius. Hæc locum habent, si agnouit legatarius. Quid si repudiauit legatum? tunc retro intelligitur res legata

E adquisita heredi per aditionem, *d. l. seruum filij* §. 1. *l. si tibi, l. proinde, de reb. cred.* Igitur hoc casu ex parte heredis fiet confusio. Huc pertinet lex *quædam, de reb. dub.* legatario, qui repudiauit, omnia erunt integra, nihilque confundetur. Aduersus ea opponuntur leges quædam, quibus ostenditur, heredem adquirere dominium rerum legatarum per aditionem, vt *l. omnibus, de seruit. l. si seruus Titij, h. t. l. legatum* §. *vlt. h. t.* Fundus legatus debet seruitutem fundo heredis, vel contra: Aditione hereditatis fit confusio, id est, heres videtur fieri dominus vtriusque fundi. sed si legatum non fuerit repudiatum, ea seruitus restituetur. Similiter, si seruus legatus heredi furtum fecerit ante mortem testatoris, vel post ante aditam hereditatem, & postea heres adierit, & per aditionem eius serui dominium adquisierit, confunditur actio furti. Verum si legatum non fuerit

fuerit repudiatum, ea actio restituetur heredi, vt indemnitas ei præstetur, restituatur, quia ipso iure propter confusionem euanuit. Erit igitur actio vtilis. Nam omnis actio restitutoria est vtilis, siue in factum: Si seruus legatus heredi furtum fecerit post aditam hereditatem, nondum præstito legato, tunc etiam certum est non nasci actionem furti, quia videtur seruus domino furtum fecisse. Verum in præstando legato, eius noxæ ratio habebitur: Nam necesse erit vt legatarius offerat heredi æstimationem litis, *d. l. si seruus Titij*. Opponitur etiam lex *is cuius* §. *vlt inf. de furt.* ait, legatario non dari actionem furti. videtur actio danda, quia eius interest non surripi rem. Verum, non semper datur ei, cuius interest, sed datur domino vel possessori. legatarius nondum est dominus, nondum possessor. Verum si seruus heredis rem legatam surripuerit, ne legatario res legata pereat, legatario dabitur actio in factum, B non autem furti, vt heres seruum suum noxæ dedat, vel præstet æstimationem litis, atque ita restituitur actio furti. *l si heredis, inf. hoc tit.* Verum hæc pugnant cum superiorib. non potest autem pugna sedari, nisi posita differentia inter genera legatorum & actiones. Legata vindicationis legatario ea agnoscenti statim adquiruntur iure dominij, eiusque fuisse videntur statim ab adita hereditate, *l. 5.* §. *si rem, l. 3.* legatarius dominium statim nanciscitur. Sic in *l. seruo legato, in princ. hoc tit. d. l. à Titio, & l. legatum, tit. prox.* hæc legata nunquam videntur fuisse heredis, recta ad legatarium transeunt, ideo per aditionem ex parte heredis nulla fit confusio. Item legatarius, re legata surrepta, habet actionem furti, quasi nouus dominus, etiamsi nondum agnouerit: nam agnitio retroducitur. Damnationis C legata heredi adquiruntur per aditionem. tunc fit confusio ex parte heredis. Verum si legatum non repudietur, omnia restituentur datis actionibus in factum. quomodo dominium eorum adquirit legatarius? Per traditionem heredis, non per agnitionem. ea sunt in traditione, non agnitione: ideo cum ita res quædam legata est, ea surrepta legatarius non habet actionem furti, *d. l. is cuius* §. *vlt.* quia nec dominium eius habet, nec possessionem. Igitur illi non competit furti actio, *l. si gratuitam* §. *vlt. de præscript. verb.* Differentia est etiam inter actiones. Vindicatio non adquiritur ignoranti legatario, quia agnitione opus est: non agnosco, quod non cognosco. At actio in personam ex testamento adquiritur etiam ignoranti, *l. 7. sup.* Notandum, hodie omnes legatarios & fideicommissarios dominium & vindicationem adquirere statim ab D adita hereditate, si non repudiauerint. At ante Iustinianum necessaria erat differentia.

Ad L. XXXIX.

Cum seruus legatus in fuga esset, vel longinquo absens exigatur, operam præstare heres debet, vt eam rem requirat & præstet. Et ita Iulianus scribit: Nam & sumptum an in hanc rem facere heres deberet, Africanus lib 20. epistol. apud Iulianum quærit, putatque sumptum præstandum, quod & ego arbitror sequendum.

INitio huius legis ostenditur, seruum legatum, qui est E peregre, impensa heredis requirendum esse, & legatario præstandum. Sciendum, fugam seruorum numerari inter casus fortuitos, *l. contractus, de regul. iur. l. in reb. commod.* ideo heres non cogitur eius serui æstimationem præstare, quia non præstat casum fortuitum, nisi culpa heredis fugerit. tum non amplius est casus fortuitus, cauere tamen cogitur, se viri boni arbitratu eum seruum requisiturum, & si nactus fuerit, redditurum, *l seruo legato* §. *vlt. inf. h. tit. l. 8. in princip. tit. prox. l. cum res* §. *itaque si Stichus, inf. h. tit.* *Cauere de restitutione* dicit, id accipi debet, si eum perquisitum nactus fuerit. At de vtroque cauet, id est, de requisitione & restitutione. Hæc cautio est iudicialis: quia officio iudicis præstatur actione ex testaméto, §. *1. de diuis.* A *stipulat. d l. seruo legato*, §. *vlt. l. si cum except.* §. *quatenus, de eo quod metus causa.* Hæc cautio præstatur in plerisque aliis actionibus, *d.* §. *quatenus, l si filio* §. *pen. sol. matrim l. redhibere* §. *vlt. de ædilit. edic.* eadem cautio exigitur in *l. si à bona fidei, in prin. de rei vindic.* Quod tamen illa lex non dicit, sed ita interpretatur Theophilus in *tit. de diuis. stipulat.* Heres igitur legatario hanc cautionem præstabit. Debet autem eum persequi suis sumptibus, non legatarij. Obstat *l. si seruus legatus, in princ. inf. h. tit.* Seruum esse requirendum sumptibus legatarij, impensa & periculo. Verum ea *l.* loquitur de seruo qui fugit viuo testatore. Itaque adhibenda distinctio in *l. 8. inf. tit. prox.* Aut viuo testatore fugit, & tum reducitur sumptibus legatarij: Nam heres non alio loco cogitur præstare legatum, quam quo defunctus eum reliquit mortis tempore, *l. 23. sup.* Igitur si in fuga reliquerit seruum, non reducetur sumptibus heredis, *l. si seruus legatus.* Aut post mortem testatoris fugit, & tum reducetur sumptibus heredis, & præstabitur eo loci, vbi fuit mortis tempore. Sic est accipienda hæc lex. Recte Harmenop. in 5. *Epitom. de legat.* subiicit sententiam *l. si seruus legatus* huic legi, idque vt intelligatur, hanc esse accipiendam de eo, qui fugit post mortem testatoris. Et hæc ita, si fugerit sine culpa & dolo heredis: nam tum heres omnino in æstimationem tenetur, *d. l. cum res.* Culpa est, si heres eum non custodierit, quem custodire debebat, vel etiam, quem testator in vinculis habere solebat, vel qui non erat integræ opinionis, si non custodierit, & fugiat, heredi imputatur. Eorum tantum seruorum fuga numeratur inter casus fortuitos, qui custodiri non solent. Delenda sunt quæ Accursius scripsit hoc loco. Hæc quæ diximus non tantum de damnationis, sed & vindicationis legato accipienda sunt, dummodo illud petatur actione in personam ex testamento.

Ad §. Fructus.

Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit. Et idem in operis seruorum vel vecturis iumentorum vel naulis nauium dicendum. Quod in fructibus dicitur, hoc & in pensionibus vrbanorum ædificiorum intelligendum erit In vsurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus. Iudex igitur vsurarum modum æstimabit & statuet. Ipsius quoque rei interitum post moram debet, sicut in stipulatione, si post moram res interierit, æstimatio eius præstatur. Item partus ancillarum. Et si seruus fuerit legatus, & hereditas vel legatum, vel quid per eum adquisitum sit, heres præstare debet.

QVæstio est de fructibus & aliis accessionibus legatorum. Primo, fructus percepti ante moram ex re legata, non debentur, nisi iure voluntatis defuncti in *l. 23. sup.* Item nisi legauerit etiam instrumentum fundi, & testator consueuerit fructus in vsum fundi absumere, tum debebuntur, cedentque instrumento. Paul. 3. *Sentent. tit. de legat.* Item nisi fructus fundo cohæreant mortis tempore, quoniam hi pars fundi esse videntur, ideo debentur legatario, *l. 3. sup de vsur.* Notandum, differentiam esse inter genera legatorum hac in re: Nam si per vindicationem legatum sit, & agatur in rem, fructus vindicantur ab adita hereditate, quoniam agnitio continuatur cum tempore aditionis, *l. prox. sup.* Igitur ab aditione fructus collecti vindicabuntur, *l. si tibi* §. *cum seruus, inf h. tit.* Ex die mortis fructus non vindicantur, siue in rem, siue in personam agatur, *l. vlt. C. de vsur. & fruct. leg.* Aliud in legato damnationis: tum enim non debentur, nisi ex mora. Item fideicom. fructus non debentur, nisi ex mora. Verum & hic est quædam differentia inter fideicom. & legatum damnationis. Nam fideicom. vsuræ debentur post litem contestatam ex inficiatione, verum in legato damnationis ex inficiatione post litem contestatam

vsuræ non debentur, sed duplicatur legatum. Gaius 2. *Instit. tit. de fideicomm.* Iustinian. §. *vlt. de obligat. quasi ex contr.* Paulus *1. Senten tit. 19.* At post moram, fideicommissorum vsuræ & fructus debentur. Vsuræ illæ definiuntur arbitrio iudicis ex more regionis, neque enim certæ sunt. Fructus debentur post moram non tantum percepti, sed & quos legatarius percipere potuisset. Debentur item fœtus & partus, *l. equis 1. & 2. de vsur.* Item post moram debentur operæ seruorum. Eadem ratione vecturæ, id est, mercedes, item vecturæ nauium, id est, naula. Item pensiones ædium. Hæc omnia inter fructus numerantur. Post moram etiam heres præstat periculum rei legatæ: & generaliter omne damnum, quo est affectus legatarius, *l. 3. C. de vsur. & fruct.* Postremo post moram heres præstat etiam omnia commoda, quæ consecuturus esset legatarius, si rem habuisset, vt si seruus legatus aliquod adquisierit legatum vel hereditatem, *l. quæsitum §. vlt. h. t. l. patron. inf. lib. 3.* Species: patronus iussit liberto tribum emi statim, libertus diu moram passus est ab herede. (Notandum, libertum etiamsi fiat ciuis Romanus, tamen non statim habere certam tribum. Cic. *pro Balbo.* Itaque patroni manumissis plerunque emebant tribum, vt essent ex certa tribu. Tertul. in *lib. de resurrect. carnis: patroni nomine hac tribu mensaque honoratur.* Manumissus non semper per mensam manumittitur, id est, conuiuij adhibitione, nec semper honorabatur tribu, plerumque tamen manumissis tribum comparabant. Persius in 5. Satyra: *Libertate opus est, non qua qui forte Velina.* Velina est nomen tribus. Adiiciendum etiam, eum qui est ex certa tribu, ferre commoda & annonas ei tribui deputatas à Principe, tesseras (id quod Persius vocat *far.*) Iussit igitur testator *emi liberto tribum.* heres in tribu emenda moram traxit: mora tracta, decessit libertus, relicto herede viro clarissimo, id est, senatore, cui non est emenda tribus, itaque non petet sibi tribum emi. Huic igitur heredi liberti non dabitur nisi petitio æstimationis. Tribum enim habet, nec potest aliquis esse plurium tribuum. An vero & vsuras petet? Minime, sed commoda & liberalitates Principis petet, quas libertus percepisset, si ei in tempore tribus empta fuisset. Itaque post moram debentur omnia commoda, & transmittuntur in heredem legatarij. Mora fit per litis contestationem, *l. 1. 2. l. vlt. C. de vsur. & fruct. leg. l. quæsitum §. vlt. h. tit.* Fit item mora ante litis contestationem per interpellationem, *l. 36. §. vlt. sup. h. tit. l. 3. sup. de vsur.* Paul. in *fi. lib. 3. Sentent. Fideicommissorum*, inquit, *vsuræ ex mora peti possunt, mora autem, &c.* Interdum etiam mora fit in rem, id est, sine interpellatione, vt si minoribus 25. annis legatum relictum sit: nam quamdiu sunt minores, omnimodo eis vsuræ & fructus debentur, *l. cum vero §. certe minoribus, de fideicommiss. libert.* Verum post impletum annum 25. desinunt deberi. Nec rursus incipiunt deberi, nisi mora fiat in personam, id est, per interpellationem. Igitur illa mora, quæ est ob beneficium ætatis, proprie non est mora, alioquin non exstingueretur, *l. Titio Seio, § vsur. tit prox. l curabit, C. de action. emp.* cui est coniungenda *l. 3. C. in quibus causis in integ.* Idem tractatus est vtriusque legis. Illa igitur mora fit singulari iure, id est, recepto iure, id est, παρὰ κανόνας. Iure autem communi fit per interpellationem legitimam. Huc referenda est *l. 3. de vsur.* in qua verbum *sententia*, bifariam accipitur: loquitur lex de persecutione fideicommissi. illa persecutio non est actio, sed cognitio extraordinaria prætoris fideicommissarij vel præsidis. In ea duæ sententiæ interueniebant. Primum iubebat fideicommissum restitui. Id erat simile ei, quod dicitur arbitrium in actionibus arbitrariis, quod etiam vocamus sententiam. Iubebat igitur Prætor fideicommissum restitui, si heres abnuebat, causa agebatur, & deinde sequebatur extrema sententia, id est, damnatio vel absolutio. Sententia itaque dupliciter accipienda est, quod & Accursius notauit. Primum sententia pro re iudicata est, in illo loco. *Vsque ad sententiam*: Sic etiam in actione, verba, *vsque ad sententiam,* significant extremam sententiam post arbitrium, *l. si cum exceptione §. heres autem, quod metus causa.* Item sententia accipitur pro admonitione prætoris fideicommissarij, in illo loco: *Post iudicis sententiam*, & in alio loco: *ante iudicis sententiam*, id est, antequam ad iudicem perueniatur, id est, litigetur. Iudicem, id est, Prætorem. Sic in *l. meminerint, C. vnde vi.* *Sententia* accipitur pro admonitione libelli. Sic in *Nouel.* sæpissime, ψῆφον, id est, calculum appellat, & in 1. *Nouel.* fere ab initio Iulianus interpretatur *admonitionem*, sententiam. Ex ea *l. 3.* duæ regulæ constituendæ sunt. Prima: Si mora fideicommissario facta sit ante admonitionem prætoris & litis contestationem, ex eo tempore sine intermissione fructus debentur etiam post condemnationem. Sciendum, iudicatis post condemnationem dari inducias quatuor mensium. Illud tempus non est immune à dependendis & præstandis fructibus, qui ante litem deberi cœperunt, propterea quod ante litem mora fuit contracta, quoniam illud spatium temporis reo tantum adfert dilationem quatuor mensium, & datur tantum humanitatis gratia, *l si cum mihi, in fi. sup. de compensat.* Adiicit Harmenopulus: *vt interim respiret paululum.* At illud temporis interuallum lucrum non adfert. Altera regula: Si fideicommissario mora fieri cœpit post admonitionem iudicis, ab eo tempore fructus ei debentur vsque ad sententiam, id est, vsque ad condemnationem. Tempus autem iudicati, id est, quatuor menses, erit immune à præstatione fructuum ex decreto Diui Marci. Idque etiam instrictis & quibuslibet actionibus obtinet, *d. l. 3. §. in iis quoque.* Ratio, quia mora non cœpit ante litem, sed à lite, & ideo non est, cur quæ cuilibet litigatori conceditur licentia temporis coangustetur: Ideo tempus iudicati faciendi erit immune ab omni præstatione, & hoc generaliter in omnibus fructibus, nec est distinguendum inter perceptos & percipiendos.

Ad §. si Titius.

Si Titius à me rem emisset, & eandem mihi legasset, antequam ei traderem, mox ei tradidero, & pretium recepero, videtur quidem is prima facie rem mihi meam legasse, & ideo legatum non consistere; sed ex empto actione liberatus, vtique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi. Sed si nondum erat solutum mihi pretium, Iulianus scribit ex vendito quidem me acturum, vt pretium exsequar: ex testamento vero, vt rem quam vendidi & tradidi, recipiam. Item subiungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram, ex testamento me agentem, liberationem consequi. Idem Iulianus scribit, si fundum testator, quem ab alio emerat, mihi legauit, heredem cogendum mihi actionem ex empto præstare, scilicet, si nondum res tradita fuerit, vel defuncto, vel heredi.

Sciendum rem meam mihi legari inutiliter. Verum, si post testamentum mea esse desierit, an conualescit legatum? Minime. Obstat regula Catoniana, *l. cætera §. 1. inf. hoc tit. §. sed si rem, de legat.* Obstant duo: Primo *l. 1. in fin. de reg. Caton.* Lex ait: *conualescere.* Breuiter ea lex 1. est Celsi. Celsus solet dissentire plerunque ab aliis. Dissentit etiam in ea re, idque Baro primus notauit. Theophilus etiam in § *an seruo, de legat.* indicat fuisse diuersas veterum sententias. Celsus hac ratione motus videtur, quia qui rem meam mihi legat, videtur tacite mihi legare in eum casum, quo mea esse desinet, quod expresse fit vtiliter; sed ille tacite accipit pro expressim. Obstat etiam *hic* §. emptori rem vendidi, mea igitur adhuc est: Emptor eam mihi legauit, legatum valet: & si post, pretio accepto, eam rem emptori tradidero, rursus eandem rem recipiam iure legati, atque ita habebo pretium, quod accepi iure venditi, & rem iure legati. Respondeo: hoc legatum ab initio fuisse vtile: Nam emptor, qui legat mihi rem emptam, videtur mihi remittere actionem ex empto, & ea ratione

ſtatim valet. Eadem ratione, ſi quis rem, quam emit ab alio, nec dum tradita ſit, mihi legauit, non tam mihi videtur rem legare, quam actionem ex empto. Itaque huc non pertinet regula Catoniana.

Ad §. Si quis alicui.

Si quis alicui legauerit, licere lapidem cædere, quæſitum eſt, an etiam ad heredem hoc legatum transeat: Et Marcellus negat ad heredem tranſmitti, niſi nomen heredis adiectum legato fuerit.

SEruitus alia eſt realis, alia perſonalis, *l. Caius, de annuis legat.* Si legetur ſeruitus perſonalis, ad heredem non tranſmittitur. Realis autem tranſmittitur. Perſonalis vt vſusfructus, vſus, ſicut & aliæ complures, quæ poſſunt etiam eſſe reales, vt ſeruitus pecoris ad aquam appellendi. Hæc ſeruitus eſt alias perſonalis, alias realis, *l. 1. de ſeruit. ruſtic. præd.* Sic iter quandoque eſt ſeruitus perſonalis, *l. pater, inf. de ſeruit. leg.* Item actus & via, *l. 1. inf. de vſufr. leg.* Item aquæductus, *l. 37. de ſeruit. ruſtic. l. Mela §. quadam, de adim. legat.* Similiter calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, alias perſonalis, alias realis eſt, *l. 5. & 6. de ſeruit. ruſtic.* Item lapidis eximendi: ideo heredem non ſequitur, cum ſcilicet perſonalis: alias realis eſt, *d. l. 6.* & tunc heredem ſequitur.

Ad §. Heres.

Heres cogitur legati prædij ſoluere vectigal præteritum vel tributum, vel ſolarium, vel cloacarium, vel pro aquæ forma.

PRædiorum multa ſunt onera, tributa, vectigalia, complura alia. Quæritur, quis onera ea agnoſcat? Futura onera certe legatarius agnoſcit: præterita autem agnoſcit heres. Debet enim legatario rem immunem præſtare, vt vectigal præteritum debet heres præſtare. Item ſolarium, tributum, cloacarium. Hæc onera ita diſtinguuntur. Vectigal præſtat emphyteuta, ſi prædium ſit emphyteuticarium: tributum præſtat prouincialis fiſco: ſolarium præſtat ſuperficiarius pro ſolo, in quo ædificauit. Cloacarium præſtat quilibet poſſeſſor, per cuius fundum ducuntur cloacæ. Item, pro aquæ forma poſſeſſor penſitat aliquid, id eſt, pro aquæductu. forma eſt ſtructura aquæductus, huius ſtructuræ cauſa penſitant aliquid poſſeſſores, per quorum agros tranſit, *l. in venditione, de action. empt.* Hæc onera præterita debet heres præſtare. legatarius quidem, ſi prædium legatum poſſidet, etiam præteritorum onerum nomine poteſt conueniri, quia hæc rem ſequuntur, ſed heres debebit illum hoc nomine indemnem ſeruare, *l. poſſeſſor, inf. de cenſib. in fin.*

§. *Seio, ſup.* expoſitus eſt in *l. 13.*

Sequitur §. vlt. & L. XL.

§. *vlt. Conſtat etiam res alienas legari poſſe: vtique ſi parari poſſint, etiamſi difficilis earum paratio ſit. Si vero Salluſtianos hortos, qui ſunt Auguſti, vel fundum Albanum, qui principalibus deſeruit, legauerit quis: furioſi eſt talia legata teſtamento adſcribere. Item campum Martium, aut forum Romanum, vel ædem ſacram legari non poſſe conſtat. Sed & ea prædia Cæſaris, quæ in formam patrimonij redacta ſub procuratore patrimonij ſunt, ſi legentur, nec æſtimatio eorum debet præſtari: quoniam commercium eorum, niſi iuſſu principis non ſit: cum diſtrahi non ſoleant.*

L. 40 Sed ſi res aliena cuius commercium legatarius non habet, ei cui ius poſſidendi non eſt, per fideicommiſſum relinquatur, puto æſtimationem deberi.

QVæſtio eſt de legato rei alienæ. Res aliena per damnationem aut fideicommiſſum legatur, & vel ipſa

A vel æſtimatio eius præſtatur: quandoque nihil præſtatur, vt ſi legatus ſit ſeruus alienus, & is ante moram mortuus eſt, *l. ſi quis, in pr. §. vlt. lib. 3.* Deinde ſi ante moram ſit manumiſſus à domino, tum pro mortuo habetur, *l. 35. ſup.* Nihil præſtatur, ſi legetur res aliena, cuius commercium non eſt, §. *non ſolum, de leg.* Huius rei exempla ſunt, vt ſi campum Martium legauerit, vel Baſilicam, hæc ſunt in vſu publico. Item, ſi ædes ſacræ, templa legentur, horum commercium non eſt. *commercium eſt ius emendi vendendique.* Vlpian. *in Frag. tit. de dominiis.* Theoph. *in §. 1. de inutilib. ſtip.* Earum rerum nulla emptio eſt. Ignoranti tamen emptori venditor ex vendito tenetur in id quod intereſt, *l. ſi in emptione, §. liberum hominem, l. ſed Celſus, de contr. empt. l. qui officium, eod.* Oſtenditur etiam nihil deberi, ſi quis legauerit *hortos Salluſtianos.* hi erant proprij

B Auguſti, erant in ſexta regione vrbis Romæ. Item ſi quis legauerit *fundum Albanum.* hic vſibus Principis deſeruiebat. Generaliter ait deinde, idem eſſe, *ſi quis legauerit prædia, quæ ſunt in patrimonio Cæſaris, & quæ procuratoris eius cura reguntur.* Erant procuratores in quacunque prouincia generales, *l. qui mittuntur §. 1. ex quib. cauſ. mai.* Erant etiam certarum rerum, vt procuratores prædiorum principis. his prædiis legatis nihil debetur. Harum rerum eſt commerciũ, ſed non ſine ſpeciali iuſſu principis, ideo legata non debentur, quia earum paratio difficillima & fere impoſſibilis eſt. Alioquin difficultas quædam præſtationis non facit legatum inutile, *l. 2. §. ex iis, de verb. oblig.* Verum hæc difficultas comparandi prædia Principis tanta eſſe creditur, vt legatum reddat inutile. Diuerſa

C ſunt hæc: rei non eſſe commercium, & rei non habere commercium. Prius ſignificat rem à nemine adquiri poſſe, vt res ſacra. Poſterius dicitur de certo quodam, & ſignificat rem ab illo adquiri non poſſe, ab alio poſſe. Quid ſi igitur legetur res, cuius ſit commercium, cuius tamen legatarius non habeat commercium, an debetur æſtimatio: vt ſi res aliena vel etiam propria legetur? Interpretes putant æſtimationem deberi, idque *ex l. 40.* colligunt, quod tamen verba vix ferunt. Græci legunt: *& cui ius poſſidendi non eſt,* ἐὰν ἀλλότριον πρᾶγμα ὅτινος κτῆσιν οὐκ ἔχω οὔτι δύναμαι αὐτὸ τιμηθῆναι Sic habe. Cui legata eſt res, cuius commercium non habet, is nec æſtimationem iure debet ferre, alioqui fraus fieret legi, *l. mortuo §. pen. tit. prox.* ait ibi, *inutile eſſe legatum, cuius commercium non habet legatarius.* Similiter

D inutilis eſt donatio, cuius donatarius non habet commercium, *l. 9. §. vlt. inf. de donat.* vt ſi quis donauerit Iudæo Chriſtianum mancipium, *l. 1. C. ne Chriſt. mancip. &c.* Cuius conſtitutionis rationem expoſuit Sozomenus in *lib. 3. c. 17.* & Gregor. *Epiſt. 3. capit. 21.* Similiter inutilis eſt ſtipulatio eius rei, cuius commercium ſtipulator non habet, *l. multum, de verb. oblig.* Sic etiam legatum. Nec obſtat quidquam *l. filiusfam. §. ſi quid, h. tit.* Nam in ea ſpecie lex ait, *fuiſſe legatum licite,* id eſt, capaci. Verum accedit extrinſecus, vt legatarius id legatum habere non poſſit, vt propter corporis vitium, vel propter aliquam cauſam, tum ei debebitur æſtimatio, quia eius rei commercium non fuit interdictum. videtur quoque obſtare *l. fideicommiſſa §. ſi ſeruo, lib. 3.* Legata eſt ſeruo militia, debetur æſtimatio, at ſeruus militiam habere non poteſt. Reſp. in

E eo genere legati videri æſtimationem legatam: quemadmodum cum teſſera legatur, cenſetur legata quantitas vel æſtimatio, *l. mortuo § 1. lib. 2.* Notandum, quod ſi legetur ab herede res, cuius commercium heres non habet, valet legatum, ſi modo commercium haberet legatarius, vel debetur æſtimatio, *d. l. mortuo §. pen.* Sic vtilis eſt ſtipulatio, ſi quis promittat rem, cuius commercium non habet, dummodo ſtipulator habeat, *d. l. multum.* Similiter ſi per fideicomm. à legatario relinquatur res aliena, cuius commercium legatarius non habet, valet fideicommiſſum, dummodo eius rei fideicommiſſarius commercium habeat. Idem traditur in *d. l. mortuo,* de herede incapaci, & legatario capaci.

Ad L. XLI. & XLIII.

L.41. Cætera igitur præter hæc videamus. Et quidem corpora legari omnia, & iura, & seruitutes possunt.

§.1. Sed ea quæ ædibus iuncta sunt, legari non possunt, quia hæc legari non posse Senatus censuit Auiola & Pansa consulib.

§.2. Tractari tamen poterit, si quando marmora vel columnæ fuerint separata ab ædibus, an legatum conualescat? Et siquidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non conualescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamētum factum, fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere: si existentis conditionis tempore mea non sit, vel ædibus iuncta non sit: secundum eos, qui & emi rem meam sub conditione, & promitti mihi stipulanti, & legari aiunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non: quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.

§.3. Item quæri potest, si quis binas ædes habens, alteras legauerit, & ex alteris aliquid iunctum ei, cui ædes legauit, an legatum valebit. Mouet quæstionem, quod ex Senatusconsulto & constitutionibus licet nobis ab ædibus nostris in alias ædes transferre possessoribus earum futuris, id est, non distracturis. Et ita Imperator noster, & Diuus Seuerus rescripserunt. Nunquid ergo & legari possit ei, cui aliam domum legem? Sed negandum erit, quia cui legatum est, non est possessor futurus.

§.4. Si duobus domum legauerit Sempronianam, & ex ea alteri eorum marmora, ad exstructionem domus Seianæ, quam ei legauerat, non male agitabitur, an valeat, quia dominus est vtriusque legatarius. Et quid si quis domum deductis marmoribus legauerit, quæ voluit heredem habere ad extruendam domum, quam retinebat in hereditate? Sed melius dicetur in vtroque detractionem non valere. Legatum tamen valebit, vt æstimatio eorum præstetur.

§.5. Sed si quis ad opus Reipub. faciendum legauit, puto valere legatum: Nam & Papin. lib.11. Resp. refert, Imperatorem nostrum & D. Seuerum constituisse, eos, qui Reipub. ad opus promiserint, posse detrahere ex ædibus suis vrbanis atque rusticis, & id ad opus vti: quia hi quoque non promerei causa id haberent. Sed videamus, vtrum ei soli ciuitati legari possit, in cuius territorio est, an & de alia ciuitate in aliam transferre possit. Et puto, non esse permittendum. Quamquam constitutum sit, vt de domu, quam aliquis habet, ei permittatur in domum alterius ciuitatis transferre.

§.6. Hoc Senatusconsultum non tantum ad vrbem, sed & ad alias ciuitates pertinet.

§.7. Sed & DD. fratrum est rescriptum ad libellum Proculiani & Epitynchani ob debitum publicum desiderantium vt sibi distrahere permittatur. Quod eis ius distrahendi denegauerunt.

§.8. Hoc Senatusconsultum non tantum ad ædes, sed & ad balnea, vel aliud quod ædificium, vel porticus sine ædibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.

§.9. Item hoc prohibetur (hæc) legari, quod non aliàs præstari potest, quam vt ædibus detrahatur, subducatur, id est, marmora vel columnæ. Idem & in tegulis, & in tignis, & ostiis Senatus censuit. Sed & in bibliothecis parietibus inhærentibus.

§.10. Sed si cancelli sint, vel vela legari poterunt. Non tamen fistulæ, vel castella.

§.11. Sed αὐτ[illegible], aut si qui canthari, per quos aqua saliunt, poterunt legari, maxime si impositiij sint.

§.12. Quid ergo in statuis dicendum? Si quidem inhærent parietib. non licebit. Si vero aliàs existant, dubitari potest. Verum mens senatus plenius accipienda est, vt si quæ ibi fuerunt perpetua, quasi portio ædium, distrahi non possint.

A *§.13. Proinde dicendum est, nec tab. adfixas, & parietib. adiunctas, vel singula sigilla adæquata legari posse.*

§.14. Sed si parabit quædam testator, quasi translaturus in aliam domum, & hæc legauit, dubitari poterit an valeat? Et puto valere.

§.15. Sed si ea quæ legauit, ædibus iunxit: exstinctum erit legatum.

§.16. Sed si heres ea iunxit, puto non exstingui.

L.43. Senatus enim ea quæ sunt ædium, legari (non) permisit. Hæc autem mortis tempore ædium non fuerunt. Heres ergo æstimationem præstabit. Sed si detraxerit, & præstiterit, pœnis erit locus, quamuis vt non vendat detraxit, sed vt exsoluat.

§.1. Marcellus etiam scribit, si maritus diætam in vxo- B *ris hortis, quos in dotem acceperat, fecerit, posse eum hæc detrahere, quæ vsui eius futura sint, sine mulieris tamen damno. Nec ad hoc ei senatusconsultum futurum impedimento. Ergo si non est ei obfuturum, quo minus detrahat, dici oportebit posse eum hæc legare, quæ detrahere potest.*

Non tantum corporales res legari possunt, sed & incorporales, vt nomina & seruitutes, *l.13. & l.33. sup.* Ea tamen non possunt legari, quæ iuncta sunt ædibus, & in *l.43. in prin. Multari heredem*, dicitur, *qui ea detraxerit.* Namque heres eorum quæ detraxit, æstimationem fisco confert. Ea ergo, quæ sunt ædium, non possunt legari, iuncta, fixaque non possunt legari, vt columnæ, marmora, tigna. Item Bibliothecæ vel statuæ parietibus inhærentes. Item fistulæ perpetuo positæ, & aquarum castella: & ge- C neraliter, *quæ sunt ædium non possunt legari, l. fundi, sup de act. emp.* Item ædes ipsæ non possunt legari in hoc, vt destruantur, *l. filiusfam. §. ædes, inf. hoc tit.* At ruta cæsa possunt legari. Inter ruta cæsa numerat *vela*, quæ ideo parantur, ne ædificia pluuia laborent. Item cancelli recte legantur, id est reticuli, in *d. l. fundi, l. quæsitum §. peculiaria inf. de instr. & instrum. leg.* Harmenop. *lib.2. tit.4.* retinuit latinam vocem τ κανκέλων. Additur in *§. penult.* Cantharos non esse ædium, per quos aquæ saliunt. Item αὐτοματάρια. In fine libri 9. Vitruuij legitur, quendam inuenisse aquarum expressiones αὐτομάτους. Igitur ruta cæsa recte legantur: iuncta fixaque non item. Hoc est ex Senatusconsulto auctore Adriano Conss. Auiola & Cornelio Pansa. Spartianus in Adriano. Verum hoc ius tribuitur Vespasiano in *l.2. C. de ædif. priuat.* Verum videtur ibi error esse in nomine. Hic D quæritur, an legatis iis, quæ iuncta fixaque sunt, saltem æstimatio debeatur? Accursius putat deberi, quod concedendum non est: nam hoc legatum non valet, *§. vlt. hac l.* Igitur nec æstimatio debetur. Argumento est *§. si duobus, h.l. & l.43. in princip.* vbi proponuntur certi casus, in quibus harum rerum legatum valet, vt æstimatio debeatur. Aliis igitur casibus æstimatio non debetur. Item quæritur, an iis rebus legatis, legatum conualescat, si post testamentum viuo testatore separatæ sint ab ædibus? Ostenditur in *l. §.1.* non conualescere propter regulam Catonianam. Idem obtinet in legato rei meæ, si postea mea esse desierit, *l.39. si Titius, sup.* Verum sub conditione res illæ recte legantur, & si, conditione existente, separatæ fuerint, legatum valet: Nam regula Catoniana ad conditio- E nalia legata non pertinet: & generaliter, ad ea legata non pertinet, quæ non cedunt à morte testatoris, *l.14. sup.* Item quæritur, si legatæ sint res non iunctæ ædibus, an legatum extinguatur, si viuo testatore iungantur ædibus, *§. vlt. hac l.* Is §. ostendit, legatum extingui, si ipse testator iunxerit, quia videtur mutasse voluntatem. Non idem erit, si heres post mortem testatoris iunxerit, tum ipsæ res quidem non debebuntur, sed æstimatio, *l.43. in princ.* Similiter traditur in *l.43. inf. de fideicom. libert.* & Paul. in *4. Sent. tit. de manumiss.* Seruo testamento dedit fideicommissariam libertatem: dedit igitur ciuitatem Romanam, ad quam non poterant peruenire serui vincti ob aliquod delictum. Hic seruus vinctus antea non fuerat: sed postea ipse testator vinxit eum ob delictum. non debetur ciuitas, quia cœpit

esse in causa dedititiorum. Secus erit, si ipse heres vinxerit: factum heredis nihil mutat. Hic notandi sunt similes casus, quibus rerum ædibus iunctarum nomine æstimatio debetur, vt si ea, quæ iuncta sunt ædibus, legentur ad opus publicum, legatum valet, vt æstimatio debeatur, §. *sed & si quis.h.l.* Eum §. ita esse accipiendum indicat præcedens §. in quo alij duo casus ponuntur, in quibus idem traditur. Tertius casus, si ab herede legatæ sunt ædes deductis certis rebus iunctis illis ædibus, vt heres eas transferat in ædes hereditarias. Hoc enim casu eas ipsa res heres non detrahet, sed æstimationem præstabit. Quartus casus, legauit Primo & Secundo coniunctim ædes Titianas, separatim autem Secundo legauit ædes Seianas, & quædam marmora ex Titianis. Hoc casu ea non detrahentur ex Titianis, sed æstimatio duntaxat Secundo præstabitur. Sunt duo alij casus, quibus & ipsæ res debentur & detrahendæ sunt: vnus, si sine iniuria ædium auferri possunt, *l. nutu §. vlt. lib. 3.* Hoc enim SCto ruinis tantum prospectum est. quoties igitur quid auferri potest sine ruina, id omnino debetur. Alter, si ædes in ea causa sint, vt dirui eas oporteat, vt si sint constructæ aduersus edictum prætoris; nam hæ diruendæ sunt, *l. fideicomm. §. si quis illicite, lib. 3.* His casibus exceptis, neque res illa, neque illarum æstimatio debetur, & hæc quidem de legato. Verum Senatus etiam de detractione cauit: sicque ius est; dominum non posse detrahere ea, quæ sunt iuncta promercij & negotiationis causa, id est, si dominus ea vendat particulatim, etiamsi ære publico prematur, §. *hoc Senatusconsultum.* Item non possunt vendi ædes, vt destruantur negotiationis causa, *l. Senatus, de contrah. emp.* Et hoc casu mulctæ nomine fisco duplum debetur, ita scilic. vt venditor pretium reddat fisco & emptor tantundem præstabit fisco, vel emptor præstabit duplum, & repetet pretium a venditore, *l. vlt. supra, de dam. inf.* Sunt tantum duo casus, quibus ea detrahi possunt, sed non promercij causa. Itaque proprie exceptiones non sunt: nam Senatusc. est de non detrahendis promercij causa: & ideo in his casibus licet. Primus, si quis detrahat, quod transferat in alias ædes suas, siue sint in eadem ciuitate, siue in alia, § *sed videamus, h.l. & l. 2. & l. si quis post hanc, C. de ædific. priuat.* Hoc ita: saluis vtrisque ædibus: nam non licet integras ædes demoliri, totius materiæ in alias ædes transferendæ causa, *d.l. 2.* Item hoc procedit, si vtrarumque ædium in solidum domini & possessores futuri sumus, § *idemque erit.* Finge: ego vnas ædes retineo, alteras lego. non possum ex iis, quas retineo, quidquam transferre in legatas. Alter casus: licet detrahere, quod transferatur ad opus publicum in eadem ciuitate, § *sed & si quis, l. vlt. sup. de dam. inf.* Id etiam non detrahit promercij, sed liberalitatis in Rempub. causa. Eadem ratione poterit quilibet detrahere ex suis ædibus, vt transferat in alienas donandi animo. Verum id non est admittendum: Nam ea, quæ sunt iuncta ædibus, non possunt legari aut donari; igitur nec detrahi donandi causa. At Reipub. possunt donari, & ideo detrahi. Eodem modo quilibet potest sui vsus causa ea permutare, & si detraxerit semel ea mente, poterit postea legare iure, §. *vlt.* Huc spectat § 1. *l. 43.* Finge, maritum ædificasse in fundo dotali, qui etiam est in bonis mariti constante matrimonio: Deinde ex eo ædificio detraxit quædam sui vsus causa iure hoc fecit, dummodo fiat sine damno mulieris, detractum eo animo post poterit legare. Eadem sent. in *l Marcell. sup. de donat. int. vir. & vx.* cui coniungenda *l. Iulianus, de rei vindicat.* Ea lex *Marcellus* pertinet ad donationes inter virum & vxorem, quia maritus, qui ædificauit in fundo vxoris, videtur donare, quia ædificium solo cedit: verum ea reuocat, non obstante Senatusconsulto. Hoc Senatusconsultum non tantum ad ædes, sed etiam ad villas pertinet, *l Senatus, de contrah. emp.* tabernas, popinas, & quælibet ædificia.

A Ad §. 2. Legatum l. 43.

Legatum in aliena voluntate poni potest. In heredis non potest.

§. 3. *Qui ab hostibus redemptus est, legari sibi poterit. Et proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit, qui redemit.*

Accurs. & alij hic *in aliena voluntate*, id est, in voluntate legatarij. hoc vt expediant se à difficultatibus, quæ incidunt. At sic interpretari debemus: *In aliena*, id est, in extranei, vt *lego Titio decem si Caius voluerit.* Videndum est, an in extranei voluntatem legatum conferri possit, an in heredis voluntatem, vel legatarij. Hic §. ait, B posse in extranei voluntatem conferri. cui opponitur lex *nonnunquam, de condit. & demonst.* Ait, *legatū nominatim in alienam voluntatem conferri non posse, tacite posse*, sicut expressa nocent, tacita non nocent. Itaque si testator dixerit, *lego Titio decem, si Caius voluerit*, inutile est. Verum si dixit, *lego Titio decem, si Caius Capitolium ascenderit*, quamuis sit in potestate Caij, vt efficiat legatum deberi, tamen non est inutile. Igitur vtroque modo legatum confertur in voluntatem extranei, hoc tacite, illo nominatim. Quæritur, cur potius hoc casu valeat, quam illo? Rationem esse puto, quod natura nihil frustra facit, ἡ φύσις οὐδὲν ἀτέλεστον ποιεῖ. Sic etiam ars, quæ naturam imitatur: & sic sobrij homines nihil frustra facere intelliguntur. itaque testator qui dicit, si Capitolium ascenderit, non frustra videtur hoc adscri- C bere, & magis videtur rationem habuisse huius ascensus, quam tacite in ipsum collati arbitrij. At cum dicit, *si Caius voluerit*, nihil aliud spectat quam arbitrium Caij. eius finis est Caij voluntas, quæ non fit iure: nam quæ in testamentis scribuntur, per se firma esse debent, non ex alieno arbitrio pendere, *l. illa institutio, de hered. instit.* Verū huic obstat *hic* §. Sed explicandus est ex *l. 1. inf. t. prox.* vt legatū poni possit in aliena voluntate, quasi in conditione, tanquam nihil intersit, siue dicat, si Capitolium ascenderit, an vero, si Caius voluerit. Idem dicitur de legato libertatis in *l. 46. §. 1. inf. de fideicomm. libert.* Sed vt hoc melius intelligatur, notandum est, hæc verba, *Si Caius voluerit*, dupliciter accipi posse: Vel pro conditione, hoc sensu, si forte acciderit aliquando, vt Caius assenserit, & tum legatū valet, & voluntas Caij exspectatur, quasi quælibet conditio: Vel D accipiuntur pro dandi legati mera voluntate, dum scilicet testator totum confert in voluntatem Caij, vt sit quasi largitor legati: & tum non valet. Denique non potest legatū conferri in alienum arbitrium, nisi quasi in conditionem, *l. 1 tit. prox. & d.l. 46.* Loquor de arbitrio libero, quod & dicitur plenum & mera voluntas: Nam est arbitrium liberum, est & arbitrium boni viri, *l. hac venditio, de contr. emp.* Non est dubium, quin legatum possit conferri in arbitrium alterius, quasi boni viri, vt *heres meus Titio tot aureos dato, quot Caius arbitratus fuerit, quasi vir bonus*, & id legatum est purum: Nam arbitrium boni viri non pendet ex euentu futuro, sed ex æquitate, quæ semper est certa. Ideoque legatum, quod confertur in liberum arbitrium alterius, non est purum, sed conditionale, nec sustinetur nisi conditionale. Notandum, interpretes vulgo existimare, ea legata, quæ conferuntur in alienam voluntatem, ap- E pellari *captatoria*: Ideoque Accursius hic citat *l. captatoria, inf. h. tit.* Sed merito reprehensi sunt à Socino & aliis. Nam is, qui legatum confert in alienam voluntatem, nihil captat. Captatorium enim legatum est, verbis in futurū conceptis, *vt quot aureos mihi Titius dabit, tot aureos heres meus illi dato.* Verum si concipiatur in præteritum, non est captatorium, vt *quot aureos mihi Titius legauit, tot heres meus illi dato.* Captatio est futurorum, non eorum, quæ iam nacti sumus. Græci dicūt αἱ χάριν ἀνταμείψεως γραφαί, sunt legata viscata, hamata. quib. testator non tam sua largitur quam aliena optat, & ideo inutilia. Videndum, an legatum possit conferri in voluntatem heredis. Duplex est

voluntas, vt dixi, libera, & boni viri. In arbitrium heredis quasi boni viri legatum conferri poteſt, vt ſi heres meus arbitratus fuerit, ſi vtile, æquum ei viſum fuerit, *l. ſi ſic legatum, inf. hoc tit. l. fideicommiſſum, inf. lib. 3*. Verum in heredis liberum arbitrium legatum conferri non poteſt, vt ſit in heredis poteſtate, an debeat: heres enim debet legata. Abſurdum autem eſt eſſe hoc in eius poteſtate, an debeat, *l. vtrum § cum quidã, de reb. dub.* Et hac eadem ratione hoc ita procedit, vt nec poſſint ea verba, *ſi heres voluerit*, accipi pro conditione, ſicut in extraneo, niſi fauore libertatis, *d. l. 49.* vt ſi libertas ita relinquatur *ſi heres voluerit*, quaſi ſub conditione, non eo animo, vt ipſe ſolus heres ſit quaſi auctor & dator libertatis, libertas debebitur ex nutu heredis, ſtatim atque annuerit. Verum ſi ita relinquatur, *ſi heres voluerit*: omnino eſt inutile, nec debetur, etiamſi heres voluerit: quia valde abſurdum hoc eſt, vt diximus. Verum alia conditione recte legitur, etiamſi tacite contineat voluntatem heredis, vt *ſi Capitolium aſcenderit*, ſupradicta ratione, vel, *niſi heres voluerit*. Item recte confertur in arbitrium heredis, quando debeat, non autem, an debeat: vt, *cum voluerit heres*, id mortuo herede omnino præſtabitur, nec erit inutile, etiamſi viuus nihil conſtituerit. At in legatarij voluntatem legatum poteſt conferri, *l. 3. ſup. h. t.* Poſtremo notandum, poſſe quem ſibi ipſi legari, vt dominus poteſt ſeruum ſuum ſibi ipſi legare: nam ita videtur ei libertatem dare. Alia res ſeruo proprio inutiliter legatur ſine libertate, at ipſe ſibi recte legatur, nullo alio adſcripto, *l. 1. C. de comm. ſeru. manum.* Is etiam, qui redemptus eſt ab hoſtibus, poteſt ab eo, qui redemit, ſibi ipſi legari. Is autem, qui redemptus eſt, non eſt proprie ſeruus, quinimo redemptione à ſeruitute, ſcilic. hoſtiũ liberatus, ſed à me retinetur pignoris iure, quoad pretium redemptionis reddiderit, & ſeipſum luerit. *l. 2. C. de poſt. & red. ab hoſt.* Id vocat *pignus naturale*. Si igitur tibi legem, videor remittere ius pignoris, & ideo vtile eſt legatum.

Ad L. XLIIII.

Seruum filij ſui caſtrenſis peculij legare pater poteſt: & ſi viuo patre mortuus ſit filius, & apud patrem peculium remanſit: conſtitit legatum. Cum enim filius iure ſuo non vtitur, retro creditur pater dominium in ſeruo peculiari habuiſſe.

§. 1. Si quis rem ſibi legatum ignorans, adhuc legauerit, poſtea cognouerit, & voluerit ad ſe pertinere, legatum valebit: quia vbi legatarius non repudiauit, retro ipſius fuiſſe videtur, ex quo hereditas adita eſt. Si vero repudiauerit, retro videtur res repudiata heredis fuiſſe.

QVæritur, *an pater ſeruum caſtrenſem filiifa. poſſit legare?* Lex ait, poſſe. Dices, quid ni? Conſtat enim, quamuis rem alienam poſſe legari. Verum ſeruum caſtrenſem filiif. pater poteſt legare etiam per vindicationẽ, cum aliàs res aliena per damnationem tantum legari poſſit. Dices etiam, quod debet res eſſe teſtatoris teſtamenti tempore & mortis, ſi per vindicationem legetur. Igitur hoc non procedet. Reſpondeo, ſeruum caſtrenſem & generaliter totum peculium ipſo iure ad patrem pertinere iure dominij. Verum ex conſtitutionibus hoc datum eſt filiof. vt in caſtrenſi peculio habeatur pro patrefam. Hac in re conſtitutiones iuri antiquo patrio derogant. Verum ſi filiusf. eo priuilegio non vtatur, id peculium pater quaſi ſuum ſibi vindicat. Ideo filio inteſtato mortuo, non dicitur adquiri patri, ſed non adimi, quaſi ſemper eius fuerit. Item non dicitur occupari à patre iure hereditario, ſed iure peculij, *l. proponebatur, l. de hereditate §. 1. de caſtr. pecul. l. 1. §. ſi is qui bona, de collat. bon. l. 3. C. de bon. proſcrip. l. vlt. ad Tertull.* Igitur ſi pater ſeruum caſtrenſem filij per vindicationem legauit, & filius viuo patre moriatur inteſtatus, legatum valet, quia retro is ſeruus ſemper videtur fuiſſe in dominio patris. Verum ſi filiusf. ſuo priuilegio vta-

A tur, quod conſtitutiones dederunt, & teſtamentum faciat, tunc inutile erit legatum, quia tum ſeruus plane alienus fuiſſe intelligitur, qui per vindicationem legari non potuit.

Ad §. 1.

PEr vindicationem legaui rem mihi legatam, nondum tamen quæſitam, cum ignorarem mihi legatam: legatum valet, ſi poſt agnouero, quia illa agnitio retrotrahitur. Verum ſi poſt eam rem repudiauero ex cauſa legati, aut ſi heres meus repudiauerit, cum, eo legato nondum agnito, defunctus ſum, inutile erit legatum, *l. ſi fundum §. ſi Titius, inf. hoc t.* De agnitione legati diximus in *l. 38. ſup.* B

Ad §. 2. Si pocula, & §. Si areæ.

Si pocula quis legauit, & maſſa facta eſt, vel contra: Idem ſi lana legetur, & veſtimentum ex ea fiat, Iulian. lib. 32. ff. ſcripſit, legatum in omnibus ſupraſcriptis conſiſtere, & deberi quod extat. Quam ſententiam puto veram, ſi modo non mutauerit teſtator voluntatem. Sed & ſi lancem legauit, & maſſam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante ſcil. voluntate. §. 3. Si area legata domus impoſita ſit, debebitur legatario, niſi teſtator mutauit voluntatem, §. 4. Eum qui chirographum legat, debitum legare, non ſolum tabulas, argumento eſt venditio. nam cum chirographa venerunt, no-
C *men veniſſe videtur. Sed etſi nomen legetur, benigne id quod debetur, accipiendum eſt: vt actiones aduerſus debitorem cedantur.*

FInge poculum legaui, deinde id conflaui, & ex eo maſſam feci: vel maſſam legaui, deinde ex ea feci poculum: vel lancem legaui, tum ex ea feci maſſam, tum ex maſſa poculum: vel lancem legaui, atque ita rem permutaui, vel lanam legaui, deinde ex ea veſtimentum feci: vel aream legaui, deinde impoſui ædificiũ. Quæritur: an hæc permutatio extinguat legatum? § *ſi pocula*, ait conſiſtere in ea re, quæ extat: Ideo ſi ex lana facta ſit veſtis, ea debetur legatario. Obſtat *l. lana, inf. l. 3.* Ait, lana legata veſtem ex ea factam non deberi. Reiicienda eſt ſolutio Acc. qui ait, in ſpecie huius §. heredem ex lana veſtem feciſſe, nõ teſta-
D torem, & ideo legatum valere, vt factum heredis non noceat legatario. Verum manifeſtum eſt, teſtatorem ipſum feciſſe. Ait enim lex, eſſe quærendum de voluntate teſtatoris, an ſit mutata, & an illud factum ſit eius rei argumentũ. Verum ſolutionem ipſe § *ſi pocula* dat: Nam is non ait, abſolute veſtem deberi, ſed hoc adiecto, ſi durauerit voluntas, Cuius rei probandæ onus incumbet legatario: id probare debet legatarius, quoniã præſumitur mutaſſe voluntatem, præſumptio eſt pro herede. Sic etiã videtur mutaſſe voluntatem qui legauit quæ ſeparata erant ab ædib. deinde iniunxit: quia ea iniungendo videtur perdere, & quodammodo ea extinguere, *argum. §. ſi tamen, de rer. diuiſ.* Sic præſumitur mutaſſe voluntatem, qui nauem legatam aut domum diſſoluit, deſtruit. Sic qui ex cupreſſo legata na-
E uem facit, præſumitur mutaſſe voluntatem, quia conſumit cupreſſum, nec nauis inde facta, ad ſua initia redigi poteſt. Itaque cupreſſus conſumpta eſt. Eadem ratio eſt, ſi ex poculo vel lance maſſam faciat, vel ſi ſpeciem commutet, *l. 6. de aur. & arg. leg.* Finge: legauit vnionem cum hyacinthis. deinde vnionem ſoluit, non aceto, vt quidam putant, verum diſſoluit illud ornamentum, & mortis tempore nullam vnionem reliquit. Quæritur, an æſtimatio debeatur? Non: quia hoc ſignum eſt mutatæ voluntatis. Item, quid ſi illud ornamentum in aliã ſpeciem conuertit, additis aliis gemmis; Extinctum etiam videtur legatum, *l. 6. de aur. & arg.* Notandum aliud eſſe dicendum, ſi legetur maſſa auri vel argenti, & ex eo fiat poculum: Nam hoc caſu id aurum non conſumitur. In ſuperioribus caſibus res legata

consumitur, hoc casu non: Immo vero in poculo magis spectamus materiam, id est, aurum, quam speciem ipsam. Obstat hic: aurum & poculum facile redire potest ad pristinam massam, *l. quæsitum §. vlt. de leg. 2. l. in omnibus, de adquir. rer. dom.* Igitur hoc casu poculum factum debetur legatario, nisi mutauerit voluntatem. Sed hic onus probandi incumbit heredi, quia præsumptio est pro legatario, *d. l. lana, in fin.* Sed tamen ea in re distat proprietas ab vsufructu massæ, *l. quid tamen §. si massæ, sup. quibus mod. vsufr. amitt.* Sic etiam in specie areæ separanda est proprietas ab vsufructu, de quo *sup.* in *l. 22.* Verum hic etiam probatio ab herede exigitur, quia si areæ sit impositum ædificium, vtrumque debetur legatario. Tertio, quæritur legato chirographo vel nomine, quid legatum videatur? Chirographum significat proprie tabulas, cautiones. Accipitur vel pro cautione, qua nos aliquid expromisimus, vnde dissoluere nomen: vel pro cautione, quam aliquis nobis dedit dicimus exigere nomen. Verum legato nomine ius incorporale legatum videtur: ideoque legatario debet heres cedere actionem in debitorem defuncti. Itaque legato satisfiet, non datis tabulis, sed cessa actione §. *eum qui h. t. l. qui chirographum, inf. de leg. 3.* Sic etiam debitori legato chirographo, videor necessisse liberationem, *l. 2. sup. de pact.* Similiter hæc conditio, si chirographum meum redideris, lego. hæc verba iuris intellectum habent, id est, si me liberaueris, *l. huiusmodi §. si ita legatum, inf. hoc tit.* Ideoque illa conditio non impletur reddito chirographo, nec remissa obligatione: Impletur autem remissa obligatione, quamuis non reddatur chirographum, vt puta si non extet, si intercideri; nam si extet, reddi debet Opponitur *l. ab omnibus §. in testamento, inf. hoc tit.* tractatur ibi de eadem conditione. Verum exigit ille §. omnino, vt reddatur chirographum, nihil præterea. Dicendum in specie illius §. iam ante fuisse obligationem solutam, & ideo illa conditione non de iure cogitauit testator, sed de tab. Ideoque si extent tabulæ, vt transmittat legatarius legatum ad heredem, oportet vt reddatur. Verum si nullum extet chirographum, legatum illud habetur pro puro, conditio pro non scripta habetur, quia est impossibilis. dicit, *vera ratione*, id est, æqua. Concludo: chirographum, vel nomen ius significare non corpus. Idem significat instrumentum, rationes. Excipitur casus §. *in testamento.* Item casus in *l. 8. famil. ercisc.* Ibi Accursius. Plures sunt heredes scripti, testator vni ex iis prælegat rationes hereditarias. Quæritur, an videatur legare ea, quæ continentur rationibus? Minime. Tum rationes pro corporibus accipiuntur. Videndum, quę sit mens testatoris, quia sępe disceptatur inter coheredes, apud quem debeant remanere rationes, *l. 5. l. 6. sup. eod.* Vt hanc controuersiam testator tollat, legat vni rationes, id est, nuda corpora. Itaque iura manebunt communia inter coheredes.

Ad §. Si idem seruus.

Si idem seruus & legatus & liber esse iussus sit: Interdum procedere solum legatum poterit: vt puta si in fraudem creditoris data erit libertas, vel si is sit seruus, qui in perpetuam seruitutem venerit. Idem erit, vel si seruus sit forte pignori datus.

§. 8. Si statuliberum heres legauerit, expediet heredi ipsum statuliberum præstare magis, quam æstimationem. Etenim æstimationem veram præstabit. Ipsum vero si dederit, existente condition- nullum sentiet damnum. Iam enim æstimatio, postea non petitur ab eo hominis liberi.

§. 9. Si duos fundos habens testator, alterius mihi vsumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit: sed heres cogitur redimere aditum, & præstare.

SI idem seruus testamento legatus, & liber esse iussus sit, efficacior est libertas, etiamsi sit postrema scriptura legatus: nam efficacior est libertas legato. Hoc vero fit fauore

A libertatis, alioqui nouissima valet scriptura. Nec mirum est: nam & olim semel data libertas testamento, adimi nō poterat, reliqua poterant. Hodie autem potest, *l. si pecul. de manumiss. test. l. si seruus 50. d. de fideic. libertat.* Igitur si nouissima scriptura seruus sit legatus, & constat apertissime ademptam libertatem, tum præualebit legatum *l. 14. t. prox.* Item exigimus, vt euidens sit ademptio libertatis, id est, vt dixerit, se adimere: nam in obscuris valet libertas, nō legatum, etiamsi sit nouissimo loco scriptum. At si sit manifesta ademptio libertatis, valet legatum, quia quod adimitur, non datum videtur. & hic est vnus casus, quo legatum præualet. Est & alius, sc. si libertatis datio nulla sit: libertatis datio, quæ nulla est, legatum non infirmat, *l. qui testam. tit. prox.* Idem proponitur *hoc §. si idem.* & hic tria

B dantur exempla libertatis inutilis. Primo, si data sit libertas in fraudem creditorum, quæ nulla est. Dices: qui manumittitur in fraudem creditorum, non potest etiam legari in fraudem creditorum: nam si fraus est in libertatis datione, est & in legato. Igitur neutrum valet. Respondeo: libertatem datam in fraudem creditorum, ipso iure nullā esse, id est, ex *l.* Ælia Sentia, quæ prohibet in fraudem creditoris & patroni manumitti, *tit. qui & à quib. man. non poss.* At legatum in fraudem creditorum relictum, ipso iure valet, neque vlla lex est, quę prohibeat in fraudem creditorum legare. igitur valet, sed traditio legatæ rei poterit rescindi, sed legatum per se valet. Igitur si seruus testamento in fraudem creditorum legetur vel manumittatur, vtile est legatum, inutilis autem manumissio. Secun-

C dum exemplum: Si seruus sub hac conditione venierit, *ne nunquam manumittatur*, quæ certissima est conditio, & seruo imponi potest pœnę causa, cum forsitan male sit meritus de domino: hæc conditio cohæret seruo, neque immutari potest alterius manumissione. Idem dicemus, si seruus eam conditionem accepit testamento cuiusdam, vel si eandem conditionem acceperit sententia præfecti vrbi, vt in *l. 9. de manumiss.* Nunc sic dicamus: si ille seruus, cui inhæret illa conditio, testamento legatur, & manumittitur, vtile est legatum, inutilis vero manumissio. Tertium exemplum: Si seruus specialiter pignori datus sit, hic seruus, pignore durante, non potest manumitti citra consensum creditoris, *l. 2. de manumiss.* Nec obstat *l. generaliter §. si quis seruo, de fideicom. libert.* Nam vt hoc exponatur

D dilucide: Seruus pignoratus directe quidem non fit liber, sed si directo sit manumissus testamento, hæc manumissio pro fideicommissaria accipitur, id est, libertas ei iure fideicommissi debebitur, sc. soluto pignore. Manente pignore, nec directa, nec fideicommissaria debetur libertas. Si igitur seruus pignoratus manumittatur testamento, si non soluatur pecunia, inutile est legatum. Illud nunc notandum, de hoc genere seruorum, qui vix aut nunquam ad libertatem possunt peruenire, eos etiam non posse legari manumittendos, id est, vt manumittantur à legatario. si eo fine legantur, nec legatum, nec libertas valet, *l. 31. t. prox.* Sic etiam est in ædibus, quæ non possunt destrui propter SC. neque legari possunt, vt destruantur, *l. filiusfam. §. ædes, h. t.* Verum ei *l. 31.* opponi solet, *l. si quis eum, de cond. & demonst.* Sed, vt alias admonuimus, ita explicandum est: le-

E gati petitionem non esse si legetur seruus manumittendus, retentio tamen est legati, *l. Lucius §. codicillis, inf. t. prox.* Idem tentari potest in ædibus seruorum argumento, si legentur ædes destruendæ, earum erit retentio, sed non petitio. Sed in §. *codicillis* aliud est, vt si manumisero seruum inutiliter, & eundem Titio legauero: nam hoc legatum valet. quod si vtiliter manumisero legatum non valet. Notandum etiam, quod cum vtiliter manumitto nihil interest, præcedat manumissio, an sequatur; nam manumissione tollitur legatum, idque fauore libertatis. Cum vero inutiliter manumitto, inter est, vtrum præcedat manumissio, vel sequatur: nam tunc cessat fauor libertatis, & ideo tum spectamus nouissimam scripturam, *l. 12. h. t.* Ideoque si seruus manumittatur primo inutiliter, deinde legetur, vtile est legatum. Verum si primum legetur, deinde manumit-

vatur, inutiliter legatur, licet manumissio sit inutilis. Idem dicendum, si inter viuos vt vindicta, inutiliter manumiserit, deinde testamento legauerit, valet legatum. Si vero primo testamento legauerit, deinde vindicta inutiliter manumiserit, repellitur legatarius, *l. legatum sub conditione* §. *vlt. de adim. leg. l. 3.* §. *vlt. de instr. leg.* At cum vtiliter manumittitur, semper praeualet libertas quoquo loco sit scripta. Quaerendum nunc, si sub conditione libertas relicta sit testamento, & legetur pure, quid iuris sit? Certum est, hoc casu legatum esse conditionale, vtrunque valere, sed pendere à conditione, nec videri legari sub contraria conditione: Euentus conditionis monstrabit, vtrum sit potius, *l. si post mortem* §. *vlt. inf. h. t.* Non idem est, si dominus seruum testamento manumiserit sub conditione, nec legauerit. Postea vero heres eum seruum legauit, ergo seruus ille testamento domini accepit conditionaliter libertatem. ab herede legatus est, ille heres heredis statim conuenietur, vt praestet vel seruum, vel aestimationem eius: nam purum erit legatum, §. *vlt. hac l.* Sed ait ibi, consultius faciet heres heredis, si ipsum praestiterit statuliberū; nam ipso praestito & existente postea conditione libertatis, nihil amittit: At praestita aestimatione, & post existente conditione libertatis, & seruum amittit & aestimationem. Ita est accipiendus §. *si statuliber*, vbi Florent. legitur. *si statuliberum heres legauerit.* Et quod ait postea, heredi expediet, id est, heredi heredis. In fine huius *l.* haec proponitur species: Testator habebat duos fundos, vnum legauit Titio, alterius vsumfructum mihi legauit. Ego vel alius quisquam non potest eo fundo frui, nisi mihi concedatur via per fundum Titio legatum: Quaeritur, quis sit huic praestationi obstrictus, heres an Titius? Dicitur, heredem esse obstrictum. Verum heres quomodo praestabit viam? Id explicatur in fine huius *l.* sed vnus tantum modus proponitur. Sunt tamen & alij. Creditur obstare huic §. *l. damnas* §. *1. de vsufr. leg.* Sed res facilis est, si dicamus, plures esse modos praestandae viae. Primo enim heres per retentionem fundi extorquebit à Titio viam, *d. l. damnas* §. 1. Vel etiam, si heres ea retentione non sit vsus per errorem, poterit id consequi condictione indebiti, quasi plus debito dederit. Igitur si retentione sciens non sit vsus, & liberum fundum praestiterit, heres tum cogitur viam emere, & Titio & mihi praestare, quoniam aliter vti non possum; quae via est seruitus, quia non tam praestatur gratia fructuarii, quam fundi. Ideoque extincto vsufructu consolidabitur cum proprietate, & competit ei eadem via. At via, quae conceditur tantum gratia fructuarii, non est seruitus: Nam talis potest dari species, vt si ipse non possit aliter frui, quā illa via praestita, alius possit, tunc personale ius est, non seruitus, *l. 2.* §. *2. D. si seruit. vind.*

Ad Leg. XLV.

Si à substituto pupilli ancillas tibi legassem, easque tu à pupillo emisses, & antequam scires tibi legatas esse, alienaueris, vtile legatum esse Neratius & Aristo & Ofilius probant.

INitio legis proponitur species huiusmodi. Pupillus heres est institutus, & ei substitutus datus. à substituto pupilli in secundis tab. res mihi legata est. antequam existeret cōditio, ego eam rē emi à pupillo herede instituto. post extitit conditio substitutionis. An legatum petam ex secundis tabulis? Agam hoc casu ex testamento, non quidem ad rem, quoniam iam habeo, sed ad pretium, non quidem verum; sed quod mihi abest, quodque pupillo numeraui, *l. plane.* §. *quod si rem, sup. hoc tit.* Interdum tamen etiam ad rem agam, scil. si eam rem emero à pupillo, & antequā cognoscerem, eam mihi legatam, eam alienauero: tunc quia rem amplius non habeo, agam ad rem, vel ad rei verum pretium. Cum ad rem agitur, semper intelligitur vel ad rem ipsam, vel ad verum pretium, *l. proxima* §. *pater,*

A *sup.* At quid si sciens rem mihi legatam alienauero, scilic. veri pretii consequendi causa, cum forte minoris eam emissem? tunc non erit indulgendum meae cupiditati. Itaque actione ex testamento non consequar verum pretium, nec plus quam numeraui. Ideo lex ait: *Antequam scires, &c.* Reiiciendum, quod Accurs. ait: sciuerit, an ignorauerit, nihil interesse, item alienauerit nec ne. Et haec quidem, si legatarius rem emit ab alio, quam à quo legata est: vt in proposita specie, emit à pupillo cum à substituto eius legata esset. Verum si emat rem ab eo, à quo legata est, ita distinguendum est: Aut sciens sibi legatam emit, & tunc sua culpa legati petitionem amisit: aut ignorans, & tunc aut res ei tradita est ex causa emptionis, aut non tradita est. Si tradita est, aget ex testamento, non ad rem, quam habet, sed

B ad pretium, quod numerauit; & vt ea res eius fiat: nam ex causa emptionis, venditor non tenetur rem accipientis facere; at ex causa legati heres tenetur rem facere accipientis. Igitur actione ex testamento agitur ad pretium, & vt fiat legatarii. Re autem non tradita ex causa emptionis, legatarius aget ex testamento ad rem, & non tenebitur pretii nomine, vel si pretium soluerit, id recipiet actione ex empto, quasi re euicta. Actio ex stipulatione duplae cessabit, *l. huiusmodi* §. *qui seruum, inf. hoc tit. & l. cui rei, sup. de act. emp.*

Ad §. Heres, & L. XLVI.

C *Heres generaliter dare damnatus: sanum eum esse promittere non debet. Sed furtis & noxiis solutum esse promittere debebit: quia ita dare debet, vt eum habere liceat. Sanitas autem serui ad proprietatem eius nihil pertinet. Sed ob id, quod furtum fecit seruus, aut noxam nocuit, euenit, quo minus eum habere domino liceat: sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, vt eum habere domino non liceat.*

§. *2. Si vero certus legatus est, talis dari debet, qualis est.*

L. 46. Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dare promiserit.

ACtione ex testamento agitur, vt res legata actoris fiat, *d.* §. *qui seruum.* Haec actio datur ex legato

D damnationis, neque vlla alia ex hoc genere competit. Potest tamen eadem actione ex legato vindicationis agi, sed tum eodem iure censetur, ac si per damnationem legatum esset. Quaeritur, an etiam hic debeat praestare heres actione ex testamento, vt legatario rem omnino habere liceat, id est, vt eam rem obtineat sine vlla controuersia. Eam enim rem habere non licet, de qua possessori potest fieri controuersia, quod sit vel furtis, vel noxiis obnoxia, pignori obligata, vel alia ratione. Verum sic distinguendum: aut generaliter homo legatus est, aut Stichus. Si Stichus, tum heres tenetur actione ex testamēto, eū facere legatarii, & si testator sciens alienū legauerit, heres debet eū redimere & praestare. verū heres non debet praestare *eū Stichū furtis noxisque solutum esse*, id est, in ea causa non esse, vt noxae dedi

E nō possit. Itē fugitiuum non esse, sed qualis est, talem dabit, *l. si legati serui, l. si seruus Titij, inf. hoc tit.* Item, si testator Stichum bona fide possessum emerit, quem alienum ignorabat, eum heres inuentum in rebus hereditariis praestabit, qualis erit, nec tenebitur de euictione, *l. cum pater* §. *euictus, tit. prox.* Item, si testator legauerit seruum Stichum nominatim, ignorans pignori obligatum, de quo *l. si res obligata, inf. hoc t.* Certus igitur homo legatus, talis qualis est praestatur. At si homo legetur generaliter: tum ex omni familia debet heres eligere aliquem furtis noxisque solutum quem habere liceat, item pignore solutum. Item non fugitiuum, qui seipsum non nobis subtrahat, *l. qui concubinam* §. *si heres, inf. de legat. 3. l. heres, sup. de euict.* Item debet praestare hominem, quem manumittere liceat, quem

re liceat, quem legatarius ad libertatem perducere possit, *l. qui decem §. vlt. de solut.* Denique debet heres perfecte hominem facere accipientis, ideo tenetur de euictione, *l. si domus §. vlt. de solut.* Notandum, eum §. esse accipiendum tantum de legato generaliter relicto: est enim coniungendus iis, quæ præcedunt, quæ sunt de domo generaliter legata. Notandum tamen hunc heredem non debere hominem, quem præstat, sanum præstare, sicut venditor debet ex edicto ædilium. Verum id heres non pręstat, quoniam sanitas nihil pertinet ad proprietatem; debet autem duntaxat proprietatem firmam & stabilem præstare, §. *heres.* Similiter non pręstat furem non esse, erronem non esse, vespillonem non esse, *d. l. qui* 10. § *pen.* nam hæc nihil etiam ad proprietatem. *Vespillonem*, id est, sepulchri violatorem recte interpretatur Accursius. Si heres sciens legatario furem præstiterit, & is legatario furtum fecerit quid fiet? *l. si heres generaliter, inf. hoc tit.* ait, dari actionem de dolo in heredem, quia sciens furem dedit. Postea se corrigit, & ait, potius esse, vt detur actio ex testamento, vel in factum. Itaque actione illa, quasi nihil adhuc dederit, cogetur alium præstare, & hunc relinquere pro noxa. Et hoc constituitur in pœnam heredis, *d. l. si heres generaliter.* Ea autem, quæ diximus circa hanc quæstionem de legato, habent etiam locum in stipulatione. Sicut in legato distinguimus inter hominem generaliter legatum, & certum hominem. Idem seruamus, si quis dare promiserit, vel certum hominem, vel generaliter, *l. 46. huius tit.* Itemque in stipulatione hominis generaliter concepta, electio est debitoris: hic etiam in legato est debitoris, id est, heredis. Nam in §. *heres* hoc nominatim traditur de legato damnationis, vt in *l. 13. sup.*

Ad L. XLVII.

Cum res legata est, si quidem propria fuit testatoris, & copiam eius habeat heres, moram facere non debet, sed eam præstare. Sed si res alibi sit, quam vbi petitur, primum quidem constat, ibi esse præstandam, vbi relicta est, nisi alibi testator voluit: Nam si alibi voluit, ibi præstanda est, vbi testator voluit, vel vbi verisimile est, eum voluisse. Et ita Iulianus scripsit tam in proprijs, quam in alienis legatis. Sed si alibi relicta est, alibi autem ab herede translata est dolo malo eius, nisi ibi præstetur vbi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine. Ceterum si sine dolo, ibi præstabitur, quo transtulit.

§. 1. Sed si id petatur, quod pondere, numero, mensura continetur, si quidem certum corpus legatum est, veluti frumentum ex illo horreo, vel vinum ex apotheca illa, ibi præstabitur, vbi relictum est, nisi alia mens fuit testatoris. Sin vero fuit certa species, ibi erit præstandum, vbi petitur.

§. 2. Itaque si Stichus sit legatus, & culpa heredis non pareat, debebit æstimationem eius præstare: sed si culpa nulla interuenit, cauere heres debet, de restitutione serui, non æstimationem præstare. Sed & si alienus seruus in fuga sit sine culpa heredis, idem dici potest: Nam & in alieno culpa admitti potest. Cauit autem sic, vt si fuerit adprehensus, aut ipse, aut æstimatio præstetur. Quod & in seruo ab hostibus capto constat.

§. 3. Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, & alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit præsentem præstari, aut absentis æstimationem. Totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, etsi alter decesserit, alterum omnimodo præstandum, fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cauendum, vt si in potestate ambo redirent. Sed si vel alter, & vel ipsum, vel absentis æstimationem præstandã. item si res aliena vel hereditaria sine cul-

A *pa heredis perierit, vel non compareat, nihil amplius quam cauere eum oportebit. Sed si culpa heredis res periit, statim damnandus est.*

§. 5. Culpa autem qualiter sit æstimanda, videamus. An non solum ea, quæ dolo proxima sit, verum etiam, quæ leuis est? An nunquid & diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.

§. 6. Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, vtique æstimationem non deberi. Quod ita verum est, si non post moram factam id euenerit; potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Hvius maximam partem exposuimus in *l. 39. & 36.* §. 1. Reliqua videamus. Res legata aut præsens est, aut absens. si præsens est, id est, si heres eius copiam facit, ibi confestim eam heres debet præstare. Si sit absens, ibi debet præstari, vbi testator eam reliquit, vel vbi præstari voluit nominatim, vel voluisse verisimile est, vel vbi sine dolo malo heres eam rem transtulit, vel vbi est maior pars hereditatis, vel vbi domicilium heres habet, *l. 38. sup. de iudic.* Et hoc quidem, si res legata extet. Quid si perierit, vel non compareat? tunc sequemur ea, quæ tradita sunt in *l. 39. sup.* Scilicet, si culpa heredis fuerit, præstabit æstimationem: si nulla culpa fuerit, præstabit tantum cautionem de persequendo. Additur, hoc verum esse non tantum, si legetur res propria, sed & si aliena, vel res heredis legetur. Obseruandum in §. *item si res*, rem hereditariam accipi pro re heredis: Nam initium legis proponitur in re propria, de re aliena est §. *1. & §. sed si alienus.* §. *Item si res*

C est de re heredis. Sic etiam in §. *si res legata, de legat.* vbi de eadem quæstione tractatur de re propria, tum de aliena, tum de re heredis. Itaque hæc verba in *d. §. item si res aliena, vel*, abundare videntur: nam de re aliena dictum est supra. Subiicitur autem in eo §. idem esse in re heredis. Item, finge: Legauit Stichum aut Pamphilum per damnationem, heredi electione concessa. si vterque sit præsens, res est aperta, heres alterutrum dabit, & ibi dabit, vbi dictum est supra dari debere. Verum, quid si vnus ex iis sit in fuga, aut non compareat, an expectabimus donec inueniatur? Minime. tunc heres habet electionem. cum vterque præsto est, cum vnus in fuga est, omnimodo alter præstandus est, nec expectatur is, qui est in fuga. Idem, si vnus moriatur,

D Addendum: heredem posse eius, qui est in fuga, æstimationem offerre, & sic alterum retinere. Sed hoc ita procedit, si ille seruus fugerit, aut mortuus sit sine culpa heredis: Nam si culpa heredis mortuus sit, secus est. Finge eum, qui culpa heredis mortuus est, esse viliorem altero, ideoque heres eius mauult præstare æstimationem: non audietur, quia hoc in eius pœnam est constitutũ. Omnino enim cogetur præstare superstitem *Stichum aut Pamphilum, §. 1. inf. de solut.* Ibi recte Accursius notat ita conciliandam eam legem cum hoc §. Exponenda est hic *l. Stichum aut Pamphilum, sup. ad leg. Aquil.* Sciendum, seruo occiso, dari actionem legis Aquiliæ domino, & fit condẽnatio ex ea actione in id, quanti is seruus eo anno plurimi fuit, is autem annus retro computatur. Finge: Ego promi-

E si Stichum aut Pamphilum. electio est mea. Stichus vilior est Pamphilo, eum Stichum, antequam moram faciam, stipulator occidit. non sum liberatus propterea, quoniam Pamphilum superstitem necesse habeo dare. Verum de Sticho occiso agam lege Aquilia aduersus stipulatorem. At quæro quanti fiet æstimatio? An quanti fuit Stichus? puta decem, an vero quanti est Pamphilus, puta viginti quem necesse habeo dare? Hoc verius est. Ratio: quia si Stichus non fuisset occisus, pretiosiorem non dedissem. Igitur eo anno Stichus videtur eo pluris fuisse, quod eo dato potui mihi seruare Pamphilum pretiosiorem. Itaque Stichi nomine consequar 20. Additur in ea lege, hæc procedere non tantum si Pamphilum præstitero, sed etsi nõ, vt puta si Pamphilus postea suo fato decesserit ante moram, atque ita ipse omnimodo liberatus fue-

ro. Verum lege Aquilia consequar 20. Stichi nomine, quia A verum est nihilominus, quamuis non sit præstitus Pamphilus, semel eo anno pluris Stichū fuisse, quia Sticho dato potui mihi seruare Pamphilum. Additur, huic rationi locum etiam esse, si Pamphilus prior decesserit suo fato, & deinde à stipulatore Stichus fuerit occisus intra annum mortis Pamphili; quia tum etiam verum est eo anno Stichum eo pluris fuisse. Igitur omnibus his casibus Stichi nomine consequar 20. Hæc est sententia legis. Nunc dubia quædam explicemus. Lex ait: Sticho occiso, necesse habeo Pamphilum dare, quia solus Pamphilus superest, solus est in obligatione. Obligatio est, qua necessitate astringimur. sic itaque necesse habeo Pamphilum dare. Verum possum offerre æstimationem Stichi, quia mortuus est sine mea culpa, sicque retinebo Pamphilum, vel opposita compensatione contendam me esse liberatum. tum ponit Stichum B occisum ante moram. Idem sane erit: nam supererit petitio Pamphili. Eadem erit æstimatio legis Aquiliæ. Cur igitur ponit ante moram occisum? Dico, casum legis esse referendum ad præcedentē legem. Illis coniunctis apparebit, multum interesse, vtrū quis promiserit *Stichum tantū, an Stichum aut Pamphilum*. Nam si Stichum tantū promiserit, & eum creditor occiderit ante moram, tenetur Aquilia, quod non videbatur dicendum: verum licet tum liberetur debitor; tamen creditor, qui occidit, tenetur Aquilia. Cum enim ante moram occidit, voluit iniuriam inferre debitori, quod impunitum esse non debet. At si extraneus occiderit, non tenebitur Aquilia; nec debitori, quia damni nihil fecit, non etiā stipulatori, quia non est dominus, sed datur actio de dolo. Dicamus igitur, si creditor occiderit, eum teneri, extraneum non teneri, *l. arbitrio §. vlt. de dolo.* quæ C sic cum *hac l.* concilianda est (Græci in 60. *Basil. tit.* 3. illic extraneus occidit, hic stipulator.) Verum si quis promiserit Stichum aut Pamphilum, nihil differt extraneus à creditore. Siue igitur creditor occiderit, siue extraneus, competit Aquilia. Dico post moram etiam interesse, sed aliter. Promisi *Stichum aut Pamphilum*. Sticho occiso post moram, nihil differt extraneus à creditore, quoniam semper competit Aquilia. Sed cum promisi *Stichum tantum*, & occiditur post moram, creditor non tenetur, extraneus tenetur. Denique si sit obligatio disiunctiua, nihil differt extraneus à creditore, siue post, siue ante moram Stichus occidatur. cum est simplex, differt, ita scilicet: Nam si Stichū ante moram creditor occiderit, tenetur: si extraneus, non tenetur. Si post moram creditor occiderit, non tenetur, D extraneus tenetur, quia tum damnum dat debitori, qui non liberatur. Postremo de debitore occidente non dubitatur: omnimodo enim tenetur, si culpa occiderit. potest sine culpa occidere, vt in facinore deprehensum. tum non tenebitur, *l. quid igitur §. si herus, inf. hoc t. l. 96. de verb. oblig.* Sed si culpa occiderit, tenebitur ad verum pretium, non ad *lipsana*, id est, reliquias. Idem, si causam mortis præbuerit. Item, si seruum legatum noxæ dedit, quoniam erat noxis obligatus; heres enim talem præstare debet qualis est: sed antequam præstaret, noxæ dedit ei, cui nocuerat: tunc si expedierit eum seruum defendere iudicio noxali, quam dedere, tenebitur legatario ad rem: Sic etiam, si domum legatam patiatur possidere heres, cum non promittit damnū infecti, tunc etiam tenebitur legatario ad rem, E quasi eius culpa fuerit alienata. Item, si ex fundo legato locum faciat religiosum mortuo illato, tum tenebitur ad pretium tantum, ne religio tollatur, *l. Meuius §. in fundo, tit. prox. inf.*

Lex 48. exposita est in l. 38. *§. si legatum.*

Ad L. XLIX.

L. 49 Si cui legetur, cum quatuordecim annorum erit, *certo iure vtimur, vt tunc sit quatuordecim annorum, cum impleuerit. Et ita Imperatorem decreuisse Marcellus scripsit.*

§. 1. Ergo cum esset sic relictum, cum ad quartum decimum annum peruenisset, annua, bima, trima die, *& decem & septem annorum mortis tempore inueniatur: præsens legatum erit. Proinde si quindecim annorum, consequenter dicemus post biennium deberi. Si sedecim: post annum debebitur. Si menses desint ad septimum decimum annum, residuis mensibus debetur. Hæc ita, si putans minorem esse quatuordecim annorum, cum iam excessisset sic legauit: si vero scit, triennium ad legati præstationem ex die testamenti facti numerabimus.*

§. 2. Hoc autem legatum & conditionale est, & in diem. Conditionale tamdiu, quamdiu quartusdecimus annus sit completus, postea in diem.

§. 3. Et ideo, si quidem ante quartumdecimum annum decesserit, ad heredem nihil transit. Certe postea ad heredem transfert. Quod si testamenti facti tempore minor quatuordecim annis filius inueniatur: puto tempus, annua, bima, trima die *præstationis, ex die completi quarti decimi anni statim cedere: nisi euidens alia mens probaretur testatoris aliud sentientis.*

§. 4. Si Titio decem, quæ ego debeo, legauero, & rogauero eadem creditori præstare, fideicommissum quidem in creditoris persona non valet, quia nihil eius interest: heres vero potest cum legatario agere, quia ipsius interest creditori solui, ne eum conueniat. Ergo propter hoc valebit legatum.

§. 5. Sed si testator decem mihi sub fideiussore debuit, fideicommissi petitio non solum heredi, sed & fideiussori competit. Interest enim eius solui mihi, quam ipsum conuentum mandati actionem intendere. Nec interest soluendo sit, nec ne.

§. 6. Iulianus lib. 39. D. scribit. Si fideiussor creditori legasset quod ei deberet, an legatum valeret? Et ait, creditoris quidem nihil interesse, verum debitorem habere ex testamento actionem: interest enim ipsius liberari, quippe conueniri à fide iussoris herede non poterit.

§. 7. Quod si idem fideiussor Titio leget, & fidei eius commiserit, vt creditori soluat: & debitor & fideiussoris heres agere cum Titio ex causa fideicommissi poterunt: quia vtriusque interest, legatarium soluere.

§. 8. Meminisse autem oportet, eum qui damnatur, hoc solum fundum vendere, non gratis damnari hoc facere, sed hoc solum, vt vendat vero pretio.

§. 9. Quod si certo pretio sit damnatus facere, necesse habebit tanti vendere, quanti damnatus est.

Prima species: Pater filio impuberi ita legauit, *cum erit annorū 14. lego 10. vel cum ad 14. annū peruenerit*, quod idem erit. Quæritur, quando intelligatur esse 14. annorum vtrum cum attigerit, & fuerit ingressus, an vero cum expleuerit? Placet eum ad legatum non admitti, nisi expleuerit annum decimum quartum. Hac in re annus cœptus non habetur pro completo, & ita Vlpianus ait Marcellum scripsisse in *l. non putabam, de condit. & demonstr.* quæ huc pertinet: In ea lege legitur: *Annum decimum sextum*, videtur legendum: *decimum quartum*: Nam cur legatum conferatur in tempus pubertatis, est ratio, *l. si Titio, quand. dies leg. l. vlt. de fideic. liber.* Sic in *l. Caius, de fid. lib. & l. Publius §. 1. de condit. & demonstrat. l. Seius, ad Trebell.* Verum *l. non putabam* opponitur *l. qui filium §. Fabius, ad Trebell.* vbi ostenditur, satis esse si inchoauerit annum. Verum in eo §. *Fabius*, quod dicitur, non dicitur ex decreto Antonini Pii, de quo hoc loco, *& l. nō putabam*. Sed ex alio decreto Antonini Caracallæ, quoniam Paulus ait Imperator noster. Is vero est Caracalla. Igitur in *l. non putabam, & §. Fabius* referuntur pugnantia Imperatorum decreta. Sed probandum est decretum Antonini Pii, quoniam lex nostra ait, *certo iure vtimur.* Id etiam Antonini Pii decretum confirmat *l. pen C. quando dies leg. ced.* Sic annus cœptus nō habebitur pro cōpleto. Sic etiam de inuentione thesauri sunt repugnantia rescripta in *§. thesauros, de rer. diuis. &*

l.3.§.si in locis, inf. de iure fisci. Alterum Adriani, alterum Diuorum fratrum. Legatum igitur hoc est conditionale; ideoque si interim moriatur ante pubertatem, nihil debetur, *§.hoc autem, h.l. & d. si Titio, quādo dies legat. ced.* Obstat *l.pen.C.eod.* quæ ait, non esse conditionale, sed in diem: & ideo moriente legatario transmitti ad heredem. Dicendum, in *§.hoc autem*, ita fuisse legatum, *cum erit annorum quatuordecim, lego.* Hoc conditionale est. At in specie *l. pen.* pure legauit: dixit enim, *do, lego filio* 10. verum separata oratione adiecit, quæ accipere debet, *cum erit annorum* 25 His verbis legato iam ante pure relicto, dies tantum adiicitur, nisi probetur, testatorem voluisse facere conditionem. Si igitur filius in ea specie moriatur ante annum 25. heres eius 10. petet, non statim, sed eo tempore, quod si filius viueret, eius ætatis foret. Huc facit *l. Firmio, quando dies leg. ced.* Et fuit sentent. Ioannis & vera. Finge nunc: Testator dixit, *cum erit annorum 14. ei annua, bima, trima die heres meus 30. dato.* Hoc legatum est conditionale & in diem. Conditionale est, quoad peruenerit ad pubertatem. Ideo si ante pubertatem moriatur, nihil transmittit. Post pubertatem autem, est in diem annuam, bimam, trimam; si igitur intra illam diem moriatur, transmittit. Notandum quod hæc verba: *Annua, bima, trima die*, adduntur heredis exonerandi causa, ne vna solutione defungi compellatur, & diuidunt legatum in tres pensiones, vt legatarius post pubertatem anno 15. accipiat 10. alia 10. anno 16. alia 10. anno 17. Finge nunc: Tempore mortis testatoris filius impleuit 17. annum, tunc filio statim tota 30. debentur. Finge: Impleuerat tempore mortis annum 15. tum debentur 10. alia annua, bima die. Item impleuit tempore mortis annum 16. tum debentur 20. alia 10. post annum. Denique illud triennium numeratur ex die completi anni decimiquarti. Interdum tamen triennium numeratur ex die facti testamenti, vt si testator ita legauit, vt diximus, cum sciret eum iam compleuisse annum 14. altera species: Ego quod debeo creditori, legaui. inutile est legatum, nisi quod debeo ex tempore, vel conditione, vel modo, vel loco, dilationem capiat, quæ per legatum tollatur: alioquin legatum est inutile, *l.28.l.29.sup.* Addendum, inutile etiam esse fideicommissum eadem ratione. Finge: Legaui tibi, *quod Caio debeo*, & rogaui te per fideicommissum, *vt id Caio sua die præstares.* Quantum attinet ad Caium, inutile est fideicommissum. verum quantum ad heredem meum, vtile est, quoniam heredis mei interest Caio solui, & ego heredis gratia ita legaui, vt eum exonerarem. Igitur quantum ad heredem vtile est fideicommissum. Item vtile est quantum ad fideiussorem, qui pro me intercessit: nam eius etiam interest, vt non soluat potius, quam solutum repetat. Igitur heres & fideiussor debitoris est fideicommissarius, non creditor: nam quod ad eum attinet, est inutile, *§. si Titio, & §. prox. h.l.* Obstat valde *l.3.§.vlt. de liberat. legat.* Ex ea colligunt, etiam in personam creditoris consistere fideicommissum. Species: Primus legauit Secundo, quod ego illi Secundo debeo, idque fecit mei gratia, vt me liberaret & heredem suum oneraret. Hic ego sum legatarius, quia mea causa legatum est. Agam itaque cum herede Primi, vt me defendat aduersus creditorem meum. Creditor meus est etiam legatarius, quia nominatim est ei legatum; nam & eius interest, scilicet duos reos habere. Nunc quæritur, cur etiam in specie *§. si Titio*, creditor non sit fideicommissarius, vt scilicet habeat duos reos, heredem & legatarium? Animaduertendum, vtramque legem esse ex Vlp. libro scil. ad Sabinum. In eo libro omnia fere, quæ tradit, sumit ex libris Digestorum Iuliani. Iulianus scripserat, vtroque casu debitorem solum vel fideiussorem eius esse legatarium, non creditorem. In *§. vlt.* id scripsisse Iulianum refertur, in *§. si Titio* idem etiam scripsit, vt constat ex *§. penult. versic. quod si idem, h.l.* Nam quæ ponitur species in *§. si Titio* in debitore legante, idem ponitur in fideiussore debitoris. Finge igitur: Fideiussor, quod debet fideiussorio nomine, tibi legat, & te rogat, *vt sua die soluas creditori*, id facit

A tam sua heredisve sui causa, quam debitoris principalis. Igitur debitor est fideicommissarius ex hac scriptura, non creditor, & id in *§. pen.* nominatim traditur. In vtraque specie scripsit Iulianus, solum debitorem legatarium esse: hoc Marcellus notauit, & scripsit, tam creditorem, quam debitorem legatarium esse, quoniam ad aliquid interest etiam creditoris. Dubium autem non est, quin ea nota Marcelli sit applicanda ex *hoc §. vlt. ad §. si Titio.* Nam quod est in *§. si Titio*, est ex disciplina Iuliani. Verum sciendum, tunc creditorem legatarium esse ex sententia Marcelli, cum nominatim illi legatum adscriptum est, alias debitor solus est legatarius, *l.11.§. interdum, de leg. 3.* Huc pertinet *§. Iulianus* in hac *l.* Fideiussor creditori legauit quod debet reus principalis, quodque ipse debet

B quasi accessio, id fecit debitoris gratia, vt omnino liberaretur, & à creditore, & à se, id est, à credito & mandato. Hoc casu solus debitor est legatarius, non creditor. Hoc Marcellus non notauit: Nam in hac specie creditor non ideo habet plures reos: habet enim debitorem & heredem fideiussoris, quos semper habet etiam sine legato. At in superiori specie creditori nouus reus accedebat, & eatenus Marcellus existimat vtile esse legatum. Postremo damnari potest heres, vt ære alieno alium liberet, *§. sed & tale, de legat.* Paul. 3. *Sent. tit. de legat.* hoc non fiebat vindicationis genere, hoc constat ex supradictis. Addendum, damnari posse etiam heredem, *vt domum alteri extruat*, quod non fit per vindicationem, vel *vt vendat rem quandam hereditariam alteri*: ideo hoc adiungitur superioribus,

C quoniam, sicut ex superioribus apparet damnari posse, *vt ære alieno liberet*, sic etiam damnari posse, *vt vendat alteri*, & si damnetur, *vt vendat viliori pretio*, tunc constat vtile esse legatum. At si damnetur *vt vendat iusto pretio*, videtur inutile; sed tamen placet esse vtile, quoniam plerumque legatarij valde interest eam rem habere, *l. & si æquo, inf. hoc tit.* Quid si damnetur simpliciter vendere? Tunc videtur damnatus vt vendat iusto & æquo.

Ad l. L.

L. 50. Si seruus plurium sit, pro dominij portione legatum ei relictum adquiret.

§. 1. Si hereditatis iudex contra heredem pronunciauerit,

D *non agentem causam, vel lusorie agentem: nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergo, si per iniuriam fuerit pronuntiatum, non tamen prouocabit? Iniuria ei facta non nocebit legatariis, vt & Sabinus significat. Si tamen secundum substitutum pronuntiet, an ille legatariis teneatur, videamus. Et cum ius facit hæc pronuntiatio, quod attinet ad ipsius personam, numquid legatariis teneatur: Nec enim tam improbe causari potest, secundum se iudicatum per gratiam. Respondebit igitur & legatariis vt creditoribus.*

§. 2. Si quis ante quæstionem de familia habitam, adierit hereditatem, vel necem testatoris non defenderit, legatorum persecutio aduersus fiscum locum habet. Quid tamen si fiscus bona non adgnoscat? Ex necessitate redundabit onus legatorum ad heredem. Sed si subiecit delatorem sibi, vt ei he-

E *reditas adiudicetur, & oneribus careret, vel minus plene defendit causam: non se exonerat, exemplo eius, qui collusorie de hereditate litigauit.*

§. 3. Si numerus nummorum legatus sit, neque apparet, quales sunt legati: ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est. Sed & mens patrisfamiliæ, & legatarij dignitas vel charitas, & necessitudo: item earum, quæ præcedunt, vel quæ sequuntur, summarum scripta sunt spectanda.

Seruus communis adquirit dominis pro portione dominica, vt si vnus habet bessem in seruo, alter trientē, pro iis partibus eis adquiritur legatum. In §. 1. quæritur, an sententia dicta aduersus heredē scriptū, noceat legatariis? Placet nocere vt heres scriptus & legitimus litigāt de he-

reditate, scriptus vincitur, victoria legitimi nocet legatariis: legata non valent, nisi is, qui heres scriptus est, heres existat. Legata pendent ex institutione heredis, *l. 3. sup. de pig.* Igitur si sententia vincatur scriptus, hoc legatariis nocet. Nec obstat *l. 1. inf. de excep. rei iud.* quoniam in specie eius *l.* non fuit actum de hereditate: scriptus heres victus non fuit, sed fuit actum de legato, & legatarius victus fuit, quod non nocet cæteris, etiamsi ideo sit victus, quod diceretur testamentum irritum. Et ita Accurs. in *l. Papinianus §. vlt. de inoff. test.* Græci *lib. Basil. 51. tit 2.* Verum si sententia dicatur aduersus heredem scriptum, hoc necessario nocet cæteris. Nec etiam obstat *l. statuliberi §. Quintus, inf. de statulib.* Species: Seruo dedit libertatem, *si heredi 20 dederit.* est statuliber. Orta est controuersia hereditatis inter scriptũ & legitimum. legitimus vicit. statuliber ei dedit 20. An fit liber? Lex ait, fieri liberum. Igitur victoriã heredis legitimi non nocet statutæ libertati. Dicendũ, id fieri ex 12. tab. quibus cautum est, conditionem illam statulibertatis posse impleri in persona emptoris, quoniã si statuliber vendatur, dando emptori 20. liber fit, Vlpian. in *Fragm. tit. 2.* Sic etiam in persona eius, qui hereditatem euicit, & generaliter conditio illa potest impleri in quocunque, qui eius serui dominus factus sit, *l. si statulibera §. statuliber, & §. prox. inf. de statulib.* Notandi sunt duo casus, quib. sententia dicta aduersus heredem, legatariis non nocet. Vnus est: Si heres scriptus collusorie causam de hereditate egerit, vt colludens cum legitimo in fraudem legatariorum. Si igitur colluserit heres, hoc non nocet legatariis. Id factum est constitutione Antonini Pij, *l. si perlusorio, & l. à sent. §. 1. de appellat.* Hoc casu scripto colludente & condemnato, legatarij possunt appellare, etiamsi inter eos non sit lata sententia. Itemque habent actionem aduersus heredem scriptũ: collusor tenetur perinde, ac si non fuisset superatus, *§. pen. h. l.* Species: Sciendum heredi scripto hereditatem auferri, quasi indigno, si necem defuncti non vindicet. Itaque, si testator sit domi suæ occisus, & heres adierit hereditatem ante quæstionem familiæ habitã, facit contra S C. Syllanianum: Nam ex eo SC. debet haberi quæstio omnium seruorum. At si heres scriptus præmature hereditatem adeat, ei hereditas aufertur, *l. Marcellus §. vlt. ad Treb. l. 5. §. 1. inf. ad Syllanian. l. 3. C. de his, quæ vt indig.* Igitur ex his causis hereditas fisco vindicatur, sed legata non pereunt, quoniam à fisco præstantur. Quod generaliter obtinet in omnibus caducis, vt fiant caduca cum suo onere. Scriptus igitur non præstabit legata, sed fiscus. Si tamen fiscus non agnoscit bona, scriptus tunc necessario onera agnoscet, quamuis videatur ipso iure cecidisse hereditate. Item scriptus tenebitur legatariis, etiamsi fiscus bona agnouerit, si ipsemet scriptus delatorem suum misit, qui eum deferret, vel etiam si apud procuratorem Cæsaris causam egerit collusorie, perfunctorie, translatitie: sicuti si collusorie egerit cum legitimo. Alter casus est: Si heres scriptus causam non egerit, & quasi contumax superatus fuerit. Hæc sententia legatariis non nocebit ex constit. Diuorum fratrũ, *d. l. si perlusorio §. quoties, l. qui repudiantis §. vlt. & l. prox. de inoff. test.* Igitur hoc casu legatarij non appellabunt: nam à sententia lata in contumacem nõ appellatur, *l. 1. C. quor appell. non recip.* Præterea legatarij non agunt aduersus scriptũ, quia nulla eius collusio intercessit, sed mora tantũ. Verum legatarij agent aduersus eũ, qui vicit: quia quod vicit, non ex iure suo consecutus est, sed ex contumacia aduersarij. licebit igitur legatariis rem retractare, *d. l. si perlusorio, in fi.* Hi duo casus sunt in *§. 1. h. l. non agentem causam,* id est, contumacẽ. Exceptis illis duobus casibus, sentẽtia dicta aduersus heredem scriptũ, legatariis nocet, etsi per iniuriam ita pronuntiatum sit. Iniuria facta scripto nocet legatariis. Si dicamus, iniuriam factam heredi scripto, non nocere legatariis, nulla esset differentia inter creditores pigneratitios & legatarios. Euidẽs tamen est differentia: Nam legata tantum ex testamento valẽt, cuius caput est institutio: vitiata igitur institutione, & legata vitiantur. Verum pignus non valet ex testamen-

A to, & fieri potest, vbi ab initio recte fuerit contractum. [...] deoque etiam superato herede debitoris, pignoris cau[...] semper manet, *l. 3. sup. de pign.* Iniuria facta scripto n[on] nocet creditori hypothecario. Itaque videtur in hoc §. [...] negationem superesse: *Iniuria non nocebit legatariis,* vt[...] Sabinus indicat. Imo nocebit: nam duo tantum casus in[...] ueniuntur excepti, & hi ex certis Constitutionibus. Hi[c] tertius casus non potuit excipi sola auctoritate Sabin[i]. Imo vero hoc casu magis fuit opus constitutione, quam i[n] aliis duobus casibus. Igitur concedendum, Sabinum scri[...] psisse, *nocere.* Iniuria igitur facta scripto, nocet legatariis, [si] modo scriptus ex fide causam egerit. Hoc procedit, si li[s] fuit inter heredem & legitimum, & per iniuriam sit pro[...] nuntiatum secundum legitimum. Hoc legatariis nocet. A[...] B liud est, si lis fuit inter institutum & substitutum. vterqu[e] venit ex testamento: Si igitur per gratiam, atque adeo pe[r] iniuriam substitutus vicit, nihilominus substitutus legat[a] ab instituto relicta præstabit: Nam relicta ab instituto vi[...] dentur repetita à substituto, *l. licet inf. h. t.* Verum hoc ca[...] su dubitari poterat, quia videtur per iniuriam iudicis he[...] reditatem obtinere, non iure substitutionis. verum non potest substitutus sine rubore allegare, *Non iure substitutionis vici, sed gratia iudicis.* Denique hic sententia pro veri[...] tate habetur, & ius facit. Sicque substitutus tenetur, ac [si] iure meritoque vicisset, *§. si tamen, hac l.* Hoc quod ait: *si tamen,* subindicat, superius esse legendum affirmate, quoniam subiicit deinde exceptionem in substituto, qui vicit per iniuriam iudicis, & tamen ea res non nocet lega[...] tariis. Concludo: Iniuria facta scripto, petitione heredi[...] C tatis mota inter eum & legitimum, & legatariis & liber[...] tatibus nocet.

§. vlt. exposuimus in *l. 13.* Loquitur in fine de nummis legatis in obscuro. Quæritur, quales debentur? Debentur exiguiores, si non potest constare aliud de voluntate testatoris, quam solemus sequi, coniecturæ voluntatis nul[...] læ sunt ex contextu testamenti, *l. nummis, de leg. 3.* Et hoc si nummi legentur quasi capita, sed si legentur quasi corpus, omnino præstandi sunt, vt nummi quos in arca habeo, *l. 51. h. t.* nummi tunc permutationem recipiunt, cum accipiuntur pro quantitate, *l. 2. sup. de reb. cred. Permutationem,* id est, functionem in suo genere.

D

Ad Leg. LII.

L. 52. Si cui serui omnes cum peculio legati sint, etiam hi serui debentur, qui nullum peculium habent.

§. 1. Si à filio impubere sub conditione legatum sit, & filius heres extitit, deinde mortuus est, potest dici, patremfamilias qui à filio sub conditione legauit, à substituto pure repetit, statim voluisse à substituto dari, si filius pendente conditione decessisset.

Legati sunt serui omnes cum peculio. etiam ij serui debentur, qui peculium non habent. Hæc verba, *cum peculio,* conditionem non faciunt. Legatum est vinum omne cum vasis. etiam illud vinum debetur, quod in cadis vel amphoris nondum est, *l. 6. inf. de trit. vin. oleo.* Legatę sunt E ancillæ cum liberis, etiam illæ debentur, quæ liberos non habent, *l. si ancilla, inf. hoc tit.* Et contra hoc casu debentur liberi, etiamsi non sint ancillæ, quia duo videntur esse legata liberorum & matrum, *l. 3 inf. de pecul. leg.* hoc dici non potest in superioribus exemplis: Nam si non sit seruus, peculium non debetur: si non sit vinum, vasa non debentur, quia scil. peculium & vasa accessionis loco sunt. At homo homini non est accessio, *l. si ancillas, inf. h. t.* His addenda sunt quæ diximus in *l. 36. §. pen. sup. h. t.*

§. si à filio. est expositus in *l. 32. sup.*

Ad L. LIII.

L. 53. Quid ergo si maiorem quantitatem à substituto reliquit?

liqui? quod excedit, hoc erit, quod à substituto relictum est. Quod vero concurrit cum summa superioribus tabulis inscripta, inde debebitur.

§. 1. Sed si repetierit legatum cum alio, forte fundum mihi legauerat ab impubere, repetiit hunc ab impuberis herede mihi & Seio: Repetitio hac efficiet, vt pars mihi debeatur.

§. 2. Si quis duos heredes scripserit, & damnauerit vnumquemque, solidam rem legatario præstare: Idem est, atque si duobus testamentis legatum esset: Nam & si mihi & filio, vel seruo meo, esset eodem testamento legatum, sine dubio valeret legatum vtriusque, vt & Marcellus apud Iulianum adiicit.

§. 3. Si heres hominem legatum occidit ob facinus, hoc est, merentem, sine dubio dicendum erit eum ex testamento teneri.

§. 4. Sed si noxæ dedit, an teneatur, quia potest redimere: Et puto teneri.

§. 5. Sed si animal legatum occiderit, puto teneri, non vt carnem præstet, vel cætera λείψανα, id est, reliquias; sed vt præstet pretium, quanti esset si viueret.

§. 6. Item, si ædes legatas ob damnum infectum possideri passus est, puto eum teneri. Debuit enim repromittere.

§. 7. Sed si mortuum intulit, fecitque religiosum locum legatum, si quidem patremfamil. intulit, cum alio inferre non posset, vel tam opportune non haberet ex testamento non tenebitur. An vero teneatur, vt pretium loci præstet? Et si quidem ipse paterfam. illo inferri voluit, ex testamento non tenebitur. Quod si heres intulit suo arbitrio, debebit præstare, si sit in hereditate, vnde pretium præstetur; Testator enim qui legauit, vel alio inferri voluit, vel pretium loci legatario offerri.

§. 8. Item, si seruum non ipse occidit, sed compulit ad maleficium, vt ab alio occideretur, vel supplicio adficeretur, æquissimum erit, pretium eum præstare. Quod si sua mala mente ad hoc processit, cessabit æstimatio.

§. 9. Seruus legatus, si ab hostibus captus sit sine dolo heredis, non præstabitur: si dolo, præstabitur.

HÆc lex pendet à §. *si filio*. Repetitis legatis à substituto, si pupillus heres non exstiterit, repetitionem valere constat, & omnia legata deberi ex persona substituti, non pupilli. Verum si heres extiterit, & decesserit intra pubertatem, repetitio non valet. Ideoque legata relicta à pupillo, substitutus non debet ex sua persona, sed ex persona pupilli: repetitio autem inanis est, quia pupillus miscendo sese legato obligauit, *l. seruo alieno §. si quis à Primo, inf. hoc tit. l. 32. sup.* Notandum, ab ea definitione tres casus excipiendos, quibus etiamsi heres pupillus extiterit, repetitio facta à pupilli substituto, valet. Primus est in §. *si à filio*. Si ab impubere legatum sit sub conditione, & ea pendente decesserit, à substituto autem pure: hoc casu valet repetitio ex persona substituti, legatum debetur ex secundis tab. Hoc casu legatum non debetur ex persona pupilli, quia pendente conditione decessit, ideoque id debere nondum cœpit, *l. is cui, de obligat. & action.* Relinquitur igitur vtilem esse repetitionem. Eadem ratio est, si ab vtroque legetur sub eadem conditione, vel etiam sub alia atque alia, eadem res, si pupillus decesserit pendente conditione, tum legatum etiam valet ex repetitione, quamuis pupillus heres extiterit. Alter casus est in *l. 55.* videlicet, si testator à substituto pupilli maiorem quantitatem legauerit: vt Titio à pupillo legauit decem, à substituto, hoc amplius legauit quinque, repetiit legatum. Pupillus heres extitit, & decessit intra pubertatem. Hoc casu substitutus ex persona pupilli debet decem, ex sua quinque, atque ita repetitio valet in eo, quod excedit, illudque legatum debetur partim ex primis, partim ex secundis tabulis. Tertius casus: si legatario primarum tabularum, in secundis tabulis adiiciatur collegatarius, vt à pupillo fundum Primo testator legauit, deinde à substituto legauit eundem fundum Primo & Secundo, atque in secundis tab. adiecit Primo collegata-

A rium: pupillus heres extitit: interim Primus habebit totum fundum, id est, dum pendet conditio substitutionis. Verum decedente pupillo intra pubertatem, concurret Secundus, atque ita Primus partem duntaxat habebit. Sic igitur repetitio valet, non tantum si augeat legatum, sed & si minuit. Certum est eos esse collegatarios, quorum vni ab instituto, alteri à substituto eadem res legatur, *l. coheres, sup. de vulg. & pupil. substit.* Igitur multo magis coniuncti sunt & collegatarij, si vni legatur ab instituto deinde vtrique à substituto. Hi sunt casus quibus repetitio valet.

§. *1.* expositus in *l. 34.*

§ *Si est eadem*, §. *Si heres, &* cæteri expositi sunt in *l. 47.*

Ad l. LIV.

B

L. 54. Turpia legata, quæ denotandi magis legatarij gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.

§. 1 Si Titiæ legatum relictum sit, si arbitratu Seij nupsisset, & viuo testatore Seius decessisset, & ea nupsisset: legatum ei deberi.

§. 2. Sed etsi serui mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quo minus perueniat ad libertatem.

§. 3. Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent. Si vero omnes, hereditarias.

LEgatum est honor sicut hereditas, §. *hoc autem, de legat. præstand. l. Diuus §. 1. ad legem Corn. de fals. l.*
C *amicissimos, sup. de excusat tut.* At si legatum relinquatur, contumeliæ potius causa quam honoris, iam non est legatum, quia non honor, sed opprobrium: Vt *latroni illi & nebuloni do lego*, id legatum circumscribitur, & pro non scripto habetur, id fit odio testatoris; nam est odiosum, per causam legati alteri facere conuitium. Ideoque quæ legata infamant, turpia vocantur. Idem in hereditate, heres cum contumelia vtiliter non scribitur, *l. quoties §. si quis nomen, sup. de hered. instit.* Nec obstat *l. his verbis §. 1. eod. t.* Ait, filium recte institui cum conuitio, *vt filius meus male de me meritus*. Breuiter: differentia est inter patrem & extraneum. Patri licet impune filio facere conuitium, & suo iure pater eum exheredat notæ causa, etiam adiecta turpissima causa, elogio, *l. 3. in princip. sup. de liber. & postum.*
D Nec obstat *l. cum quis decedens §. Seia, inf. de legat. 3.* In ea lege proponitur tale exemplum: *Liberto meo de me nihil merito do lego*. Verum ille §. non dicit esse vtile legatum, quoniam alia est quæstio illius §. Verum etiam dici potest, illa verba non facere conuitium, secus si dixit male merito. Item, non nominando, *l. 3. de lib. & postum.*

Ad §. *1.*

IN §. 1. est vnus casus, quo legatarius admittitur ad legatum, etiamsi videatur defecisse conditio legati. Vt, *lego Titiæ, si arbitratu Caij nupserit*, mortuus est Caius viuo testatore, deinde Titia nupsit sine arbitratu Caij: nihilominus capit legatum. Ratio, quia per eam non stat, quo minus impleatur conditio. Sic, si leget: *Lego si Stichum ma-*
E *numiseris*, & Stichus moriatur, me viuo, capies nihilominus legatum, nec videtur defecisse conditio. Nec obstat *l. inde Neratius §. idem Iulianus, ad leg. Aquil.* Quoniam in eo §. ponitur, seruum defecisse post mortem testatoris, id est, eo tempore, quo debuit manumitti: Ideoque conditio deficit, & heres non admittitur ad hereditatem. In superiore casu de Titia notandum, aliam esse rationem præter eam, quæ dicta est, quia scilicet illa conditio pro non adiecta habetur, ideoque potest nubere etiam viuente Caio, quia videtur aliquatenus hæc conditio impedimentum adferre nuptiis: ideoque ex l. Iulia Miscella circumscribitur, *l. cum tale §. si arbitratu, de condit. & demonstr.* Notanda *l. vlt. de stat.* Vbi illa verba, *ex lege*, id est, ex lege Miscella,

Finem l. exposuimus in l. 8.

Ad l. LV.

Nemo potest in testamento suo cauere, ne leges in suo testamento locum habeant: quia nec tempore aut loco, aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.

HVc facit *l.5.§. Iulianus, de administ. tut.* Nemo potest mutare ius publicum *& l. testandi, C. de testam.* Testator non potest mutare formam iurisdictionis. Græci dant rationem, *lib. 35. Basilic. in titul. 1.* quia priuati hominis voluntatem plus virium habere non oportet, quam leges; qua ratione vtitur Theophilus in *tit. quibus non est permiss. fac. testam.* vt nemo potest cauere, ne lex Falcidia locum habeat suo in suo testamento, *l. quod bonis, §. 1 l. Seius, inf. ad l. Facid.* Verum hoc mutauit Iustinianus *Nouella 1.* Sed necesse est vt id fiat nominatim & expressim, quoniam non sufficit quolibet iudicium voluntatis. Excipitur vnus casus, in quo tacite exprimitur in *§. vlt. Nou. 19.* Aliud exemplum est ex edicto, vt legatorum nomine caueatur. Illo comprehensum est, vt heredes legatorum nomine cautionem præstent, quæ in diem, vel sub conditione relicta sunt. Ante constitutionem Diui Marci, non potuit testator cauere, *ne in suo testamento locum haberet*, sed ex Constitutione hodie, ea cautio testamento remitti potest. Et quidem quolibet indicio voluntatis, *l. 2. C vt in possess. leg.* Quod potest remitti testamento, potest & pacto. Igitur pacto sine stipulatione poterit hodie remitti illa cautio. Itemque lex Falcidia, *l. pacta sup. de pactis.* Aliud exemplum est, edictũ, vt fructuarius caueat se boni viri arbitratu vsurum fruiturum *tit. vsufr. quemad. cau.* Hæc cautio testamento non potest remitti, *l. pen. C. vt in possess. legat.* Præterea ex 12. tabul. hoc est, vt tutores reddant rationem finita tutella, non potest pater testamento cauere, ne tutores rationem reddant, *d. l. 5. §. Iulian.* Similiter certum est, iure eum, qui seruum manumisit per fideicommissum ex necessitate, non posse manumisso operas imponere, hoc ius mutari cautione testatoris non potest, *l. videndum, inf. h. tit.* Similiter, olim non potuit testator cauere, ne locum haberent leges Iulia & Papia, Voconia, Iulia & similes testamentariæ leges. Adferri huc solet lex *Lucius, 89. §. vlt.* (alias, *codicillis*) *inf. ti. prox.* Vbi proponitur *Lucius Titius, &c.* Cauit *vt præualeret hominis sani voluntas*, sed ea scriptura non habetur pro testamento, sed sustinetur codicillorum iure. Legitimi succedent non scripti. Generaliter non potest quis testamento cauere, ne recepta iuris sententia, & forma antiquitus constituta locum habeat. Exemplum proponitur in hac lege. Sciendum, legatum posse deberi ex die, *veluti heres dato Calendis Martiis*, vel etiam ex conditione, *vt heres illi dato, si nauis ex Asia venerit.* Differri potest obligatio legatorum, sicut & alia quæuis obligatio ex die, conditione, modo, loco, *l. 29. sup.* De tempore & conditione exemplum posui, de loco exemplum esto: *Heres illi dato Cartagini*: hæc verba differunt; nam tacite continetur tempus, quo peruenire Carthaginem possit, *l. in terdum, de verb. oblig.* Modo etiam differtur: *vt lego, vt id faciat*, quia modus quasi conditio est, & ante omnia oportet cauere modum impletum iri, *l. Titio 71. D. de condit & demonst.* Denique loci adiectio quasi tempus est: Modi, quasi conditionis. Differtur autem his modis obligatio. At non poterit obligatio legatorum vel alia quæuis constitui ad tempus, vt non potest, deberi tempus: vt ita sum stipulatus: *Dare spondes vsque ad Calendas Martias?* Sensus est, vt intra Calendas Martias petam, post, non. Dixit *heres illi dato vsque ad Calendas Martias*, id est, vt intra Calendas legatarius legatum petere possit, postea non. Ita constitui obligatio non potest. Itaque erit perpetua, perinde ac si non fuisset adiectum tempus. Similiter non potest constitui obligatio ad conditionem, *vt dare spondes, nisi nauis ex Asia venerit*, id est, vt quoad non venerit petam, vbi venerit, non petam: Vel, *heres dato, nisi nauis ex Asia venerit*, id est, quoad non venit, petam, postea finiatur petitio. Illa

A conditionis adiectio non finit obligationem. Ideo perpetua est obligatio, & existente conditione ipso iure non finitur, *l. obligationum, §. conditio & §. placet, de oblig. & action. §. at si ita stipuleris, de verb. oblig.* Ratio est: quod obligatio semel perfecta & constituta, non finitur quouis modo, sed certis præscriptisque modis, finitur solutione, acceptilatione, nouatione, contrario actu: pacto non tollitur, nisi certis ex causis. Item, tempore non finitur, nec conditione. Igitur in summa: Dies vel conditio, aut spectatur ἐν ἀρχῇ, id est, *in initio*: aut εἰς πέρας, *in extremo*: ἐν ἀρχῇ, est efficax, εἰς πέρας, est inefficax. Ex die vel conditione differri, vel suspendi obligatio potest. Die vel conditione semel nata, obligatio finiri non potest. Similiter loco finiri non potest, quamvis differri possit. In hanc rem hæc l. ex est singularis, id est, non habet similem dum ait *aut loco*. Verum id explicandum. Dico posse legato initio locum apponi, his verbis, *heres illi dato Carthagini, l. si heres, de eo quod cert. loc.* At perfecto legato non potest locus apponi finiendę obligationis causa, *vt heres dato, quoad Chartaginem non perueneris*, id est, vt antequam perueneris, legatarius petat, postea, non. Verum poterit etiam legatarius postquam venerit Carthaginem, nihilominus petere, non potest locus finiendi legati causa adscribi. Locus est tacitus dies. Concludo igitur. Scripturam testatoris non posse iuris ciuilis regulis derogare, nec efficere vt debeatur ad tempus vel conditionem. Cæterum his omnibus casibus actor repelletur exceptione (quæ diximus subtili iure obtinent) doli, atque ita obligatio quidem non finitur ipso iure, quoniam nihilominus est actio, sed finitur opposita exceptione, *d. §. placet, & §. conditio, & l. eum qui ita, §. qui ita stipulatur, de verb. oblig.* At oppono quod dicitur, vsumfructum finiri tempore. Quod accipiendum plane est ipso iure. Paulus *lib. 3. Sent. 1. de legat.* Verum accipiendum id ita est de vsufructu iam adquisito & constituto, non de obligatione. *Hac l.* loquitur de obligatione iuris. Obligatio siue debitio ipso iure non finitur, adquisitio, siue dominium tempore finitur. Itaque dominium vsus fructus finietur tempore. Eadem ratione non obstat, *l. vlt. C. de legat.* Quoniam loquitur de dominio, non de obligatione. Emendat tamen definitionem veterum. Veteres idem statuebant de dominio, quod hic traditur in obligatione, id est, dicebant, legatum traditum ab ipso testatore, vel ab herede ad certum tempus adquisitum, post id tempus non reuerti ad heredem iure dominij, sed permanere apud legatarium. Hoc mutat Iustinian. vt dominium tempore finiatur in persona legatarij, & redeat ad heredem. Ita fiunt donationes ad tempus, vt dominium redeat ad tempus. Itemque venditiones & traditiones. Cur igitur id etiam in legatis non admittimus: Itaque dominium legatorum tempore finitur ex Constitutione Iustiniani. Idem non inuenitur de obligatione legatorum.

Ad l. LVII.

Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta: si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit: si nesciat, à fideicommissario nisi si vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligata, vel potest aliquid esse superfluum ex soluto ære alieno. Quod si testator eo animo fuit, vt quanquam liberandorum prædiorum onus ad heredes suos pertinere voluerit, non tamen aperte vtique de his liberandis senserit, poterit fideicommissarius per doli exceptionem à creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, vt actiones sibi exhiberentur. Quod quanquam suo tempore non fecerit, tamen per iurisdictionem præsidis prouinciæ id ei præstabitur.

QVæstio est de legato rei pignori obligatæ creditori testatoris. Comparatur hoc legatum in quibusdam legato rei alienæ, vt res aliena non relinquitur nisi per fideicommissum & damnationem, ita nec res pignori obli-

gata distinguimus in re aliena inter testatorem scientem & ignorantem: Idem in re pignerata. Si testator sciens legauit rem alienam, legatum valet, sed heres cogitur eam redimere & præstare, aut æstimationem. Sed si testator ignorans rem esse alienam, tanquam suam legauerit, non legaturus, si sciret alienam, inutile est legatum, *l. vnum ex familia* § *si rem, tit. prox.* § *non solum, de legat.* Ideo heres eã rem non cogitur redimere, vel inuentam in hereditate talem dabit, qualis erit. At si testator eam rem legaturus esset, etiamsi alienam scisset, legatum omnino valet. Videtur autem plerunque testator legaturus eam rem omnino fuisse, si legauit coniunctæ personę, vt vxori, alumnæ. Qualitas & necessitudo legatarij præsumptionem hanc facit, *l. cum alienam, C. de leg. l. Quintus, in fi. de auro & arg. leg.* Verum non est perpetua præsumptio. Interdum enim, etiamsi cõiunctæ personæ legauit, aliis rerum documentis moti dicemus, eum legaturum non fuisse, si alienam scisset. Legatum tunc optimo iure non consistit, *l. Sticho, inf. de vsufr. leg. l. cum pater* §. *edictis tit. prox.* Sed huius rei disquisitio tota in facto consistit legatum rei pignori obligatæ valet, siue sciuerit, siue ignorauerit pigneratam. Sed si sciuit, heres debet eam luere, quia veri simile est eum, qui sciuit obligatam, voluisse heredem suum onerare. Paulus *lib. 3. Sent. de legat.* Vel etiam si sit distracta à creditore, debet eius æstimationem præstare, *l. prædia, C de fideicom.* Sed si testator id expressit, vt legatarius lueret, sequemur voluntatem eius. At expressam voluntatem exigimus, § *sed etsi rem, de legat.* tacita plane non sufficit, similia ostenduntur in *l* 34. §. *si eadem, sup.* Igitur etiamsi voluit testator eum luere, si id tamen non expressit, heres debet luere. Vt testator rem creditori suo obligatam, sciens alij per fideicommissum reliquit, & voluit quidem fideicommissarium eam luere, sed id non expressit. heres eam rem fideicom. pręstitit non liberatam, postea creditor eam rem actione hypothecaria vindicat iure suo. Hoc casu fideicom. consequitur opposita exceptione doli, vt creditor sibi cedat suam actionem in personam, id est, actionem creditæ pecuniæ. Ea cessa siue mandata vel exhibita, fideicommissarius rem sibi relictam ei creditori dabit. Deinde alia actione cessa, experietur aduersus heredem. Tum exactam pecuniam soluet creditori, atquè ita recipiet rem sibi legatam. Sic luitionis onus feret heres, id est, solutionis debiti. At quid si fideicom. cum quo agebatur hypothecaria, omiserit exceptionem doli? tunc succurretur etiam ei extra ordinem, interuentu prætoris fideicommissarij in vrbe, aut præsidis in prouinciis, vt heres cogatur debitum soluere, & ei rem liberam ex fideicommisso præstare, in *fid. huius l* §. *1. Instit. de fideicom. hered. l cum etiam, C de reb. cred.* Vlpian. in *Fragm. tit. de fideicom.* Quod si scierit testator rem pigneratam, heres debet luere, nisi expressim id oneris testator legatario iniunxit. Ait, *nisi alio animo fuerit*, id vero est, nisi aliud expresserit, vt indicant sequentia, vbi recte legitur, *noluerit.* male quidam, *voluerit.* Notandus nunc alius casus, quo etiamsi scierit testator rem obligatam, tamen onus luendi incumbit legatario, non heredi: si plus sit in pretio rei pigneratæ, quam in debito. Id quod plus est in pignore, ab auctorib. nostris dicitur ὑπεροχὴ, *l quærebatur, sup. qui pot. in pig.* Illa hyperoche facit, vt reliqui luendi onus legatario incumbat id est, quod dicitur, *vel potest aliquid esse superfluum ex soluto ære alieno*, quia scil. pignus pluris est, quam debitum. Illa verba sunt separatim legenda, & ita accipienda, vt demonstrent casũ, quo sine controuersia fideicommiss. rem luere oporteat. At quid si ignorauit? tunc heres eam debet præstare talem, qualis est, nec debet luere. Luitio igitur spectabit ad legatarium, videlicet, si non legaturus fuisset, si sciuisset pigneratam. Aliud dicendum, si omnino legaturus fuisset, etiamsi sciuisset, vel rem ipsam, vel aliam eiusdem pretij: & tunc heres luere debet, *l prædia, C. de fideicommiss.*

A

Ad L. LVIII. LIX. LX. LXI.

L. 58. Domus hereditarias exustas, & heredis nummis exstructas, ex causa fideicommissi post mortem heredis restituendas, viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis & ædificiorum ætatibus examinatis, respondi.

L. 59. Si modo nulla culpa eius incendium contigisset.

L. 60. Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito soluerit.

L. 61. Sumptus autem in reficienda domu necessarios à legatario factos, petenti ei legatum, cuius postea conditio extitit, non esse reputandos existimaui.

B Finge: Relictæ sunt ædes per legatum aut fideicomm. sub conditione, post mortem heredis, id est, sub conditione: nam si post mortem legatarij purum est, *l. heres meus, de condit. & demonst. l. 58. h. t.* Pendente conditione ædes exustæ sunt sine culpa heredis. postea restitutæ sũptibus heredis, tum existit conditio legati. ædes præstabũtur legatario, deductis sumptibus restitutionis: retinebuntur sumptus per exceptionem doli: nam ædes non ante tradentur, quam restituantur sumptus; habebitur autem ratio sumptuum arbitratu boni viri, & examinabitur ætas ædificij. *Ætas*, id est, qualitas, *l.* 58. *Ædificiorum ætatibus*, id est, *quantitatibus*. Sunt quidam codices, qui habẽt *quantitatibus*. Sunt quidam codices, qui habent *quantitatibus*. Sic in Euang. Matth. chap. 6. ἐπὶ τὴν ἡλικίαν, quod

C ętaté significat, id est, ad quantitatem suam cubitum vnum. Sic ἡλικίαν λαβεῖν, id est, grandescere. Sed hoc, si ædes sint combustæ sine culpa heredis. Nam si culpa heredis sint combustæ, eius sumptibus restituendæ sunt, *l.* 59. In legatis præstat heres culpam etiam leuem, in fideicommissis latam tantum, *l.* 26. §. 1. *sup.* Finge: Combustæ sunt ædes sine culpa heredis, verum ille eas præstitit legatario, non deductis impensis: tunc consuletur ei data condictione incerti, id est possessionis. Condicet enim possessionem, quam potuit retinere, quasi indebite traditam *l. qui exceptionem* §. *si pars, inf. de condict. indeb. l. heres inf. ad Trebell.* Condictionem certi, id est, ædificij traditi, non habet, *l. si in area, de condict. indeb.* accipienda est de condictione certi, & est coniungenda cum *l* 60 Lex 60. est de condictione incerti. *L. si in area*, est de condictione certi. Aliud,

D si heres pendente conditione, sumptus necessarios fecit in re fulcienda & reficienda: nam eos sumptus heres non deducet. Sumptus restitutionis heres retinet & reputat legatario, quia necesse non habuit restituere, quando incendiũ casu contigerat. At necessariæ refectionis sumptus non deducet, quia interim, id est, pendente conditione ædibus fruitur. Igitur debet sartas tectas habere, & sumptus necessarios facere: Nam eius temporis omnia onera agnoscit, *l.* 39. §. *heres, inf. hoc tit.* vt tributa. Id proponitur in *l.* 61. quæ est ex eodem libro, ex quo etiam l. 58. quæ loquitur de sumptibus restitutionis, hos heres reputat legatario. L. 61. loquitur de sumptibus refectionis necessariis, hos heres non reputat. Atque ita Papinianus differentiam statuit inter genera sumptuum; sed in *l* 61. legitur: *Sumptus au-*

E *tem in reficienda domo à legatario factos.* Imo ab herede facti sunt: legendũ, *in reficienda domo legata necessario factos.*

L. 62. & 63. exposuimus in *l. 52. 64.* in *l. 43.*

Ad L. LXV.

Si ita legatum sit, Seio seruos decem do, præter eos decem quos Titio legaui, *si quidem decem tantum inueniantur in hereditate, inutile est legatum. Si vero ampliores post eos, quos Titius elegit, in ceteris valet legatum, sed non in ampliores, quam decem, qui legati sunt. Quod si minus sunt, in tantos, quanti inueniantur.*

Species: Testator Titio legauit *decem seruos*, id est, vt optaret decem seruos ex vniuersa familia. Deinde

Seio totidem seruos legauit, præter eos decem, quos Titio legauit. *Præter*, modo ampliat, *l. Seio §. pen. de ann. l.* modo detrahit, vt hoc loco. Titius optauit prior decem seruos. Nulli alij supersunt, inutile est legatum Seij, nec concurret cum Titio. Si supersint quindecim, ex illis Seius legit decem, quinque remanebunt apud heredem, si quinque tantum supersint, in illis duntaxat quinque consistet legatum Seij. At proponitur legatum per vindicationem, ideo non debentur serui, nisi sint in familia. Quod si per damnationem homines legati fuissent, deberentur, etiamsi nullum hominem testator reliquisset, *l. 13. sup.*

§. 1. exposuimus in *l. 3. §. vlt.* in *l. 21. & 2.*

L. 66. exposui in *l. 49. §. vlt.*

Ad L. LXVII.

Seruus vni ex heredibus legatus, si quid in hereditate malitiose fecisse dicatur, forte rationes interleuisse: non aliter adiudicandus est, quam ex eo volentibus coheredibus quæstio habeatur. Idem est, & si extraneo fuerit legatus. §. 1. Si ex pluribus heredibus, ex disparib. partibus institutis, duobus eadem legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent.

Res legata vni ex heredibus, ei adiudicatur officio iudicis famil. erciscundæ, *l. 4. in princip. sup. famil. ercisc. l. 17. §. vlt. sup. hoc tit.* Vni ex heredibus seruus legatus est. is seruus malitiose, id est, in fraudem heredum, tabulas hereditarias corrupit, interest omnium heredum de eo seruo quæstionem haberi, vt constent rationes hereditariæ. & ideo officio iudicis familiæ erciscundæ. hic seruus non ante adiudicabitur legatario, quam de eo quæstio habita fuerit, *l. his consequenter, in prin. sup. famil. ercisc.* Maxime hoc pertinet ad diuisionem hereditatis, quoniam non potest commode diuidi, nisi agnitis rationibus. Non sic fiet, si seruus ille dicatur testatorem occidisse, vel vxorem, vel liberos. Nam in diuidenda hereditate ob eam rem quæstio non habebitur, quoniam ea res separata à causa diuidendæ hereditatis, sed separatim de ea re quæretur scilic. lege Cornelia de sicariis. At de rationibus interruptis quæretur officio iudicis familiæ erciscundæ, *d. l. his consequenter.* Additur in hac *l.* idem esse, si seruus sit legatus extraneo, & is seruus rationes hereditarias corruperit: Nam heredes eum non ante præstabunt legatario, quam de eo quæstionem habuerit, idque fiet per iudicem familiæ erciscundæ. Simile est quod proponitur in l. 69. §. *pen. inf.* Seruus actor legatus est, id est, qui administrauit omnia negotia defuncti; hic seruus non ante præstabitur legatario, quam actus sui rationem reddiderit. Eodem pertinet *l. 1. C. de bon. præscript.* Seruus actor capitali iudicio damnatus est, non ante ducetur ad supplicium, quam domino suo rationem reddiderit.

Quod sequitur exposui in *l. 17. §. vlt. sup.*

Ad L. LXVIII.

Si post mortem patris *filio legetur, dubium non est, quin mortuo patre ad filium pertineat legatum, nec intersit an patri heres exstiterit, nec ne, &c.*

Notandum, differentiam esse inter seruum & filiumfamilias. Filiusfamilias morte patris sui iuris fit, seruus morte domini non fit liber. Si ab extraneo filiofamil. sit legatum post mortem patris, mortuo patre legatum ei acquiritur: si autem seruo legatum sit post mortem domini, mortuo domino, seruo non acquiritur, sed ad heredem pertinet. Quæritur, an idem dicendum sit, si idem seruus, testamento scilicet eiusdem domini liber esse iussus sit? Distinguendum inter genera heredum; voluntarios & necessarios. Necessarij alij sunt sui, vt filijfamilias, alij serui. Voluntarij heredes non existunt nisi adeant. At necessarij statim heredes existunt. Existere est apparere *l. vlt. §. sin vero perpetuo C. de curat. fur.* Voluntarij igitur non apparent heredes, nisi adierint, necessarij autem ipso iure statim. Si igitur sit scriptus heres extraneus, seruus morte domini non sit liber, sed adita demum hereditate. At si sit scriptus necessarius, seruus statim ex scriptura testamenti fit liber. Ex eo sequitur, vt si legatum sit seruo alieno post mortem domini, & is liber esse iussus sit à domino, mortuo domino, relicto herede extraneo, legatū illud adquiratur hereditati, & deinde per hereditatem heredi, seruo non, quia illius legati dies prius cedit, quam ille fiat liber. Aliud si mortuus sit dominus relicto necessario herede, quoniam illud seruo acquiretur, quoniam eodem momento & dies legati cedit, & ipse seruus liber fit, *l. 68.* Eadem distinctione vtimur in hac specie. Sciendum, seruo proprio inutiliter legatur sine libertate, & legatum non conualescit, etiamsi ante diem legati cedentem ad libertatem perueniat, *l. seruus, C. d. leg.* Inutiliter etiam legatur, etiamsi libertas sub conditione data sit, si scriptus sit heres necessarius, hoc quoniam si statim decederet testator, is seruus heredis fieret statim, & ideo inutile foret legatum. Aliud si extraneus scriptus sit, quoniam fieri poterit vt ante aditionem extranei, conditio libertatis existat, ideo non prorsus inutile foret legatum, quoniam posset conditio libertatis existere ante aditionem, *l. quæsitum §. 1. inf. hoc tit. l. Iulianus, inf. de condit. & demonstrat.* Eadem distinctione vtimur in *l. si optio, inf. de opt. leg.* seruo legato, alteri recte legatur. Hoc casu serui legati dies cedit à morte, & acquiritur adita hereditate. At legatum seruo legato relictum non cedit à morte, sed ab adita hereditate, *l. 69. in princ. hoc tit. l. heredis, in fi. inf. quando dies legat. ced. l. vn. §. libertatibus, C. de caduc. tollend.* Illud legatum igitur nō cedit à morte, quoniam tum esset inutile, quia seruo heredis non potest legari. Si dixeris, cedere ab adita hereditate, erit vtile, & acquiretur legatario. Hæc dicuntur, scripto herede extraneo: Nam si necessarius sit scriptus, tam legatum ipsius serui, quam legatum seruo legato cedet à morte testatoris, & erit vtile. At seruum legauit cum optione, quo casu singuli serui videntur legati sub conditione, *l. 3. qui & à quibus.* Eidem seruo legauit pure, & necessarium heredem scripsit, inutile est legatum, propter regulam Catonianam, quoniam si statim decessisset testator, seruus fuisset factus heredis & ideo inutile foret legatum, proinde non conualescet ex post facto. Aliud si fuerit scriptus voluntarius: nā fieri potest vt ante aditionem conditio legati serui existat, & sic nunquam fiat seruus heredis. Vel etiam optione serui legata, fieri potest vt ante aditionem extranei, familia defuncti ad eum seruum redigatur, cæteris mortuis: quo casu hic qui superest, pro pure legato habetur, quoniā solus est, qui possit optari, & sic legatum ei relictum valet. Sed necessario in his quæstionibus separantur extranei à necessariis, quoniam hi existunt ipso iure. Opponitur huic *l. 68, l. peculium 65. §. vlt. inf. tit. prox.* Legatus est seruus Titio idem post mortem Titij legatarij liber esse iussus est: vtrumque valere dicit lex: Libertas post mortem legatarij, legatum ab adita hereditate, *l. qui filio, l. idemque est, sup. de hered. instit.* Hoc pugnat cū fine huius legis, quæ ait, *esse inutile, quoniam certum est diem venturam.* Igitur libertas erit potior legato. Verum considerandum in fine huius *l.* tres poni species, in prima legatus est seruus pure, & libertas data sub conditione; hic legatum etiam videtur conditionale. Hoc casu legatum pendet sicut libertas, *l. 4. §. vlt. sup.* Secundus casus: Legatus est seruus pure, libertas adscripta ex die. legatum est inutile, quia diem libertatis venturam certum est. Tertius casus, legatus est pure, manumissus post mortem legatarij. inutile est legatum eadem ratione. Itaque his duobus postremis casibus non pendet legatum: primo pendet: in posterioribus ideo non pendet, quod omnino sit præualitura libertas, & seruum legatario adeptum iri.

Ad §. 1. Leg. LXIX.

Si seruum sub conditione legatum heres alienauerit, deinde conditio exstiterit, potest nihilominus à legatario vindicari, nec exstinguitur legatum.

SI testator rem legatam sua sponte alienauerit, non coacte, plerumque legatum extinguitur, quia mutata videtur voluntas. Non sic, si heres rem alienauit, *l. cætera, sup.* Heres tamen alienare poterit, si sub conditione legata fuerit res, quia interim pleno iure est heredis, sed etiam frustra alienat, quia eam legatarius vindicare potest, existente conditione, vt ostenditur in §. 1. eaque ratione frustra manumittit seruum legatum, nec competet libertas, ne fiat iniuria legatario, *l. seruum, inf. de manumiss.* Idem olim non obtinuit in fideicommissis, *l. quidam §. pen. ad Trebell.* nam erat permissa alienatio rei per fideicommissum relictæ, *l. si seruum §. de illo, de verb. obligat.* nec etiam in legatis damnationis, sed hodie idem est in omnibus, *l. vlt. §. sin autem sub conditione, C. comm. de leg.* Igitur siue rogatus sit heres specialiter, siue vniuerse sub aliqua conditione, interim frustra alienat.

Ad §. Si testator.

Si testator quosdam ex heredibus iusserit æs alienum soluere, non creditores habebunt aduersus eos actionem, sed coheredes, quorum interest hoc fieri nec solum hoc casu alius habet actionem, quam cui testator dare iussit sed aliis quoque, veluti si filiæ nomine generi aut sponso dotem dari iusserit. Non enim gener aut sponsus, sed filia habet actionem, cuius maxime interest.

IN hoc §. duo paradoxa explicabuntur. Interdum euenit, vt alius habeat actionem ex testamento, quam is cui testator dari iussit, & sic fit, vt legatarius non sit is, cuius nomen scriptum est; sed alius, cuius mentio nulla facta est. Huius rei duo sunt exempla. Testator iussit vnum ex heredibus creditori suo soluere: hoc casu creditor non habet actionem ex testamento, quia nihil eius interest, verum coheredes habent, vt creditori soluatur, quia eorum interest, creditori solui, *l. non solum §. sed si duobus, de liberat. legat. l. nomen §. vlt. inf. de leg. 3.* Species: Scripsit heredes filium & filiam æquis partibus, singulis prælegauit prædia & quædam nomina debitorum, deinde rogauit filium, *vt si quid eueniret æris alieni, si quod in tempus testator mutuo sumpsisset*, id omne ipse filius solueret, & adiecit, *hoc se velle, vt ad filiam integra pars hereditatis perueniat.* Quæritur, an qualicunque ex causa debeat testator, id omne filius cogatur soluere? Videtur dicendum, filium non cogi, quoniam dixit, *si quod in tempus promutuo accepero.* Igitur locutus est tantum de mutuo. At respondetur, filium debere soluere omnia debita, & sororem omni debito liberare, quia adiecit, *ideo se onerare filium, vt filia integram partem retineat.* Porro integram non retinebit, nisi filius omne æs alienum soluat. At quæritur, quid in ea lege sit *promutuum.* Est specialis quædam debendi causa. Aliud est mutuum, aliud promutuum. Promutuum est, cum quid ante diem repræsentatur, *auancer*, vt si officiariis sequentis anni accommodetur salarium, id accipiunt promutuum: quoniam fieri potest, vt sequenti anno suo officio non fungantur, & ideo nihil eis debeatur, & tunc prorogatum erit in causa crediti, & quasi mutuum repetetur; & sic cum quid prorogatur, contrahitur quodammodo mutuum. Seneca in 4. de beneficiis, *l. ex conducto §. item cum quidam, sup. loc.* Nauta conduxit aliquid vehendum, nondum id vexit, sed vectura est ei prorogata, si vehat,

A quod conduxit vehendum, eam pecuniam retinebit quasi mercedem: si non vehat, pecuniam repræsentatam debebit quasi mutuam. Harmenopul. ἐν προχρείᾳ melius, προχρεία. Sic in *l. Sticho, §. item quæro, de statulib. Promutuum*) Ex his apparet, promutuum esse specialem quandam debendi causam. Verum in ea specie omne debitum soluet. Soror habet actionem, quamuis ei dari nominatim non iusserit, sed creditoribus, *l. nomen, §. vlt. de legat. 3.* Alterum exemplum. Pater iussit *filiæ nomine dotem dari genero vel sponso.* Gener non habet actionem ex testamento, sed filia, quoniam eius interest. Male ad leg. *cum pater, de iure dot.* Græci lib. 28. Basilicωn hunc §. citantes, dicunt filiæ dari actionem ex testamento soluto matrimonio. Hoc non est admittendum: Nam & ante matrimonium, & constan-
B te matrimonio, filia agit ex testamento, *l. Titio, §. si post diuortium, inf. de condit. & demonstrat.* Opponitur lex *SC. de dot. promiss.* Species: Pater pro filia stipulanti marito dotem promisit, mortuus est pater, maritus aget aduersus heredes soceri ex stipulatu, filia non aget. At nos filiæ actionem damus. Breuiter dicendum, illam legem loqui de actione ex stipulatu, non ex testamento. Accurs. Actio ex testamento datur ei, cuius contemplatione legatur. Legatum est beneficium & liberalitas. In beneficiis mens spectanda est dantis. Igitur actio ex testamento datur ei, cuius nomine relinquitur. Actio ex stipulatu non item. Nam ei non videtur promitti, cuius nomine fit promissio. Quæritur, an gener habeat actionem ex testamento: nam diximus filiam habere? hoc negatur hac lege. Ob-
C star lex *tali, §. vlt. inf. de iure dot.* lex *Titio §. Titio genero, de conditionib. & demonstrationib.* Vbi dicitur, etiam generum agere ex testamento: hoc distinctione explicandum est. Aut pater legauit dotem, quam iam debuit ex stipulatione; tum gener non habet actionem ex testamento, quia legatum est inutile. Verum filia habet actionem ex testamento, quia eius interest, vt dotata sit. gener aget ex stipulatione sed necesse est, vt alterutra actione maritus & vxor sint contenti: nam vterque dotem non petet, *l. huiusmodi §. cum pater, in fi. hoc tit.* Aut pater legauit dotem, quam non debuit, & tum legatum in vtriusque persona consistit. Addenda exempla ex *l. 49. §. si Titio, sup.*

Alterum paradoxon est, interdum euenire, vt alius teneatur ex testamento, quam is, quem testator dare iussit. Exemplum huius rei vnum exposuimus in *l. 11. sup.* Aliud
D est exemplum in *l. si seruus legatus §. pen. inf. hoc tit.* Testator creditorem pigneratitium rogauit, vt pignus venderet, & superfluum filiæ restitueret: Creditor hoc casu non tenetur fideicommisso, quia in eius persona non consistit, quia nihil accipit ex testamento, sed heres filiæ tenetur, vt ei cedat actionem pigneratitiam, quam aduersus creditorem de superfluo habet. Dices: Immo videtur etiam creditor obligari, quoniam creditor hic, est debitor superflui. A debitore fideicommissum relinquitur ex constitutione Diui Pij, *l. si peculium, inf. hoc tit. l. si quis decedens, §. pater, de leg. 3.* Verum dicendum, hunc creditorem non fuisse debitorem defuncti, sed heredi tantum cœpit debere superfluum. Sic etiam in *l. cum pater §. qui dotale, tit. prox.* emptor non fit de-
E bitor, ideo non obligatur fideicommisso. Similiter fideicommissum valet, & debetur ab herede; licet non sit cum herede locutus testator, vt, peto vt rem illam accipias, re illa sis contentus, *l. miles, l. peto inf. tit prox. l. 18. §. si quis ita, inf. de leg. 3.* Notandum etiam, fundo legato vsumfructum tradi debere, & ideo si forte vsusfructus alienus sit, heres cogitur eum redimere, aut æstimationem præstare. Fundo legato, plena proprietas legatur, *l. Mænius 66. §. fundo, l. cum pater §. dominus, tit. prox.* quia vsusfructus est instar partis rei, nihil videtur tradi legatario sine vsufructu. Similiter tradi etiam debet possessio vacua, quoniam nihil dari videtur sine possessione. Ideo si in fundo legato quidam habeat ius emphyteuticum, vel superficiarium, debet heres eius iuribus immunem fundũ

præstare, vt legatarius possessionem vacuam obtineat. Sic etiam tradere debet fundum liberum nexu pignoris, alioqui potest euocari actione Seruiana. Cæterum non cogitur tradere liberum à seruitutibus, vt itinere, actu, via, sed talem dabit, qualis erit, nisi testator dixit, *vt præstetur fundus optimus*. Quæ verba significant, vt fundus præstetur liber, immunis, solutus omni iure. Additur in §. *fundo*, *d.* leg. *Manius*. *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.* Videtur rectius in aliis codicib. legi: *Præter istas causas*. Vt sit sensus: Res mea mihi legatur inutiliter, nisi vsusfructus sit alienus, *l. recte, de verb. signif.* Excipitur etiam, si res mea sit pignori obligata, & tum heres teneatur eam luere. Idem si rei meæ possessio sit aliena, vt si quis in re mea habet ius emphyteuticum (nam dominium & possessio nihil habent commune) heres tenetur rem illis iuribus liberare, *l. si tibi homo §. vlt hoc tit. l. 71. §. vlt. inf. l. 1. inf. de liberat. leg.* At præter istas causas legatum rei meæ non valet, etiamsi res mea debeat vicino iter, vel actum, vel etiam seruitutem. Nam seruitutes prædiorum separandę sunt à cęteris causis.

§. *pen.* exposuimus in *l.* 67.

§. *vlt.* in *l.* 58. *sup.*

Legem 70. in *l.* 58.

L. 71. initium in *l.* 13. §. 1. in *l.* 45. §. *vlt.*

Ad §. 2. In pecunia.

In pecunia legata confitenti heredi modicum tempus ad solutionem dandum est, nec vrgendum ad suscipiendum iudicium. Quod quidem tempus ex bono & æquo prætorem obseruare oportebit.

AD hunc §. notandum. heres adita hereditate, statim conueniri potest legatorum nomine, nec ei est pręstitutum tempus ad præstanda legata, nullę sunt induciæ, nisi forte testator pręscripserit annuam, bimam, trimam diem. verum non est vrgendus heres; datur enim ei modicum tempus arbitratu prætoris. Quęritur, an cogatur heres, rem ipsam, quę legata est, pręstare, an liberetur pręstita ęstimatione? Placet cogi præcise, vt rem ipsam pręster, §. *qui confitetur*, & §. *prox.* nisi scilicet legatus sit homo, & is forte si frater naturalis heredis, aut pater, aut mater, tunc non cogetur dare, si paratus sit soluere ęstimationem. Hoc duntaxat in homine receptum est. At cęteras res cogitur omnimodo præstare. Quæritur, an venditor cogatur rem venditam tradere? Sed dicendum est exemplo heredis, quoniam venditor obligatur ad rem. §. *aliæ*, *Instit. de donat.* ait, *venditorem necessitatem in se habere traditionis.* Paul. in 1. *Sentent. tit.* 14. Vt igitur heres præcise obligatur: sic & venditor.

Ad Leg. LXXII.

Si quis legauerit fundum Cornelianum, exceptis vineis, *quæ mortis eius tempore erunt: si nullæ vineæ erunt, legato nihil decedit.*

SCiendum, legatum esse inutile, si legetur id, quod non est in rerum natura, *l. si seruus legatus §. qui quinque, hoc tit.* Similiter inutilis est exceptio, & legatum non minuit, si excipiatur quod legato non inest, quodque non est in rerum natura: vt legauit fundum exceptis vineis, nullæ sunt vineæ: illa exceptio legato nihil derogat.

Ad Leg. LXXIII.

Si homo iussus sit facere, vt Lucius centum habeat, cogendus est heres centum dare, quia nemo facere potest vt ego habeam centum, nisi mihi dederit.

§. *1. Vicis legata perinde licere capere : atque ciuitatibu. rescripto Imperatoris nostri significatur.*

FAcere interdum habet dandi significationem, vt *heres meus facito, vt Titius habeat* 10. id est, dato Titio 10. Nec obstat *l. vlt. in fi. sup. de reb. cred.* Non est dicendum, separanda legata à stipulationibus, sed dicendum in illa *l vlt.* promissorem ita non promisisse, *faciam vt habeas* 10. sed hoc modo, *curabo tibi dari decem*: poterit promissor delegare aliquem, qui det, nec ipse dare cogitur. Quod sequitur, est explicatum in *l.* 32. §. *vlt. h. t.* & ibidem *l.* 74. explicata est.

Initium *l.* 75. est expositum in *l.* 43.

Ad §. primum.

Si mihi quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat: sciendum est, nullum esse legatum. Et quidem si quãtitas non sit adiecta, euidenti ratione nihil debebitur: quia nõ apparet, quantum fuerit legatum. Nam & si quod ego Titio debeo, ei legauero quantitate non adiecta, constat nullum esse legatum, cum si decem, quæ Titio debeo, *legauero, nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, vt in legato dotis Iulianus respondit.*

QVæstio huius §. tractatur etiam in *l legaui, de liber. leg.* Testator legauit nomen debitoris his verbis: *Quod mihi Titius debet, Caio dato* vel expressa quantitate: *decem, quæ mihi Titius debet.* Legatum valet, si Titius debeat, & heres tenetur legatario cedere actionem aduersus Titium; legari enim videtur actio, non summa. Ideoque si testator eam pecuniam viuus exegerit, exstinguitur legatum, quia periit substantia debiti, §. *si mihi.* Nec obstat *l. cum filius §. heres, inf. tit. prox.* quod Accurs. explicat. Nã in specie §. *heres*, idem manet debitor, & creditor idem, causa tantum obligationis mutatur. Igitur & legatum permanet, quamuis ita legauit, quod Titius mihi debet, adiecta causa debiti, scilicet ex testamento, & Titius desierit debere nouata obligatione, scilicet si in stipulationem conuertatur; hoc non perimit legatum. Addendum: Legatum etiam valere, si quis Titio debitori suo leget id, quod debet, & tunc heres cogitur eum liberare. At quid si Titius nihil debeat? Vt legauit Titio quod is debet, vel quod Titius debet, legauit alteri, Titius nihil debet. An valet? Placet inutile esse legatum, idque siue adiecerit quãtitatem siue non, vel 10. quæ mihi Titius debet, peti nolo, vtroque casu legatum est inutile, si Titius nihil debeat. Obstat quod dicitur, *falsam demonstrationem legato non nocere*: hæc verba, *quæ mihi Titius debet*, sunt demonstrationis loco. Non adscripta summa facile admitto, nihil deberi: at quantitate adscripta, ea videtur deberi, atque ita si is, qui nihil debet Titio, ita ei legauit *Titio, quod debeo, lego* nullum est legatum. Verum si adscripta quantitate ita legauit, *Titio decem, quæ illi debeo lego*, legatum valet, etiamsi illi nihil debeam, *l. 2. C de fals. caus. adi. l. l. legaui 25. §. vlt. inf. de liberat. leg.* Idem in dote legata. Nam si vir vxori leget dotem simpliciter vt, *dotem lego*, quam nullam accepit, legatum non valet: At si ita legauit, 10. *vxori lego, quæ dedit in dotem*, legatum valet, etiamsi ea vxor nõ dederit in dotem, §. *sed vxori, de legat. l. 3. C de fals. caus. adi. leg. l. quibus ex duobus §. dotalem, inf. de condition. & demonstrat.* Cur igitur non valet etiam legatum, si quis legauerit Caio decem, quæ sibi Titius debet, etiamsi non debeat, quasi falsa demonstratione adiecta? Similiter cur non valet, si quis legauerit Titio 10. *quæ is sibi debet*, quamuis non debeat? Dicendum, his duobus casibus hæc verba: *quæ debet*, proprie demonstrationem non facere, sed exprimere vim & conditionem & causam legati, id est, idipsum quod legauit. In hoc §. causa legati non est ratio legandi. nam hæc quoque legato non nocet, sed causa legati, id est, legatum ipsum. Illis casibus igitur hæc verba expu-

munt causam legati cum demonstrationem dicimus, superuacuam accipimus, & sic accipimus illam regulam. Notandum: Demonstratio alia est superflua, id est, quæ additur rei certæ & satis demonstratę, hæc frustra additur, *l.1.§.si quis uxori, de dot.praleg.* Igitur quæ frustra additur, vera siue falsa, legato nihil obstat. Sic in *l.si seruo, de adimend. legat.* Scriptura superuacua legato non nocet, *l.non solent, de regul. iur.* Non solent, quæ abundant vitiare. Alia est demonstratio necessaria, sine qua, quid sit legatū, intelligi non potest. Hæc vim causamque legati omnem continet, hanc veram esse oportet, & si sit falsa, nullum erit legatum: vt, *lego vxori vestem meam illam purpuream*, rem legatam satis demonstro, adiicio *quæ vxoris causa parata est*, hæc adiectio, etiamsi sit falsa, legato non nocet. Debebitur vestis illa, etiamsi non vxori sit parata. Superuacuæ adiectionis ratio non habetur. At dixit, lego vxori vestem, quæ eius causa parata. Hoc casu requiritur vestis vxoris causa parata, & si quæ sit eius causa parata, præstabitur: si nulla sit, nihil debebitur, *l. Quintus, de aur. & arg. legat.* Igitur si demonstratio hæc non constat, nec legatum constat. Aliud exemplum: *Lego decem nummos Titio.* Legatum est certæ quantitatis. Addo, *quæ illi debeo.* Hoc frustra est, & ideo, etiamsi hoc sit falsum, non obstet legato, *d.l.legaui in fi.* At dixi: *Lego Titio decem, quæ in arca habeo*, vel, *quæ ille in sacculo obsignata apud me deposuit*, his verbis, non quantitatem lego, sed corpus *l.51.sup.* His verbis non additur certæ quantitati superflua demonstratio, sed certa nummorum corpora certo loco designantur: ideo nisi eo loci inueniantur, nihil debebitur, si arca inanis fuit, videbitur legatum corpus, quod non erat in rerum natura, *l.1.§.adeo, de tot.praleg.* Eadem est ratio, si dixit, *Lego Caio decem, quæ mihi Titius debet*, non lego quantitatem, sed ius. Id ostenditur in *l.44.§.eum qui chirographum.sup.* Id est, lego obligationem, actionem, ideo heres non tenetur legatario, nisi actionem cedere. Si igitur nulla sit actio, nullum erit legatum, quia causa legati deficit, id est, id ipsum, quod legatur. Eadem ratio est, si dixero: *Lego tibi decem, quæ mihi debes*, hic non lego quantitatem, sed ius liberationis, ideo heres non tenetur, nisi tibi acceptum facere. Igitur si tu nihil debeas, inutile est legatum liberationis. Duobus modis legatur liberatio, vno sic: *Decem, quæ mihi Titius debet, heres damnas esto non petere.* Hoc casu dici non potest, si nihil debeat Titius, nihilominus heredem ei decem dare debere, quia non est iussus dare, sed non petere. Ita legendum in *d.l.legaui.* *Sed non poterit hoc dici, si ita legauit, &c.* Altero modo: *Decem, quæ mihi Titius debet, heres damnas esto ei dare*, quia dixit, *damnas esto dare*, dici potest, falsa demonstratione adiecta certæ quantitati legatæ, decem nihilominus esse Titio numeranda, etiamsi nihil debeat. Verum hoc non placet Paulo in *d.l.legaui.* Verbum *dandi* hunc habet sensum, id est, damnas esto eum liberare ab illis decem, *l.vlt.§.1.de liberat.leg.* Igitur, siue hoc modo, siue illo legetur liberatio, si Titius nihil debeat, inane est legatum. At cum dicit: *Lego decem, quæ illi debeo*, his verbis non legat ius, sed quantitatem. Hæc quantitas ex numero satis demonstratur. Igitur quod additur, quæ illi debeo, frustra additur, & licet falsum sit, nihil nocet legato.

Ad §. vltim.

Proinde si Stichum legauerit, cum ille ei Stichum aut decem deberet, incerti actio legatario aduersus heredem competit, vt scripsit Iulianus libr.33. Digestorum, per quam actionem compellat heredem experiri. Et si Stichum consecutus fuerit, præstabit ei. Si decem, nihil consequetur secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius, cui Stichus legatus est.

Sciendum, quod si tibi legauero, *quod mihi Titius debet*, videor legare actionem, ideoque ex hoc legato heres meus nihil amplius præstabit quam actionem. Finge nunc: Titius mihi debet ex stipulatu Stychum aut decem, vtrum elegero, vtrumque est in obligatione alternatim, *l.si duo rei, inf.de verb.obligat.* Ego reseruaui mihi electionem, alioquin esset promissoris. *Nunc quod mihi Titius debet, lego*, legatario erit cedenda actio, vt Stichum, aut decem, vtrum voluerit, petat. Nam sicut ego electionem habeo, ita & legatarius. Verum si legauero tibi Stichum, quem mihi Titius debet, cum tamen etiam decem debeat, hoc casu ipse videor elegisse Stichum, ideo erit tibi actio cedenda, vt Stichum petas. Quæritur etiam, quid si non reseruaui mihi electionem, atque ita sit promissoris? Hoc casu tibi est actio cedenda, vt petas Stichum aut decem sub disiunctione: nam ita mihi Titius debet, nec poteris alterum tantum petere, quia nec ego potui, *§.huic autem, de actionibus.* At quid dicemus, si legaui *Stichum, quem mihi Titius debet* sub disiunctione? Hoc casu non agetur ex testamento, vt ibi cedatur actio, qua petas Stichum, quia nulla talis actio mihi competit, sed ages ex testamento, vt heres agat cum Titio, & petat Stichum aut decem. Et si promissor elegerit Stichum, & soluerit, Stichus tibi præstabitur; sed si elegerit decem, nihil tibi præstabitur. Electis decem exstinguetur legatum Stichi. Igitur in potestate erit promissoris, an legatum tibi debeatur. Idem ostenditur in *l.vt heredibus, §.1.inf.tit.prox.* (alias *lex si Titius*, sed debet esse §. legis *vt heredibus.*) Hæc actio, quæ legatario competit, appellatur *actio incerti*, quia non agit vt det, sed vt heres suo arbitratu agat cum Titio, agit, vt agat heres. Sicut in *l.2.§.idem Nerua, ne quid in loco publico, l. Iulianus § pen.sup.de action. emp l si tibi §.pen. de opt.leg.* (Est etiam actio ex testamento incerti, si agat cum herede, vt sibi actionem cedat) vel potest dici, legatarium etiam hoc casu posse agere cum herede, vt sibi cedat actionem alternatam, quam habet, *l.prox.* non vt sibi cedat actionem, qua Stichum pure petat, verum vt vel agat ipse heres, vel actionem alternatiuam cedat, quin etiam si agat cum herede, vt is agat cum Titio, heres non cogetur agere, si paratus sit actionem cedere, *l.quod debetur, sup de pecul.* Actio igitur ex testamento alias est certi, alias incerti. Certi, vt si petantur 100. quæ legata sunt, vel fundus, vel Stichus. Incerti, vt si petatur seruitus, *l.1.inf de vsufr leg.* Item si petatur liberatio, *l.non solum 2.§.pen.inf.de liber.leg.* Item si petatur actionem cedi oportere, vel si petatur, vt heres agat cum debitore defuncti. Verum quid dicemus de specie legis 76. Finge: Titius debet mihi Stichum aut 10. vel Stichum aut Pamphilum, & electio est promissoris (errat Accursius, qui stipulatoris electionem ponit, aduersantur verba, tum etiam ea, quæ procedunt) Ego deinde lego Primo *Stichum, quem mihi Titius debet*, Secundo autem 10. *quæ mihi Titius debet*, cum Titius vtrūque non debeat nisi sub disiunctione. Quæritur, an legatum in vtriusque persona consistat? Lex ait, consistere, at heredem debere vni actionem cedere, alteri dare æstimationem litis. Et est simile quiddam in *l.non quocunque §. qui Caium, hoc tit.* Verum opponitur lex *vt heredibus §.1. tit prox.* Ibi proponitur eadem species: Testatori deberi *Stichum aut 10. à Titio*, alij legasse Stichum, alij 10. Lex ait, ex euentu solutionis legatum valere, id est, si promissor soluerit Stichum, Primi legatum valet, Secundi exstinguitur: contra si elegerit 10. Secundi legatum valet, Primi exstinguitur. Exspectandus est igitur euentus solutionis, & electio promissoris. Hæc lex nostra onerat heredem, vt vtrique teneatur, illa exonerat. Hæc est Iuliani, illa Marcelli. Marcellus est perpetuus Iuliani aduersarius. Verisimile est Marcellum hac in re dissentire à Iuliano; Et verior videtur sententia Marcelli: Nam quod Iulianus admisit in vno, cur non admittetur in diuersis? Si is, cui debetur Stichus aut 10. vni leget Stichum, legatum pendet ex euentu conditionis; neque enim aliter valebit, quam si promissor soluerit Stichum. Cur igitur si diuersis legauerit, alij Stichum, alij decem, non dicemus, legatum pendere ex euentu solutionis? Huc adiungenda quæ di-

ximus in *l.33 sup.* Notandum etiam, *l.78.* coniungendam cum *l.9. inf. de vsufr. leg.* fideicommissum relictum à legatario non debetur, si legatum ad legatarium non peruenerit, vt si legatarius repudiauerit, *l.78.* Verum debetur ab herede, apud quem remanet legatum. Idque etiamsi testator sit miles. Onus impositum legatario, eo repudiante, in heredem transfertur etiam ex testamento militis, quod repudiatur, apud heredem remanet, *l.17 sup.* Verum quod morte legatarij viuo testatore deficit, est in causa caduci, & fisco vindicatur, non tamen in testamento militis, in quo puto non fuisse locum caducis vel quasi. Idque indicat ea lex quæ est maxime notanda. Ergo si viuo milite, legatarius moritur, legatum remanebit apud heredem. Addendum: Si quis legauit ita, Primo & Secundo decem lego, & concurrant, singulis tantum quinque debentur, *l.79.* Aliud est decem, aliud dena. Si dixerit *Primo, & Secundo dena*, singulis debentur decem: Si dixerit *decem*, singulis debentur quinque. Idem in stipulationibus, *l. eum qui ita, l. si mihi & Titio, inf. de verb oblig.* At testator habet tantum 30. in bonis, legat Primo 30. Secundo 20. Tertio 10. quid fiet? Légata sunt reducenda ad rationem hereditatis, eadem proportione seruata inter legatarios. Inter Primum & Secundum est proportio sexcupla. Inter secundum & Tertium est proportio dupla, quando Secundus plus duplo habet. Igitur Primo dabimus 15. Secundo 10. Tertio 5. Verum ex illis legatis heres detrahit Falcidiam analogos. Falcidia autem 30. sunt 7. & semis. Igitur heres ex Primo, qui habet 15. detrahet 3. & dodrantem vnius. Ex Secundo duo & semissem, ex Tertio vnum & quadrantem vnius. Atque ita sibi colliget septem & semis, quæ est quarta.

Ad L. LXXXI.

Si fundum sub conditione legatum, heres pendente conditione sub alia conditione alij legasset & post exsistentem conditionem quæ priore testamento præposita fuisset, tunc ea conditio, sub qua heres legauerat, exstitisset, dominium à priore legatario non discedit.

SCiendum, heredem rem legatam sub conditione, quamuis sit interim dominus, frustra alienare, *l.69. §.1. sup.* aut frustra manumittere seruum. Item, heredem frustra eam rem pignori obligare: nam finietur pignus existente conditione; frustra ei seruitutem imponere, frustra mortuum inferre, nec enim religio occupat fundum, nisi conditio deficit, *l. grege §. 1. de pignor. l. si fundum, inf. de cond. & demonstr.* Frustra etiam interim legare eam rem, *l. si sub condit. in princ. sup. quibus mod. vsusfruct. amit.* Igitur heres non potest interim legatario iniuriam facere, si quid secus egerit, exsistente conditione, resci ndetur, & dominium transibit ad legatarium, *l. arboribus §. Iulianus, alias, l si fur, de vsufr.*

§ 1. est de seruo communi, de quo dictum est *supr. in l. 26.*

Ad §. Stichum.

Stichum Sempronio do lego, si Sempronius Stichum intra annum manumiserit, eundem Stichum Titio do, lego: *Quæsitum est: quid iuris esset: Respondi Sempronium interim totum habiturum, & si quidem intra annum manumisisset, liberum eum effecturum. Sin autem hoc non fecisset, ad Titium pertinere.*

NOtandum hunc §. coniungendum esse cum *l. Stichum, inf. de manumiss. testam.* Si seruus legatus post mortem legatarij liber esse iubetur, vtrumque valet: libertas post mortem legatarij, legatum eo viuo, *l.68. sup.* Similiter, si seruus legatus post annum, nisi eum manumiserit legatarius, liber esse iubeatur, vtrumque valet, *d. l. Stichum*, & est libertus Orcinus. Interim legatarius eum habet, & si manumittat, acquiret sibi libertum. Cæterum A si exierit annus, libertas ei competet directo ex testamento. At finge: Seruum legatum testator liberum esse non iussit; sed nisi legatarius eum manumitteret intra annum, eundem Titio legauit. Hoc casu prior legatarius seruum totum habebit: sed eo non manumittente, & præterito anno quæritur, vtrum Titius posterior legatarius admittatur quasi coniunctus, an quasi substitutus? Et hic §. ostendit, quasi substitutum admitti, priore excluso. Igitur post annum totus ad Titium pertinebit. Vt heredi potest substitui, sic & legatario, & donatario causa mortis, *l vt heredem, tit. prox. l. verbis, de verb. signif. Paterfamilias vti legassit, ita ius esto.* Lex ait, his verbis potestatem dari plenissimam heredes instituendi. Addendum, & substituendi: Nam vulgaris substitutio est ex *l. 12. tab.* Ait, B *legata dandi*, addatur & substituendi legatariis. Item ait, dari latissimam potestatem tutores instituendi, ac etiam substituendi, *l pen. sup. de testam tut.* Non obstat *l. nemo potest. sup hoc tit.* Nam additur, eam latissimam potestatem postea fuisse coangustatam legibus & Constitutionib. Verum aduersus hunc §. *Stichum*, Accursius opponit Constitutionem D. Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum. Colligit, seruum legatum vt manumittatur intra certum tempus, si manumissus non fuerit, continuo ex Constitutione liberum fieri ipso iure. Igitur non pertinebit ad posteriorem legatarium. Dicendum, eam legem tantum pertinere ad conditiones contractuum, ad seruos venditos ea lege, vt manumittantur, nec pertinet ea Constitutio ad donationes, *l. qui Romæ §. Flauius, de verb. oblig. l. Paulus, inf. de* C *liber. caus.* Nec pertinet ea constitutio ad contractum, do decem, vt seruum manumittas, *l. naturalis §. at cum do, de præscript. verb.* Nec etiam est porrecta ad seruos legatos. Itaque suis finibus contineatur. Præterea in proposita specie, non proponitur palam legatus seruus vt manumittatur, nec plane testator eum liberum voluit esse. Ideoque manumittendi onus non censetur iniunctum Titio, quia nec fuit iniunctum priori nominatim, sed totum Titius habebit.

Ad §. Qui fundum.

Qui fundum excepto ædificio legat, appellatione ædificij aut superficiem significat, aut solum quoque, cui ædificium D *superpositum est. Si de soli superficie exceperit, nihilominus iure legati totus fundus vindicabitur, sed exceptione doli mali posita, consequetur heres id, vt sibi habitare in villa liceat. In quo inerit, vt ita quoque & actum in ea habeat. Si vero solum quoque exceptum fuerit, fundus excepta villa vindicari debebit, & seruitus ipso iure villæ debebitur. Non secus ac si duorum fundorum dominus alterum legauerit ita, vt alteri seruiret: sed inclinandum est, testatorem etiam de solo cogitasse, sine quo ædificium stare non potest.*

SCiendum, fundum non intelligi sine villa, legato fundo videtur legari villa. Retro, legata villa, videtur legatus fundus, *l. vxori, inf. de vsuf leg.* Paulus in 3. *Sent. tit. de legat.* Villis vel agris legatis, alterum alteri cedere. Plerumque villa est accessio fundi, E *l. fundi, sup. quib mod. vsusfruct. amit.* Interdum fundus est accessio villæ, *l. qui tamen, eod.* vt cum quis minus arat, quam verrat. Plinius *lib. 18. cap. 6.* Quod fit cum villa caret fundo. Villa est ædificium rusticum, quod constat solo & superficie. Alias enim ædificium pro superficie tantum accipitur. Villa significat vtrumque, solum & superficiem. Nunc si quis legauerit *fundum excepta villa*, quod sit exceptum non dubitatur. At quid si legetur *fundus, excepto ædificio?* Verbum ædificij ambiguum est; Itaque dubitatur, an sit villa, an superficies tantum excepta: Nam si censeatur excepta villa, heres erit dominus villæ, & ex voluntate defuncti ipso iure, id est, iure ciuili debebitur heredi iter, actus ad villam, & legatarius non potest vindicare villam, quoniam & solum & superficies est heredis. Verum, si videtur tan-

cum excepta superficies, heres erit superficiarius, solum erit legatarij. Atque ideo etiam superficies ipso iure erit legatarij, quoniam cedit solo. Igitur legatarius erit vtriusque dominus, quia testator facere non potest vt solum sit sine superficie, *l. obligationũ fere* §. *placet, inf. de obligat. & action* Sciendum, superficiario non dari vindicationem, nec deberi iter vel actum ad ædificium superficiarium ipso iure, quia solis dominis prædiorum debentur. Igitur videtur inutilis esse illa exceptio in ea specie: sed prætorio iure superficiarius tuendus est quasi dominus, datis actionibus vtilibus in rem, dato interdicto, vti possidetis vtili, & Publiciana vtili, & seruitutum vindicatione vtili, *l. 1. §. vlt. inf. de superfic.* Ideoque si legatarius vindicet fundum cum villa, opposita exceptione in factum vel doli, heres consequetur vt legatarius sibi cedat superficiem, itemque iter & actum ad eam. Itaque multum interest, an villa, an superficies excepta sit. Verum in dubio melius est dicere, exceptam videri villam, atque ita plene accipiemus voluntatem defuncti. Inde Accursius quærit, Quid si quis legauerit nucem, id est, arborem iuglandem, vel oleam, quercum, legatarius eam exscidit, postea arbor radice emisit stolones, id est, repullulauit. Quæritur, an stolones pertineant ad legatarium? Quam quæstionem tractat plenius Accursius in *d. l. obligationum fere* §. *placet.* Itaque quæstio in eo est, an videantur etiam radices legatæ, id est, an videatur solum legatum. Exemplo ædificij videtur necessario dicendum, legatarium posse arborem radicitus exstirpare, secundum, *l. in testamentis, de regul. iuris.* Cuius legis exemplum est ex *l. plenum* §. *sed si pecoris, de vsu & habit.* Legatus est nudus vsus pecoris, vtetur eo ad stercorandum, non autem lacte nec agnis: nam hoc est frui. Imo modico lacte, vt aliquanto plenius accipiatur voluntas defuncti. Sic igitur sequitur quod si arborem non extirpauerit, repullulantem arborem vindicaturum. Pullulare, quod frequentes exeant, id est, πολλοί, nam Græce θαμ·οι, quod etiam frequentes significat. Stolones vocant παραφυάδας.

Ad §. Si libertus.

Si libertus patronum ex septunce heredem scripserit, aliós ex cæteris, & ita legauerit: Quisquis mihi alius ex suprascriptis cum patrono meo heres erit, seruos illum & illum Titio lego quos æstimo singulos vicenis aureis. *Intelligendum erit à coherede patroni duntaxat legatum datum, & ideo Titium non amplius quincuncem in seruis vindicare posse. Adiectio autem illa,* quos æstimo singulis vicenis aureis, *non mutat legati conditionem, si legis Falcidiæ rationem habere oporteat: nihilominus enim pretium verum seruorum in æstimationem deducetur.*

Libertus patronum heredem instituit ex septunce, extraneum ex quincunce. Deinde legauit, *quisquis mihi alius cum patrono meo heres erit, Titio lego seruos.* Lex ait, hoc legatum non videri relictum à patrono, qui dixit: *quisquis mihi alius*, sed coherede scripto ex quincunce, ideoque legatarius non poterit vindicare, nisi quincuncem in seruis, atque ita serui erunt communes inter patronum & legatarium pro portionibus. Aliud, si legauit quãtitatem ab extraneo: nam solidam quantitatem extraneus præstabit, quoniam omnis quantitas sumi potest & confici ex portione extranei, *l. deducta* §. *nummis, inf. ad Treb.* Et hoc probatur *l. ab omnibus, in princ. inf. hoc tit.* Verum addendum generaliter, ex legato damnationis & actione ex testamento, si ab herede vno tantum legata sit res vel quantitas, in solidum tenebitur, non pro parte adscripta, *l. si tibi homo* §. *1. hoc tit. l. Manius* §. *eum qui, tit prox.* At cum per vindicationem seruum legauit ab vno herede scripto ex quincunce, non poterit legatarius amplius, quam quincuncem vindicare, quoniam ad eum tantum modum constitit legatum vindicationis. Verum testator in proposita specie adiecit, singulos seruos se æstimare

A vicenis aureis. Lex ait, hoc nihil mutare conditionem legati, id est, statum & causam legati, id est, legatum ipsum. Sic in *l. 75. §. si mihi, sup.* ait, conditionem siue causam legati: dixit hæc duo pro eodem. Conditio ibi non significat casum suspensi legati, nec causa rationem legandi: Sed illis duobus verbis significatur ipsius legati status ac substantia, vt hoc loco. Igitur illa æstimatio non mutat causam legati, quia in ponenda ratione Falcidiæ, quæ ponitur separatim in singulis heredib. serui legati æstimabuntur, quanti sunt reuera. sequemur igitur æstimationem veram, non eam, quæ præscripta est à testatore, & sic ostendit *l. cum pater* §. *pater qui filio, tit prox.*

Ad §. Cum Titio.

B Titio fundum do, lego, si heredi meo decem dederit. *Si decem heres Titio debuisset, & ea Titius accepta ei fecisset, fundum vindicare potest.*

Notandum, eum non videri proprie decem dare Titio, qui quæ sibi Titius debet, ei accepta facit, quasi datio est. Dos constituitur datione, constituetur etiam acceptilatione; nam similis est dationi, *l licet, sup. de iure dot.* Igitur si cui legatum ita fuerit; *Si heredi decem dederit*, is conditionis implendæ causa decem, quæ sibi heres debet, accepta faciat, non videtur implere conditionem hac ratione, quasi dederit, sed alia ratione videtur implere quia per heredem, qui tantundem legatario debet, fieri videtur quo minus decem illi dentur. Ideo conditio pro C impleta habetur, *l. Iulian. ait de cond & demonst.*

§. *Si Titius*, exposui in *l. 38. & l. 44. §. 1.*

§. *Si paterfamilias* in *l. 32. & 53.*

Ad §. His verbis.

His verbis Lucio & Titio eorumue cui fundum do, lego, *vtiliter legatur, & si vtrique vixerunt, vtrique: si alter, alteri totum debebitur.*

Finge: Testator ita scripsit, *Lucius & Titius vterue eorum heredes sunto.* Si vterque viuat, ambo heredes erunt, altero autem mortuo, superstes ex asse heres erit, quia his verbis videtur alter alteri substitui, *l. Titius, & D l. seq. sup. de heredib instit.* Additur in *l. idque, eod. tit.* Senatum idem censuisse in legato eodem modo relicto, quod est explicandum ex hoc §. Igitur legauit sic: *Lucio & Titio vtri eorum lego*, vel *eorum cui*, quod idem est, vel, *eorum vni.* Si vterque viuat, ambo perueniunt ad legatum, altero autem mortuo superstes totum legatum obtinebit. Dices: Idem dicendum, etiamsi non sint addita illa verba: *vterue eorum*, aut similia. Atque ita est prorsus. Cur igitur ita ponitur species? est hoc discriminis, quoniam non additis illis verbis superstes quidem totum obtinebit, verum partem institutionis iure vel legati, partem accrescendi iure. Ceterum additis illis verbis, partem habet institutionis aut legati, partem substitutionis iure, *l. heredes* §. *vlt. ad Trebell.* Differentia hæc est, quia substitutum onus sequitur, *l. licet sup. h. t.* Coniunctum autem, E cui pars accrescit, onus nõ sequitur, *l. 16 sup.* Hinc apparet hunc §. pertinere ad substitutionẽ, quæ fit inter legatarios. Eodem pertinet *&* §. *Stichum, sup.* Tradam hoc loco summatim, quale sit ius substitutionis. In *l. vt heredib. tit. prox.* traditur, vt heredibus, ita & legatariis substitui posse. Sed aliqua est differentia: Nam substitutionis heredum casus duo sunt. Primus non acquisitæ hereditatis Secundus acquisitæ hereditatis. In primũ casum potest substitui heredi ex 12. tabul. In secundũ nõ potest substitui directo, sed per fideicomissum, hoc modo: *Postquã heres exstiteris, restitues Titio hereditatem post annum.* Directo etiam potest pupillo in secundum casum vsque ad pubertatem: Id quod moribus est inductum. Poteris etiam substituere directo furioso, mente capto, ex Constitutione Iustin. alias non

poteris directo. In legatis autem non omnino ita: nam in A primum quidem casum recte substituemus, *l. cum pater §. pater, tit. prox. Publius §. 1. l. auia, de cond. & demonst.* At poteris etiam in secundum casum legatario substituere, id est, in casum acquisiti legati, vt in specie §. *Stichum.* Vt *lego Primo, & si intra annum non manumiserit, lego Secundo:* intra annum habebit legatum, post annum deuoluetur ad substitutum. Sic etiam traditur de donatariis causa mortis, eis posse substitui non tantum in primum casum, id est si non ceperint, sed sub qualibet conditione, *l. ei cui, de mortis caus. donat.* Ratio differentiæ summa est: Heredi non substituitur directo in secundum casum, quoniam substituere in secundum casum, est alteri testamentum facere, quod non fit iure, nisi pupillo. At legatario substituere in secundum casum, non est ei testamentum facere, B sed datur tantum qui ei in re succedat, non successor iuris. Deinde etiam meminisse oportet, vt §. seq.

Ad §. pen.

Cum statuliber sub conditione legatus est, & pendente conditione legati, conditio statuta libertatis deficit, legatum vtile fit. Nam sicut statuta libertas tunc perimit legatum, cum vires accipit, ita legatum quoque non ante perimi potest, quam dies cesserit eius.

REm legatam sub conditione frustra alienari initio *h. l.* Inter ea, quæ ibi diximus, est differentia quædam: Nam frustra heres mortuum infert in locum legatū, quia C religio locum non occupat, *l. si fundum, de cond. & demonst. l. si locus, sup. de relig.* Idque nisi inferat ipsum testatorem, cum non est opportunior locus: tum enim locus fiet religiosus & legatario tenebitur tantum ad pretium loci, *l. quid ergo 55. §. 4. sup.* Similiter heres frustra manumittit seruum legatum, quia non fit liber, *l. generaliter, inst. qui & à quib. man.* Similiter frustra interim alienat, legat, pignori dat, seruitutem imponit. Sed hæc alia ratione, quia scil. existente conditione, hæc finiuntur & reuocantur. At religio & libertas ne incipiunt quidem, quia hæc vix reuocantur, si semel incæperint. Tarde concedendum est, quod datum non adimeretur. Statuliberum, id est, eum, cui est libertas data sub conditione, interim heres frustra legat, nec interest pure an sub conditione, quoniam existente conditione statulibertatis, legatum perimitur, & D seruus fit, *l. 44. §. pen. sup.* At deficiente conditione, legatum perpetuo valet, interim etiam valet, nec perimitur, antequam dies libertatis cesserit. Non statulibertas legatum perimit, sed libertas. Finge: filius impubes heres institutus est, & ei substitutus datus, ab institutionis gradu seruus legatus est, à substitutione autem liber esse iussus est. Inest conditio libertati, substitutionis scilicet. Igitur inest etiam legato relicto in primis, quoniam videtur legatus seruus sub contraria conditione, *l. 68. §. vlt. sup.* Igitur deficiente conditione substitutionis, legatum erit vtile; existente autem, perimetur, & competet libertas ex secundis tabulis, *l. 2. §. plus, inf. de statulib. & §. vlt h. l.* Huc addi possunt quæ diximus in *l. 19.* Hoc quoque notandum ad §. *his verb.* Legauit Titio & Lucio vtrique eorum. Senatus E censuit altero mortuo totum ad superstitem pertinere *l. idque, sup. de hered. inst.* Multa SC. fuere facta circa legē Papiam, *l. 1. §. cum igitur, C. de caduc. toll.* Vnum est in *l. Iulian. tit. prox.* Alterum in *l. Senatus, de donat. caus. mort.* Est & aliud in *d. l. idque*, quo Senatus censuit, vt si deficiat pars vnius ex illis legatariis, videlicet eo moriente viuo testatore, post testamentum, ea non fiat caduca, sed pertineat ad superstitem, quia pro substituto habetur, substitutio præfertur caduco. Et hunc proprie casum arbitror fuisse illo SC. comprehensum: nam si vnius pars sit pro non scripta, vt si vnus mortuus fuerit tempore testamenti, certissimum est eam non fieri caducam. Ea quæ pro non scriptis habentur, nullo iure caduca fuerunt.

Ad L. LXXXII.

Non quocunque modo si legatarij res facta fuerit, die cedente obligatio legati exstinguitur. Sed ità si eo modo fuerit eius, quo auelli non possit. Ponamus rem, quæ mihi pure legata sit, accipere me per traditionem, die legati cedente ab eo herede, à quo eadem sub conditione alij legata fuerit: nempe agam ex testamento: quia is status est eius, vt existente conditione discessurum sit à me dominium. Nam etsi ex stipulatione mihi Stichus debeatur, & is cum sub conditione alij legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucratiua: nihilominus existente conditione ex stipulatu agere potero.

§. 1. Si ex bonis eius, qui Reipub. causa aberat, rem vsu adquisierim, & ea antequam euinceretur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere.

§. 2. Fundus mihi legatus est, proprietatem eius fundi redemi detracto vsufructu, postea venditor capite minutus est, & vsusfructus ad me pertinere cœpit. Si ex testamento egero, iudex tanti litem æstimare debebit, quantum mihi aberit.

§. 3. Marcellus: Idem erit, & si partem redemero, pars mihi legata est, aut donata; partem enim duntaxat petere debebo.

§. 4. Iulianus: Quod si legatum mihi est, quod ex Pamphila natum erit, ego Pamphilam mercatus sum, & ea apud me peperit. Non possum videri, partum ex causa lucratiua habere: quia matrem eius mercatus sum. Argumentum rei est, quod euicto eo, actio ex empto competit.

§. 5. Qui Gaium & Lucium eiusdem pecuniæ reos habebat, si iter legauerit. Quod mihi Gaius debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare: Quod mihi Lucius debet, id heres meus Meuio damnas esto dare: *eam conditionem heredis sui constituit, vt is necesse habeat, alteri actiones suas, alteri litis æstimationem præstare. Si tamen viuus testator Gaio acceptum fecit, necesse est vt Sempronij & Meuij legatum inutile sit.*

§. 6. Cum mihi Stichus aut Pamphilus legati fuissent, duorum testamentis, & Stichum ex altero testamento consecutus fuissem, ex altero Phamphilum petere possum. Quia etsi vno testamentis Stichus aut Pamphilus legati fuissent, & Stichus ex causa lucratiua meus factus fuisset, nihilominus Pamphilum petere possem.

REgula iuris est, duas lucratiuas causas non posse in eundem hominem, eandemque rem concurrere, *l. omnes, de oblig. & act.* Ad eam pertinent fere omnia, quæ hac *l.* traduntur. Secundum eam cessat actio ex testamento, & legatum perimitur ipso iure, si rem mihi legatam iam nactus fuero ex causa lucratiua eo tempore, quo dies legati cedit: nam inutiliter cedit dies, quia iam rem habeo ex causa lucratiua. Quod postquam cessit dies legati, rem iam acquisiero ex causa lucratiua, puto ipso iure exstingui actionem ex testamento. Legendum est in *h. l. Si legatarij res facta fuerit, die legati cedente, obligatio exstinguitur.* Id indicat *l. 1. 2. sup. h. t.* interpungendum post verbum, *cedente.* Ita est, secundum eam regulam: *Si duorum testamentis eadem res mihi legetur, & ex vno testamento eam consecutus fuero postea ex altero non agam, quoniam duæ lucratiuæ causæ non possunt concurrere.* Causæ lucratiuæ, vt hereditas, legatum, donatio, fideicommissum, stipulatio interposita donationis causa, vsucapio pro derelicto, pro donato, pro herede. Causis lucratiuis annumerantur etiam partus vernarum, item consolidatio vsusf. Non lucratiuæ, vt emptio, permutatio. Recte in ea regula scriptum est, *in eandem rem*, id est, corpus. Nam in quantitate cessat illa regula, *l. 34. sup.* Recte etiam in *eandem:* In diuersis enim cessat regula. Eadem res non videtur legata, si vnius testamentaro mihi legetur pars Stichi, & alterius testamento pars eiusdem Stichi, quoniam eadem pars non vi-

detur legari. Itaque ex vtroque testamento est actio, *l.83. inf. l. Mauius §. duorum, tit. prox.* Non videtur esse eadem res, si Stichus aut Pamphilus mihi legatus sit, & Stichum acquisiero antequam dies cedat ex causa lucratiua: Eum quidem Stichum non vindicabo; sed Pamphilum qui superest, quoniam alia res est. Idque si ipse habeo electionem. Alias erit in potestate promissoris, vel Pamphilum præstare, vel Stichi æstimationem, *l.84. §. si Titio Stichus, inf. & §. vlt h. t.* Notandum etiam superiori regulæ locum non esse, si alia sit voluntas defuncti, *l. nutu §. 1. de leg. 3. l. si alij, in fi. de vsufr. sup.* Item locus non est regulæ, si legatarius ita rem sit nactus ex causa lucratiua, vt tamen eam non possit retinere. Acquisitio lucratiua, cuius ea est causa vt duratura non sit, non perimit legatum. Huius exempla sunt. Res aliena mihi pure legata est testamento Primi. eadem res testamento Secundi veri domini legata est Tertio sub conditione. ea pendente heres Secundi eam rem mihi donauit, atque ita eam accepi ex causa lucratiua. Verum infirma est donatio: nam finietur existente conditione legati, *l.69. §. 1 sup.* Res legata alienari non potest. Igitur ea donatio non obstat, quin petam legatum actionē ex testamento Primi, si conditio existat; nam ea deficiente actio perimitur, quia tum rem plenissimo iure obtineo. Idem in stipulatione interposita ex causa lucratiua: vt puta, res aliena mihi debetur ex stipulatione, eam verus dominus legat Titio sub conditione, heres eius eam mihi donat: si exstiterit conditio legati, erit mihi salua actio ex stipulatu, quia donationis causa non durauit: sed si defecerit conditio legati, erit mihi salua actio ex stipulatu, quia donationis causa non durauit: sed si defecerit conditio, perimitur actio ex stipulatu, *l. si seruus legatus §. Stichum, h. t.* Aliud exemplum: rem absentis Reipub. causa vsucepi, puta pro derelicto. Acquisitio lucratiua est, sed rescindi potest vsucapio per restitutionem in integrum ex edicto, *ex quib. causs. maior.* Igitur ea acquisitio imbecilla est. Eadem res post vsucapionem mihi legata est, quia non videtur mea fuisse, quam retinere non potui. Hinc notandum, absentibus aduersus præsentes dari restitutionem in integrum, *l. ab hoste, C. de postlim. reuers. l. nullo. C. de rei vindic. l. 1. ex quib. caus. mai. sup.* Notandum etiam, legatarium, qui rem legatam ita nactus est ex causa lucratiua, vt tamen eam non possit, ea amissa, recte eam petere actione ex testamento, quia non videtur ad eum peruenisse. In summa, vt videatur quis acquirere ex causa lucratiua, hæc requiruntur: vt alienum acquirat. Is, cui soluitur sua pecunia, eam non habet ex causa lucratiua *l. expromissione, inf. de obl. & act.* Paul. *initio 4. Sent.* Item vt nihil propterea acquirenti absit: emptor, cui pretium abest, rem emptam non habet ex causa lucratiua, *l. si seruus legatus §. Stichum, l. inf. 34. §. quod si rem, sup.* Eadem ratione interdum hereditas & donatio non sunt causæ lucratiuæ, quoties scil. adiunctum eis onus est, *d §. Stichum l. inter stipulantem §. si rem, inf. de verb. obl.* Postremo exigitur vt dominium apud eum sit perpetuo remansurum. Si igitur rem legatam acquisiero ex causa lucratiua, extinguitur legatum: si ex non lucratiua, non exstinguitur. Vt puta, emi rem legatam antequam dies legati cederet, & traditam accepi, non exstinguitur actio ex testamento. Verum non agam ad rem, nec ad verum rei pretium, sed ad pretium, quo rem illam emi. Satis est me indemnem seruari, *l. 45. sup.* At quid fiet si rei legatæ partem acquisiero ex causa lucratiua? vt res aliena mihi legata est & eius proprietatem nudam emi à vero domino, ipse retinuit vsumfr. is finitus est capitis deminutione venditoris, consolidatur mihi, & quidem ex causa lucratiua. In hac specie rei proprietatem habeo ex causa non lucrativa: quid consequar actione ex testamento? Agam tantum ad pretium proprietatis nudæ. Vel res mihi legata est. antequam dies legati cederet, ego partem illius rei emi à vero domino. Altera pars mihi donata est, vel acquisiui ex alterius testamento. Non agam ex priori testamento, nisi ad pretium partis emptæ §. *fundus.* At quid si

A partem acquisiui ex causa lucratiua, alteram autem nullo modo acquisiui? tunc actio ex testamento mihi competet ad rei partem alteram, *d. l. seruus legatus §. Stichum.* At legatus est partus futurus ancillæ, per damnationem scilicet. Ego ancillam prægnantem emi, & eo pluris quod esset prægnans. ea peperit apud me, non concepit: nam alias fuisset causa lucratiua. Quæritur, an partus hic quoque videatur ad me peruenisse ex causa lucratiua? Resp. non videri. Nam partus pars est ancillæ. ancilla empta est, partum etiam videor emisse. Id ex eo apparet, quod euicto partu, habeo aduersus venditorem actionem ex empto; non autem ex stipulatione duplæ, *l. venditor. l. si prægnans sup. de euict.* Sic conciliandæ sunt, vt etiam recte Accurs. Itaque actione ex testamento agam

B ad pretium partus; quod mihi abest, & æstimabitur partus officio iudicis, *l. si quod ex Pamphila, tit. prox.* Dixi partum esse partem ancillæ. Obstat *l. partum, de verb. sign.* Breuiter dicendum, eam legem pertinere ad quæstionem vsucapionum, & id referri ex sententia Scæuolæ, qui reprehenditur à Marcello in *l. si aliena §. vlt. de vsucap.* Itaque verius est per omnia partum esse ancillæ partem.

§. *pen.* exposui in *l. 33. & l. 75. §. simili.*

L. 83. exposui in præcedenti,

Ad L. LXXXIV.

Huiusmodi legatum, si Titius heredi meo cauerit, centum Mæuio se daturum, & heres meus Titio centum da-

C to, *vtile legatum est. Quemadmodum quod alicui legatum, ex causa fideicommissi restituatur.*

§. *ædes* exposui in *l. 38. §. qui seruum* in *l. 45. §. cum pater* in *l. 69. §. si testator. §. si ita,* in *l. 44. §. eum qui §. si Titio* in *l. 0.* Alterum §, *si Titio,* in *l. 82. & vlt.* in *l. 1.*

L. 85. in *l. 16. &* 33.

Initium *l. 86. & vlt.* in *l. 69.*

§. 1. in *l. 34. & 81.*

§. *cum seruus,* in *l. 38.*

Restat ex *l. 84.* initium.

Legatarius fideicommisso onerari potest; potest etiam cautione, vt si cauerit, heredi *se Titio centum daturum,* heres ei centum dato: vel si cauerit, *se opus facturum.* Similiter heres, vt legato seu fideicommisso, ita

D cautione onerari potest, *l. Ballista, ad Trebell.* In specie proposita dicitur si cauerit, *heredi se Titio daturum,* videtur inutilem cautionem fore: nam nemo alteri cauere aut stipulari potest. Imo heres potest stipulari ei, cui testator consultum voluit, vt impleatur voluntas defuncti, & ex ea cautione legatarius tenebitur heredi, *l. Titio, centum, de condit. & demonst. l. si tibi legatum, inf. l. 3.* Publice expedit voluntatem defuncti seruari, *l. 5. sup. quemad. test. aper.* Item si cauerit se centum daturum, centum dato, videtur esse inutile, *l. si fundus, inf. ad leg. Falcid.* Si Titio legata sint centum, *si dederit centum heredi,* inutile est legatum. Verum si legetur fundus, qui est dignus centum, si dederit centum, vtile est, quia plerum-

E que interest, legatarii fundum potius habere, quam centum, *l. si cui fundus, inf. tit. prox.* Opinione enim & affectu fundus pluris esse potest, quam centum. Verum cum legantur centum, si dentur centum, inutile est. Dicendum, inutile esse legatum, si legentur centum, si det centum. At legatum non est inutile, si quis non dat centum præsentia, sed caueat, vt protinus centum accipiat.

Ad §. 1.

Eadem ratione hoc quoque legatum vtile fit, si Titius heredi meo cauerit, se in municipio ex centum aureis opus facturum, tum ei centum aureos heres meus dare damnas esto.

SI vnius testamento eadem res mihi bis legetur, semel tantum debebitur: Itaque si ab herede æstimationem consecutus fuero, nulla superest rei petitio, *l. 34. §. si eadem, sup.* Secus si duorum testamentis legetur. Nam si ex vno æstimationem consecutus fuero, petam ex altero rem, non autem contra, ne duæ causæ lucratiuæ concurrant, §. *si res aliena, Instit. eod.* Verum hoc non procedit in specie *huius* §. Ab herede meo post biennium quam mortuus fuero, Titio fundum dari iussi, heres eundem fundum intra biennium eidem Titio pure legauit & decessit, Titius ex testamento heredis consecutus est æstimationem; deinde agit ex meo testamento ad rem. Agit quidem iure, sed repellitur exceptione doli, si fundi pretio contentus non erit. Cur ita? Nam quod heres meus ei eandem rem pure legauit, id fecit repræsentandi tantummodo legati causa, non quod vellet duplicari legatum. Quin etiam legatum illud ab herede relictum non est vtile, nisi propter commodum repræsentationis. Nam si heres pure legauerit, quod à se pure legatum est, legatum est inutile, sicut cum debitor legat creditori. Sic etiam si quod ab herede legatum est sub conditione, heres suo testamento leget sub eadem conditione, inutile est, *l. vnum, in prin. tit. prox. l. si mihi Sempronius, inf. h. tit.*

Ad §. Si cui homo.

Si cui homo legatus fuisset, & per legatarium stetisset, quo minus Stichum, cum heres tradere volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit.

PErtinet ad legatum damnationis, secundum ea, quæ sunt tradita *in l. 13.* Heres damnatus est hominem dare? eius est electio. Heres offert Stichum legatario, legatarius eum recusat sine iusta causa. Deinde mortuus est Stichus sine culpa heredis? Heres censetur liberatus, quia habetur pro soluto, in quo accipiendo legatarius moram fecit, *l. vlt. C. de cond. infert.* Verum hic heres non liberabitur ipso iure, sed opposita exceptione doli. Nam si agat legatarius, repelletur exceptione doli, eam oportet opponi. Nam actio ex testamento est stricta, *l. interdum §. vlt. de verb. obl.* Aliud in iudiciis bonæ fidei, vbi debitor ipso iure liberatur, quoniam inest exceptio doli illis iudiciis, §. *qui seruum inf. l. sed & si ideo, sol. matr. l. si is cui, inf. de furt.* Græci ad *l. si mulier § dos; quod met. caus.* Et hanc differentiam proponit ICtus. inter actionem creditæ pecuniæ & actionem dotis, *l. qui decem de solut.* Quod diximus de legato generaliter, idem obtinet in legato alternatim, § *Stichum h. l.* citatur in *l. statulib. in fi. tit. prox.* Pomponius multum sumit ex Iuliani scriptis. Finge: legauit *Stichum aut Pamphilum* per damnationem, heres offert Stichum, recusatur, moritur deinde, heres liberatur opposita exceptione doli. Verum in §. Stichum ita proponitur legatum, *Stichum aut Pamphilum vtrum heres volet dato.* Legauit per damnationem; nam *dato*, est damnationis verbum; frustra videtur igitur adiecisse, vtrum heres volet; nam & eo non adiecto, heredis est electio. Imo non frustra: nam cum nominatim datur debitori optio, non potest variare vbi semel elegit, alioqui potest variare, *l. qui certum §. vlt. de verb. obligat.* At cum non nominatim data est, semel tantum eligit. Sic etiam creditor, cuius est electio, potest variare, debitor potest variare quoad soluerit, nisi nominatim ei data sit electio. Si creditor potest variare quoad iudicio egerit, nisi optio sit ei nominatim data, *l. 5. sup.* Contra hæc opponitur *l. si quis stipul. de verb. obl.* Creditor, i. stipulator sibi excepit electionem nominatim, & tamen variare potest. Non quidem si ita sit stipulatus, *Stichum aut Pamphilum, quem voluero*, tum enim semel eliget, nec mutabit. Illo verbo *voluero*, certum momentum temporis significatur. Verum si sit stipulatus *Stichum aut Pamphilum, quem volam*, potest variare vsque ad litem contestatam. Nam illa verba, *quoad volam*, sunt extensiua, ἐκτατικά, i. habent tractum temporis; quædam sunt extensiua in præteritum, vt *volebam*, quædam in futurum, vt *volam*. Quæro cur etiam non liceat legatario variare, si ita ponatur legatum, *Stichum aut Pamphilum vtrum Titius volet?* nam sicut volam est extensiuum, ita & volet, *l. filij, inf. ad Tertyll.* Dicendum, idem esse in legato, quod in stipulatione, videlicet, si legatario sit data electio per damnationem, vt *Stichum aut Pamphilum vtrum Titius volet, illi dato.* Hoc casu dico legatarium posse variare, quoniam non prius ei acquiritur Stichus, quam heres tradiderit, secundum ea quæ diximus in *l. 38.* Igitur res est integra, si nondum sit traditus Stichus, itaque si semel elegit, potest variare. At cum legatum est per vindicationem, is quem primum eligit, continuo ei acquiritur ipso iure. Igitur satisfactum est legatario, nec est res integra. Nec obstat §. *Stichum h. l.* vbi dixit, *volet*; & tamen non potest variare, & est legatum damnationis. Nam §. *Stichum*, non loquitur de creditore, sed de debitore, i. herede, hic semel tantum velle potest, quoniam dum Stichum eligit, ei se dando obstringit, & ius acquiritur statim legatario in eo Sticho. Itaque non per omnia idem est in debitore & creditore. Finge: testator legauit *fundum, & quæ in eo essent mancipia mortis tempore.* Ancilla quædam mortis tempore est in fuga. Quæritur an ancilla debeatur legatario? Item, an partus debeatur, si pepererit in fuga. Respondeo, deberi ancillam, quod casu abest, non eo minus debetur, quod ipso viuus exemit, non debetur, *l. seruus, inf. lib. 3.* Igitur partus etiam debebitur: nam partus sequitur matrem. Est hæc *l.* notanda ad *l. partum, C. de rei vind.*

Ad LLL. LXXXVII. LXXXVIII. & LXXXIX.

L. 87. Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque relinquit, durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate: Non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari.

L. 88. Sed si non alias voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, tunc neque aduersus coheredem dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sententiam constat: cum ipsi filio non videretur esse soluendo hereditas. Et hoc ita est, licet non conditionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime approbetur.

L. 89. Nam nec emancipatus hereditate omissa legatum ab herede petere prohibetur. Prætor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit, ius se in persona eorum tribuere quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hereditatis habuissent.

FIlius emancipatus est patri heres extraneus, filius autem familias est suus heres, nec adit, nec repudiat. Adire & repudiare sunt verba iuris ciuilis. Suus ipso iure heres fit; at iure prætorio vel immiscet, vel abstinet, & eum, qui abstinet, prætor non habet heredis loco, *l. filius, de interroga. in iur. fac.* Tantundem in suo valet immistio, quantum aditio in emancipato. Item abstentio, quantum repudiatio, *l. 86. inf. l. pro herede § pen. sup. de acquir. hered.* Si emancipatus ex parte heres scriptus legatum etiam accepit, repudiata hereditate, non prohibetur legatum petere. Igitur & si suus institutus sit pro parte, & legatum acceperit, deinde abstinuerit, non prohibetur legatum petere. Et vero suus totum legatum petet, *l. 17. sup.* non obstante regula Catoniana: Nam licet heredi inutiliter legetur à semetipso, & legatum illud non valeat, nisi pro parte coheredis, & tamen is, qui repudiat vel

vel abstinet, pro herede non habetur, & ei relictum legatum totum ab initio constitisse intelligitur. Nec possis dicere: eum qui repudiat, impugnare iudicium defuncti, ideo legati petitionem denegandam esse. Impugnat qui testamentum inofficiosum dicit, vel qui falsum, hic legatum amittit. At is qui repudiat vel abstinet, ne implicetur molestiis hereditariis, dum putat hereditatem non esse soluendo, non impugnat iudicium defuncti, imo hoc vocatur prouidentia heredis in *l.99. inf.* Prouidentia est, non impugnandæ voluntatis supremæ studium. Similiter, vt in *l. antepen. inf. de his quæ vt indig.* filius non impugnat iudicium patris, si neget testamentum esse factum, i. non solemniter. Ideoque legatum relictum non amittit, quia disputat tantum de iure testamenti, non impugnat iudicium patris. Ei *l.* opponitur *l. pen. in princ. inf. de except. rei iudic.* B Species: Caius agnatus testatoris, & ideo, qui ab intestato succedere potuit, scriptus est heres ex sextante; adiectus ei coheres ex dextante, puta Titius alius agnatus eiusdem gradus. Caius dixit testamentum esse iniustum, i. non solemne, atque ita directo non impugnat testamentum. Atque hac ratione fretus vindicat à coherede semissem hereditatis, vincitur. In ea vindicatione videtur etiam partem dimidiam sextantis sui vindicasse: Ideoque si eam petat, repelletur exceptione rei iudicatæ. Verum supererit ei vindicatio alterius partis, i. vnciæ ex testamento. Igitur vnam partem sextantis non amittit; Alteram autem ideo amittit, quod temere in iudicium deduxit. Ex eo intelligitur nihil obstare. Dixi eum, qui omisit hereditatem, non repelli à legato. Opponitur *l. si non solus §. 1. sup. si quis omis. caus.* C Species: Instituto datus est substitutus vulgaris, ab instituto plurimis legauit, & inter alios substituto, si heres non esset ex substitutione. Post mortem institutus omisit causam testamenti, & ab intestato possedit hereditatem tanquam agnatus. Idem fecit substitutus: Nam omisso testamento ab herede instituto, potuit ex substitutione venire, sed noluit; sed quia etiam erat ex agnatis eiusdem gradus, possedit hereditatem ab intestato. Sciendum, institutum teneri legatariis ex edicto: *si quis omis. causa testam.* perinde ac si adiisset, ne fiat fraus legatariis. Quæritur an teneantur etiã substituto legati nomine? Videtur dicendum teneri: nam non ideo repellitur à legato, quod omisit hereditatem. Verum hoc negatur in ea *l.* Ratio hæc est, quia etiam ipse substitutus, omissa causa testamenti, ab intestato possedit hereditatem: quid igitur ex testamento petit? non probe petit, qui maluit sequi causam intestati, *l. bon. inf. de legat. præstand. l. quidam, si quis omis. caus.* D Verum is, qui omisit testamentum, nec ab intestato possedit hereditatem, non vetatur ex testamento legatum petere. Igitur qui omisit hereditatem ex testamento, si nec ab intestato accepit, non repellitur, videlicet, si ea fuerit mens patris, vt filius non aliter perueniat ad legatum, quam si & heres extitisset. Non exigimus hac in re expressam voluntatem, aut vt sub ea conditione ei legauerit, sufficit tacita voluntas; modo sit euidens, *l.88.* An est euidens, si filio instituto, pater ita subiungat: *hoc amplius filio modo fundum illum do, lego.* An videtur hac ratione legatum annecti & hereditati? Minime. Hæc verba, *hoc amplius*, repetunt institutionem, non etiam legato deuinciunt. Itaque ex his verbis voluntas non constat, *l. 98.* Verum erit euidens voluntas, si pater E plures filios instituerit datis prælegatis, vt patrimonium inter eos diuideret: nam tum pater prælegando videtur fungi arbitro diuidendæ hereditatis, *l. Marcellus §. pen. inf. ad Trebell.* Ideoque, qui se abstinet hereditate ex voluntate defuncti, illis etiam prælegatis abstinet, & amplius ea non potest petere, quoniam si petat, videtur petere partem hereditatis, à qua se abstinuit. Hic manifestum est patrem voluisse hæc separari in *l.90. in fi.*

Initium *l.91.* exposui in *leg.* 5.

§. 1. explicatus est in *l.98. & l.5.*

§. *in duobus*, exposui in *l.17.*

Digest.

A

Ad §. Seruo.

Seruo legatum datum est, si alienatus à testatore fuisset, legatum ad emptorem pertinebit.

Notandum, seruo legato recte legari in *l.68. sup.* Nec obstat regula Catoniana, vt ostendimus. Præterea legatarius serui potest rogari, *vt eum seruum, vel id, quod ei seruo legatum est, alteri restituat*: vel etiam ipsi seruo, cum liber erit, §. *cum seruus, h.l.* At seruo legato legaui, viuus eũ seruum vendidi, exstinguitur legatum serui, si vltro vendidi. At legatum ei relictum non exstinguitur, sed acquiritur emptori, die cedente, aut seruum manumisi, tum legatum acquiritur manumisso, *l. cum legato, quan. dies leg. ced.* quæ est coniungenda cum hoc §. *seruo.* Illo lib. 36. Iulianus tractauit plenissime de regula Catoniana. Ad eam regulam omnes quæstiones huius legis referendæ sunt. Aliud tamen est in seruo proprio, cui legatur sine libertate; nam ab initio legatum non valet, & si eum seruum testator vel vendat, vel manumittat; non eo magis valet propter regulam Catonianam, cui in hac specie locus est, *l. seruis, C. de legat.* A Titio legatus est mihi seruus, idem Titius ei seruo non legauit, sed alius, dies legati relicti cessit viuo Titio: legatũ acquiretur Titio, & eo mortuo statim transibit in hereditatem, mihi non acquiretur, sed heredi. Quoties idem legat seruo legato, legatum sequitur seruum: quoties alius non sequitur seruum. Idem si mortuo Titio cesserit dies legati seruo relicti ante aditam hereditatem: nam id etiam hereditati acquiritur, *l. quod seruus, inf. tit. prox.* Post aditã autem hereditatem & post moram acquiritur mihi legatario in §. *vlt. h. l. & l. 39. §. fructus, sup.* Item si Titius, qui seruum mihi legauit, eum vendiderit aut manumiserit, cum iam cessisset dies legati, retinebit legatum, cuius dies apud eum cessit. Ita his casibus legatũ ab alio seruo legato relictum, non semper sequitur seruũ vel dominium serui.

Ad Leg. XCII.

Si fundum per fideicommissum relictum vnus ex heredibus excusso pretio secundum reditum eius fundi, mercatus sit propter æs alienum hereditarium, præsente & assignante, cui fideicommissum debebatur: placet non fundum, sed pretium eius restitui debere. Marcellus *notat: Si fundum restituere malit heres, audiendum existimo.*

Initio legis proponitur hæc species exsoluendi æris alieni hereditarij causa, vnus ex heredib. fundum Titio relictum per fideicommissum emit; constituto pretio secundum quantitatẽ prædij & redituum, vt fieri solet, *l. si quis, C. de rescind. vend.* Item heredes illum fundum vendiderunt, ipso Titio præsente & venditionis instrumentum obsignante. *Adsignante* i. signante, *l. cum pater §. pater plurib. tit. prox. l. qui off. §. vlt. sup. de contr. empt.* Res videtur tradita quam emptor signauit, *l. quod si æque de peric. & comm.* Sic in *l. 6. C. de fideicom. adsignauit* pro signauit. Quæritur an Titius fideicommissi persecutionẽ amiserit, quod venditioni quasi testis adfuit? Lex ait, non amisisse. Verum fundum ipsum nõ persequetur, sed pretio eius contentus erit, alioqui ipsam rem per fideicõmissum relictã, heres omnino cogitur prẽstare, *l.71. §.1. sup.* Nec liberatur pretio præstito. At quia hoc casu Titius signauit, ipsum fundũ nõ habebit. Si tamẽ heres malit ipsum fundũ præstare, audietur. Opponitur *l. nihil §. inf. h. t.* Si fideicommissarius consensit venditioni, nullam fideicõmissi petitionem habet. Nullã, i. nec rei, nec pretij. Opponitur etiam *l. Lucius 88. §. insulam, tit. prox.* fideicõmissarius consensit venditioni ab herede factæ, dicitur fideicommissariũ nec ad pretiũ quidem acturum. Dicendũ, illas leges loqui de fideicõmissario qui consensit. *Consentire*, est palã & diserte consentire. Hic cõsensus in totũ præiudicat ei. At testis vel signator qui tacet non cõsensit, ideo testi præsentia vel signatori signum non

Bbb

præiudicat, *l. Caius, sup. de pign. act. l. Titia. 1. §. Lucia, tit. prox.* Nec obstat *l. fideiussor §. pen. sup. de pign.* Ex qua colligunt testis præsentiam, vel signum, consensum imitari. Male: nam ille §. non loquitur de teste, sed de eo qui sua manu scripsit domum suam pignori futuram. Nec etiam obstat *l. sicut §. non videtur, & l. Titius §. vlt. quib. modis pign.* Illæ leges non loquuntur de signatore, sed de subscriptore, subscriptio præiudicat. Plus est subscribere quam subsignare. In testamentis exiguntur signa testium, idque ex iure prætorio. Constitutiones exigunt vt adhibeantur etiam subscriptiones: signa sunt ex iure Prætorio.

Ad §. 1.

Iulianus: *Si Titio pecunia legata fuerit, & eius fideicommissum, vt alienum seruum manumitteret, nec dominus eum vendere velit: nihilominus legatum capiet: quia per eum non stat, quo minus fideicommissum præstet: nam & si mortuus fuisset seruus, à legato non summoueretur.*

SPecies: legatarium testator rogauit per fideicommissum, vt seruum alienum manumitteret. dominus non vult eum vendere, ideoque legatarius non manumittit. An perdit legatum? Minime, quoniam per eum non stat; aut seruus mortuus est, ideo manumitti non potest, non ideo legatum perdit. Igitur à contrario sensu legatarius, per quem stat quo minus fideicommissum præstet, legatum perdet? quod falsum est. Nam legatum ei non est relictum sub conditione aut modo, vt seruum manumitteret, sed datum est pure, adiecto onere fideicommissi: fideicommissum separatur à modo, *l. cum ij §. sed & si certa, sup. de transact.* Hodie quidem ita procedit ex *Nou. 1.* vt legatarius legatum perdat si non præstet fideicommissum. Sed hoc non obtinebat olim. Cogebatur legatarius fideicommissum præstare extra ordinem. Dicendum, huic legato fuisse implicitum modum: nam legauit nummos, vt emat seruum alienum, & emptum rogauit vt manumitteret, *l. non tantum §. si alienum, inf. de fideicom. libert.* Igitur si legatarius possit hunc modum implere, nec impleat, à legato summouetur, *d. l. non tantum.*

Ad §. vltim.

Sicut conceditur vnicuique ab eo, ad quem legitima eius hereditas vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissum dare: ita & ab eo ad quem impuberis filij legitima hereditas vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissa recte dabuntur.

CErtum est, fideicommissum posse relinqui, non tantum ab herede scripto, sed & ab intestato, dum scilicet heredes, qui sunt successuri, rogantur à me aliquid dare vel facere: Nam videntur quodammodo heredes scribi, ideo possunt fideicommisso onerari, *l. 2. sup. de iure codicill.* quæ est coniungenda cum hoc §. *vlt.* Eadem ratione sicut possum fideicommissum relinquere à substituto dato filio meo impuberi, ita nulla facta substitutione, recte fideicommissum relinquam ab eius herede legitimo. Possum à meo herede, vel scripto vel legitimo fideicommissum relinquere: Ita etiam à filij mei heredib. quia dum non facio substitutionem, sponte mea videor eius hereditatem heredi legitimo relinquere, ideo onerabo, ac si substituissem. Verum hoc fideicommissum finietur pubertate, sicut in substitutione, *l. 39. h. t.* Inde filio impuberi heredem dare possum, *l. 2. de vulg. & pup. subst.* videlicet si intra pubertatem decesserit. Item heredem filij mei impuberis, *si intra pubertatem decesserit,* onerare possum, vel eum, quem testamento dedi, vel eum, qui lege vocatur. At puberi heredem dare non possum: cui non possum heredem dare, nec eius heredem fideicommisso onerare possum. Igitur pubertate perimitur fideicommissum. Et hæc verissima sunt si filium meum impuberem mihi heredem

A instituero. At quid si exheredauero? An ab eius herede legitimo, si intra pubertatem moriatur, potero fideicommissum relinquere? Minime, quia possum quidem substituere exheredato, *§. non solum, Inst. de pupill.* Ceterum à substituto eius non possum legatum relinquere, etiamsi filius exheredatus aliquid legati iure à me acceperit, *l. 11. sup.* Igitur nec à legitimo exheredati potero, *l. ab exhered. inf. h. t.* Duo tantum sunt casus, quib. à substituto impuberis exheredati legatum relinquitur. Primus, si filius exheredatus patri heres exstiterit ex substitutione vulgari; tunc legatum à substituto relictum valet. Igitur hoc etiam casu, si nulla sit impuberi facta substitutio, poterit fideicommissum relinqui ab herede legitimo filij impuberis. Dixi, si exstiterit heres ex substitutione vulgari, atque adeo
B directo, i. patris iudicio & beneficio, & per interpositam personam, vt si fuerit heredis patris heres. Vulgo dicitur *heres heredis, est heres testatoris*: non quidem directo, sed alieno beneficio. si hoc modo bona paterna peruenerint ad filium exheredatum, fideicommissum relictum ab eius herede non valet, *l. qui fundum §. qui filios, ad l. Falcid. l. vlt. in princ. lib. 3.* In cuius initio legendum, *instituit,* pro *substituit.* Alter casus: si substitutus exheredato patri eius ex institutione heres exstiterit, vt quia eum sibi heredem instituit, tunc ab eo substituto exheredati, qui & institutus est, relictum legatum valet. Igitur si legitimus heres exheredati sit patris testamento institutus, ab eo relictum fideicommissum valebit, *l. 94. in prin. nisi idem, &c. h. t.* substitutus, & in eam rem Iulianus citatur in *l. in ratione*
C *§. vlt. inf. ad leg. Falcid.*

Ad L. XCIV. Plane si filium.
De §. 1. dictum est in *l. 11.*
Ad §. 81. si cui Stichus.

Si cui Stichus aut Dama legatus esset, electione legatario data & fidei eius commissum esset, vt Stichum alteri præstaret: si Damam vindicare maluerit, nihilominus Stichum ex causa fideicommissi præstare debebit. Siue enim pluris est Dama, compellendus est Stichum redimere, siue minoris, æque Stichum iuste dare cogetur, cum per eum steterit, quo minus ex testamento haberet, quod fideicommissum fuerit.

D REgula iuris est, fideicommisso legatarius non obligatur vltra vires legati, *§. solum, de sing. reb. l. filiusf. §. apud Marcellum, inf. h. t.* Species: Legaui Primo fundum, & eum rogaui vt eum post mortem suam restitueret Secundo, item vt post mortem suam daret Tertio 100. Si primus statim accepto legato moriatur, fideicommissum Secundi valet, Tertij non, quia non potest quis plus rogari dare, quam ei legatum sit. fideicommissum Tertij excedit vires legati. Verum, si Primus, antequam moriatur, percipiat 110. ex fructib. fundi legati, vtriusque legatum valebit. At quid si primus pure iussus sit dare Tertio 100. non collato fideicommisso in tempus mortis, Secundo autem fundũ post mortem suam, an Tertio soluet statim 100. Lex ostendit, statim soluenda, exacta tamen cautione, *quãto amplius*
E *cepit, reddi,* quæ cautio committetur, si legatarius prius decesserit, quam centum perceperit, vel primus illi cedet toto fundo, exacta cautione, de restituendo fundo, cum perceperit 100. Notandi duo casus, quib. legatarius vltra vires legati obligatur. Primus, si legatarius rogetur rem suam alteri restituere, vel seruum suum manumittere, & legatũ agnouit: nam cogetur eam rem fideicommissario præstare, quamuis pluris sit, quia agnoscendo legatum, quod rei suæ præstandæ fideicommisso onustum est, non videtur pluris rem suam æstimasse, *l. sed si non fundus, inf. ad leg. Falcid. l. Imperator § si 100. tit. prox. l. generaliter §. si quis alienum, inf. de fideicom. libert. l. si ea, C. ad l. Falc.* Alter casus proponitur in hoc § Species: legauit *Stichum aut Pamphilum* per vindicationem: legatarij est electio. Eundem legatarium rogauit vt Stichum daret alteri. Stichus

est pluris quam Pamphilus legatarius; tamen Pamphilum elegit. Quæritur an cogatur Stichum redimere & fideicommissario præstare? Lex ait, cogendum. Atqui Pamphilus non est tanti, quam Stichus. Igitur tenetur vltra vires legati. Ratio eadem est, quæ superioris, quia tanti videtur Pamphilum æstimasse, dum potuit Stichum eligere, & Pamphilum maluit.

Ad §. vltim.

Qui testamento manumittitur, & neque legatum, neque hereditatem capit, fideicommissum præstare cogendus non est. ac ne is quidem qui seruum legatum rogatus fuerit manumittere: is enim demum pecuniam ex causa fideicommissi præstare cogendus est, qui aliquid eiusdem generis vel similis ex testamento consequitur.

NOtandum, eum qui solam libertatem consecutus est ex testamento, vel directo vel per fideicōmissum, non posse fideicommisso onerari: libertas non potest onerari, heres, legatarius, fideicommissarius onerari possunt, heres vsque ad dodrantem, legatarius & fideicommissarius vsque ad assem, non tamen vltra. Idem in donatore causa mortis. Item in eo, cui datur aliquid conditionis implendæ causa. Hic etiam in assem onerari potest, *l. 96. §. vlt. inf.* At supra assem non possunt onerari. Multo minus onerari possunt, si nihil ad eos peruenerit, *l. 38. sup.* Ideo si seruus legatus decesserit, antequam peruenerit ad legatarium, vel antequam commodum ad legatarium perueniret, fideicommissum ab eo relictum est inutile, *l. 96. §. si tibi.* Eadem ratione, si legetur fundus dignus 100. si dederit 100. fideicommissum ab eo inutiliter relinquitur, quia nihil videtur capere, *l. ciuitatib. §. vlt. inf. h. t.* Similiter si legatarius seruum pure legatum rogetur manumittere, non potest alio fideicommisso onerari, *§. vlt. h. l.* Dices: Imo videtur capere: nam sibi libertum facit manumittendo: iuris patronatus multa sunt commoda, verum nihil videtur capere, qui libertum acquirit, *l. 2. inf. quib. ad libert. proclam. non licet.* Vt libertas non potest onerari, ita nec ius patronatus. Neutrius horum æstimatio est, *l. naturalis in fi. de præsc. verb.* quorum nulla est æstimatio, eis onus non potest adiici, onus adiicitur pro modo æstimationis.

L 95. exposui in *l. 55.*

Ad L. XCVI. Quidam.

Quidam testamento vel codicillis ita legauit: aureos quadringentos Pamphilæ volo dari ita, vt infra scriptum est, ab Iulio actore aureos tot, & in castris, quos habeo tot, & in numerato, quos habeo tot. *Post multos annos, eadem voluntate manente decessit, cum omnes summæ in alios vsus translatæ essent. Quæro an debeatur fideicommissum? respondi: Vero similius est patremfamilias, demonstrare potius heredib. voluisse, vnde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset. Et ideo quadringenti Pamphilæ debebuntur.*

INitio *l. 96.* proponitur hæc species. Per fideicommissum legaui Titio aureos 400. legaui pure, deinde aureos designaui. Ab actore meo 200. i. ab eo, qui negotia mea administrat. Et *in castris quos habeo* 100. forsitan legendum *in creditis*, quoniam subiicit, *& in numerato quos habeo tot*, sic in *l. magis §. non passim, de reb. eor. sup.* In nominib. in credito dixit *l. Quintus §. argento, inf. de aur. & arg. leg.* Igitur testator aureos designauit, post testamentum testator eas pecunias in alios vsus conuertit. Quæritur, an sit exstinctum fideicommissum, quasi mutata voluntate? lex ait, non esse exstinctum: Nam designatio illa non est habenda pro conditione, vt debeantur, si sint ita vt descripsit testator. Nam initio pure legauit, ei legato non temere est addenda conditio,

D. gest.

A *l. pen. C. quan. dies legat. ced.* quæ est exposita in *l. 49.* Hac igitur demonstratione, non additur conditio legato, sed ostenditur solum vnde heredes pecuniam conficere possint.

§. 1. exposui in *l. 16.*

Reliquos §§. in *l. 94.*

Ad §. penult.

Si scriptus ex parte heres rogatus sit præcipere pecuniam, & eis, quibus testamento legatum erat, distribuere id, quod sub conditione legatum est, tunc præcipere debebit, cum conditio extiterit. Interim aut ei, aut his, quibus legatum est satisdari oportet.

B

NOtandum est, vnum ex heredibus, qui iussus est præcipere pecuniam, vt eam distribuat legatariis conditionalibus, non posse eam pecuniam præcipere, antequam conditio legatorum extiterit. Verum interim legatariis præstabitur cautio vulgaris, ex *tit. vt legator. nom.* vel ipsi heredi ea cautio præstabitur. At proprie non est legatarius, alioquin præciperet statim, sed est dispensator & diuisor legatorum. Igitur ea cautio præstatur etiam dispensatori, de eo dixi in *l. 11 sup.* Notandum etiam legato deminuto per Falcidiam minui etiam pro rata fideicommissum relictum, *l. 92. & l. 11. sup.* legatarium vti Falcidia ex persona heredis, id est, si heres vtatur, non ex sua persona. Notandum etiam, ei qui est apud hostes, recte legari, & valere legatum, si redierit. Verum si ibi decesserit, pro non scripto habetur & remanebit apud heredem sine onere, *l. 10 in fine.* Citatur Iulianus in *l. pen. de his, quæ pro non script.* & sane eo libro plene tractauit de his quæ pro non scriptis habentur. Ait Iulian. id legatum esse nullius momenti, id est, pro non scripto, vt in *l* 102. Postremo notandum: seruo proprio inutiliter legari sine libertate, legari etiam inutiliter seruo manumisso inutiliter, vt si manumittatur à minore viginti annis, *§. eadem, Qui & quib. ex caus. manumit.* nisi manumittat vindicta, causa probata in concilio. Quid si postea alienetur à minore & manumittatur, an ad legatum peruenit? Minime. Obstat regula Catoniana, quia ab initio non constitit: Itaque illud etiam legatum habetur pro non scripto. Quæ legantur seruis propriis sine libertate. Item seruis inutiliter manumissis, pro non scriptis habentur, *l. si in metallum, de his, quæ pro non script.*

C

D

Legem 98. exposui in *l. 9.*

Legem 99. in *l. 5.*

Legem 100. in *l 84. §. 1.*

Legis 102. initium, in *l. 12.*

Ad Leg. CIII.

In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento, nec codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad præstandum fideicommissum ei, qui capere non potest.

E

TAcitum fideicommissum est, quod secreto incapaci relinquitur in fraudem legum. Secreto incapaci reposita tacita fide, qua heres promittit se fideicommissum incapaci restituturum. Huc pertinet lex 3. *in princip. de iure fisc.* In ea *domesticæ cautionis* verbo significatur repromissio non scripta. Huius rei, duo proponuntur exempla. Primum de vxore. Vxor non potest heres institui testamento viri, ex lege Iul. & Papia. Verum si alio herede scripto vxori fideicommissum hereditatis palam relinquatur, fideicommisso quidem non obligatur heres, id tamen præstabit si volet, nec locus erit fisco, cum scil. palam relictum est. Et etiam olim, cum nullis fideicommissis heredes obligabantur, testatores sæpe scriptorum fidei committebant palam, vt restituerent incapaci hereditatem, in *§. 1. de fideicommis.*

hereditat. Cæterum heredes ea fideicommissa inuiti non præstabant. Verum, si heres scriptus tacite rogatus sit se vxori hereditatem restituturum, ea hereditas ei aufertur & fisco vindicatur, quia tacitam fidem accommodauit testatori in fraudem legum. Cum palam rogatur, retinet hereditatem; cum autem tacite rogatus est, aufertur à fisco, quia fuit minister fraudis. Non potuisse vxorem capere ex testamento mariti probatur, ex *l.1.C.de his qui se defer.lib.10.* Hodie autem capit ex constitut. Theodosij. Idem ostenditur in *l. vlt. inf. de his quib. vt indig.* Species: Non licet mihi per legem Papiam vxorem heredem instituere, socrum tamen meam possum instituere. Finge: patrem vxoris institui, an ex eo inducemus statim suspicionē taciti fideicommissi, quasi scilic. socer genero promiserit tacite, se hereditatem filiæ redditurum? Minime. Denique hoc esset probandum manifestissimis probationibus, non suspicionibus, *l 3.§.tacita, de iur. fisc.* Aliud exemplũ de filio naturali: Filius naturalis extantibus legitimis, non potest ex asse heres institui testamento patris: Nam vnciæ tantum capacitatem habet, *tit. de natural.lib.C.* Verum si alius sit heres scriptus, & palam rogatus restituere hereditatem filio naturali, id fit impune, *Nou.89.§.discretis,* & est in potestate scripti eam hereditatem restituere, vel sibi retinere, si malit, nam fideicommisso non obligatur, nec fisco hic locus est. Verum si tacite rogatus sit restituere, atque ita se facturum promiserit, fraus fieri videtur constitutionibus, Ideo fiscus heredi, qui fraudem participauit, hereditatem aufert. Denique fraus est, si quis rogetur tacite, non etiam palam. hoc ita, si heres extraneus, non si suus vel necessarius: Nam extraneo hoc potest obiici, cur testatori ministerium præbuisti? cur te obligasti? Est quædam tacita obligatio, etsi non probata iure, quam plerique spectant religiose. Exempla sunt apud Herodianum, & in *Nou. de lenonib.14.* Idem non potest obiici suo vel necessario, quoniam hi necesse habent parere domino vel patri imperanti propter ius potestatis. Ideoque tacitum fideicommissum eis non aufertur, *l. in fraudem §. pen. de his quib.vt indig.l.si tacitum, inf. ad leg. Falc.* Ergo extraneo scripto fraus est, si rogetur tacite: fraus non est, si rogetur palam, etiamsi idem rogetur tacite, *l.3.§.si quis palam, de iur. fis.* Igitur potest esse tacitum fideicommissum sine fraude, videlicet si idem palam relinquatur, aut si capaci relinquatur, *l.1.C.de delat.* Pecunia potest mutuo dari tacite sine fraude. At plerumque in libris nostris cum dicimus *tacita,* fraudes, astus dicimus, tacita pecunia, quæ creditur, cui vel à quo non licet, Gellius *lib.12.c.12 l.emptor §. Lucius, sup. de pact.* Tacita pactio, quæ fit in fraudem legum vel personarum, *l.pen.§.1.inf.de bon.libert.* Plinius initio 5. *Epist.* Igitur multum interest, vtrum fideicommissum palam, an tacite relinquatur incapaci. Si palam, remanet apud heredem: si tacite, ad fiscum transit. Sic etiam, si quis palam cognatam, vel adfinem vxorem ducit, non punitur, aut lenius saltem, quasi errauerit. At qui ducit clam, grauius punitur, quasi iuris non ignarus, *l. vlt. sup. de ritu nuptiar.* Seneca in 15. *Epist* Similiter multum interest, vtrum incapaci palam relinquatur: Nam quod relinquitur palam, pro non scripto est, ideo apud heredem remanet, nisi velit præstare, *l.filius §.1.infr.ad leg. Cornel. de fals.l.1.C.de hered.instit.* Idem ostendit *l vlt.in fi.inf.de his quib.vt indig.* Sententia eius legis est: Fideicommissum, quod incapaci propalam relinquitur, est pro non scripto, & apud heredem remanet, nec transit ad fiscum. Item, fideicommissum quod viuo testatore deficit, morte fideicommissarij est in causa caduci, ideo transit ad fiscum. Nunc pone, vtrumque interuenisse, scilicet incapaci fideicommissum relictum, & eundem decessisse, viuo testatore: Quæritur vtrũ id fideicommissum remaneat apud heredem, quasi pro non scripto sit, an ad fiscum pertineat quasi caducum? Lex ait, heredem præferri initio inspecto, fiscum excludi. In dubiis quæstionibus contra fiscum respondemus, *l. 2. de aduoc fisc C.Theodos.* At quod tacite relinquitur, aufertur heredi quasi indigno, qui secretum suscepit, aufertur que

A omne id, quod rogatus est restituere; hæc est pœna heredis. Nam nihil retinet ratione Falcidiæ, *l. beneficio, ad leg. Falcid.l.3. C. eod. & l.heres, l.si quilibet, de his, quæ vt indign.* Præterea nihil retinet ex eo, ratione caduci, videlic. si sit ex liberis vel parentibus vsque ad tertium gradum, qui habent ius antiquum in caducis; vt puta si fideicommissarius decesserit post mortem testatoris ante apertas tabulas, fideicommissum est caducum, & fisco vindicatur, si extraneus sit scriptus; at si suus, vsque ad tertium gradum retinet, Vlpian.in *Fragm.tit.de fideicomm. in fi.* Præterea non retinebit fructus ante litem perceptos, quia habetur pro malæ fidei possessore *l. prædonis sup. de petit.hered.l. cum quidam §.in tacito, sup. de vsur. l. eum qui, inf. de his, quæ vt indig.* Denique omne emolumentum heredi aufertur. Certum

B etiam est, ei nihil posse accrescere, quia ius accrescendi est reale, id est, rei non personæ accrescit; at rem fiscus habet. Hic pugnat *l.3.in princ. de iur.fisc.* cum *l. ita fidei, eod. tit.* Species: quidam scripsit: Rogo vos heredes mei, vt in eo, quod à vobis petij, fidem præstetis, nec apparet, quid petierit. Quæritur, an palam datum videatur fideicommissum? Lex ita ait, palam datum non videri, legi fraudem factam esse, fisco locum esse, heredem teneri pœna taciti fideicommissi. Obstat omnino *l.3.* quæ ait legi fraudem factam non esse. Hoc ita explicandum. In *l.3.* quæritur primo, an fideicommissum videatur datum palam? Resp. non videri, quia non apparet, quid ab heredibus petierit. Altera quæstio est, an fraus fiat legi? Lex ita definit, tum fraudem factam videri, cum heres non rogatur testamento vel codicillis, sed obligat se priuata cautione vel chirographo. Ex

C ea definitione colligit, dici posse fraudem non factam, videl. si heres nulla tacita conuentione se obligauerit. Nam ea sola verba idoneam taciti fideicommissi suspicionem non faciunt. Verum si constat, heredem tacitam fidem interposuisse, ea verba non excusabunt heredem, quo minus fraus facta videatur, *d.l.ita, & l. Lucius §. vlt. inf. hoc tit.* Tacite rogauit legatarium, deinde ita scripsit, *rogo te, vt ea, quæ tibi legaui, reddas sine vlla mora,* adiecit, *ei reddas ipse,* id est, etiam tu ipse tua sponte ei reddas. Quæritur, an palam fideicommissum relictum videatur? Sane non videtur, quia non apparet, cui relinquitur. Igitur illa scriptura fraudem distringit potius, quam dissoluit. Est & alia pugna *l. in fraudem §.1. inf. de his, quæ vt indig.* cum *l.3.§ quando, inf. de iur.fisc.* Rogauit tacite restituere incapaci, hic mor-

D tis tempore est capax, quid fit? Exitum spectabimus. Itaque cessabit pœna taciti fideicommissi, quoniam ex tempore, quo competit fideicommissum, inuenietur capax, *l. non oportet, inf.tit.prox.* Ait, non oportet de conditione cuiusquam quæri, antequam legatum vel hereditas ad eum pertineat. Hoc intelligendum est, à fisco scilicet, fiscus exitum expectat. Verum fideicommissarius hoc casu non capiet fideicommissum ob regulam Catonianam, sed remanebit apud heredem. Igitur consilium taciti fideicommissi nihil nocet, nisi sequatur exitus. Verum quid si rogetur tacite restituere capaci, & mortis tempore sit incapax? *l 3.§. quando,* ait, finem etiam hoc casu spectandum, quoniam ait lex, *vel contra,* id est, idem esse ex contrario. Igitur videtur fraus interuenisse, si finem spectamus. Verum *l. in fraudem*

E §.1. hoc negat, quæ ait, fraudem non interuenisse, & fideicommissum apud heredem remanere, nec vindicatur fisco quasi ex causa taciti fideicommissi: posset vindicari fisco quasi in causa caduci, sed apud heredem remanet. Dicendum in §.*quando,* cum dicitur, hoc etiam casu exitum spectari, ita accipi debere, si consilium etiam interuenerit, quod non negatur in *d.l in fraudem.* Nam solus exitus sine consilio heredem pœnæ non subiicit. Sic etiam fraus accipitur in edicto de non fraudandis creditoribus, §. *in fraudem qui & à quib manum.non licet.*

Leg.104 *pr.* explicatum est in *l.81.§.si libertus, sup.eod.*

§.1. expositus est in *l.44.§.cum qui sup.*

§.*etiam,* explicatus est in *l 9 sup.*

§. *si Attio,cum seq.* explicatus est in *l.77.§.vbi sup.*

§.*vlt.* expositus *l 23 sup.*

Ad Leg. CIV. §. penult.

Cum quidam heredem instituit, quandoque mater eius decessisset, deinde secundus heres scriptus fuisset, & ab eo legata ei, qui sub conditione heres institutus fuisset, relicta essent, isque viua matre decessisset, postquam dies legati cesserit, quaesitum est, an heredi eius legata deberentur. Verius est legatum heredi deberi, siue pure à substituto legatum datum est primo heredi, siue sub hac condicione, si heres non fuerit: quia moriente eo, conditio impletur.

Legata relicta à substituto vulgari, cedunt à morte testatoris. Item legata conditionalia cedunt moriente legatario, si conditio impleatur eo moriente: nam momentum moriendi vitæ imputatur. Titius heredem instituit, quandocunque mater eius decessisset. Conditionalis est institutio, sicut si dixerit, quandocunque liberos habuerit, *l. is cui ita, quand. dies leg. ced. & l. pen. eod.* Hic solus articulus facit conditionem; significat enim tempus incertum, vt si ita legauit: *quandoque Titio restituas*. fideicommissum est conditionale, & *quandoque* significat, cum tibi erit commodum, *l. rogo, d. tit.* Ergo si Titius sub tali conditione institutus sit, deinde ei substitutus Caius, & à Caio eidem Titio sint legata centum, & Titius post mortē testatoris viua matre decessit, ita deficit conditio. Itaque substitutus hereditatem vindicabit. Quæritur an Titius sibi legatum à Caio relictum ad heredem transmiserit? Institutionem defecisse constat. Lex ait, transmisisse, idque siue pure legatum sit, id est, non expressa conditione substitutionis vulgaris, siue sub conditione, si heres non fuerit, quoniam hæc conditio tacite inest, cum legatur à substituto vulgari. Igitur si exprimatur, legatum non facit conditionale, denique cessioni moram non facit, *l. 3. sup. hoc tit.* Vel si dixeris, esse conditionale (idem potest dici, si testatori animus fuerit faciendæ conditionis) dicam conditionem impleri legatario moriente, quoniam eo moriente certum esse incipit, cum ex institutione heredem non fore. Igitur legatarius illud legatum transmittit, quasi illo viuo conditio extiterit. Similiter legata relicta à substituto pupillari, cedunt à morte testatoris quasi pura, *l. 1. l. heredes, inf. quand. dies legat. ced.* licet quantum ad alia, id est, excepta cessionis causa, videntur esse conditionalia, *l. 19 & l. 81. §. vlt. sup.*

Lex 105. exposita est in *l. 75. § si mihi, sup.*

Lex 106. est satis aperta.

Ad L. CVII.

Si à pluribus heredibus legata sint, eaque vnus ex his præcipere iubeatur & præstare, in potestate eorum, quibus sit legatum, debere esse ait, vtrumne à singulis heredibus petere velint, an ab eo, qui præcipere sit iussus. Itaque eum qui præcipere iussus est, cauere debere coheredibus, indemnes eos præstari.

Est de dispensatore legatorum. Species: legata à pluribus heredibus relicta sunt: Ea vnus ex heredibus præcipere iussus est, puta Titius, & distribuere, vt in *l. 96. §. pen sup.* Hoc casu legatarij possunt agere cum singulis heredibus legatorum nomine: vel etiam agent cum solo Titio in solidum, id est, cum dispensatore. Si Titius ea legata præcipiat distribuenda, debet cauere suis coheredibus *indemnes eos præstari*, videl. ne inquietentur à legatariis: nam possunt eos etiam conuenire. Præcipiet autem ea legata officio iudicis famil. ercisc. Nam & officio eiusdem rei præstabitur cautio, si sit conditionale, vel in diem, *d. §. pen.* At quæritur, an hic dispensator actionem habeat, qua petat legata illa, maxime, si sit extraneus electus minister? Negant actionem dari. Actio datur legatario, fideicommissario, ministro non datur, *l. Lucius §. 1. ad Trebell.* Officio

A iudicis dabuntur ei legata distribuenda. Cæterum ei hac de re non est prodita actio. Excipiunt causam pietatis, ob quam aget in factum, vt ea distribuat, vt pro redemptione captiuorum, *l. nulli, C de Episcop. & cler.* Item causam alimentorum, *l. alio herede, inf. de alimen. leg.* Ex aliis causis negant actionem dari. *d. l. alio*, in verbis, *quod de superfluo probari non potest*. Species: Scripsit heredem Primum ex asse, deinde à Secundo, quem heredem non scripsit, petiit *vt quicquid redigeret pecuniarum ex hereditate, ex ea præstaret alumnis suis annuos denos*, alimentorum nomine scilicet. Adiecit: *se velle vt Secundus haberet eam summam penes se, vt scilicet ex eius incremento*, id est, vsuris aleret alumnos. Adiecit, *se petere, vt reliquum restitueret Tertio, quod superesset ex vsuris*. Lex ait, Secundum non posse bo-

B na vendere, & pecuniā redigere inuito Primo herede, sed petet pecuniam destinatam alendis alumnis, vt eam seruet, & distribuat quotannis. Idem probari non potest de superfluo, id est, reliquo, quod superérit, de incremento, quod relictum est Tertio. Igitur hic Secundus, qui est dispensator, ob causam tantum alimentorum actionem habet. Verum notandum multum interesse, vtrum quis sit electus dispensator legatorum, an constituatur, vt alimenta quotannis distribuat: Nam si sit electus dispensator legatorū, cuius opera præsens est & momentanea, id est, statim exequitur voluntatem defuncti, *l. pecuniæ, de aliment. legat.* Hic dispensator cauere debet, se heredi redditurum deficientium legatariorum partes. Idem non cauebit is, qui electus est ad distribuenda alimenta, quod est ex con-

C stitutione Diui Pij, *l. Diuus, inf. si cui plus, quam per leg. Falcid. & d. l. pecuniæ.* Ratio cur hic non oneretur cautione, hæc est, quia satis oneratur præstatione alimentorum quotannis, vel quot mensibus, cuius etiam verecundia, nisi præstiterit, pulsatur, id est, infamia quodammodo notatur, qui alimenta non præstat. Igitur valde hic oneratur. Imo dicemus, dispensatorem hunc, si qui forte alimentarij deficiant, eorum partes retinere, nec reddere heredi, & ob id etiam actionem habet, quoniam potest ex ea dispensatione fructum facere, si quis forte deficiat. Idem non est in dispensatore alimentorum, qui est constitutus arbitrio iudicis, voluntate heredum: nam hic deficientium partes non lucrabitur, *l. 3. §. debebit, de adim. legat.*

D Ad §. 1.

Si quis seruum, cui aliquid sine libertate legauerit, cum morietur ipse seruus, leget, minime dubitandum quin vtile legatum futurum sit. propterea scilicet quod moriente seruo id quod ipsi legatum erit, ad eum cui ipse legatus fuerit, peruenturum sit.

Notandum de seruo: Seruo proprio sine libertate inutiliter legari, eodem modo seruo heredis. Item seruo pure legato vtiliter legatur. Item legatum relictum seruo legato, cedere ab adita hereditate extraneo scripto, aut à morte testatoris suo scripto, *l. 68. sup.* Finge: legatus est seruus sub conditione, ei legatum est pure, an dicemus, legatum ei relictum cedere à conditione, quæ in eius le-

E gato adscripta est? Minime, quia purum est legatum, eorum autem cessio vltra aditionem non profertur: dicemus illud legatum esse inutile suo vel necessario scripto: extraneo autem scripto esse vtile, quoniam potest habere effectum, si conditio existit ante aditionem extranei. Legauit seruum, *cum is morietur*, legatum est conditionale. Eidem legauit centum. hoc inutiliter suo vel necessario scripto: at extraneo vtile est ab initio, quamuis non semper habeat effectum. Non idem, si seruo pure legato legatur aliquid cum morietur. Nam hoc legatum vtile est omnimodo, & cedit ab adita hereditate extraneo scripto, aut à morte in suo, & acquiritur legatum legatario serui, moriente seruo. Hoc proponitur in fine huius legis, sed ita est distinguendum: *Si quis seruum, cui*, &c.

Leg. 108. princ. explicatum in *l. 36. sup. hoc tit.*

Ad §. Si id quod.

Si id quod ex testamento mihi debes, quilibet alius seruo meo donauerit, manebit adhuc mihi ex testamento actio, & maxime, si ignorem meam factum esse. alioquin consequens erit, vt etiam si tu ipse seruo meo eam donaueris, inuito me libereris, quod nullo modo recipiendum est, quando ne solutione quidem inuito me facta libereris.

NOtandum: Duas causas lucratiuas non posse concurrere in eandem personam. Hæc sententia vitiari videtur in specie §.1. Species: Domino debetur aliquid ex testamento; est causa lucratiua. Eadem res donatur seruo eius. Igitur adquiritur statim domino, etiam ignoranti & inuito, *l. etiam, de acquir. rer. dom.* An ideo minus eam rem petet ex testamento? Minime. Si quidem eo sciente & volente donetur seruo, non aget ex testamento, quoniam tunc plane ipsi directo donari videtur. Verum, si eo ignorante donetur seruo, non amittit actionem. Nam etiamsi seruo heredis ea res soluatur eo ignorante, non ideo minus habet actionem ex testamento: nam heres non liberatur, *l.4. C. de solut.* Igitur non efficiet factum serui, vt dominus amittat actionem ex testamento, quamuis ignoranti ipso iure per seruum acquiratur.

Ad §.2. Cum homo, & §.3. huiusmodi.

§. 2. *Cum homo Titio legatus esset, quæsitum est, vtrum arbitrium heredis est, quem velit dandi, an potius legatarij. respondi, verius dici electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione vti velit, id est, legatarij.*

§. 3. *Huiusmodi legatum: illi, aut illi vter eorum prior Capitolium ascenderit, vtile esse euidenti argumento probari ait, quod constet vsumfructum liberis legatum, & qui eorum superuixerit, proprietatem vtiliter legari. idque & de herede instituendo dicendum existimauit.*

INutiliter legatur incertæ personæ, videtur autem incertæ personæ legari, cum ita legatur: *Illi aut illi vter prior Capitolium ascenderit*, quia certum non est, quis prior sit ascensurus. Sic si leget *libertis* vsumfructum, *& ei, qui nouissimus decesserit*, proprietatem, videtur legare incerto. Verum negandum est hoc: Imo videtur legari omnibus sub conditione: Itaque non est incerta persona. *l. quoties, infra, de reb. dub.*

§. *Stichum* exposui in *l.82. in princ. sup.*

§. *Sed si cum* explicaui in *l 9. in princ.*

§. *Si ei*, in *l.19.*

§. *Qui quinque*, explicaui in *l.72.*

De §. *si seruus*, dixi ad *l.26. §.1.*

Ad §. Cum quid.

Cum quid tibi legatum, fideiue tuæ commissum sit vt mihi restituas: si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato: alioquin etiam culpam te mihi præstare debere existimauit, sicut in contractibus fidei bonæ seruatur: vt si quidem vtriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa: sin vnius solius, dolus malus tantummodo præstetur.

LEgatarius oneratur fideicommisso, non præstat fideicommissum, nisi legatum acceperit, at debet legatum petere, nisi repudiauerit. In petendo autem debetne præstare culpam? Periculum litis omne non debet præstare, sed præstat tantum periculum, quod dolo eius contingit, vt si passus sit se vinci per collusionem, *l. si legatarius, tit. prox.* Idque si nihil emolumenti capiat ex legato, vt si tantum cogatur restituere, quantum accepit. Verum si ex legato aliquid apud eum remaneat, debet in exigendo etiam culpam leuem præstare, cum vtriusque versetur vtilitas, argumento contractuum, *l. contractus, de regul. iur.*

§. *Qui margar.* expositus est in *l.69.*

A

Ad §. vlt.

Auidius filij sui fidei commisit, vt certam pecuniam quatuor libertis sui mutuam daret, & vsuras leuiores taxauerat, placuit hoc fideicommissum vtile totum esse.

POstremo vtile est fideicommissum, si heres rogetur, *vt Titio det mutuam pecuniam sub vsuris leuioribus.* nam facile non inueniuntur pecuniæ sub leuibus vsuris, *l. fideicommissa, §. heres, tit. prox.* Vsuræ leuiores, id est, trientes vsuræ, *l. si legatum, infra, de operis lib. l. cum quidam, §. vlt. supr. de vsur.*

B

Ad Leg. CIX.

Si quando quis vxori suæ, quæ viuus donauerat, vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de his, quæ iure valituræ non sunt. alioquin & frustra legaturus sit: atque si ita exprimat: Quæ vxori iure donauero, *vel ita:* Quæ vxori manumissionis causa donauero, ea ei lego. *Nam inutile legatum futurum est.*

SCiendum, donationem inter virum & vxorem non valere. Excepti sunt quidam casus, qui comprehenduntur in *tit. de donat. inter vir. & vxor.* Vt si donetur causa sepulturæ, vel etiam manumissionis causa. Hodie quælibet donationes silentio & morte confirmantur, id est, si donator non mutauerit voluntatem. Id ex oratione Antonini, de qua in *l. cum hic status, de donat. inter vir. & vxor.* Con-
C firmantur etiam in testamento expressa voluntate ex eadem oratione. Verum ante eam orationem non confirmabantur, vel silentio, vel voluntate expressa: sed qui donauerat, si nolebat heredes suos reuocare, legabat vxori hoc modo: Quæ viuus vxori donaui, do, lego. Ille erat modus legandi vulgaris in *l. vxori, de aur. & argen. leg. l. vxori §. vxori, inf. lib. 3.* Et ea quidem verba pertinebant ad donationem, quæ non valebat iure ciuili: Nam si valebat, vt si donatus fuisset seruus manumissionis causa, inutiliter ita legabatur; at cum donatio non valebat, vtiliter legabatur, ne donata heres reuocaret. Similiter donatio à patre in filiumfamil. collata non valebat, sed qui viuus donauerat, ita legabat: quæ viuus filio donaui, do, lego, *l. Lucius Titius, in princ. tit. prox.* Ait, *quæ dedi, donaui, concessi.* Con-
D cessa, sunt in vsum concessa. Data, sunt ex causa aliqua, vt peculij causa filiofamilias data. Illis verbis, *Quæ viuus donaui*: constituebatur legatum aut fideicommissum, donatio non confirmabatur: Itaque donata non possidebantur donationis iure, sed legati aut fideicommissi. Verum post orationem Antonini illis verbis hodie interpretabimur, donationem confirmari, *l. ex his verbis, C. de donat. inter vir. & vxor.* quæ videtur pugnare cum hac lege. Sed hæc lex est secundum illud tempus, quod obtinuit ante orationem Antonini. Itemque in *d. l. vxori §. vlt.* illa verba legatum faciebant, hodie post illam orationem dicimus, illis verbis donationem confirmari. Multum autem interest: nam confirmatio donationis retrotrahitur, ideoque medij temporis fructus pertinent ad donatarium, *l. donationes 1. C. de donat. inter vir. & vxor.* At legatum ex die
E tantum mortis, commodum adfert legatario. Multum igitur interest, ex qua causa habeatur res.

Ad §. Heres.

Heres cuius fideicommissum erat, vt mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit. cum electio ei relinquitur vtrum malit dandi, vt tamen alterum solidū præstet: prætoris officio conuenire existimo, vt si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem: ita enim eadem causa constitueretur, quæ futura esset, si alienatus fundus non fuisset. quando etiam aduersus ipsum heredē officium prætoris, siue arbitri tale esse deberet vt si fundus non præstaretur, neque pluris, neque minoris quam centum æstimaretur.

A Lia species, ex qua colligitur, cum relinquitur per fideicommissum, *illud aut illud*, electionem esse heredis, sicut si legetur per damnationem. Finge: Reliquit per fideicommissum *fundum, aut centum*. Heres fundum vendidit priusquam conueniretur. Lex significat, persecutionem fideicommissi (quoniam olim non fuit actio ex fideicommisso, sed persecutio extraordinaria) dari non tantum in heredem, sed etiam possessorem fundi. Verum Titius possessor fundi, liberabitur offerendo centum, quia electio fuit auctoris, id est, venditoris. Eadem vtetur emptor. Idem erit omnino, si agatur aduersus heredem. Notandum ex hoc loco, in fideicommissis electionem esse heredis: fideicommissa plerumque comparantur legatis damnationis. inter eos non est ius accrescendi, sic nec inter fideicommissarios. Sic etiam, sicut in legatis damnationis est heredis electio: ita obseruatur in fideicommissis. Persecutio fideicommissi datur in quemlibet possessorem. Persecutio est remedium extraordinarium, & quidem reale. Prætor cognoscit de fideicommissis. Erat Prætor specialis, qui dicebatur fideicommissarius. Addendum, hunc prætorem etiam debere fideicommissis arbitrum dare. Ait enim *pratori, siue arbitri*. Hic arbiter non dabatur rei cognoscendæ vel iudicandæ causa; nam prætor eam non mandabat alteri, sed datur excutiendi & æstimandi fideicommissi causa, *l. penult. inf. de confess.* Notandum; eum qui debet *illud aut illud*, & electionem habet, non posse partem ex vno soluere, partem ex altero, sed debet alterutrum præstare ex solido in *l. 8. §. vlt. sup.*

Leg. 110. exposui in *l. 13. & l. 13. § heres.*

Ad L. CXI.

Etiamsi partis bonorum se excusauerit tutor (puta Italicarum vel prouincialium rerum) totum quod testamento datum est, ei auferetur. Et ita DD. Seuerus & Antoninus rescripserunt.

N Otandum: Tutorem, qui se excusat & quidem iure, repelli à legato, si quid ei relictum sit, quia quod legatur, videtur legari remunerationis causa. Si igitur detrectat tutelam, repellitur, nisi euidenter aliud exprimat testator, veluti si dicat, *se velle tutori dari, etiamsi tutelam non administret*: hunc enim casum exprimere testator debet, *l. sed hæc, de excusat. tutor.* Quæritur, quid sit dicendum, si excuset se pro parte? Potest enim hoc, quod notandum, vt potest se excusare ab administratione rerum Italicarum, an tunc repelletur à legato in solidum? Hoc non videtur dicendum. Verum constitutum est, eum amittere totum legatum, fauore pupillorum, quia pro parte deserit vtilitatem pupilli, ideo totum amittit. Lex ait, ei auferri. An igitur applicatur fisco? Minime. Habetur pro non scripto, & remanet apud pupillum, si heres sit: aut apud alium heredem scriptum, *l. tutor petitus §. 1 de excus. tut. l. pen. C. de legat.*

Ad Leg. CXII. & princ. Leg. CXIII.

Si quis inquilinos sine prædiis, quibus adhærent, legauerit, inutile est legatum; sed an æstimatio debeatur, ex voluntate defuncti statuendum esse Diui Marcus & Commodus rescripserunt.

N Otandum, Inquilinos non posse legari sine prædiis, quibus adhærent. *Inquilinos* quos vocat? An ædium conductores? Minime, sed eos, quos veteres appellarunt *operarios*, quorum opera prædia custodiebantur & colebantur. Hi prædi is perpetuo adhærebant cum progenie sua. Postea appellauere inquilinos, vel colonos, *l forma §. si quis, de censibus, l non tantum, §. vlt. de excusat. tut. l. possessioni, C. comm. vtr. iud. l. 6. & l. seruos, & l. definimus, de agricol. & censit. lib. 11.* Hodie dicuntur *adscriptitij*, quasi adscripti prædio, ἐναπόγραφοι. Hi non possunt separari a prædio, nec vendi sine prædio, *l. 7. eod.* Nec item legari sine prædiis, quibus adhærent. Hi sunt serui prædiorum potius quam hominum, *l. vt diutius, eod.* At si sint legati inquilini sine prædiis, debebitur ne æstimatio? Voluntatis est quæstio, non iuris. Si ea fuit mens testatoris, debebitur.

Ad §. 1. Cum seruum.

Cum seruum suum heres damnatus dare, eum manumiserit, tenetur in eius æstimationem. Nec interest, scierit, an ignorauerit legatum. Sed & si donauerit seruum heres, & eum is cui donatus est, manumiserit, tenetur heres, quamuis ignorauerit a se eum legatum esse. §. 2. Si ita legatum fuerit: Titio cum Seio do lego: vtrisque legatum est, sicut vtrumque legatum est, cum fundus cum domo Formiana legatus est. §. 3. Si quis scripserit testamento fieri quod contra ius est, vel bonos mores, non valet: veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum prætoris, vel etiam turpe aliquid. §. 4. Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, iusiurandum contra vim legum & auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti.

N Otandum ex §. 1. legari posse seruum heredis, quod tantum fiebat per damnationem & sinendi modo. heres eum manumisit, vel sciens vel ignorans: nam lex ait, hac in re non esse vtendum distinctione, tenetur ad æstimationem serui. Idem est si donauerit, & donator manumiserit, *§. si res legata, Institut. de legat.* Quod si vendiderit, minime dubitandum est, quin heres teneatur ad pretium. Verum opponitur *l. heres, inf. qui & a quibus manumiss.* quæ ait, heredem manumittendo seruum proprium a se legatum *nihil agere*. Igitur libertas ei seruo non competit. poterit igitur agi ad seruum, quia manumissio non valet. Hoc certum est in seruo testatoris ab herede manumisso, etiamsi manumiserit pendente conditione legati. Verum de seruo proprio heredis dubitatur. Lex hæc dicit, eum tantum teneri ad æstimationem serui. Illis verbis, *nihil agi*, certum est significari, vt liber non fiat. Id enim indicat titulus. Dicendum igitur legatarij electionem esse, vt vel agat ad æstimationem, vel ad rem. Idque sumpto argumento ex *l. illud §. vlt. de donat. caus. mort.* iuncta *l. si filiof. res mortis caus. eod. tit.* Ibi tractatur alia species. Verum ait, donatorem agere ad pretium, non ad rem. Ea lex explicanda est ex *l. illud*, vt agat ad pretium, si hoc elegerit, alioquin & rem ipsam poterit petere. Græci 47. Basilicōn notant eam *l si filiof.* explicandam ex *l. illud.* Notandum, testatoris voluntati parendum non esse, si quid iubeat fieri contra leges aut edicta, aut bonos mores. Id non potest facere, ne leges locum habeant in testamento. Itemque si quid inepte præcipiat, vt de immodicis sumptib. in sepulturam impendendis, *l, prox. § vlt. l. 113.* Addendum iis de reb. iusiurandum adactum, nihil valere, *l. iurisgentium, §. generaliter, sup de pact.* Ait, non legari contra leges, nec iusiurandum de hoc adactum valere. At quæritur, quomodo illud iusiurandum testamento scribatur? Vt si iniiciatur conditio heredi contra leges, vt si iurauerit, se sororem ducturum. Ita iusiurandum scribitur illicite, vel turpiter. Atqui quælibet conditio iurisiurandi remittitur etiam si sit de re honesta & licita: quid ergo opus fuit hoc scribi de iureiurando illicito? Dicendum, non remitti iure ciuili, sed iure prætorio, *l. quæ sub conditione, de condit. inst.* Nec semper tamen remittitur iure prætorio, *l. quæ sub conditione, eod. l. 12. de manum. test.* nisi scilicet sint contra auctoritatem iuris. Notandum, seruo proprio recte legari cibaria ex *l. 113. §. 1.* sine libertate. Non debentur quidem iure ciuili, sed extra ordinem præstabuntur, idque fauore alimentorum. Ideoque si seruus iubeatur esse liber post tempus, interim ei seruo alimenta præstare cogetur, *l. seruos, de alim. leg.* Sic seruo pœnæ, id est, in metallum damnato, *l. 3. de his, quæ pro non script. habent.*

L. 113. pr. exposui in *l. 12. §. regula, sup. h. t.*

§. si quis, & §. pen. exposui in *l. 52.* & in *l. 53 sup.*

§. *vlt.* in *l.112.* §. *vlt.*

L. 114. §. *apud. Marcellum,* exposui in *l.94.* §. *si cui Stich. sup.*

§. *si quid,* in *l,40.*

§. *Ædes,* in *l.41.* & *l.44.* §. *idem seruus, sup.*

Ad princ. L.CXIV.

Filiusfamilias miles vel veteranus, licet sine testamento decedat, potest fideicommittere à patre: quia etiam testamentum facere potest, &c.

EX initio notandum, fideicommissum etiam ab intestato relinqui à legitimis heredibus, vt agnatis, ita tamen vt Falcidiam saluam habeant. Patroni quoque sunt legitimi heredes ex lege duodecim tabular. & ex l. Papia. Ab iis etiam fideicommissum relinqui potest, ita tamen, vt tertiam suam saluam habeant. Fiscus item est legitimus heres, lege Iulia cum bona vacant, id est, ἀκληρονόμητα. Ergo si bona mea in ea causa sunt, vt nullo facto testamento futura sint vacantia, quia fiscus succedet, potero à fisco fideicommissum relinquere: potest etiam ab intestato fideicommissum relinqui à bonorum possessoribus, *l.92. sup. l.1.* §. *pen. inf. lib.3.* Potest etiam fideicommissum relinqui ab alterius nominis successore, id est, qui nec sit heres, nec bon. poss. vt à patre, qui filio intestato defuncto succedit in peculium castrense; quod iure peculij occupat. Igitur à patre poterit filius fideicommissum relinquere. Denique ab omnibus successorib. ab intestato fideicommissum relinqui potest.

Ad §. Vt quis heredem.

Vt quis heredem instituat aliquem, rogari non potest, &c.

NOn potest heres rogari per fideicommissum, *vt aliquem,* puta. *Titium, sibi heredem faciat,* vt scilicet constringatur libera testandi facultas, quod fieri non potest iure: verumtamen ex SC. hoc fideicomm. valet & defenditur, quasi videatur testator his verbis rogare, vt heres restituat hereditatem à se acceptam. Atque ita per hanc interpretationem fideicommissum defenditur, *l. ex facto, inf. ad Treb. l. Imp.* §. *pen. t. prox. l. quidam, in pr. ad Treb.* Quidam scripsit filium & filiam heredes. De filia ita cauit, *mando tibi non testari, donec liberos susceperis.* Hoc mandatum est inciuile, quia libero homini aufertur testamenti factio. Defenditur tamen quasi rogarit filiam, *vt hereditatis suæ portionem fratri restitueret.* Additur in *d. l. ex facto,* heredem etiam scriptum posse rogari *vt hereditatem ab alio acceptam restituat,* non tantum à testatore, sicut rogari potest, *vt rem legatam, quam ex alterius testamento cepit, restituat.* Idque ex Iuliani *lib.40. ff. ex l. ita tamen* §. *Treb. eod.* Item vt quis heredem possit rogare *vt hereditatem propriam post mortem suam restituat,* sicut potest rogari *vt rem propriam restituat,* & vtrobique eatenus heres obligatur fideicommisso, quatenus hereditas testatoris patitur salua Falcidia.

Ad §.7. Quid ergo.

Quid ergo si heres post mortem suam rogatus fuerit hereditatis suæ partem quartam restituere? Verius esse existimo, quod & Scæuola notat, & Papirius Fronto scribit, valere fideicomm, atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset, &c.

SEquitur alia quæstio in §. *seq.* cuius initium est faciendum à verbis: *Secundum vulgarem formam iuris:* quæ verba male superiori §. applicantur, An heres per fideicom. rogari possit *vt filios suos emancipet.* Secundum vulgarem formam iuris non potest, id est, recto & ordinario iure non compellitur: quoniam patria potestas inæstima-

A bilis res est, nullo commodo pensari potest. Recte ait, *secundum formam iuris.* Nam extra ordinem compelli potest, vt emancipet, videlicet si agnouerit hereditatem, cui id onus iniunctum est, *l. si cui legatum, de cond. & demonst.* Paul. 4. *Sent. tit.13.* In ea lege hoc confirmatur rescripto Seueri. Species hæc est: Filium & nepotes ex eo, qui in eius potestate erant, heredes instituit, eosque inuicem substituit vulgari modo, atque ita etiam patrem substituit filiis, qui tamen patri omnimodo erant suas portiones acquisituri, si iussu eius adirent. Verumtamen hic substituitur pater filiis, & quidem iure: Nam vel pater iubebit eos adire, atque tum ex persona filiorum portiones eorum capiet, vel non iubebit adire, & tum portiones capiet substitutionis iure, *l. Iul. si quis omis. caus. test.* Addendum, eundem testatorem

B rogasse etiam filium, *vt nepotes emanciparet,* nec rogauit, vt portiones eorum sibi quæsitas restitueret. Dicemus, tacite rogatum videri & portiones illis restituere, & ad vtrumque compelletur, idque etiamsi pater portiones filiorum ceperit ex sua persona, id est, substitutionis iure.

Ad §. Diui.

Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, eum, qui rogatus est sub conditione fratris sui filiis restituere, ante diem fideicommissi cedentem, ne quidem ex voluntate eorum posse restituere his in potestate patris agentibus, &c.

C QVæritur: An fideicommissum relictum sub conditione, repræsentari possit, id est, an possit ante conditionem restitui? Non vtique semper. Vt si relictum sit filio, qui est in patris potestate. Cur id? Quia fieri potest vt antequam conditio existat, filius sui iuris fiat: tum existat conditio, & ei fideicommissum acquiratur, quod repræsentatum patri acquireretur. At ne voluntate quidem filij ei repræsentari potest: testator conditionem hanc non frustra adscripsit. Adscripsit enim, forte sperans interim fore, vt filius sui iuris fieret, cui potissimum acquiri voluit. Idem si plurib. sit relictum fideicommissum sub conditione: nam hoc non repræsentabitur, quia scilicet fieri potest; vt vnus ex iis interim moriatur, & ceteris accrescat, quod repræsentatum non accresceret. Ait, *ne voluntate quidem filij fideicommissum repræsentari.* Hoc videtur falsum: nam

D spem fideicõmissi posse pactione remitti certum est ex *l.1. l. cum proponas 1. C. de pact. l. de fideicommisso, C de transact.* & nominatim de filiof. in *l. & heredi* § *pen sup. de pact.* Cur igitur non poterit eius voluntate repræsentari? Respondeo, fideicommissi spem pacto remitti posse, id est, heredem, qui oneratus est, posse liberari pacto, vt non præstet. At in hac specie heres non liberatur, herede non liberato, id fieri non potest, vt contra prouidentiam testatoris restitutio fiat. Denique his casibus fideicommissum repræsentari non potest. Obstat *l. post mortem, C. de fideicommiss.* Ait, eum, qui rogatus est hereditatem restituere post mortem suam, est hoc fideicommissum cõditionale, an poterit hoc præsenti die præstari? Dicendum, hoc ita procedere, vt possit repræsentari, si rogetur vni & ei quidem patrifam. restituere. Quo casu cessant rationes huius §. Dicemus

E tamen, & hoc casu in eum, cui repræsentatum fuerit, non transferri actiones ex SC. Treb. antequam conditio existat, quia hereditas non restituitur, vti testator rogauit, translationem actionum nondum admittemus, *l. sed & si ante, inf. ad Treb.* Idem dicemus, si quis rogatus sit filiofam. non sub conditione, sed in diem certum restituere, hoc repræsentari potest, quoniam huius dies statim cedit à morte testatoris, etiamsi non venerit adhuc, nec illo casu pertinere potest ad filium, licet sui iuris efficiatur, & repræsentatio nihil mutabit. At fideicommissi conditionalis dies non cedit, antequam dies existat, ideo fieri potest, vt filio interim liberato potestate acquiratur, ob id inhibenda est repræsentatio. Male putant *d. l. post mortem,* similem esse *l. patrem, inf. quæ in fraud. cred.* In ea enim pater non

repræsentat fideicommissum, sed iam debitum præstat. Species: Pater rogatus est hereditatem maternam filio restituere, quem habebat in potestate, post mortem suam. Pater eum filium emancipauit, & mox restituit hereditatem, fideicommissum non repræsentauit, sed iam debitum præstitit. Nam mater, quæ vult restitui filio in casu mortis patris, vult etiam tacite filio restitui quocunque modo sui iuris fiat, sicut morte patris sui iuris fit, *l. si ita esset, inf. quan dies leg. ced.* Igitur post emancipationem filio restituenda est hereditas. Si restituitur, debita restituitur, non repræsentatur: nam alias fraus fieret creditoribus in tempore, *l. ait prætor, §. si cum in diem, quæ in fraud. cred.* At in ea l. negatur fraus fieri creditoribus, quia debita hereditas restituitur, non repræsentatur. denique sit hæc prima conclusio, fideicommissum relictum filiofamil. sub conditione, heres repræsentare nec potest, nec cogitur, altera: fideicommissum relictum filiofam. in diem certum, heres repræsentare potest, nec tamen cogitur. Idem dici potest in seruo; tertia & vltima, vtroque casu heres cogitur præstare cautionem fideicommissi nomine, quæ dicitur *vulgaris cautio*, de qua *tit. vt legat. nom. cau.* præstabit eam cautionem patri vel domino, *l. 1. § plane, & §. vlt. vt legat. nom. cau.* Quod si nolit cauere, tum mittitur filius in possessionem cum patre, aut pater mittetur, scilic. hereditariarum rerum, & mittetur, non vt possideat & heredem expellat, sed custodiat ea bona, & quasi pignoris loco teneat, *l. is cui, vt in poss. leg. l. 2. inf. pro herede, l. cui legati, C. vt in poss. legator.* Item vt fructus custodiat & colligat, *d. l. is cui.* Atque ita filius, cui fideicommissum est relictum, fructus per patrem consequetur, vel etiam seruus per dominum, id est, misso patre vel domino, ipse filius vel seruus videtur esse custos & obseruator.

Ad §. Cum erit.

Cum erit rogatus si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere: conditio defecisse videbitur, si patri superuixerint liberi. Nec quæritur, an heredes exstiterint.

HÆc conditio, *si sine liberis decesserit*, exstitisse videtur si liberos, quos habuit, viuus amisit, & ideo erit fideicommissi persecutio, *l. ex facto. §. pen. ad Treb.* nisi alia sit voluntas testatoris, vt in *l. heredi, in princ. eod.* tunc videtur deficere conditio, si mortis tempore liberos habuerit: Idque etiam si liberi illi, quos reliquit, heredes ei non exstiterint, vt in hoc §. ostenditur. Nam hæc conditio, *Sine liberis*, non est accipienda de liberis heredibus. Satis igitur est liberos superuixisse, nec necesse est exstitisse heredes, nec liberi illis verbis ad hereditatem inuitantur. Liberi qui sunt in conditione, non sunt in dispositione, *l. Gallus, §. in omnib. §. idem credendum, de lib. & post. l. si quis eum, §. vlt. sup. de vulg. subst.* Nec obstat lex 1. *C. de cond. insert.* Rogatus est restituere, *si sine liberis decederet.* si vel vnum filium relinquat, deficit conditio. Ponit etiam, eum heredem filium instituisse. Hoc vero, quod ita acciderit, non quod sit necesse eum institui, vt submoueatur fideicommissarius. Itaque etiamsi filius ille exheredatus sit, excludetur fideicommissarius. E contrario aliud est; nam hæc conditio, *si sine heredibus decesserit*, accipitur de liberis. Vix enim fit, vt quis sine herede moriatur. Itaque si liberos non habeat, heredes habeat, videtur exstitisse conditio, *d. l. ex facto §. vlt.*

Ad. §. Diui.

Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi inuenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum præceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere, &c.

QVæritur de prohibitione alienationis testamento aut codicillis scripta, ea prohibitio non valet, si fiat A sine causa & specie fideicommissi. Testator non potest simpliciter præcipere, *ne fundus alienetur*, nisi significet, *se velle fundum eum remanere in familia.* Quo casu videtur familiæ fideicommissum relinqui. Si hac ratione prohibeatur, alienatio non erit nuda. Ita accipitur nudum præceptum in hoc § *& l. pater, §. Iulius, inf. lib. 3.* Plerumque autem exprimitur hæc causa, *ne de nomine meo exeat*, quibus verbis testator id facit, vt res conseruetur iis, qui sunt de suo nomine. Familiam & nomen pro eodem accepimus, *l. omnia*, alias, *cum ita, §. vlt. titul. prox.* Ita exprimit, ne de familia exeat, ne ex nomine Familiæ, aut familia nominis *l pater, l. iis qui cum plures, inf. lib. 3.* & in antiquis inscriptionibus. His primum verbis videtur fideicommissum relinqui agnatis, quamobrem re alienata extra familiam, B contra voluntatem testatoris, agnatorum, proximiori competit fideicommissi persecutio *l. peto, §. fratre. inf. tit. prox.* Sed necesse est vt caueat se cum morietur, familiæ eandem rem restituturum, quæ cautio extorquetur, opposita exceptione doli mali: Omissa autem cautio non condicetur, vt aliàs fieri solet, quia licet cautum non est, re alienata extra familiam, competit persecutio fideicommissi sequentibus agnatis. Additur hanc exigi exceptione doli, etiamsi nullus alius supersit ex familia: frustra quidem; sed hoc ita fit in dubio. Quæritur, an *familiæ* nomine etiam inuitentur cognati? Non omnes, nam emancipati continentur, quia emancipatione nomen familiæ non amittunt, *d. l. cum pater, l. pen. in fi. tit. proxim.* At cognati, qui idem nomen non habent, non vocantur, multo minus affines. Excipiuntur gener & nurus ex noua Constit. Iustin. *l. vlt. C. de verb. signific.* Non est dubitandum C quin etiam adoptiui vocentur, quoniam sunt ex nomine testatoris, idque retinent etiam post mortem adoptatoris. Puto etiam vocari alumnos, quia sunt liberorum loco & ex nomine educatoris, *l. Lucius, §. Lucius, inf. tit. proxim. l. 16. sup.* Item eos, qui testamento iussi sunt ferre nomen & imagines testatoris, quoniam hi videntur adoptari. Hæc autem conditio omnino implenda est, nisi sit nomen famosum: nam tunc remittitur. *l. sed sciendum, l. facta. §. si vero dominus, ad Trebell.* Forsitan remittetur etiam ea conditio, si quis testamento mulieris iubeatur mutare nomen. Cicero *lib. 7. ad Atticum.* Igitur hi omnes vocantur, alienata re. His deficientibus vocantur liberti: hi enim sunt ex nomine & familia patroni, *l. cum pater, §. ab instituto, tit prox l de bonis, de liber. causa. in fin. l. vlt. C. de verb. significat.* Tertullian. in D lib. de resurrect. carnis, *l quæro, § Lucius, de testament. tut.* Lucius Titius. Et rotem seruum instituit sine libertate his verbis: *Lucius Eros tutor esto.* Paulus ait, videri ei relictam directam libertatem. Hoc quia eum duplici nomine nuncupauit, suo & seruili, & præterea tutorem fecit: serui vnum tantum nomen habebant, idque non erat simile liberorum nomini, *l. cum precum, C. de liber. causa.* Quæritur, An liberti etiam libertorum ad fideicommissum vocentur? Placet hos etiam inuitari, *d. l. pater § duobus, lib. 3.* quia sunt eiusdem nominis. An etiam vocabitur is, qui ab herede extraneo, id est, qui non est ex nomine testatoris, fideicommissariam libertatem accepit? Hic non est libertus testatoris, sed heredis extranei, placet tamen hunc etiam admitti, *l. cum pater, §. fidei heredum, tit prox.* Inde con- E stat, eos qui manumissi essent, per fideicommissum coniunctim ex testatoris & heredis vtriusque nomen habuisse, quasi vterque dedisset libertatem: Nam necesse est vt qui vocantur sint ex eodem nomine, alias non admittuntur ad hoc fideicommissum. Obiicitur *l. cum pater, §. cum inter, tit. prox.* filium libertæ vocari ad fideicommissum, id est, ad rem, quam testator vetuit alienari de nomine familiæ. Vocatur quidem liberta, sed filius libertæ non est de nomine matris. Cur igitur adiicitur? Plerumque filius matris nomen assumebat. Is §. pendet ex paragraph. qui præcedit, § *libertis*, scilicet. Vt intelligatur, quomodo ponenda species, sciendum est, testatorem, qui vetat alienationem rei immobilis, quia de illis fiebat tantum prohibitio, vel toti familiæ suæ consulere, quo casu omnes vo-

cantur, de quibus dictum est, gradatim scilicet, vel prohibitione prospicit parti tantum, vt familiæ liberorum tantum, *l. qui solidum* § *pen. lib. 3.* Et eo casu soli liberi inuitantur, vel etiam consulit familiæ posterorum, id est, posthumorum, sicut in *fi. huius* §. vel familiæ heredum tantum suorum, vel familiæ libertorum, vt in eo §. *libertis*, vetat alienare ex familia libertorum. Finge: Legauit fundum Primo, Secundo, Tertio, Quarto, collibertis, ita vt ne alienaretur extra familiam eorum. Primus alienauit: Hoc casu reliqui tres admittuntur, & vindicabunt iure fideicommissi, si post Secundus etiam alienauerit suam partem, Tertius tantum & Quartus vocabuntur, non Primus. Is enim fideicommisso excidit, quia contra voluntatem testatoris fecit. Sed si omnes simul alienauerint, nihil etiam petent. Sic etiam consentientes alienationi, non habent persecutionem fideicommissi, non etiam adsignantes *Nou. 159 l. quoties, C. de fideicommiss.* Hoc cognito Pone: Legauit libertis ita, *ne alienarent ex familia libertorum.* Inter libertos est liberta. Quæritur, an filius libertæ si heres matri exstiterit, partem eius retineat, quamuis non sit ex eius nomine? Videtur quod non: Nam qui prohibetur alienare, prohibetur etiam vendere, donare, commutare, in heredem extraneum transferre, *d. l. peto* §. *frater, tit prox.* nisi prohibeatur quoad vixerit, *l. pater* §. *fundum. lib. 3.* filius libertæ est heres extraneus. Igitur non poterit partem libertæ retinere. Aliud tamen respondetur in §. *inter.* Ad hoc respondetur. Non prohibetur in ea specie generaliter & in infinitum, ne fundus exeat de familia, sed ne exeat de familia & corpore libertorum. Hic præceptum strictius accipitur. Ideo libertorum quidem nemo partem suam alienare potest, aut si alienet, ceteri vocantur. at quisquis suis heredibus suam partem relinquere potest, licet sint extranei. Confirmatur hoc *l. pater,* §. *filiam, inf. libr. 3.* Instituit quis heredem filiam, deinde cauit, *veto fundum alienare de nomine meo, sed ad libertos pertinere volo.* Soli liberti videntur esse legatarij, id est, fideicommissarij. Pone heredem scriptum decessisse, deinde libertos. Vnus tantum remansit. An hic totum fundum obtinebit? Minime, sed virilem tantum partem obtinebit: nam reliqui videntur portiones suas in suos heredes transmisisse. Eadem est ratio §. *quindecim, d. l. cum pater.* Vetuit quis libertos fundum alienare aliis, qui non essent ex eodem corpore, hoc est, collibertis. Vnus ex iis partem suam vendidit colliberto secundo. Secundus heredem extraneũ reliquit, an in eum partem transmiserit quæritur? Lex ait, transmissam eam partem in heredem, quia & partem suam videtur transmisisse. Nam non est distinguendum inter partem suam & partem emptam. Igitur hæc præcepta videntur conferri in personas certas, & strictim accipiuntur, sicut si testator nominatim legasset certis personis ex familia. Verum si testator certis nominatis etiam familiæ legauerit, hoc fideicommissum late patet, dicemus esse in rem & generale. verum nominati priores admittentur, tum sequentes, vt quisquis proximior fuerit, nisi alia fuerit mens defuncti, *l. omnia* §. *vlt. inf. tit. prox. & l. is qui cum plures, lib. 3.* Igitur præcepta hæc siue prohibitiones, vel generaliter & in rem concipiuntur, vel in personas certas, inter quæ differentia est. Hic notanda sunt duo. Primum ex *Nou. 159. de restitut fideicommiss.* quod etiamsi præceptum hoc conceptum sit generaliter, tamen non extenditur vltra quartum gradum. Secundo, hoc præcepto etiam prohibitam videri Falcidiam, *Nou. 119.* §. *vlt.* His verbis prohibetur permutatio, venditio, donatio, in heredem extraneum transmissio. Item pignus, *l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Hypotheca, emphyteusis, vsusfructus constitutio, seruitutis impositio. Etiam Falcidia prohibetur, nam potest hodie prohiberi ex *Nou. 1.* & videtur prohiberi, si fundum ab herede legatum nolit alienari: nam non poterit heres ex eo legato Falcidiam detrahere, quia Falcidiæ detractio est alienatio partis. Nunc nudum præceptum definiamus. Est autem nudum præceptum, quod vim non habet fideicommissi, vt si sim-

A pliciter vetet alienari, & non appareat neglecto illo præcepto, ad quem rem illam velit pertinere. Ex 12. tabuli potest pubes ciuis Romanus heredem testamento instituere, tutorem dare, libertatem dare, legare, fideicommittere. Hæc præcepta de non alienando frustra dat, nisi in casum fideicommissi. Præceptum valet, si fiat respectu familiæ, liberorum, posthumorum, libertorum, heredum vt in *l. pen.* §. *instituto, tit prox.* Itemque in *leg. 2. C. pro empt.* Præceptum etiam valet, si fiat respectu fisci vel ciuitatis, id est, si rem alienatam significet velle se ad fiscum pertinere *l. 1. C. debitor. vendit. pignor. imped. non poss. l pater,* §. *fundum, inf. lib. tert.* respectu Reipublicæ, *d. l pater,* §. *quindecim.* Nudum autem à fideicommisso præceptum nullius est momenti: nam consilium est potius, ita appellatur in
B *leg. generaliter,* §. *petitum, inf. de fideicommiss. lib.* Quia consilium dabat heredi, talem seruum retinere, cum scilicet simpliciter vetaret seruum alienari, *l. cum pater paragraph. mando, titul proxim.* Ideo qui facit aduersus nudum præceptum, non videtur facere aduersus voluntatem testatoris, *l. pater.* §. *Iulius, in fin. libr. 3.* Idem ostenditur in *l. pater paragraph. Iulius. & l. Lucius, in princip. eodem.* Species: Iulius primipilaris, id est, erat functus primipilo, *l. 8.* §. *vltim. de excusat. tutor,* Primipilus erat, ad quem pertinebat distributio annonæ militaris, inde pastus primipili in *l 3. & 7. C. de cohortalib. lib. 13.* id est, annona. Græci lib. 9. Basilicῶn titul. 9. sic definiunt: πριμιπιλόν ἐστι τοῖς πρώτοις ἀκοντισταῖς στρατιώταις διδόμενον σιτηρέσιον ὥστε διανέμῃ τοῦτο αὐτοῖς. *Primipilus est, quæ primis, hastariis militibus legioni da-*
C *tur annona, vt distribuatur militibus.* Primipilaris instituit heredem filiam, & cauet, *ne alienaret reliquias suas,* id est, monumentum & prædium suburbanum, non adiecit, vt illa in familia remanerent. Nudum est præceptum. Ideo si qua huic filiæ institutæ neptis heres exstiterit, & extraneus nepti, hic præferetur Iuliæ dominæ, quæ habuit Iulium Agrippam patruum maiorem, idque ideo, quia præceptum nullius momenti est. Est etiam nudum præceptum in *l pater,* § *pen lib. 3.* filios heredes scripsit, & cauit, *ne alienarent prædia, vt ea conseruarent successioni suæ:* Adiecit, *vt de eo filij inter se cauerent* Quæritur, an videantur illa prædia relicta per fideicommissum? Scæuola ait, de fideicommisso nihil ostendi. Igitur nudum est præceptum. Dicendum, testatorem non habuisset rationem certæ personæ, sed incertæ, id est, successionis. Incertum
D autem quis sit successurus, *l sciendum, de verb. significat. l. qui liberis,* §. *hac verba, de vulg. & pupill subst.* Nudum etiam erit præceptum, si dixit, *lego tibi fundum, ne alienato fundum, si alienaueris, Caio 100. dari volo,* nudum est, quia non ille ipse fundus Caio relinquitur, sed 100. quæ Caius etiam non capiet iure antiquo, quia sunt relicta pœna causa, §. *vlt. de legat.* At si in casum alienationis illum ipsum fundum reliquerit Caio, nudum est præceptum, *l. 1. C. deb. vend. pign. imped. non poss.* Videtur igitur hoc modo olim pœnæ causa relictum valuisse; sed exigimus, vt in eum casum eum fundum relinquat à legatario: Nam si in eum casum, quo alienaret legatarius eum fundum reliquerit ab herede, tum heres oneratur, non legatarius, & primum tenetur legatario, deinde legatario alienante, tenetur fideicommissario. Ideoque hoc casu heres debet sibi cautione
E prospicere, id est: non debet dare legatario, nisi caueat de non alienando, *l. 3.* §. *si quis ita, de adim. l.* Ait in vers. *Sed hac neque creditoribus, &c.* prohibitionem alienationis creditoribus nocere non debere. Ideoque rem pignori obligatam à defuncto creditor vendere potest, licet debitor eam alienari prohibuerit, quia hæc prohibitio non potest creditori damno esse, & si ita res sit alienata ex necessitate ob æs alienum defuncti, heres vel emptor non tenentur fideicommissario, *l. qui solidum,* §. *vlt. tit. prox. l. 1. C. deb. vend. pig.* Alioquin re alienata contra præceptum testatoris, fideicommissario persecutio tam in heredem, quam emptorem, hoc casu non dabitur. Nam hæc prohibitio non potest minuere ius creditoris. Idem si propter testatoris creditores bona heredis veneant. Sciendum, ete-

ditores defuncti, cui heres aliquis existit, posse bona non quidem defuncti nomine, sed heredis vendere, quoniam heres succedit in omne ius defuncti. Herede latitante, possunt creditores bona vendere ex edicto prætoris, sed ea vendunt heredis, non defuncti nomine, §. 1. *de hered. qual. & differ.* Tenetur etiam heres vltra vires hereditarias, *l. qua dotis. sup. sol. matrim.* Ideo ait in h §. *heredis bona*, id est, heredis nomine. Si igitur bona vendi prohibita, hoc modo venierint distrahentibus creditoribus, cessat petitio fideicommissi, quia alienatio necessaria est, nec potuit testatorius creditorum deterius facere. Quin etiam heres poterit ea bona vltra alienare æris dissoluendi causa, si aliter non posset, *l. pater. §. 1. inf. lib. tert.* Denique hæc prohibitio alienationis creditoribus fraudi esse non debet. Ait *fideicommissarij*, id est, ij, ad quos testator bona peruenire B voluit, si alienarentur. Hi communem fortunam sequuntur, id est, in eodem sunt casu, distractis bonis à creditoribus, quo & heredes ipsi, commune est damnum, communis fortuna. Male quidam legunt ita: *Nam si propter heredis creditores bona testatoris venirent*: Primo enim fieri non potest vt propter creditores heredis, testatoris bona veneant, quæ iam sunt facta heredis propria. Testatoris bona venire, est nomine testatoris venditionem fieri: hoc vero tantum abest vt fiat propter heredis creditores, vt nec propter testatoris creditores fiat. Præterea propter creditores heredis facta alienatione bonorum, verum quidem est, sustineri & cessare interim fideicommissi petitionem, eo tamen mortuo peti poterit. Ita Azo & omnes fere accipiunt, leg. *peto*, § *prædium*, *inf. tit prox.* Igitur retineamus Florentinam lectionem: *Nam si heredis bona propter testato* C *ris creditores venirent.* Ait præterea §. huiusmodi præcepta nec fisco fraudi esse debere. Accursius ita accipit: Fisco, creditori scilicet hereditario. Reprehenditur recte: nam lex ait, neque creditoribus, neque fisco. Si non adiecisset, neque fisco, tum fiscus fuisset creditor. Alij sic accipiunt, fisco scilicet vindicante bona quasi publicata. Hoc non probo: Nam si ponas bona publicata ex delicto testatoris, totum testamentum irritum est, *leg. 6. sup. de ini. rupt.* testamento toto irrito, ineptum esset disputare de parte, veluti de prohibitione alienationis. Quod si ponas bona publicata ex delicto heredis, id etiam non conueniet: Nam si creditores accipis pro creditoribus hereditariis, consequenter debes etiam accipere fiscum eodem modo, cui scilicet res sit cum hereditate ipsa, non cum herede. Præterea D bonis publicatis ex delicto heredis non omnino repelluntur fideicommissariis, maxime venientes post mortem heredis. Hi enim euincent à fisco, *d. l. peto §. prædium, l. Statius, in fin. inf. de iure fisci, l. cum pater, §. hereditatem, tit. prox.* Ego puto, hunc locum esse interpretandum ex iure antiquo, relicto per Tribonianum per incuriam. Fiscus ex omnibus hereditatibus lege Iulia capiebat vicesimam partem, nisi liberis aut parentibus institutis, hi habebant assem. Plinius in Panegyrico ad Traianum. Dicitur hæc vicesima, necessarium vectigal, Paul. in 4. *Sentent. tit. de vicesi.* Huc spectat *l. vlt. de edict. Diui Adria. toll.* Plinius in 7. Epist. *quanti à publicanis vicesimam emisti.* Igitur prohibita alienatione bonorum, tamen fiscus semper vicesimam capiet. Ea semper intelligitur excepta. Sicut ante *Nouel.* 119. quod facta fuisset alienationis prohibitio, non E ideo minus heres Falcidiam detrahebat. Igitur hæc præcepta non sunt fraudi creditoribus, quominus pignus distrahant, non etiam fisco, quo minus vicesimam detrahat ex iure antiquo, nec etiam fraudi heredi, quo minus quartam partem detrahat. Species: Filium instituit heredem, ex quo erant tres nepotes, fiij fideicommisit, ne alienaret fundum, & in familia relinqueret. His verbis palam reliquit fideicommissum, nec est nudum præceptum, vt in *l. pater, ad leg. Falcid.* Postea hic filius duos ex nepotibus heredes instituit, vnum exheredauit, & fundum extraneo legauit. Instituti heredes contra voluntatem legantis nihil tentabunt, verum exheredato dabitur persecutio fideicommissi, quia & legatum & donatio prohibita intelligi-

A tur. Atque ita etiam locum faciet ceteris. Ita refertur rescriptum ab Imperatoribus. Additur idem omnino scripsisse Marcellum, si vnum instituit, & duos exheredauit, & fundum extraneo legauit; nam exheredatis hoc casu dabitur petitio fideicommissi, licet sint emancipati, quoniam hi nomen non amittunt. At finge: tres illos nepotes filius heredes instituit, neque eum fundum legauit extraneo, satisfecit voluntati defuncti. Nam fundus perueniet ad nepotes. Verum in ponenda ratione Falcidiæ heredes solent deducere, quod defunctus eis debuit, licet obligatio aditione confusa sit. Sed cum est ineunda ratio Falcidiæ, id quod heredibus deducitur, ab iis quasi præcipuum retinetur, tum ex reliquo Falcidia deducitur. *l. in ponenda, C. ad leg. Falcid.* Hoc igitur casu in ponenda Falcidia, deducent illum fundum quasi debitum omnibus à patre, *d. l. pater fundum.* Quid dicemus si illi nepotes sint instituti ex disparibus partibus, an poterit institutus ex minore parte petere fideicommissum à reliquis, vt scilicet habeat æqualem partem? Minime. Quia filius hic satisfecit voluntati defuncti, fundum reliquit in familia. Itaque cessat fideicommissum. At vero potuit hic filius vni ex filiis suis relinquere hunc fundum in solidum. Igitur non debet queri, sicque non debetur omnibus; nam si omnibus deberetur, omnibus esset relinquendus: quin etiamsi vnum ex nepotibus instituerit heredem, ceteros exheredauerit, & fundum extraneo non leget; exheredatis non dabitur petitio fideicommissi, quoniam fundus est in familia & per consequens pertinet ad heredem. Hic quærunt Interpretes, an testator possit etiam vetare, *ne heres alienet rem propriam*? Nihil est, quod facilius possit expediri. Hæc prohibitio est fideicommissum. Res heredis potest per fideicommissum relinqui. Igitur poterit vetare ne heres rem alienet, seruet quibusdam. Denique potest heres prohiberi, ne seruum proprium manumittat, *l. 9. in fin. de manumiss. testam.* Cur igitur non poterit prohiberi, ne rem suam alienet? Male enim Interpretes statuunt differentiam inter seruos & fundos, *l. generaliter, §. si petitum, de fideicommiss. lib.* Hoc tantum proprium est in seruo vt possit eius alienatio prohiberi, etiamsi non fiat alterius respectu. Tractant etiam hic Interpp. de prohibitione alienationis in contractu facta, cuius quæstionis locus est in *l. ex lege. C. de condob. cau. dat.*

Ad L. CXV. & CXVIII.

L. 115. Etiam hoc modo, Cupio des, opto des, credo te daturum, *fideicommissum est.*

L. 118. Et eo modo relictum: Exigo, desidero vti des, *fideicommissum valet. Sed & ita*: Volo hereditatem meam Titij esse, scio hereditatem meam restituturum te Titio.

Est de verbis fideicommissorum, quæ dicuntur precaria vel inflexa, vt *fideicommitto, rogo, peto, volo, mando, §. vlt de singul. reb. per fideicommiss. l. 2. C. comm. de leg.* Directa sunt, do, logo, damnas esto, præcipito, sumito, habeto. Quibus verbis etiam leges solent scribi. Habentur etiam pro precariis hæc, cupio, opto, credo, scio, confido, exigo, desidero, non dubito, deprecor, iniungo, impero, iubeo. Hæc enim sunt precaria vel optatiua: Nam iubeo, id est, rogo. Iubeo te saluere. Paulus 4. *Sent tit. 1. l. alumnæ, de alim. legat.* Certus sum (vbi adjicitur hic modus, quamdiu advixerit, id est, vixerit. Quidam faciunt vnum verbum, *aduixerit.* Dicendum, *quamdiu ad*, sicut quoad, *Aurelius, §. testamento 2. de liber. leg. Donec ad, dum ad.* In *l. generali, in princ. inf. de vsufr. leg.* nullum est fideicommissum, quia nullum est tale verbum, quod inducat persecutionem, sed dixi tantum puto, non scio, credo, confido, Illud verbum relinquitur arbitrio heredis, sicut communem

do, *l. ex verbo, C. de fideicomm. libert. l. Thais §. Lucius, inf.* hoc tit *l. 11. §. si ita quis, inf. lib. 3.* Paulus etiam loco citato, ait: verbum *relinquere*, non facere fideicommissum. Quod tamen non sequimur. *In l. testatorem §. 1. inf. lib. 3.* nullum etiam est fideicommissum, quia non sunt talia verba, tantum dixit, dirigens sermonem ad libertos, *curate agros attendere, ita fiet, vt filius meus filios vestros vobis condonet.* Filiis libertorum non videtur relicta fideicommissaria libertas. Videbitur quidem relicta si de mente constet, licet desint verba: nam & nutu relinqui potest. In *l. pater §. pen. lib. 3.* nullum etiam est fideicommissum, hoc ideo, quoniam ibi testator habuit rationem incertæ personæ.

L. 116. princ. explicatum est in *princ. h. t.*

§. 1. in *l. 17. §. vlt. sup. eod.*

§. pen. & vlt. in *l. 38. §. si legatum. sup.*

Ad §. 2. Alienus.

Alienus seruus heres institutus legari ipse à se nec totus, nec pro parte potest.

NOtandum, alienum seruum recte heredem institui, & ab eo legari, sed an ipse seruus à seipso potest alteri legari? an quid potest ab eo legari? Minime, quia natura non videtur pati vt idem sit heres & res legata, sed aliud est heres, aliud res legata, aliud legatarius. Notandum tamen à domino huius serui, hunc seruum posse alteri per fideicommissum relinqui, quia tale fideicommissum ex persona domini vires accipit. Eadem ratione licet seruo heredi instituto à seipso non possit legari, poterit tamen à domino eius fideicommissum ei relinqui. *l. cum filiof. sup. h. t.*

Ad L. CXIX.

L. 119. Si seruus vetitus est à testatore rationes reddere, non hoc consequitur, vt ne, quod apud eum sit, reddat, & lucrifaciat, sed ne scrupulosa inquisitio fiat, hoc est, vt negligentia ratio non habeatur, sed tantum fraudium. Ideo & manumisso non videtur peculium legari per hoc, quod vetitus est rationes reddere.

NOtandum, quæ sit vis huius præcepti, si testator *vetet seruum actorem testamento manumissum rationes reddere.* an videtur ei legatum peculium? Minime. in *l. dominus Sticho §. vlt. inf. de pec. leg.* In ea specie seruos actores iussit esse ἀνευθύνους, id est, solutos rationibus reddendis, ait, ei non videri legata peculia. Verum, an videntur eis remissa reliqua rationum? aut an videtur remissum, quod seruus dolo malo intercepit? Minime. Itaque reddet reliqua, reddet etiam quod eius fraude interuersum est. Habet igitur eam vim, vt ab eo rationes scrupulose non exigantur. Idem generaliter dicendum, si rationum redditio remissa sit procuratori, tutori, curatori, negotiorum gestori *l. cum tale § 1. de cond. & demonstr. & tit. de liberat. leg. l. Aurelius §. Mæuia.* Testator voluit tutorem suum liberare actione tutelæ, dixit, rationem tutelæ ab eo reposci nolo. Quæritur, an pecunia, quæ ex tutela remansit, possit repeti, an vero possit eam retinere? Respondet Scæuola, nihil proponi, cur ea pecunia legata videretur. Id Scæuola scribit libro Digestorum. Aliud scribit libris Responsorum. In *l. vlt. §. Titia, eod.* ponit omnino eandem speciem iisdem verbis: Nam Scæuola, quæ scripsit libris Digest. repetiit libris Responsor. Sic est *l. pater §. Iulius, & l. Lucius, lib. 3.* Igitur eadem est species. Respondent tamen, nihil proponi, cur non pecunia legata videretur. Verum illa negatio delenda est. Id suadent principia iuris.

Ad L. CXX.

L. 120. Nihil proponi, cur prohibeatur heres ædificia distrahere, quorum reditus sportulæ sunt relictæ: salua tamen causa legati.

EX principio notandum, sportulas fuisse legatas ex reditu ædificiorum, in alimenta puta puerorum, vel puellarum plebeiarum. Sæpe alimenta relinquuntur: & certa, vt in *l. 7. § pen. sup. de vsufr.* (*vne rente*) Sic in *l. cum mihi §. 1. sup. de transact.* Legauit igitur sportulas pueris, vel etiam sacerdotibus. Diaria sacerdotum sunt sportulæ in *l. 5. §. vltim. & l. 6. sup. de don. inter vir. & vxor.* Dicit sportulas & appellat ibi id, quod nouus decurio, dum recipitur in curiam, dat commilitonibus pro introitu. Quæritur autem hic, an heres possit distrahere ea ædificia ex quorum reditu sunt sportulæ? Ait, posse vendi cum sua causa, id est, onere sportularum.

B *§. 1.* expositus est in *l. 92. in prin. sup.*

Ad §. vlt.

EX fine legis notandum, ex legato vindicationis vindicari fructus à legatario ab adita hereditate, *l. 30. § fructus, sup.* Additur, legatarium, cui legatus est fundus, colonum etiam posse expellere, vel legatarius ædium, posse expellere inquilinum. Et hoc detrimentum erit heredi: nam heres tenebitur colono ex conducto. Ceterum legatarius eum expellet iure, *l. qui fundum, sup. loc.* Emptor etiam iure expellet colonum, nisi ea lege emit, vt relinqueret eum, sed colonus habet actionem aduersus venditorem, in *l. si merces, §. fundum, eod. l. emptorem, C. loc.* Si etiam fructuarius iure expellit colonum, *l. arbores §. 1. sup. de vsuf.* Nec mirum: Nam colonus conductor non habet ius in rem, tantum agit in personam. Ex eo patet emphyteutam non posse expelli: nam habet ius in rem. Quin etiam conductor ædium non poterit expelli, si ædes illæ sint ei specialiter obligatæ conductionis nomine, id est, nisi staretur locationi: tunc enim habet ius in rem. Ius pignoris habet & vindicationem, hoc est, Seruianam, quæ fuit sententia Bart. & Ioan. Papon.

C *L. 1?7.* exposita est in *l. 32. §. vlt. sup. eod.*

§. 1. in *l. 16. §. 1. sup.*

§. vlt. in *l. 26. in princ. sup.* explicatus est.

Ad L. CXXIII.

D *L. 123. Lucius Titius cum duos filios heredes relinqueret, testamento ita cauit:* Quisquis mihi liberorum meorum heres erit, eius fidei committo, vt si quis ex his sine liberis decedat, hereditatis meæ bessem cum morietur, fratribus suis restituat. *Frater decedens fratrem suum ex dodrante fecit heredem, quæro, an fideicommisso satisfecerit. Marcellus respondit, id quod ex testamento Lucij Titij fratri testator debuisset, pro ea parte qua alius heres extitisset peti posse: nisi diuersum sensisse eum probaretur: nam parum inter hanc speciem interest: & cum alius creditori debitori suo extitit heres. Sed plane audiendus erit coheres, si probare possit, ea mente testatorem heredem instituisse fratrem suum, vt contentus institutione, fideicommisso abstinere deberet.*

E SPecies: Primus frater rogatus est Secundo fratri restituere partem hereditatis post mortem suam. Deinde Primus secundum heredem instituit ex parte, adiecto coherede alio. Notandum, non ideo minus Secundum posse petere fideicommissum, licet sit institutus à fratre, nisi probet coheres, Secundum fuisse institutum à fratre compensandi fideicommissi causa: hoc nisi probet, Secundus capiet hereditatem fraternam, & hoc amplius poterit fideicommissum pro parte coheredis: nam pro sua parte confunditur obligatio. Idem, in quolibet creditore instituto ex parte: Nam nisi probetur testatorem compensare voluisse, creditor pro parte coheredum, habet

§.1. expositus est in *l.103. sup. eod.*

Ad L. CXXV.

L 125. Si heres centum præcipere iussus sit, & restituere hereditatem: & patronus bon. poss. cont. tab. petierit: sicut legata, ita præceptio pro parte, quam patronus abstulit, minuetur.

Species: Patronus præteritus est testamento liberti, alio herede instituto ex asse. hoc casu patronus habet bon. poss. contra tab. in semissem ex iure antiquo, hodie in trientem. Hæc ablatio semissis minuit legata. Item, B præceptiones, id est, quod heres præcipere iussus est à fideicommissario: Nam si heres sit rogatus restituere hereditatem præceptis 100. hoc casu non præcipiet nisi 50. quia & semissem tantum restituit. Idem est in lege Falcidia. Lex Falcidia minuit legata, minuit etiam illas præceptiones: Nam si heres sit rogatus præceptis 100. & vtatur Falcidia, non præcipiet nisi 75. *l. Plautius, in fin. ad leg. Falc.* ibi citatur Neratius: qui etiam citatur in *l facta §. si Titius, ad Trebell.* Hæ præceptiones non capiuntur conditionis implendæ causa: ea enim sine vlla deminutione capiuntur, *d. l. Plautius.* Similiter, si legata sint deminuta per legem Falcidiam, deminuitur etiam fideicommissum à legatario relictum, *l. 97. sup.*

Ad L. CXXVI. §. 1.

C Huc pertinet *l. vlt. §. vlt. lib. 3.* qui deprauatissimus est, vt ostendi Obseru. 3. c. 9.

Ad L. pen. A fratris postumo.

L. Pen. A fratris postumo fideicommissum dari potest. Sola n. voluntas seruatur in fideicommissis. Et obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.

Fideicommissa possunt relinqui ab intestato, an & à postumo ab intestato? Sic sane, si modo natus nobis D sit futurus heres ab intestato *l. 1. §. pen. inf. lib. 3.* Idque, siue sit postumus suus, siue alienus, vt fratris postumus, qui mihi suus non est, sed agnatus. Hic ab intestato mihi succedere potest, etiamsi mortis meæ tempore natus non fuerit, succedet lege, vt Gallus ait. Igitur postumus alienus non tantum est bon. poss. ab intestato, sed etiam heres. Poterit igitur ab eo fideicommissum relinqui. Paul. 4. *Sent. t. 1.* Idque, siue sit suus, siue alienus. Nam alienus postumus, licet non possit esse heres ex testamento (suus autem potest, & postumus Velleianus) tamen institutus erit bon. poss. *l postumus, inf. de inoff. test.* Potest autem à bon. poss. ab intestato fideicommissum relinqui, *l. 3 sup. de iure codicill.* Cur igitur non poterit etiam à bon. possessore ex testamento fideicomm. relinqui? Igitur à postumo instituto, E siue suo, siue alieno potest fideicommissum relinqui, sicut & ab eo, qui venturus est ab intestato. Et quod vtitur auctoritate Galli, nihil habet commune cum *l. Gallus, de liber. & postum.* hæc l. est de postumis alienis. Item *l. Gall.* est de postumis instituendis, hæc est de postumis succedentibus ab intestato, à quibus dicitur fideicommissum reliquisse.

L. vlt. exponetur in *tit. de his, quib. vt indign. l. 2.*

A

AD TITVLVM I.

Libri XXXI. Dig. De Legatis II.

Ad L. I.

L. 1. In arbitrium alterius conferri legatum veluti condicio, potest: quid enim interest, Si Titius in Capitolium ascenderit, *mihi legetur, an,* Si voluerit?

§. 1. *Sed cum ita legatum sit pupillo siue pupillæ*, arbitrio tutorum: *neque conditio inest legato, neque mora. cum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi; quæ enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonij.*

In l. 1. lib. 2. de legat. vertitur hæc species, an legatum possit conferri in arbitrium alterius: Cuius distinguendæ causa Vlpianus separat liberum arbitrium ab arbitrio iusti & boni viri, & de arbitrio libero ait, *in arbitrium alterius, &c.* Sequitur de arbitrio boni viri, *sed cum ita legatum sit, &c.* Igitur priori loco Vlpianus ait, in liberum arbitrium conferri legatum posse hoc modo, *si Caius voluerit* Titio fundum do lego; aut, *si Caius in Capitolium ascenderit Titio fundum do lego*; nihil enim referre hoc an illo modo legetur. Aduersatur *l. nonnunquam inf. de condit. & demonstr.* in qua Modestinus multum referre ait: Si his verbis mihi legetur, *si Caius voluerit*, aperte legatum poni in voluntatem Caij, & hoc fieri inutiliter: illis autem verbis, *si in Capitolium ascenderit*, recte & obscure poni in voluntatem Caij, & hoc fieri vtiliter, *l. serui 47. in fine de condit. & demonstrat. l. si quis Sempronium, infr. de hered instit.* orationis forma mutat effectum rei; mitigat sæpe tristitiam aut turpitudinem rei, vt in actione rerum amotarum, & actionibus in factum, quæ verbis temperantur ne sint turpes, licet res de qua agitur sit turpis: eademque ratione Modestinus putat referre, *si Caius voluerit*: an, *si Capitolium ascenderit.* Itaque videtur hæc in re Vlpiani cum Modestino esse magna altercatio. Vlpianus ait, vtile esse legatum, si mihi legetur hoc modo, *si Caius voluerit.* contra Modestinus ait, inutile esse. Vlpianus ait nihil referre, *si Caius Capitolium ascenderit*, an, *si voluerit.* Modestinus contra: omnem pugnam dirimunt hæc Vlpiani verba, *veluti conditio*, quæ sunt in hac *l. 1. legatum potest conferri in liberum arbitrium, veluti conditio*: secundum quæ verba ita distingue: Aut principalis origo & constitutio legati ponitur in mera voluntate alterius, vt is sit auctor dandi legati, & hoc si sensit is qui mihi sic legauit, *si Caius voluerit*, is si totum posuit in voluntate Caij, inutile legatum est, *d l. nonnunquam*, quia cum testamentum sit voluntatis nostræ testatio, quæ in eo scripta sunt, non aliter rata testamentove scripta videntur, quam si ex nostra voluntate originem capiant: Aut his verbis, *si Caius voluerit*, iniicere testator conditionem voluit legato, & hoc casu valebit legatum: legatum enim non tantum eam conditionem recipit quæ in casum confertur, & vulgo casualis appellatur, sed etiam eam quæ confertur in factum alterius: veluti, *si Caius Capitolium ascenderit*, vel quæ in voluntatem alterius, *si Caius voluerit*, & conditionem facit voluntas defuncti sola, non figura verborum, *l. in conditionibus §. 1. inf. de condit. & demonstr.* Nam non ad verba, sed ad ea quæ ex verbis testator intelligi voluit testatori obtemperandum est: atque ita fit vt hæc verba, *si Caius voluerit*, ex mente defuncti accipienda sint, & modo faciant conditionem, modo non faciant. Porro si his verbis, *si Caius voluerit*, testator in conditione legatum ponere voluit, non in mera voluntate alterius, valebit legatum, quia ex arbitrio & mera voluntate testatoris proficisci-

tur. Hæc autem conditio *si voluerit*, hanc vim habet, vt voluntate testatoris, non accedente voluntate Caij legatum conferatur, vt non accedente voluntate Caij, legatum non debeatur; & hoc est quod ait in hac lege conferri posse legatum, velut conditionem, id est, in vim conditionis, siue conditionaliter, non aliter: & idem ait, *l. 46. §. 1. inf. de fideicomm. libert.* valet libertas, *si Titius voluerit*, quia conditio potius est. Et ita quoque intelligendus §. *legatum l. senatus de legat. 1.* legatum poni posse in voluntate aliena, videlicet si pro conditione id habeatur, & ita Ioannes sensisse videtur. Rogerii error manifestior est, quam vt argumento conuinci debeat: respondebo breuiter. Nos priorem partem huius legis facimus de libero arbitrio, posteriorem de arbitrio boni viri: Rogerius priorem partem facit, *si Caius arbitratus fuerit Titio do lego*: posteriorem de hac oratione, *arbitrio Caij Titio do lego*, ergo vtraque pars, atque adeo tota lex est de arbitrio boni viri: nam his verbis, *Si ille arbitratus fuerit*, significatur arbitrium boni viri, *l. 17. §. quanquam autem, inf. lib. 3.* Perspicuum est totam legem non esse de arbitrio boni viri. Idem hæc verba, *quid enim interest, si Titius in Capitol. ascenderit*, ait non esse interrogantis, & *quid* accipi, pro *aliquid*: ac si diceret Vlpian. aliquid interesse, *si Caius voluerit*, & *si in capitolium ascenderit*, quod est falsum. Quis præter eum idem senserit, non inuenio. Acc. inter Ioannem & Rogerium interponit se medium, & quasi temperatorem. Quod autem noue Anton. Augustinus scripsit Vlp. in hac. l. 1. loqui de voluntate legatarij, aperte est falsum: repugnant enim hæc verba, *quid enim interest, &c.* ponit mihi legari, & legatum poni in voluntate Titij non mea, loquitur ergo de voluntate extranei; & sane tota lex est de voluntate extranei non heredis, non legatarij, de quibus infra. Idem etiam falso opinatur ex *cap. cum tibi, ext. de testamentis* hodie institutionem collatam in arbitrium alterius valere: neque enim id in vniuersum eo capite definitur, quod species indicat, benigne datum hoc erat Episcopo Altissidiorensi, vt clericorum intestatorum bona dispensaret suo arbitratu. Quidam clericus non heredem sibi scripsit, sed dispensatorem, cui rerum suarum diuisionem & erogationem permisit, an est intestatus? iure est intestatus qui heredem non scripsit: sed in hac causa, ne dispensationem sibi vindicet Episcopus, pro intestato non habebitur. Est igitur in d. constitutione pro priuilegio Episcopo concessa contra rationem iuris scripti dispensatio; sed persequamur quod est de arbitrio boni viri, & vtamur vtriusque arbitrij collatione inter se. liberum arbitrium quod αὐτεξουσίαν vocant, voluntate libera, nulla necessitate continetur, arbitrium boni viri vinculo æquitatis continetur; liberum arbitrium alterius, vel quasi conditio legato iniicitur, vel quasi mora. puta donec ille auctor & fundus dandi legati fuerit, arbitrium boni viri neque conditionem, neque moram facit, vt si arbitrio tutoris pupillo sint legata alimenta, vel si arbitrio tutoris pupillæ, legata sit dos; quia modus legati viri boni arbitrio constituendus est, statim constat alimenta deberi, & dotem pro dignitate natalium, pro numero liberorum; hæc enim est constituendæ dotis ratio æquabilis, & hoc genere nemo dubitat legatum posse conferri in arbitrium alterius. in liberum arbitrium non potest: nisi vt conditio, in liberum arbitrium conferatur arbitrium boni viri, sic confertur arbitrio illius dati: Nam in testamentis arbitrij vocabulum pro boni viri arbitrio sæpe accipitur, idque constat inter omnes, & hoc est quod definitur hac lege, *cum placeat legatum, &c.* non dicit placere legatum, sed placeat omnibus prudentibus quod confirmat *l. si filia inf. lib. 3. l. 5. inf. de alim leg.* ait, *in testamentis*: non enim sic fit in stipulationibus arbitrij vocabulum, non semper accipitur pro arbitrio boni viri, *l. 43. inf. de verb. oblig.* Hæc satis de arbitrio extranei. Videamus iam de arbitrio heredis & legatarij: constat legatum posse conferri in arbitrium legatarij etiam his verbis, *ei si volet, do lego*, quia in legatario hæc verba sæpe, pro conditione accipiuntur, *l. si ita legatum, §. 1. sup. lib. 1. l. si ita expressum,*

A *inf. de condict. & demonstr.* in herede distinctione vtimur nam in arbitrium heredis fatemur tacite legatum conferri posse, *l. 3. hic*, lex ait, *si ita legatum sit heres dato, si Capitolium non ascenderit*, quamvis sit in potestate heredis ascendere, vel non, tamen legatum valet quando conditio est, & quando propalam non est positum in plenam voluntatem heredis: ideoque si cum primum potuerit heres, ascenderit, non debebitur legatum: si non ascenderit, debebitur. & hoc vult lex 3. expressim autem legatum potest conferri in liberum arbitrium heredis: Nam in herede qui solet obligari præstandis legatis hic sermo, *si voluerit heres*, non accipitur pro conditione, sed pro principali dispositione, vt in potestate sit heredis an debeat, an obligatus sit, quod est inutile. Igitur si quis ita legauerit

B Titio *si heres voluerit*, non est conditio, *l. vtrum §. cum quidam, de rebus dub. l. senatus §. legatum, lib. 1.* Non est conditio, ergo est inutile legatum: nam vt in extraneo, ita in herede sic definiendum est, legatum posse conferri in liberum arbitrium extranei quasi conditionem, simpliciter & absolute non posse. vel sic: legatum poni posse in voluntate extranei, quasi conditione, non quasi principali origine legati: in heredis autem voluntate semper positum videri quasi principali conditione, vt in eius sit potestate an debeat. Igitur legatum non potest valere ex nutu heredis, idemque in fideicommisso iuris est, *l. 10. & 11. §. sic fideicommiss. lib. 3.* Excipitur tamen fideicommissaria libertas, quæ sola in testamentis valere potest ex nutu heredis, *l. 46. in princ. inf. de fideicomm. libert.* Fauor libertatis

C benigniores sententias exprimit, *l. pœnales, infra ad leg. Falcid.* Igitur in fideicommissaria libertate, *si heres voluerit*, ea verba pro conditione accipi possunt, nisi omnino auctorem dandæ libertatis testator voluerit facere; nam inutile est, *d. l. 46.* & hoc de libero arbitrio heredis: Nam in arbitrium heredis tanquam boni viri constat indistincte conferri posse legata & libertates, & arbitrij vocabulum, esse, arbitrio heredis dari, *l. 5. inf. de aliment. & cib. leg.* aut his verbis, *si heres arbitratus erit, tibi decem lego; si tibi vtile videbitur. si voluntatem meam approbaueris, si te meruerit, si te non offenderit*: nam his verbis videtur intelligi arbitrium boni viri *d. l. 46. d. l. 11. § sic fideicommiss. l. si sic legatum, lib. 1.* Notandum est inter superiores formulas arbitrij boni viri hanc poni in *d. §. si fideicommissum, si arbitratus fueris*, vnde apparet nihil interesse

D dixerit testator arbitrio heredis, *an si arbitratus fuerit*: proinde nihil interest dederit arbitrium extraneo, his verbis, *arbitrio Titij, an si Titius arbitratus fuerit*: nam vterque sermo est purus & pro viri boni arbitrio sumitur. in quo Accursius aberrauit, qui hanc orationem conditionalem esse ait, *si Titius arbitratus fuerit*, hanc puram, *arbitrio Titij*, & in priori parte huius legis agi de priori formula, *si Titius arbitratus fuerit*, cum liquido constet in ea parte agi de mero & libero arbitrio, his verbis, *dato si volueris* Ergo non agitur in ea parte de hac conditione, *si arbitratus fuerit*, sed *si voluerit*, ad quæ verba dum supplet Accursius *arbitratu*, male facit: hæc verba Accursius contraxit partim ex Ioanne, partim ex Rogerio, debuit Ioannem totum amplecti, debuit perseuerare in eo quod scripserat in *l. 16. qui heres, sup. de acquir.*

E *hered.* hanc esse puram, *si ille arbitrabitur, tibi do lego*: est enim pura, & siue dixerit, *arbitrio illius*, siue *si ille arbitratus fuerit*, vtraque oratio est pura, & pro viri boni arbitrio erit. In *§. si fideicomm. l. 11.* docet, vtile esse fideicommissum, si quis ita scripserit, *illi decem dare volo, nisi heres meus noluerit*, quia scilicet non in dando legato, sed post datum legatum mera voluntas heredis inseritur. plerumque arbitrium quod in dando legato inseritur, pro conditione non habetur, & vitiat legatum. quæ conditio post datum legatum inseritur, vim conditionis habet, & herede nolente, legatario obstat exceptio doli, si petat legatum, *lege obligationum, §. conditio infra de obligationibus, & action.* Vbi tamen heres voluerit, habet crediti petitionem, *l. si compensandi, C. de hered. inst.*

& constituerit dare, hoc postea non poterit variare. docet etiam recte conferri in arbitrium heredis, & recte præstari legatum: quod est proditum in *d. l.* 11. §. *quanquam.* & ea quoque verba *cum voluerit*, legatum faciunt conditionale. sed hoc distat à superioribus verbis, *nisi noluerit* semel tantum duntaxat velle, aut nolle potest. His autem verbis, *cum voluerit*, heres subinde mutare sententiam potest, quoniam hæc verba extensiua sunt, id est, tractum temporis habent vsque ad supremum vitæ exitum. viuo herede, licet variare. si viuus nihil constituerit, atque ita decesserit, heres eius non tenetur, *l. centesimis* §. 1. *de verb. obligat.* si constituerit se velle, licet non dederit, heres eius non tenetur, *d.* §. *si fideicommiss.* Inde constat interesse mihi legetur *cum voluerit*, an *si noluerit*. *cum voluerit heres* mihi legatur recte, & conditionale est legatum: *si noluerit heres*, mihi legatur inutiliter, quia conditionale non censetur esse legatum. in potestatem poni heredis vt debeat, *cum voluerit*; in potestatem poni heredis quando debeat, si voluerit constituit: legatum *cum voluerit*, constitutum legatum in longum profert pro commodo heredis. si pro ἐάν, est coniunctio συναπτικὴ, *cum* pro ἐπάν: & *si* συναπτικὴ, dubitationem significat, *cum*, comprobationem. docet igitur in heredis arbitrium quasi boni viri omnimodo conferri legatum posse his verbis, *si arbitratus fueris*, vel, *si is meruerit, illi dato.* sic legendum in eo §. & in *d. l. 46. & l. Thais* §. 1. *& l. seruos, de fideicommiss. libertat.* Item his verbis, *si æstimaueris, &* & aliis similibus in *d.* §. *si fideicommissum, d. l. 46. & l. si sic legatum, lib. 1.* item his verbis in *l. Thais*, ἐὰν ἀξιώσῃς. Variis itaque modis conferri potest in arbitrium heredis tanquam boni viri, non tanquam heredis, quod vtique fit iure, quia collatum videtur in arbitrium æquitatis. æquitas prope est certa.

Ad L. II. IV. V. & VI.

L. 2. Quotiens nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt: si autem supellex, aut argentum aut peculium, aut instrumentum legatum sit: vnum legatum est.

L. 4. Neminem eiusdem rei legatæ sibi partem velle, partem nolle, verius est.

L. 5. Sed duobus legatis relictis, vnum quidem repudiare, alterum vero amplecti posse, respondetur.

§. 1. Sed si vnum ex legatis onus habet, & hoc repellatur: non idem dicendum est: pone eum, cui decem & Stichus legatus est, rogatum seruum manumittere. si Falcidia locum habet, ex decem vtriusque legati quarta deducetur. igitur repudiato seruo, non euitabitur onus deductioris, sed legatarius ex pecunia duas quartas relinquet.

L. 6. Grege autem legato, non potest quædam sperni, quædam vindicari, quia non plura, sed vnum legatum est. Idemque dicemus peculio legato, aut veste, aut argento, & similibus.

IN *l.* 2. Paulus docet, enumerationem singularum rerum siue de re legata genus contrahere, & ideo si plures legatæ sint specialiter, plura esse legata, si generaliter, vnum. *Quoties*, inquit, *nominatim*, *&c.* Est autem ex Pauli *lib. 75. ad ed.* qui totus fuit proprie de stipulationibus, & ideo cum eo libro Paulus id scripsisset de stipulationibus, idem enim valet in stipulationibus, *l. quod dicitur, de verb. obligation.* tot esse stipulationes, quot sunt res quæ stipulatione nominatim exprimuntur, & crediderim Paulum subiecisse quod est in hac lege. Idem dicendum in legatis, tot esse legata quot res, quæ nominatim in legato exprimuntur, communem siue generalem dationem, vnũ legatum esse. Effectus autem liquet ex l. 4. vnum legatum pro parte scindi non potest, nec diuisionem admittit, vt si Grex legatus sit, non possunt quædam eius peti, quædam

A repudiari. Idem est, si armentum legatum sit, si polia, vel si chorus, aut familia, idem est, *si supellex*, vt ait *l. 2. vel aurum vel argentum*, id est, vasa aurea, vel argentea, *vn buffet d'argent*, si peculium aut vestis, aut instrumentum: nam hæc omnia vocabula sunt περιληπτικά, & vnum legatum constituunt. videndi *l. 6. Grege legato, & idem*, inquit, *dicemus peculio legato, aut veste*, est ex *lib. sing. ad l. Falcid.* Quid vero illa sententia ad Falcidiam? vt scilicet intelligatur, si grege legato legatarius quædam capita respuerit & repudiauerit, nihilominus heredem totius gregis quadrantem detracturum, quod indicat *l. 5. hic, & l. si legatario, inf. de fideicomm libert.* Vnde apparet ad legem Falcidiam hoc maxime pertinere, vt sciamus quando sit vnum legatum, vel quando plura. non debet autem nos mouere quod dicitur

B in *l. si chorus, in princ. inf. lib* 3. si chorus, aut familia legetur, perinde esse quasi singuli homines legati sint. Ergo, inquit, sunt plura legata, si chorus legetur & chorus quid si ibi Accursius nescit. Ammonius recte, χορὸς δὲ τὸ σύστημα ἀδόντων, & quod ibi de choro, idem de grege dici potest: Grege legato perinde esse quasi singula capita legata sint, quia scilicet singula debentur, & singula ab herede peti possunt. non tamen quod singula vindicentur, sequitur plura esse legata. Quinimo id legatum chori scindi non potest: sicut & ex eo quod dicitur in *l. Mauius* §. *eadem, hic*, hominis legatum orationis compendio singulos homines continere, non recte colligas, homine legato plura hominum legata esse. Igitur recte Accursius in *d. l. si chorus*, perinde esse quasi singuli homines legati sint, *quoad hoc*, inquit, *vt simul peti possint*, & legato cedant quoad aliquid.

C sic loquitur more Philosophorum suæ ætatis. Aliud est in *d l. 6* neque enim poterit scindi legatum. his addi volo, interdum vnum esse legatum, etiamsi testator non sit vsus vocabulo generali, generali sermone, qualia sunt supellex, peculium, argentum. vt si legauerit octo lecticarios seruos, vnum est legatum, si legauerit octo seruos qui non sint lecticarii, octo sunt legata: si legauerit octo lecticarios, vnum est legatum, *l. si ex toto* §. *vlt. lib. 1.* Quod perinde est atque si nomine generis vsus esset, legassetque octophorum, id est, qui legat octo lecticarios videtur legare octophorum Mart. 9.

Octo Syris suffulta datur lectica puellæ.

Catullus, *non possem octo homines parare rectos*, significat octophorum. & ob id si legauerit quis octo lecticarios, non

D licebit partem repudiare, partem agnoscere, quia vnum legatum est. In his libris de Legatis & fideicommiss. quoties quid asseritur de legatis, necessario incidunt fere semper quæstiones huiusmodi, an idem sit in stipulationibus, an idem in hereditatibus, quas debemus breuiter pertractare. Idem vero diximus iam quod dicitur hic de legatis, obtinere in stipulationibus. idem dicimus multo magis obtinere in hereditatibus, vt non possit is cui delata est tota hereditas eam scindere, & pro parte adire, quoniam vnius pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, vt ait Orator. In legatis quæsitum aliquando fuit, sed Paulus in *l. 4. hic*, ait verius esse legatarium eiusdem rei legatæ partem agnoscere, partem repudiare non posse. Ait verius est, id est, quæsitum aliquando fuit, sed iudicium defuncti aut omnino amplecti, aut repudiare

E oportet, & honorem delatum non fastidire superbe, aut inconstanter: idem Paulus 3. *Sent. tit. de legat.* ait, eius rei quæ legata est, exemplo heredis legatarium partem agnoscere, partem repudiare non posse. Et ideo sicut heres ex asse qui ex parte se pro herede gessit, & ex parte adiit hereditatem, in assem pro herede gessisse videtur, *l. si ex asse, inf. de acquir. hered.* quod & in institutione heredis sequimur, vt qui vnum tantum heredem scribit ex parte, videatur scripsisse ex asse, quoniam non potest vnius pecuniæ vnus heres esse ex causa testati, alter ex causa intestati, & causa testati trahit causam intestati. Ita vero qui rem legatam aliqua ex parte agnouit, vt qui ex choro legato cantorem vnum sibi vindicauit, totum chorum videtur acquisiisse, *l. si cui res 58. hic*: & hæc de vno legato. Nunc

de pluribus si sunt plura legata, constat à legatario vnum sperni, alterum vindicari posse: si fundus & homo legetur, vnum licebit amplecti, alterum repellere: verum in *l. 5.* hic additur hæc exceptio; nisi legatum quod spernitur fideicommissariæ libertatis onus adiunctum habeat, hoc casu qui vnum legatum agnouit, cogitur & alterum agnoscere, nec licet plura legata separare & disjungere? inspiciamus verba leg. 5. *sed duobus legatis, &c.* sequitur exceptio: *sed si vnum ex legatis onus habet.* ponamus speciem: mihi decem & Sticus legatus est, duo sunt legata, vnum x. alterum Stichus: sed legato Stichi testator adiunxit onus fideicommissi, vt eum manumitterem. Finge legem Falcidiam locum habere, legis Falcidiæ rationem habere oportere, deducetur Falcidia ex legato pecuniæ, ex legato decem non deducitur: tamen ex legato Stichi, ne impediatur fideicommissaria libertas, quoniam si falcidiam admiseris in legato Stichi, communem feceris Stichum inter me & heredem, *l. Plautius, ad leg. Falcid* Eidem autem seruo vnus ex dominis libertatem dare non potest, aut non potuit ante constitutionem Iustiniani; non potero ergo seruum ex fideicommisso manumittere, si interueniente Falcidia facta sit mihi communis cum herede. Igitur ne impediatur fideicommissaria libertas, melius erit ex legato pecuniæ duas Falcidias retinere, *l. sed si non seruus §. si solus, inf. ad leg. Falcidiam.* Cum tamen alias ex singulis rebus legatis soleat detrahi Falcidia, *dict. leg. Plautius.* Sed hoc casu conseruandæ libertatis causa, ex legato pecuniæ, & ipsius pecuniæ & serui Falcidia retinebitur. Atque ita sine controuersia: si ego vtrumque legatum agnouero, ex legato pecuniæ deducetur duplex Falcidia, & seruus fiet legatarij in solidum, & ab eo manumittetur. At quid si ego legatum pecuniæ agnouero, seruum autem repudiauero, quod fecero libenter: nam seruum amissurus sum, & repudiato seruo, quadrantem pecuniæ præstabo, si existimauero me pro pecunia tantum retenta, quartam heredi laturum, sed fallor: nam repudiatio Stichi pro nulla habetur, & cogar Sticho quasi meo seruo libertatem dare, & cum pecuniæ legatum agnouerim, duplex quarta ex pecunia deducetur, perinde ac si seruum repudiasse: eadem est ratio *l. si legatario, inf. de fideicommiss. libert.* species est: quidam Titio legauit fundum, & hoc amplius pretii nomine ei legauit decem in hoc vt seruum suum manumitteret, agnouit legatum fundum, legatum pecuniæ propter interuentum Falcidiæ non vult agnoscere, quia scilicet pluris æstimat seruum suum, quam id quod deducta pecunia superesit, & ideo respuit legatum pecuniæ, vt retineat seruum suum, quem pluris facit, quam id quod restat deducta Falcidia, an audietur? Non: quia cum semel agnouerit legatum fundi, quod erat sine onere, cogendus erit agnoscere legatum pecuniæ, habita ratione Falcidiæ, & seruo præstare libertatem. Inde igitur concludamus, non posse legatarium ex duobus legatis, quorum vnum est sine onere, alterum cum onere fideicommissariæ libertatis, illud accipere, hoc repudiare: quod equidem non ausim ad alia onera quam fideicommissariæ libertatis producere. Bartolus produxit nimia licentia ad istas leges, quæ de onere fideicommissariæ libertatis non loquuntur. Idem Bartolus ait, in specie *l. 5.* repudiationem serui valere, cum tamen repugnent hæc verba, *non idem dicendum est,* quibus significatur, repudiare non posse. Vtrumque legatum amplectendum est. Hoc primum proposuit, vnum vindicari, alterum repudiari posse; sed deinde addit exceptionem, si id quod repudiatur onus habeat: nam his verbis, *non esse idem dicendum,* significat, repudiari non posse. Idem Bartolus hoc posito, repudiationem serui valere, subjicit, seruum remanere apud heredem cum onere fideicommissariæ libertatis, & cogi heredem præstare libertatem, quod ei si concesseris, primum est falsissimum: Nam legatum quod repudiatur, apud heredem remanet sine onere fideicommis-

A sariæ libertatis. Item intelligitur ex hoc, eum qui repudiat legatum cui est onus adiunctum fideicommissi, fideicommissario, vel ei cui fideicommissarius voluerit, cogi actiones suas cedere, id est, actiones legati, ne pereat fideicommissum à legatario relictum, nisi legatarius cesserit suas actiones fideicommissario, *l. imperator, hic, l. si filius, inf. de fideicomm. libert.* esset autem hæc cessio inutilis, si fideicommissi persecutio aduersus heredem remaneret, sed quoniam non competit aduersus heredem fideicommissi persequutio, necesse est fideicommissario competere remedio cessionis. Hinc apparet legatum quod repudiatur, heredi cedere sine onere, & fideicommissum non conseruari sine onere. Repudiata portio hereditatis coheredi accrescit cum onere legatorum, quasi

B substituto, *l. 1. 6. lib. 1. l. si Titio & Manio §. vlt. l. mortuo, hic.* Sed non idem est in legato; nam legatum, quo se abstinuit legatarius, in hereditate remanet sine onere, *l. vnica, §. 1. C. de cad. toll.* Sed in eo distat legatum quod repudiatur, & legatum quod habetur pro non scripto, quod repudiato legato non erat annexa vis fideicommissi: fideicommissaria libertas cõseruatur per cessionem actionum: legato autem pro non scripto habito, vt si relictum sit ei qui non est in rebus humanis, vel incapaci, hic nullus est legatarius, qui habeat actiones quas possit cedere fideicommissario, vel ei cui fideicommissarius, voluerit, & vero intercidit fideicommissum pecuniarium, sola libertas conseruatur, fideicommissum pecuniarium non præstat heres, licet legatum apud heredem remaneat, libertatem præstat, *l. cum vero §. si pro non scripto, de fi-*

C *deicom. libert,* cætera fideicommissa intercidunt. Itaque quod attinet ad speciem legis, ita rem omnem distingui velim: aut vnum est legatum serui, quem legatarius rogatus est manumittere; & hoc legatum repudiari potest, si modo actiones legati legatarius cedat ei cui seruus voluerit, vt ab eo manumittatur, ne pereat libertas *d. l. si filius §. vlt.* Aut duo sunt legata, vnum pecuniæ sine onere, alterum serui cum onere præstandæ fideicommissariæ libertatis; & hoc casu in l. 5. non licet agnito iudicio defuncti in legato pecuniæ legatum serui repellere; atque ideo si legatarius dixerit se nolle seruum, cogetur eum manumittere, vel si frustretur, fiet liber ex Senatusconsulto Rubriano, neque opus erit cessione actionum.

D

Ad L. VII. si Titio.

L. 7. Si Titio & ei, qui capere non potest, decem legata sint: quia duobus heres dare damnatur, & vnus capere non potest: quinque sola Titio dantur.

Pugnant admodum inter se *l. plane §. si coniunctim, libro 1. & l. coniunctim, lib. 3. itemque l. legatum, §. 1. libr. 1. & l. vlt. §. Seio, h. tit.* coniungi & aliæ plures inter se pugnantes possunt, quarum explicatio non est difficilis, si partiamur ita. Aut legatum relinquitur per vindicationem, aut per damnationem, dices non esse perfectam diuisionem, quod & relinqui possit sinendi modo, aut per præceptionem, aut per fideicommissum. Respondeo,

E legatum præceptionis plerunque, & hac in re maxime imitari legatum vindicationis, cætera legatum damnationis, vt satis sit partiri legatum vindicationis & damnationis quasi summa genera legatorum. Et vt à legato damnationis incipiam, sciendum inter collegatarios coniunctos re & verbis per damnationem non esse ius adcrescendi, vt si ita legetur, *illi & illi damnas esto dare*: non est inter eos ius adcrescendi, & ideo deficiens collegatarius qui vel repellitur vel repellit legatum, ei qui non repellit, nec repellitur, facit partem, id est, persona eius numeratur in partibus faciendis, licet nullam partem ferat, & portio deficiens ei cui admittitur non adcrescit. Finge: mihi & Titio coniunctim decem legata sunt per damnationem, ego sum capax legati, Titius est incapax, quoniam

legibus ex testamento capere vetatur, pars ergo Titij habetur pro non scripta, Titius habebitur pro non scripto, *l. filius* §. *sequens inf. ad leg. Cornel. de fal.* Non tamen adcrescet mihi pars Titij, hergo Titius mihi partem facit, non tantum si admittatur ad legatum, sed etiam si non admittatur, quoniam solam meam partem habebo, & pars eius in hereditate remanebit, quia quæ pro non scriptis habentur, apud heredem remanent, §. *in primo, C. de cad. toll.* Eius, inquam, pars in hereditate remanebit, mihi non adcrescet, fisco non cedet; & hæc est species huius l. 7. verba hæc sunt, *si Titio & ei qui capere non potest, &c.* Notanda verba illa, quoniam duobus heres dare damnatur, loquitur ergo de legato damnationis, imo spectat naturam ipsius legati, dum ait, *quia damnatur.* Atque ita de hoc genere legati est accipienda *l. si duobus, in princ. l. 1.* Testator per damnationem legauit coniunctim mihi & ei qui non erat in rerum natura eandem rem, hic pro non scripto habetur, & tamen mihi facit partem, ego solam partem meam capiam, non rem totam: nihil enim mihi accreuit ob id quod collegatarius non est, aut non fuit in rerum natura: eadem est ratio *l. plane* §. *si coniunctim, libro primo.* Vbi si legeretur coniunctim, per damnationem scilicet, & seruo proprio sine libertate, pro parte serui legatum est pro non scripto & inutile. Seruo proprio inutiliter legatur siue libertate, ergo pro parte serui legatum non consistit, & tamen seruus ille mihi partem faciet, id est pars serui mihi non adcrescet: eadem est ratio leg. *huiusmodi* § *si Titio, eodem.* Quidam coniunctim per damnationem legauit mihi & Titio Sticum, qui erat proprius Titij, ex persona Titij legatum est pro non scripto, & non valet, quia ei legata est res sua. Ego tamen ideo non petam æstimationem totius serui, sed petam tantum æstimationem partis serui, quia Titius etiamsi non admittatur ad legatum, mihi faciet partem, perinde atque si admitteretur. Et hoc ita procedere in legato tantum damnationis Vlpianus declarat aperte in *frag. titul. de legat.* Ratio est: cum enim duobus coniunctim legatur per damnationem, *illi & illi damnas esto dari*, singuli ab initio diuisim partes æquas habere videntur, *dicta lege plane* §. *si coniunctim.* Videntur diuisi & disiuncti esse, & ideo non est portio vacans, quod non accedat alteri, sed in hereditate potius remanet, siue repudietur legatum, siue habeatur pro non scripto: vel cadit in fiscum. Si alia ratione deficiat legatum ex lege Papia, iure antiquo quod valuit ante legem Papiam quodque hodie Iustinianus restituit, in tit. *de cad. toll.* quacunque ratione deficiat legatum, apud heredem remanet, nec fisco vnquam locus est. Et hæc de legato damnationis. Longe alia est conditio coniunctorum per vindicationem, vt si duobus, ita legetur, *illi & illi do lego:* Nam inter eos est ius adcrescendi, quoniam singuli ab initio habent solidum, concursu faciunt partes inter se, & ideo qui non concurrit, non facit partem. In legato damnationis partes fiunt ab initio, in legato vindicationis concursus solus partem facit. Et ideo si duo sint legatarij & vnus non concurrat, totum remanet apud alterum, & ita de hoc genere legati est accipienda *d. lex coniunctim*, & lex *si duobus, paragrapho vltimo libro primo*, quæ & de vindicatione loquitur aperte: ait enim *totum vindicabit legatarius*, fuit ergo legatum vindicationis genere, alioquin non competeret vindicatio. Itemque *l. si seruo sub conditione, infra de statulib.* quæ aperte ponit exemplum in legato vindicationis, & sic in specie *l. vltim. paragrapho Seio, hic*, cum legatur Seio substituto heredi, si heres non erit, & vxori eius his verbis, *Seio si heres non erit, quem substituerat heredi instituto, & vxori eius dari volo.* Seio herede existente pro parte eius deficit legatum, nec adcrescit vxori, cui tamen dimidia partis legatæ debetur, quia conditio quæ maritum tenuit, mulierem non tenuit, neque videtur vxori adscripta. Ideo autem portio viri non adcrescit vxori, quia vtrique per damnationem coniunctim legatum proponitur his verbis *dari volo.* Quæ verba vel accipiuntur pro damna-

A tione, vel pro fideicommisse, *leg. quidam testamento libro primo, l. 11.* §. *si fideicommiss. libro 3.* Est enim volo precarium verbum potius quam directum, & significat cupio, opto, desidero; fideicommissorum autem hac in re & aliis plerisque idem ius est quod legatorum per damnationem, inter fideicommissarios coniunctos non est ius adcrescendi. Sed si per vindicationem legatum sit extraneo, & heredi coniunctim, portio heredis vacans adcrescit extraneo, *leg. legatum* §. *1. libro, 1.* quæ loquitur aperte de vindicatione, & ita accipe *d. l. plane*, §. *si duobus.* Et hæc huiusce quæstionis mihi verior esse definitio videtur. Porro refellam Interpretes per Satyram. Et primum Accursius *huic legi 7.* opponit legem *vnic.* §. *in primis &* §. *pro secundo, Cod.*
B *de cad. toll.* Vbi Iustinianus non tantum ex se, sed etiam ex iure antiquo decernit portionem deficientem adcrescere collegatario, quod negatur in hac lege, respondet Accursius, speciale esse in hac lege & similibus, vt non accrescat collegatario: probo speciale esse, in legato damnationis scilicet, sed hoc non est Accursij, qui primum in hac lege speciale esse comminiscitur hac ratione, quia in hac lege legatarius qui non admittitur ad legatum, fuit in spe capiendi, non omnino incapax, vt quia fuit sub conditione institutus, vel quia fuit in vtero, & adjicit eundem esse casum, *l. si duobus, in princ.* & §. *vlt. libro primo* videamus in paucis verbis quot & quanta peccauerunt? falsum est conditionem adscriptam legato incapacem reddere legatarium; est enim vtique capax, quoniam in eius persona consistit lega-
C tum, licet differatur in casum: incapacem faciunt leges, non voluntates defunctorum: falsum est, incapacem esse eum qui est in vtero: est enim cum eo testamenti factio; capax est igitur, non incapax. Deinde ait Acc. vt quia fuit sub conditione institutus, debuit dicere, vt quia fuit ei sub conditione legatum, quod est apertissimum: nam hic sermo habetur de legato, non de institutione, cum ait eundem esse capacem, *leg. si duobus, lib. 1.* quod totum non est nisi agatur in eo principio de eo qui est in spe capiendi, à quo tamen abest ea lex, vt nominatim de eo agatur qui omnino capere non potest, vt puta de eo qui non est in rerum natura: quibus verbis significatur qui vel ne conceptus quidem aut nondum natus est, & hic dicitur facere partem. Idem Accursius male coniungit ini-
D tium *d. legis si duobus* cum §. *vltimo* cum inuicem se impugnent. Nam in principio *l. si duobus*, qui non admittitur ad partem, non facit partem, quoniam §. *vltim.* est de vindicatione, vt apparet ex verbo *vindicabit*: Initium accipi debet de damnatione ex *hac lege & Vlpiano in frag.* Et omnem hanc Accursij sententiam Bartolus etiam respuit, sed nihilo meliorem introducit. Ait igitur in *dicta lege vnica* §. *1.* & §. *pro secundo*, legatum omnino deficere & adcrescere coniuncto, in hac lege legatum non omnino deficere, & ideo collegatarium partem facere: valere enim legatum in specie *l. 7.* ab initio, sed eripi quasi indigno; & ideo non coniuncto adcrescere; sed fisco accedere: quantum errauerit Bartolus lex ipsa declarat, quæ ait, legatum fuisse relictum incapaci: incapaci autem relicta pro non scriptis habentur, & deficiunt statim ab initio
E tio & vitio laborant, atque adeo deficiunt omnino, & ad heredem, non ad fiscum reuertuntur. Et hoc distat tit. *de his, quæ pro non scriptis habentur*, à tit. *de his quibus vt ind. leg. auf.* tit. *de his quæ pro non script.* est pro herede tit. *de his quibus vt ind.* pro fisco, quos titulos Bartolus confundit, dum eundem incapacem & indignum vocat, & dum hanc legem in breue contrahit hoc modo: qui non capit partem, quia indignus, facit partem hoc est delendum, quia non potest idem esse incapax & indignus. Proinde errat etiam in exemplo suæ sententiæ apponendo: Nam inter indignos numerat deportatum. Hic vero non est indignus, sed incapax, *l. 1. Cod. de hered. inst.* quoniam est peregrinus, & quod ei relinquitur est pro non scripto, ereptitium non est. Ereptitia sunt quæ au-

feruntur indigno, quo vocabulo vsi sunt veteres Iurecon-sulti, & ereptitia eripit fiscus, quæ pro non scriptis sunt, retinet heres. Vtitur etiam alio exemplo Bartolus, vt, inquit, si ei qui contra mandata vxorem duxit, legetur testamento vxoris, hic certe est indignus, sed incapax non est, & *lex. 2. inf. de his quæ vt ind.* non dicit, eum capere non posse ex testamento vxoris, sed retinere eum non posse: eripi enim ei legatum, quod fuit vtile ab initio, & ideo quod ei relinquitur, fisco cedit, non heredi, id est, ereptitium est, non pro non scripto. Nunc ad Accursium reuertamur. in *l. plane §. si coniunctim, lib. 1.* quæ congruit cum hac lege, cum dicat seruum testatoris, cui testator legauit sine libertate, partem facere coniuncto, eius, inquam §. Accurs. hanc rationem esse ait, quia non omnino inutile fuit legatum in persona serui: & ideo non mirum est, si partem faciat coniuncto, imo vero omnino fuit inutile, quoniam lex dicit in persona serui non consistere legatum, hodie fateor æquitate sustineri ex constitutione Iustiniani in *l. pen. §. illud, C. de necess. seruis*, qua constitutione Iustinianus non hæc introduxit, vt si seruo proprio legetur sine libertate, seruus maneat, sed ne ei negetur legatum: sed ante Iustinianum prorsus inutile erat legatum, & quid erit si nouas constitutiones committimus cum veteribus? nihil erit absurdius. nihilo felicior est in reddenda ratione *l. huiusmodi §. Titio, lib. 1.* vulgo in glossa legitur: *item illius legis hac est ratio*, corrigendum: *item illius legis huius est ratio*, & intelligit. *l. huiusmodi* in ea lege is cui res sua legata est facit partem coniuncto, quia vitium legati, inquit Accursius, est in re legata, non in persona legatarij: hoc vero nihil mutat: nam siue vitium sit in re, siue in persona, vtrobique prorsus inutile est legatum, & etiamsi vitium sit in persona, constat ex hac lege eandem personam partem facere, & subjicit vitium etiam esse in re in specie *l. antepen. inf. de liberat. leg.* quod est etiam ineptum: nam ea lex loquitur aperte de incapaci, ergo de vitio personæ, non de vitio quod rei insit. Et quia species eius legis *antepen.* non est sine mendo, perstringam eam breuiter: duo sunt rei debendi qui mihi debent centum. ego testamento heredem meum damnaui vt vtrumque liberaret, & vnus est capax; finge, alter incapax, atque ita legatum liberationis in vnius persona non consistit, quid fiet? an exitum aliquem habebit voluntas? lex ita distinguit: aut illi duo rei debendi sunt socij, aut non: si socij sunt, res est in facili: nam heres liberabit tantum capacem, & eo liberato, per consequentiam per acceptilationem, & vi ipsa socius liberabitur, qui non poterat liberari iure legati. quod per se non potest habere, habebit per socium necessaria consequẽtia quadam: Nam idem etiam dicendum est, si capaci tantum testator legasset liberationem: nam eo liberato liberabitur, & alter propter societatem: at si socij non sunt, liberato capaci non liberabitur incapax, sed vt defuncti voluntas sit rata, & vt leges faciunt, accipiamus strictius, vtemur hoc remedio: is qui est incapax debet delegari capaci, vt ipse conreo debeat. Et deinde capax petens liberationem ab herede, non aliter eam impetrabit, quam si etiam ipse conreum sibi delegatum liberauerit: sic eueniet vt commodum ad capacem perueniat, *& ipse qui capit liberetur*, desideratur negatio, *& ipse qui non capit liberetur.* Quod mendum iamdiu a me est animaduersum: hæc species non est de vitio, sed de incapacitate personæ. Accursius huic legi 7. opponit leg. *si post mortem §. liberi, inf. de bonor. possession. cont. tab.* & satis habet respondere, hic esse speciale, nulla ratione reddita, quod ridiculum est. debuit separare legata ab hereditatibus legitimis vel honorariis, de quibus in *d. §. liberi*, in cuius specie is qui non admittitur ad hereditatem, non facit partem, & cur non faciat partem, vt intelligatur, species ponenda est: tres sunt fratres præteriti testamento patris, extraneus heres scriptus. vnus ex fratribus est deportatus, hic bonorum possessionem contra tabulas quæ datur præteritis habere non potest, *l. 1. §. pen. eod.* alij duo sunt ciues Rom. his datur bonorum possessio contra tabulas quasi præteritis inique, & possessoria hereditatis

A petitio ex hac causa. Sed vtrum hi duo fratres qui capaces sunt & admitti possunt ad bonorum possessionem contra tabulas, totam hereditatem vindicabunt, quasi deportatus partem non faciat: an bessem tantum vindicabunt qua si deportatus partem faciat? & constat, vt ait lex, deportatum fratribus partem non facere: cui enim bono erit si dixeris, facere, qua ratione lex vtitur. non erit bono deportato qui capere non potest. non erit bono extraneo heredi scripto, quem iure optimo liberi excludunt per bonorum possessionem contra tabulas, quæ quidem bonorum possessio contra tabulas extranei heredis institutionem in totum rescindit. Restat igitur, eos assem vindicaturos quasi peregrinus frater partem non faciat. Idemque seruabitur in querela inofficiosi testamenti: neque enim incapax cæteris partem faciet: in vtroque igitur iuris remedio, id est,
B bon. possessionis, & inofficiosi, incapax cæteris partem non facit; item in vtroque remedio capax frater qui repudiauit querelam, vel bonor. possessionem, cæteris partem non facit, *l. 12. in princ. inf. de bonor. possess. contra tab. l. qui repudiantis, sup. de inoff. test.* Sed si vnus ex fratribus capax nondum repudiauerit, sed omiserit querelam, aut bonor. possessionem contra tabul. id est. si agentibus cæteris fratribus ipse distulerit agere & tacuerit, proculdubio partem faciet cæteris, *l. Papinianus §. quando, de inoff. testam. sup.* id est, hoc tacente cæteri agentes querela inofficiosi testamenti, vel possessoria hereditatis petitione, & obtinentes, totam hereditatem sibi non retinebunt. seruabunt ei qui tacuit suam partem, ex victoria eorum qui
C egerunt, proficiet ei qui non egit, quique non repudiauerat: alioquin vt incapax, ita qui repudiauit in his iuris remediis cæteris non facit partem: at in legatis longe aliter res geritur: nam si duo sunt legatarij coniuncti re & verbis, vnus capax, alter incapax, vel si vnus amplectatur legatum, alter repellat, quamvis respectu incapacis, vel repudiantis legatum stulte quærat, an partem faciat, qui nihil est habiturus, tamen respectu heredis interest scire, cur portio vacans heredi cedat potius quam collegatario adcrescat, & in legato damnationis in hac lege respondetur, inter collegatarios per damnationem cessare ius adcrescendi, & eum qui non capit partem coniuncto facere partem, id est, heredi prodesse, coniuncto obstare, & inde apparet in hac quæstione non temere esse permiscendas hereditates legitimas cum legatis. Stipulationes melius
D comparamus legatis in hac quæstione, quod & Accursius tentat, citata *l. si mihi & Titio, inf. de verbor. obligat.* Nam si mihi & Titio stipuler x. licet Titio inutiliter stipuler, quamvis pro parte Titij inutilis sit stipulatio, tamen Titius mihi facit partem, quia mihi ab initio partem tantum acquirere volui, & ideo sola quinque mihi debentur, *d. l. si mihi & Titio*: sed si solidum habere nolui, vt si res in stipulationem deducta talis est vt commode diuidi non possit, vt si stipulatus sum viam mihi & Titio, Titius mihi partem non facit, id est, mihi totum debetur, *l. 5. sup. commun. præd. l. fundus, inf. de contr. empt.* Quæ distinctio voluntatis facit etiam vt separentur legata per vindicationem à legatis per damnationem: & ideo non male hac in re legata cum stipulationibus comparauerit Accursius, cum
E huic legi opposuisset *l. vnicam §. in primo & §. in secundo*, de qua *d. l. si post mortem §. liberi*, & respondisset speciale hic esse & in legibus huic similibus, subjicit, *sed illud hodie corrigitur, vt C. de cad. toll. l. vnica §. in primo*, atque Accursius adfert §. *pro* 2. Et vix inueniet statim eũ §. Nã est particula alterius: de hoc §. sic cõstituo. Quæstio §. huius aliena est à quæstione huius legis, & earũ quæ congruunt, & quæ opponũtur huic legi; nihil ergo corrigere potest earũ. quæstio huius legis & similium hæc est: an is qui non admittitur ad partem, faciat partem: Quæstio §. *in primo* est, an id quod habetur pro non scripto coniuncto adcrescat, vel substituto obueniat, vel in hereditate remaneat sine onere: & ait remanere sine onere, exceptis casibus quibusdam relatis in eo §. & ibi Accursius recte duos tantum casus exceptos notat, quibus quæ pro non scriptis habentur,

remanent cum onere. vnus in *l. cum vero 1. §. si pro non scripto, inf. de fideicomm. lib.* alter in *l. vlt. inf. de his quæ pro non scrip hab.* Cæterum quæstio eius §. est aliena à proposito nostro, nihil igitur mutat ex proposito nostro. possis tamen dicere, hodie indistincte legatum quod pro non scripto habetur, quodve alia ratione deficit, coniuncto adcrescere, quia hodie sublata est differentia legatorum & adæquata sunt fideicommissis constitutione Iustiniani. Est igitur ius adcrescendi etiam inter collegatarios per damnationem & per vindicationem & fideicommissarios: atque adeo correcta est hæc lex 7. & cæteræ omnes quæ hoc dicunt, quod est verum: Nam & vindicatio datur ei cui legatum est per damnationem, & omnium legatorum & fideicommissorum hodie vna est natura, *l. 1. C. commun. de leg.* sed ad hanc constitutionem nouam non possis accommodare omnia capita Digestorum: nam restant innumerat vestigia antiquæ differentiæ legatorum in his potissimum de legatis libris, & inter cætera in *l. 1. §. si quis ex mortis, inf. quod legat.* vbi cū locutus esset de legato præceptionis, subiicit idem dicendum esse si alio genere legati legatum sit. Probat igitur varia legatorum genera, quæ non distinguerentur nisi in re ipsa differentia quædam inter eos intercederet. Alterum in *l. Stichus seruus, de man. test.* Vbi comparatur legatum libertatis dationi, quod & Græci notarunt lib. 48. Basilicōn, & non potest dici de omni legato; quæritur enim ibi an seruo alieno possit dari libertas directis verbis. precariis potest, & ait, non posse, & similiter legari non posse rem alienam, per vindicationem scilicet hoc modo: *illam rem do lego.* nam per vindicationē poterat legari tantum res testatoris propria, per damnationem etiam aliena. Igitur hac in re libertati non possis comparare nisi legatum vindicationis: sed hodie quocunque genere res aliena vel heredis legatur. Postremo Accursius putat, huic legi 7. congruere *l. mulieri & Titio, inf. de condit. & demonstrat.* Fateor eam huic legi in eo congruere, quod legatarius, qui non venit ad legatum, facit partem coniuncto, sed inter eos in genere legati est dissimilitudo: nam hic duobus proponitur legatum relictum per damnationem, & dicitur, inter eos non esse ius adcrescendi. idem in *l mulieri.* sed responso locus est quodcunque genus legati sit, & est singularis species, & ratio huius legis, quæ proponit, & inter collegatarios per vindicationem non esse ius adcrescendi. Sciendum autem est, conditionem viduitatis iniunctam mulieri remitti l. Iulia Miscella, quam abrogauit Iustinian. & tandē approbauit. itaque hodie etiam valet, vt si legetur mulieri sub hac conditione, si non nupserit, etiamsi nubat, capiet legatum, quia conditio vtilitati publicæ contraria remittitur. Cæterum si quis non mulieri, sed extraneo ita legauerit, *lego Titio si Caia non nupserit,* non remittetur conditio, quia non indicit mulieri viduitatem, sed in eum casum Titio legat si mulier non nupserit. Hoc cognito sic est species fingēda. Quidam legauit coniunctim per vindicationem, vel alio modo, nihil refert, mulieri, & Titio vsumfructum sub hac conditione, si ea mulier non nupserit: conditio vtrumque tenet, & mulierem & Titium, sed mulieri remittitur lege Iulia. Et ideo etiamsi nupserit mulier, capiet partem suam, id est, vsusfructus dimidiam partem: Titio tamen non remittitur hæc conditio: & ideo videtur Titius admitti non posse ad legatum, quia conditione defectus est nubente muliere. Sed rursus si Titium excluseris, mulier totum vsumfructum vindicabit, quod lex Iulia non vult: Nam lex Iulia vult hoc tantum habere mulierem quæ nupsit, quod haberet, si conditioni paruisset, id est, si non nupsisset: ea vero haberet partem duntaxat, Titio non excluso: ergo etsi nupserit, solam partem habebit, perinde atque si vidua mansisset, Titius alteram partem retinebit, *quandiu* inquit, *viuet, & in eodem statu erit,* quod dicit lex, quia vsusfructus legatus proponitur, qui finitur morte, vel mutatione status. Morte igitur Titij vel capitis minutione finietur vsusfructus, & recurret ad heredem, id est, ad proprietatem. Ergo lex Iulia etiam sub hoc modo mulieri remittit conditionem, vt non plus habeat sua parte, & consequenter Titio eandem remittit. Est quidem reuera Titius conditione defectus, sed beneficio legis cum muliere concurrit, ne plus habeat mulier sua parte contra sententiam legis. Qua de causa & repudiante Titio potest repudiare legatum illud mulier non inutiliter, quia licet conditione excludatur, tamen legatum sustineri videtur lege Iulia, & conditio remitti. Denique legatum defertur Titio l. Iulia. ergo non inutiliter repudiatur. Cæterum Titio repudiante, portio eius non adcrescet mulieri, sed remanebit apud heredem. Ratio est, ne plus habeat sua parte quæ contra voluntatem testatoris ad legatum peruenit beneficio legis non obseruata viduitate, & conditione non impleta. Accursius hic aliam rationem attulit ex *l. Titia si non nupserit, inf. de cond. & demonst.* quod ridiculum sit eandem & vt viduam, & vt nuptam admitti ad legatum. quæ ratio merito improbatur à Bartolo: nam aptari nullo modo potest casui proposito in *d. l. mulieri.* Nam in ea *l.* etiamsi dixeris mulierem partem suam capere suo iure, & partem Titij, iure adcrescendi eam non admiseris vt viduam & vt nuptam, quia si mansisset vidua, deficiente Titio totum habuisset. at beneficio l. Iuliæ quæ nupsit contra iudicium defuncti in hoc tantum habetur pro vidua vt capiat suam partem, non etiam vt partem collegatarij quasi repudiantis, vel quasi conditione defecti: & ideo Bartolus magis amplectitur rationem nostram, dum ait verius esse, ideo mulieri non adcrescere partem legatarij, quod veniat iure speciali, id est, beneficio legis, cum iudicio testatoris contenta sit modico lucro & sua parte quæ venit contra voluntatem defuncti. in specie leg. *Titia, si non nupserit* vitatur illa absurditas, ne veniat vt vidua, & vt nupta, cum non possit esse vtrumque: nam ita proponitur testatorem legasse, secundum Flo. Pand. *Titiæ si non nupserit ducenta lego, si nupserit centum lego.* plus dat viduæ quam nuptæ, viduę legat ducenta, nuptæ centum. hoc casu Titia beneficio l. Papiæ capiet ducenta, quia remittitur conditio viduitatis. at vult etiam capere centum iudicio defuncti quod nupserit, in quem casum ei sunt legata centum, an audietur? non: quia ridiculum esset eam admitti & vt viduam & vt nuptam. aut contenta esse debet beneficio legis, aut voluntate testatoris. Cæterum huic absurditati non erit locus in *d. l. mulieri.* Cæteras leges exposuimus supra.

Ad Leg. VIII.

L. 8. Si quis seruum heredis, vel alienum legauerit, & is fugisset, cautiones interponendæ sunt de reducendo eo, sed si quidem viuo testatore fugerit, expensis legatarij reducitur, si post mortem, sumptibus heredis.

QVæstio est de seruo legato qui est in fuga, sed & de re qualibet legata quæ non comparet, eadem quæstio institui potest, *l. cum res, lib. 1.* Eius autem definitio hæc est: aut seruus legatus fugit culpa heredis: aut sine culpa, vel dolo heredis. si sine culpa heredis fugit, heres non tenetur ex testamento in æstimationem rei vel serui, ad hoc plane solum tenetur, vt caueat de perquirendo & reducendo, & vbi inuentus fuerit, de præstando siue restituendo seruo, cauendo absoluitur, *l. seruo legato §. vlt. lib. 1.* & in hac *l. 8.* & inde statim existit hæc quæstio, cuius sumptibus reducatur & requiratur ab herede, & hæc lex ita distinguit: aut viuo testatore seruus fugit, aut post mortem testatoris. si viuo testatore, reducitur sumptibus, & periculo legatarij, idque aperte proditum in *l. si seruus legatus in princ. lib. 1.* si seruus legatus fugit viuo testatore, quia heres non cogitur eum præstare alio loco, quam quo fuit tempore mortis, tempore autē mortis fuit peregre, non cogitur reducere suis sumptibus, *l. cum amplius §. 1. eod.* si fugit post mortem testatoris, reducitur sumptibus heredis tantum eadem ratione. Eum igitur debet ipse requirere

& reponere in locum suum quo fuit mortis tempore, suis sumptibus: & ita accipere *l. cum seruis, in princ. lib.1.* quamuis non dicat aperte seruum fugisse post mortem, omnino tamen intelligenda est de seruo qui fugit post mortem testatoris. Item Harmenopul. *tit. de leg.* qui *d. l. cum seruus* quæ vult seruum requiri sumptibus heredis, coniungit cum *l. si seruus legatus, eod.* quæ contra dicit seruum requiri sumptib. legatarij, non coniungit leges contrarias, sed cum *l. si seruus* loquatur de eo qui fugit viuo testatore, *l. cum seruus*, de eo qui testatore mortuo fugit intelligi voluit secundum distinctionem *l. 8.* & hoc si absit dolus vel culpa heredis. sed si dolo heredis seruus fugerit, & sit in fuga, vel si culpa heredis res legata non appareat, heres omnimodo tenetur in æstimationem rei legatæ, nec cautio sufficit, id est, oblata cautione de requirendo seruo non absoluetur, *d. l. cum res §. itaque si sic seruus, lib.1.* quem casum hæc lex non attingit: nam est de herede quæ culpa vacat, & à quo nihil præter cautionem amplius exigitur, litis æstimatio non exigitur: Et ait, *si quis seruum heredis, vel alienum*: Accursius recte, & multo magis si suum legauerit, d. *l. cum res*, à seruo proprio testatoris ad alienum, & ad heredis seruum exemplum peruenit, vt scilicet etiam heres de alieno seruo, aut de suo proprio qui est in fuga requirendo, reducendo, persequendo, deque eo præstando vbi apprehensus fuerit cauere debeat, vel eius æstimationem præstare. In his omnibus vtimur subdistinctione *d. l. cum res.* Et male Accursius in specie huius legis ait, seruum fugisse culpa heredis, quo casu heres non absoluetur oblata cautione, non sufficeret cautio, sed damnaretur omnino heres in æstimationem litis, *d. l. cum res.* Hæc lex ait, sufficere cautionem, nullam ego arguit esse culpam in herede: nam si est in culpa heres, nec sufficit cautio, sed inferenda est æstimatio litis. Idem Accursius male heredem qui culpa vacat cauere tantum de restituendo si seruus redierit, non de reducendo, non de perquirendo, cum tamen de vtroque heredem cauere, quamuis culpa careat, probet *d. l. seruo legato §. vlt. & d. l. cum seruus*, in qua idem Harmenop. vt id apertius demonstraret, voluit exprimere his verbis, ὁ κληρονόμος ὀφείλει ἀναγκάζεσθαι, &c. ac proinde cauet non tantum de præstando eo, sed etiam de reducendo. Idem Accursius male ad hæc verba huius l. *si post mortem*, addit, & ante aditam hereditatem non post aditam hereditatem, quia etiamsi post aditam hereditatem seruus legatus fugerit, sumptibus heredis persequendus & reducendus est, quoniam præstandus ab herede ibi est, vbi fuit mortis tempore. debet ergo ipse eum reducere suis impensis. nec obstat quod ipse legatarius eum persequi potest quasi dominio iam quæsito ab adita hereditate: Quid enim si ipse legatarius nolit persequi & malit eum sibi præstari ab herede, & in hanc rem operam abuti. Heredis proprium munus est, legata præstare, & ab hoc proposito est aliena lex. *inde Neratius §. 2. sup. ad l. Aquil.* & alienior mente Bartolus, qui eam legem huic aduersam facit, & quasi aduersæ respondetur, in *d. l. inde Neratius §. 2.* seruum fugisse post aditam hereditatem, hic ante aditam hereditatem. Primum, hic nihil interesse iam ostendi, fugerit ante aditam hereditatem, an post, & modo fugerit post mortem testatoris satis esse in hoc vt heres sumptum facere cogatur in eo reducendo & requirendo. Et præterea ea lex *inde* non est aduersa: non enim loquitur de seruo qui in fuga est, nec de seruo legato, sed de domino herede instituto sub conditione, si seruum suum manumitteret, & de eo seruo occiso post mortem testatoris ante aditam hereditatem à domino, non post aditam, vt Bart. ait, habendam esse rationem admissæ hereditatis. ea species nihil habes commune cum nostra.

Ad §. 1.

Si ita legetur: Sempronio decem, aut si noluerit hominem Stichum lego: *hoc casu duo legata sunt, sed vno contentus esse debet.*

ITa legaui illi decem, aut si noluerit hominem Stichum lego. hoc casu, inquit, duo sunt legata, obstat valde *l. 27. inf. eod. l. 8. §. vlt.* 1. si illud aut illud legatum sit, vnum est legatum hic decem aut Stichus legatus est. ergo vnum est legatum. respondeo, notanda esse hæc verba huius §. *hoc casu*, quæ significant, alias vnum legatum esse. ratio autem huius casus pendet ex his verbis, *si noluerit*. Item, *decem, lego*, quæ quidem verba efficiunt, vt Stichus peti non possit nisi repudiata pecunia; cedit ergo dies pecuniæ legatæ primum: & illa repudiata tum cedit dies legati serui. duo sunt dies, duo ergo legata, vnius legati duo dies, quibus cedat, esse non possunt. *Sed*, inquit, *vnico contentus esse debet*, propter disiunctionem. Flo. legitur, *sed vni contentus*, ego lego, *sed vnico contentus*, quasi verbum *contentus* absoluerit syllabam *co.* hanc rationem huius casus Accursius subsensit, à quo tamen Bart. discessit perperam, qui alia ratione dixit duo esse legata, quod scilicet duæ res sint enumerata pecunia, aut Stichus, quod est falsum perspicue: Nam enumeratio quidem plurium rerum coniunctiuo modo comprehensa plura facit legata, vt si dixerit illud, & illud, & illud, l. 2. hic & disiunctiuo modo comprehensa plura non facit legata, *l. cum illud, in princ. inf. quando dies leg.* Ratio quam attuli est euidens: nam si ponas testatorem non dixisse, *aut si noluerit*, sed ita legasse, *pecuniam aut Stichum do lego*, vnus dies legati erit, atque adeo vnum legatum alterutrius rei. Idemque erit si disiunctiuo modo sub contrariis conditionibus diuersis diuersas res à diuersis heredibus legauerit, quod proponitur in *d. l. 27. hic.* Finge, ita dixit: si Nerua consul factus fuerit, Titius heres meus Caio dato decem, aut si Nerua consul factus non fuerit, Sempronius heres meus Lucio dato Stichum. Legauit diuersis sub contrariis conditionibus res diuersas, & disiunctim, & à diuersis heredibus, & tamen vnum legatum est, non plura, quia semel tantum cedet dies alterutrius legati, nec sunt duæ cessiones, vt in specie §. 1. verum præter casum propositum in hoc §. 1. est etiam alius casus eiusque ratio difficilis, quo etsi legetur illud & illud, duo legata esse censentur, *l. plane §. pen. lib. 1.* vt si legetur eidem personæ fundus, aut vsusfructus. duo sunt legata: fundi nomine significatur plena proprietas semper, id est proprietas & vsusfructus. Igitur si eidem fundus aut vsusfructus legetur, duo sunt legata. cur ita? Ideo duo sunt legata, inquit, quia est in arbitrio legatarij an velit legatum fundi scindere, & vsumfructum tantum vindicare. si vnum legatum esse censeretur, in alterutra causa non posset fundi legatum scindi pro parte: sicut si fundus tantum legatus esset, legatarius non posset vsumfruct. amplecti, & proprietatem repudiare, *l. 6. hic.* sed cum fundus aut vsusfructus legatur, adiectio vsusfructus facit vt legatarius possit scindere legatum fundi, quasi duo legata sint, & hoc solo respectu dicuntur esse legata, eo quod diuisio legati admittatur, vt indicat lex 23. *hic, l. si Titio inf. de vsufr. leg.* alioquin si dixeris, non esse duo legata, si vnum esse dixeris, cogetur legatarius plenam proprietatem amplecti & vindicanti tantum vsumfructum obiicietur; scindis legatum fundi, non potes scindere vnum legatum, hoc non posse obiici dicimus, cum dicimus duo esse legata, si cui legetur grex aut quinque oues: poterit enim legatum scindi pro parte, vel si cui legetur familia, aut dispensator, scindetur legatum familiæ electo, dispensatore, quia duo legata sunt, non vnum legatum.

Ad §. 2.

Si quis legauerit ex illo dolio amphoras decem: etsi non decem, sed pauciores inueniri possint; non extinguitur legatum, sed hoc tantummodo accipit quod inuenitur.

QVidam legauit ex dolio amphoras decem. ex dolio diffunditur vinum in amphoras, ex amphoris promitur in vsum. tot amphoræ non sunt in dolio, an extinguitur legatum? quasi videatur legata res quæ non est in

rerum natura, lex ait, legatum non extingui, & deberi quæ inueniuntur, quia qui decem legare voluit, & pauciores voluit.

Ad §. Si inter.

Si inter duos dubitetur de eodem legato, cui potius dari oportet: vt puta si Titio relictum est, & duo eiusdem nominis amici testatoris veniant, & legatum petant, & heres soluere paratus est deinde ambo defendere heredem parati sint: eligere debere heredem cui soluat, vt ab eo defendatur.

CVm §. *si inter* pugnare videtur *l. 3. §. si duobus, inf. de ad. legat.* Testator legauit Titio. duo sunt Titij amici testatoris pari charitate & necessitudine coniuncti, quod hic §. dicit, vt indicat inter eos omnem æquitatem. & vix potest agnosci, de quo Titio testator senserit, & vterque petit legatum, & vterque paratus est heredem defendere aduersus alterum, & de indemnitate cauere, quid fiet? lex ait, legatum neutri deberi, legatum esse inutile propter incertum, eos inuicem sibi obstare: quod vsque adeo verum est in legatis, vt obtineat in libertatibus, vt si detur libertas Sticho, & duo Stichi sint, nec consentiant ad libertatem neuter perueniet, *l. cum ex pluribus, inf. de man. test. l. si fuerit, & l. si quis de pluribus, inf. de rebus dubiis.* Idem procedit in hereditatibus, *l. in tempus §. vlt sup. de hered. inst.* Et longe aliud respondetur in hoc §. Nam ait, legatum si legetur Titio, & duo sint Titij, nec constet de quo senserit testator, iure legatum valere, & heredem eligere debere cui soluat vt ab eo defendatur & indemnis præstetur. Sic igitur statuo. in hac specie ei Titio debetur legatum de quo probatur, vel apparet testatorem sensisse, *d. l. si fuerit, & d. l. in tempus*, sed id nondum liquet. Finge: nondum liquet quid senserit testator, nondum etiam rei explicatio explorata est; sed duo Titij inter se contendunt de legato, & disceptant de voluntate testatoris, & vtuntur argumentis & signis voluntatis: interim dum duo Titij disceptant de voluntate testatoris, heres paratus est vni soluere, eliget cui soluat, & ab eo defendetur obtinente altero. Verum interim non cogetur soluere & eligere cui soluat. hoc esse verum constabit ex simili electione, quæ datur heredi in §. *pen.* hic. species est, non tantum in hereditatibus, sed etiam in legatis fieri posse substitutionem, imo & in fideicommissis, & in mortis causa donationibus, quæ sunt instar legatorum fieri posse substitutionem, *l. vt heredibus, l. cum pater §. 1. hic, l. ei cui, inf de mortis causa donat.* Et legatariis quidem substitui potest in vtrumque casum directo, siue non agnouerint legatum, siue agnouerint sub conditione aliqua, *l. si fundum sub condit. §. Stichum, lib. 1.* heredibus tamen constat non posse substitui directo, nisi si heredes esse noluerint, excepto pupillo, cui etiam potest substitui in secundum casum verbis directis, si heres extiterit, & decesserit intra pubertatem. verbis precariis in omnem casum substituimus heredib. omnibus. Finge: legatario certæ pecuniæ datus est substitutus. inter legatarium & substitutum eius est controuersia de legato, cui potius debeatur. substitutus dicit, extitisse conditionem, primus legatarius negat: res est in obscuro, & habet disceptationem iudicis. interim dum ea de re litigant, heres neutri cogitur soluere legatum, donec lis finita sit, donec conueniat inter eos, quia inuicem se impediunt *l. quoties, sup. de vsufr.* Sed si heres paratus sit interim vni soluere legatum, & ambo parati sint cauere de indemnitate heredi, heredis erit electio vt soluat cui volet, pendente controuersia, licet agi non possit, & defenditur ab eo cui soluerit, & vt ait §. *pen.* in pari causa si neutrius manifesta est, id est, si vterque videatur habere iustam causam litigandi, primo legatario potius soluendum est, quam substituto eius: Nam si legatarius manifesto calumniari videtur, non ambigitur substituto eius soluendum esse. Accurs. & Bart. male substitutum accipiunt pro fideicommissario, cui legatarius est rogatus restituere rem legatam. hic quidem substitutus dici potest, si fuit hic fideicommissarius substitutus, non potuit electio heredi dari, quia soli legatario heres obligatur, legatarius fideicommissario, non heres. ergo vterque non potest petere ab herede. Cum igitur vterque petat ab herede in specie §. *pen.* seruus legatarius & substitutus, & cum lex aperte nominet seruum legatarium, sequitur substitutum esse secundum legatarium, & ita Iaco. R. sensit: calumniari legatarium Accurs. interpretatur, qui quod petit legatum statim sit consumpturus, nec fideicommissario seruaturus, quod quidem labe prioris sententiæ subruitur satis: nec enim substitutus hic fuit fideicommissarius. Calumnia ergo substituti nihil aliud est quam iniqua petitio legati & malitiosa vexatio. Lex ait, *certam pecuniam legatam si & legatarius & substituti*, malim, *substitutus*, quia postea dicit *ambo.* dum ait, *si certam pecuniam* respicit ad formulam actionis, si certum petetur, quæ datur etiam legati causa, *l. certi. sup de rebus cred.* formula est, certam pecuniam legatam peto, vt in mutuo vel stipulatione certam pecuniam creditam peto. *Tull pro R. Comœdo: petita est pecunia certa crediti*, & paulo post, *certa pecunia credita, quæ nunc petitur per iudicem.* Quintilianus *cap. 2. lib. 4. certam pecuniam peto ex stipulatione, l. creditorem, infra, hic.* Ex his intelligitur similem electionem dari vtroque §. Neque adeo difficile esse dissoluere pugnam illam.

Ad §. vlt. & l. IX.

§. vlt Si cui certam partem hereditatis legauero: Diuus Hadrianus rescripsit, vt neque pretia manumissorum, neque funeris impensa deduceretur.

L. 9. Cum autem pars bonorum ita legatur, bonorum meorum, quæ sunt, cum moriar: *dos & manumissorum pretia è medio deducenda sunt.*

IVnge l. 9. quæ coniunctio inter hereditatem, & bona differentiam constituet, & erit vniuersa quæstio de legato partitionis. sed verba videamus: *dos & manumissorum pretia, &c.* Sic legendum est fideicommissum aliud est rerum singularum, aliud vniuersarum, ita legari non modo res singulæ possunt, sed etiam vniuersitatum summa, veluti pars hereditatis, aut bonorum hoc modo: Mæuius heres meus hereditatem meam cum Titio partitor, diuidito, quo casu dimidia pars hereditatis legata videtur, & debetur legatario dimidia, si testator non cauerit, vt heres aliquid deduceret. Eaque species legati appellatur partitio in iure ciuili, vt & Tullius scribit 2. *de legibus.* Cum scilicet tantumdem legatarius capit, quantum heres nulla deductione in testamento scripta: potest tamen & alia pars legari, velut tertia, aut quarta, aut maxima pars, & erit etiã partitio, *l. 25. lib. 1. l. 164. §. partitionis. de verb. signif.* Tull. pro Cæcinna: *Marcus adolescens mortuus est. Heredem Cæsennium fecit, matri bonorum partem maiorem legauit*, & deinde legatum illud partis bonorum vocat partitionem, *cum esset auctio hereditaria constituta versabatur in partitione.* in *d. l. 164.* antequam prodiissent Pandectæ Flo. vulgo male *portionis*, pro *partitionis*: atque ita liquido non constabat eum §. pertinere ad legata; sed pertinet omnino ad hoc partitionis legatum: quoniam & tota lex hæc ad legatum pertinet. initium ad legatum relictum filiabus, quo plerũque contineri ait etiam postumas, *l. qui filiabus, lib. 1.* quæ habet eandem inscriptionem. Quod sequitur in *ead. l. §. partionis*, pertinet ad partitionis legatum. §. vlt. in quo dicitur, *habere sicut peruenire cum effectu accipiendum*, pertinet ad stipulationes partis, & pro parte, quæ inter legatarium & heredem partiarium interponebantur, vice mutua de lucro & damno communicando. stipulatio partis est quam legatarius partiarius de herede stipulatur hoc modo, *quam pecuniam ex hereditate illam habueris eius mihi partem dari.* Stipulatio pro parte quam heres de legatario stipulatur, hoc modo: *pro qua parte hereditatis legatum ceperis, pro ea æs alienũ, & si quid aris alieni loco est*, solui. in stipulatione

autem partis *habere* cum effectu accipitur: neque enim videtur heres habuisse quod soluit creditoribus hereditariis, vel quod eius hereditatis nomine præstaturus est: quoniam id habet prima facie, non cum effectu. Et ita in stipulationibus emptæ & venditæ hereditatis verbum *peruenire* cum effectu accipitur, *l. 2. §. illud. de hered. vend.* quæ lex tota pertinet ad stipulationem venditæ & emptæ hereditatis, in quo §. ait, verbum *peruenire* accipi cum effectu, non si quid peruenerit prima facie, vel prima ratione, quod est Hermogeni κατὰ τὸν πρωτολόγον, qua loquendi formula vtitur in *l. vtrum, de petit. hered.* Harum autem stipulationum omnium puta partis, & pro parte, & emptæ ac venditæ hereditatis exemplo & imitatione in restituendis fideicommissariis hereditatibus stipulationes interponuntur. Nam vbi retenta quarta ex SC. Pegasiano restituitur hereditas fideicommissaria, inter heredem & fideicommissarium interponuntur stipulationes ad exemplum stipulationum partis & pro parte. Vbi autem non retenta quarta ex SC. Pegasiano restituitur hereditas, inter heredem & fideicommissarium interponuntur stipulationes emptæ & venditæ hereditatis, *§. post quod SC. Inst. de fideic. her.* & sicut in stipulationibus emptæ & venditæ hereditatis verbum *peruenire*, sic in stipulationibus partis & pro parte, *habere* cum effectu accipitur: & hoc est quod ait in *d. §. vlt. sicut peruenire, &c.* Habere in stipulationibus partis & pro parte, sicut *peruenire* in stipulationibus emptæ & venditæ hereditatis: idem de verbo peruenire subiicitur in *l. 65. de verb. sig. venisse ad heredem nihil intelligi, &c.* quod etiam retulerim ad stipulationes partis & pro parte, vt si ita legatarius partiarius stipuletur: *quæ pecunia ad te de L. Titij hereditate venerit, eius partẽ dari:* nam eo lib. vnde sumpta est *d. l. 65.* Pomponium tractasse de partitione indicat *l. 26. §. vlt. lib. 1. sup.* Sunt qui existimant, ad legatum partitionis etiam pertinere *l. 19. §. 1. inf. ad Treb.* Quod ibi proponatur heredem fuisse rogatum hereditatem cum Titio partiri: sed equidem nõ ideo arbitror esse partitionem, aut simile partitioni fideicommissum, quia ibi loquitur de hereditate fideicommissaria, vel hereditatis parte restituẽda ex Trebelliano, & fideicommissarium Trebellianũ partiarium esse, aut loco partiarij legatarij non concessero: nam si hoc concessero, facile dixero, eum fideicõmissarium exemplo legatarij partiarij oneribus non adstringi hereditariis pro parte & pro rata, nisi remedio cautionum partis & pro parte, quod falsum est: nam hic fideicommissarius ipso iure ex Treb. alligatur oneribus hereditariis, vt in eo §. dicitur quæ sunt necessariæ stipulationes partis & pro parte. Est igitur potius heredis vice, cum ipso iure obligetur, quam legatarij partiarij, qui non obligatur nisi interuentu stipulationum. cessante SC. Trebell. & ex SC. Pegasiano restituta maiori hereditatis parte, fateor eum fideicommissarium cum quo heres iussus est partiri dodrantem, siue maiorem partem hereditatis, loco legatarij partiarij haberi. Sic statuo: Trebell. fideicommissarium heredem imitari, non legatarium partiarium: atque ita omnes leges quæ dicunt fideicommissarium esse heredis loco loquuntur de Trebell. *l. si necem §. vlt. de bonis libert. l. 5. §. vlt. Quod cum eo.* Fideicommissarium autem Pegasianum dico imitari legatarium partiarium, non heredem. Hodie tamen quia ius nouum supprimi non oportet, si respicias ad constitutionem Iustiniani, hic definies, eum cui pars hereditatis, aut legati vel fideicommissi relinquitur, ipso iure subiici oneribus hereditariis, & vice heredis haberi, nec necessarias esse stipulationes partis & pro parte: & hoc ita procedit si vniuersarum rerum pars legetur hereditatis verbo, hoc modo: *hereditatis partem do lego, hereditatem meam partitor cum illo.* Nam ita legatarius vel remedio cautionum, vel hodie ipso iure agnoscet onera hereditaria, pro portione scilicet data velut æs alienum, & impensam funeris, seruorum manumissorum pretia. hæc onera eo modo necessario non deducuntur ante partitionem, sed nulla facta deductione partiuntur inter se heres & legatarius partiarius tam onera quam lucra. Proinde partiarius

A legatarius de sua parte debita soluit, & sumptum funeris facit, & redimit seruos alienos, quibus relicta est fideicommissaria libertas. non obligatur quidem iure veteri ipso iure pro sua parte, sed per stipulationes partis & pro parte. Nam hoc nomine interponebantur mutuæ stipulationes partis & pro parte, vt partiarius incommoda sentiret pro parte, quia & heres cauet se daturum partem pecuniæ eius quam habuerit, vel quæ venerit in hereditate: quæ verba cum effectu accipiuntur. Quicquid æris alieni fuerit, vel cuius alterius oneris hereditarij, quod solutum aut deductum non erit, id vicissim legatarius partiarius pro sua parte soluturum & suscepturum se cauere debet: atque ita interponuntur mutuæ stipulationes & restipulationes, arg. *l. qui concubinam §. 2. inf. lib. 3.* dixi legata parte
B hereditatis necessario non deduci debita: excipienda sunt ea quæ defunctus heredi debuit à quo legauit partem hereditatis, quoniam ea non possunt seruari nisi per deductionem & retentionem eorum: & illa est ratio, quoniam obligatio sublata est confusione siue aditione hereditatis, & non continetur stipulationibus partis & pro parte: perierunt ergo heredi nisi ea deduxerit ante partitionem, & hæc est ratio *l. ab omnibus §. 1. sup. lib. 1.* Quid fiet si sub bonorum appellatione testator omnium rerum suarum partes legauerit hoc modo, *bonorum meorum quæ erunt partem lego?* hoc casu deducuntur onera priusquam fiat partitio, priusquam præstetur legatum, sicut fieri solet in legatis rerum singularum: Nam legata rerum singularum non præstantur nisi deductis oneribus. eodem modo legatum partis bonorum nisi deductis oneribus non
C præstabitur, deducentur primum onera: deinde si lex Falcidia locum habeat, deducetur Falcidia. legatarius sustinet onus Falcidiæ, cætera onera non sustinet, nec fiunt stipulationes partis & pro parte. Interest ergo bonorum an hereditatis partem testator legauerit. hereditatis nomen complectitur commoda & incommoda: bonorum autem sola commoda. Et de hereditatis legato est locus in *l. cum filius § 1. inf. eod.* Quidam qui heres extiterat Mæuio, & præterea alia quædam propria sibi bona habebat, heredem scripsit extraneum, & ei legauit hereditatem Mæuianam. lex ait, eum legatarium suscepturum onera hereditatis Mæuianæ, quæ in diem mortis testatoris perseuerauerunt, non etiam persoluta, sicut & omnia commoda. Ex quo intelligitur hereditatis nomen etiam damna complecti: Bonorum nomen lucra tantum complectitur plerunque. Quin-
D til. in debitores adulteros 273. declamat. *bona, inquit, mea, i. quod liberum in patrimonio meo, & quod proprie meum ad te transire debet.* Non inficior in iure prætorio bonorum appellationem complecti etiam damna, vt in tractatu de bon. poss. idem complecti quod hereditatis nomen, quod vt intelligerent veteres, malebant dicere hereditatis poss. quam bonorum, vel bon. & hereditatis poss. *l. 3. §. hereditatis, inf. de bon. poss.* Illud notandum in hac *l. 8. §. vlt.* onera quædam hereditaria quæ æris alieni loco sunt, enumerari exempli tantum causa, quia sunt & multa onera. solum onus est æs alienum de quo nihil dicitur, quoniam de eo nihil dubitabatur. Cætera onera hereditatis sunt æris alieni loco, vt impensa funeris. adiungi potest impensa auctionis hereditariæ, *l. quantitas, inf. ad l. Falc. l. 19. in fi. inf. ad*
E *Treb.* & impensa publicati testamenti & conscribendi inuentarij, *l. vlt. §. in computatione, C. de iure delib.* his etiam lex noua proxime adiungit dotem, nec curauit repetere impensam funeris, quod hæc recenseantur tantum exempli causa. & de dote loquitur non quæ iam est in ære alieno, sed quæ est æris alieni loco. sumi debet species ex *l. si dos socero, inf. ad l. Fal.* quæ ostendit filiumf. heredem institutum à patre, cui nurus dotem dederat non marito, licet dies reddendæ dotis nondum venerit, nondumque debeatur, filium tamen vxoris suæ dotem in ponenda ratione legis Fal. deducere æris alieni loco, ne vxorem indotatam habeat. Hic tractari potest, an bonorum parte legata, partes rerum debeantur, an æstimatio, & vtrum ex singulis rebus, an ex certis rebus sumatur pars, quod dilucide explicatur

l. 26. §. vlt. & 27. lib. 1. & breuiter ostenditur, electionem esse heredis, vt partiario præstet vel rerum partem, vel æstimationem partis legatæ, vel ex singulis rebus, vel ex vna, vel ex paucioribus, & rem communem dirimi auctoritate iudicis, accersito herede & legatario, atque ita aliqua ratione legatario partiario satisfieri, & Paulum hæc tractasse coniunctim arg. est *l. 27.* quæ eandem inscriptionem habet quam *l. 8.* certum est legatarium partiarium non habiturum partem ex eis rebus quas ex hereditate amouerit vel subtraxerit, *l. non dubium est C. de legat.* quæ lex est intelligenda de partiario legatario. vulgo de singulari legatario accipitur, & ob id vexat se Accur. in ea concilianda cum *l. 1. quod legat.* frustra, cum nulla sit ratio sedandæ pugnæ. lex non est dubium, non est accipienda de singulari legatario, sed de partiario, idque Harmenop. scribit *tit. de legat.* & partiarium negat partem habiturum in his rebus quas subtraxit, quod comparatum est exemplo heredis, qui etiam non habet portionem l. Fal. in eis reb. quas ex hereditate amouit, *l. rescriptum, inf. de his quib. vt ind.* Et vt heredis pars quam habuisset in eis rebus si eas non amouisset, ereptitia fit, id est quasi indigno aufertur à fisco: Ita dicendum est partem quam legatarius partiarius habuisset in rebus subtractis, ereptitiam fieri exemplo heredis. differentiam hereditatis & bonorum Azo & Bartolus retulerunt.

Ad L. Cum fundus x.

Cum fundus nominatim legatus sit, si quid ei post testamentum factum adiectum est, id quoque legato cedit, etiamsi illa verba adiecta non sint, qui meus erit, ***si modo testator eam partem non separatim possedit, sed vniuersitati prioris fundi adiunxit.***

Est hæc lex de augmento legati, & ait, augeri legatum fundi, si fundo Titiano legato testator post testamentum partem aliquam adiecerit quam fundo Titiano destinarit, etiamsi, inquit, illa verba adscripta non sint legato, *qui meus erit*, quæ postrema verba scrupulum non paruum euellent quem inicit Bart. apposita *l. si ita, inf. de auro & arg. leg.* quæ lex negat, augeri legatum si legauero vestem meam, id est, vestes omnes meas, vel argentum meum, vel seruos meos, familiam meam: id enim duntaxat deberi legatario quod fuit in veste, vel in argento testamenti tempore, non etiam quod postea adiectum est: quia hæc demonstratio *meum*, vt ait *l. si ita*, præsens non futurum tempus significat. Hoc igitur hæc lex ait, adiectione augeri legatum facti post testamentum. lex *si ita* negat augeri adiectione. Et mihi quidem res omnis explananda est hoc modo. aut legato testator hæc verba adscripsit, *qui meus erit*, aut adscripsit hæc verba, *qui meus est*, vel hanc demonstrationem, *meum, aut meam*, aut neque hæc, neque illa verba adiecit testator, sed simpliciter ita fundum nominatim legauit, *fundum Titianum dato*, nullo alio adiecto: Primo casu hæc verba, *qui meus erit*, quoniam futuri temporis significationem habent, augmentum & deminutionem recipiunt, vt scilicet adiectione augeatur legatum, detractione minuatur quæ fiat post testamentum *l. 6 lib. 1. l. scribit §. vlt. de auro arg.* sicut nos enumerauimus. secundo casu hæc verba, *qui meus est*, vel hæc demonstratio, *meum*, quod præsens tempus significat, augmentum & deminutionem non recipiunt, & id tantum debetur legatario quod fuit testamenti tempore, non quod accessisset postea, *d. l. si ita, d. l. scribit §. item scribit.* Tertio casu, id est, si testator simpliciter fundum Titianum legauerit sine vlla adiectione, dicemus ampliatione fundi augeri legatum, perinde atque si hæc verba apposuisset, *qui meus erit*, & eam partem quæ adiecta est fundo legato, in legati causam venire, si modo vt ait l. 10. testator *eam partem vniuersitati prioris fundi*, id est, σωμάτι, *adiunxit*, si eam partem fundo Titiano destinauit, si eam possedit sub nomine fundi Titiani, *l. 24. §. vlt lib. 1.* non si separatim eam possedit

A ita vt alius fundus esset. & vt possederit ex rationib. eius constabit, *l. prædiis §. Titio, lib. 3.* Eodem vero modo si testator fundo nominatim & simpliciter legato postea detraxerit partem, vel si postea eius fund: partem vltro alienauerit, deminuitur legatum quasi ademptione facta, & detractione partis alius fundus constitutus videtur, i. vnus fundus in duos diuisus censetur. Idem erit si natura aliquid fundo accesserit vel decesserit, puta alluuione, *l. 16. inf. lib. 3.* Igitur siue fundum simpliciter testator legauerit, siue his verbis appositis, *qui meus erit*, legatum decessionem & augmentum recipit. & hæc est sententia *l. 10.* Aliud dicendum, si testator hæc verba apposuerit, *qui meus est*, vel, *meum fundum dato*, quæ verba nec augmentum nec deminutionem recipiunt, & ita est componenda *l. si ita* cum hac
B *l. 10.* quod scilicet hic fundus legetur simpliciter sine vlla adiectione, ibi autem legetur cum hac adiectione *meum*. Bartoli conciliatio non placet, hic legari certum corpus veluti fundum, ibi legari corpus incertum siue rem vniuersam veluti vestem, id est, omnem vestem, argentum. i. vniuersa vasa argentea, aurum, vel familia, aut serui. displicet hæc distinctio: Nam cum in veste & argento & simil. lib. legatis adiecta hac demonstratione *meum*, hæc sit ratio, quod verbum *meum* demonstrationem præsentis temporis contineat, non futuri, non futuræ adiectionis, *d. l. si ita, & d. l. scribit §. item scribit*, eademque ratio interueniat, si fundum meum legauero: nam & hic demonstratio *meum*, futurum tempus non comprehendit, sed præsens tantum sequitur, vt in fundo legato idem debeat existimari, & vt alia in re Pomponius non probauit differentiam inter cer-
C tum & incertum corpus, quam quidam ita constituebant, vt fundo meo legato videretur legatus, non omnis tantum qui reuera meus esset, sed etiam alienus, quem meum existimassem: Veste autem mea legata, hæ demum vestes quæ meæ essent, legatæ viderentur: vt dixit Pomponius, eam differentiam defendi non posse, *l. nuper lib. 3.* Ita hac in re dicemus, à Bart. differentiam inter fundum & vestem inductam defendi non posse, & non ex discrimine corporum sumi eam oportere, sed ex forma loquendi. Aliud enim est, fundum simpliciter legare, vel qui meus erit: longe aliud legari fundum adiecta demonstratione, vel præsentis temporis consignificatione qui meus est.

Ad L. Statuliberum xi.

D ***Statuliberum ab herede ne nunc quidem cum dubia sit eius ex testamento libertas, legatum sine libertate accipere posse Labeo ait: quia seruus eius esset. Sed si heres eandem conditionem legato inserat, quæ libertati à testatore data præposita fuerit: valet legatum: nam etsi cum moreretur heres, seruus liber esse iussus esset: recte sine libertate ei ab herede legari posse constitit: quia supernacuum sit, ei libertatem dare, quam ex testamento heredis capturus non sit, sed ex testatoris habet. §. 1. Stichum aut Pamphilum, vtrum heres meus volet Titio dato, dum vtrum velit dare eo die quo testamentum meum recitatum erit dicat. Si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit: perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset,*** E ***vtrum legatarius elegerit. Si dixerit, se Stichum dare velle, Sticho mortuo, liberari eum si ante diem legati cedentem, alter mortuus fuerit, alter qui supererit, in obligatione manebit. cum autem semel dixerit heres vtrum dare velit mutare sententiam non poterit. & ita & Iuliano placuit.***

Dvæ sunt quæstiones: prior est de legato relicto seruo proprio sine libertate, quod constat esse inutile, *l. seruus. C. de leg. l. plane §. si coniunctim. lib. 1.* si dixeris vtile, eundem communem feceris petitorem & debitorem legati, id est, heres legatum sibi ipsi debebit, quoniam dominus fit serui aditione, & à seruo iure dominij legatum in persona serui proprij sine libertate non valet, hodie tamen beneficio Iust. illud legatum valet quod relinquitur

seruo proprio sine libertate. At quomodo vitatur illa absurditas, vt idem sit actor & reus? conniuentibus scilicet oculis beneficio Iust. seruus legatum capit, *l. 4. inf. de manumiss.* & id legatum per seruum non indebitum acquiri nouo domino, id est heredi. neque nouum est, hæc ita introduci, cum & olim conniuentibus oculis legatum alimentorum relictum seruo sine libertate valeret. non erant igitur omnino serui exsortes testamentorum, *l. seruos, de alim. leg.* Symmachus 1. epist. *seruis testamentorum iusta commoda non negantur.* commoda, alimenta dicimus. Sed hodie ex const. Iust. fit generaliter, qui voluit, vt ne heres idemque dominus serui minueret legatum relictum seruo à priori domino, & vt cogi possit extra ordinem, *l. pen. § illud, C. de necess. seruis.* Cæterum regula iuris antiqui hæc est, seruo proprio inutiliter legari sine libertate, ad quam regulam si referas quæstiones multas, non erit difficile tenere ius. vna quæstio est an statulibero possit legari sine libertate. statuliber ex hac l. est is cuius dubia est ex testamento libertas, dubia, id est, suspensa die vel conditione. vel sic, statuliber est seruus cui implicitus casus libertatis, *l. vlt. sup. si ex noxal. ca. ag.* mitto vulgares definitiones. an igitur statulibero heres recte legat sine libertate? non, quia interim dum est in dubio libertas, seruus est proprius heredis, *l. 12. inf. sup. famil. ercisc.* idque proponitur hac l. Altera quæstio est an statu-libero heres sine libertate possit legare sub ea conditione, sub qua prior dominus ei libertatem dedit? pure non potest legare, sub alia conditione non potest: sed an sub ea sub qua libertas data est priori testamento? posse respondetur, quoniam legatum confertur in tempus libertatis, eademque ratione statulibero cui libertas ita relicta est, *cum morietur heres, liber esto*: heres recte legauit sine libertate, quia quo tempore ei deferetur legatum testamento heredis, deferetur & libertas testamento prioris domini. Et hæc est sententia huius legis in princip. notanda verba quæ continent definitionem statuliberi: *libertate à testatore data præposita fuerit*, id est data, & præposita. Recte ait *conditio data præposita* ἀσυνδέτως, nam conditio dari dicitur, id est, *apponi*, & eleganter *præponi*, vt *l. cum fundus, & l. si fundum, de cond. & demonst.* & *proponi*, *l. pen. eod.* & προγραφομένη, *l. 6. de excus. tut.* conditio enim efficax solet præponi, non post poni, hoc modo: *si nauis ex Asia venerit, dato*, inefficax postponitur. *dato*, inquit, *si nauis ex Asia venerit*, *l. obligationum § conditio, de oblig. & act.* est inefficax, quia extinguit legatum, si deficiat, ipso iure, nec necessaria est exceptio. efficax præponitur sæpe, id est, in dando legato apponitur, non post datum legatum, ἐν ἀρχῇ, non ὕστερον. altera quæstio est, de electione, si legetur illud aut illud cuius sit electio: qua in re necessario separari debet legatum per vindicationem & per damnationem: nam si per vindicationem legetur hoc modo, *illud aut illud*, legatarii est electio, *l. 23 hic, l. plane §. pen. lib. 1.* si per damnationem legetur. *illud aut illud dato, illud aut illud damnas esto dare*, electio est heredis, *l. si ita relictum §. vltim. hic*, quæ aperte loquitur de damnatione, vt superiores de vindicatione, & hæc quæ loquitur de damnatione ait, quod si legentur quindecim aut decem, sola decem debentur, quoniam in arbitrio est heredis quid velit dare: Porro daturus est minorem summam: vel si eodem genere legetur post biennium vel post annum, in longiorem diem legatum videtur, quia longiorem diem electurus est heres, in cuius electione legatum fecit, posuitque testator verbis damnationis: & ita hanc differentiam constituit *lex. 19. hic*, cuius sententia est, comparari heredem legatario recte hac in re, quod si illud aut illud legatum sit per vindicationem, & legatarius elegerit Stichum per errorem cum putaret solum Stichum sibi legatum: quod si non putasset, forsitan elegisset Pamphilum, legatarium tamen mutare factum suum non posse erroris specie, eodemque modo ait, *si post damnationem legetur Stichus aut Pamphilus*, quo casu electio est heredis, & heres captus eodem errore dederit Stichum cum nesciret sibi permissum vel Pamphilum dare, quia electio illi competit iure: eum inquam, heredem mutare sententiam non posse, & ideo Stichum solutum condicere non posse, & in hac quæstione conditionis, an heres Stichum quem per errorem soluit, cum posset Pamphilum eligere, possit solutum condicere, dissentit Celsus à Iuliano, qui condictionem dabat heredi, *l. cum is §. vlt. de cond. ind.* quæ cum *d. l. 19.* in concordiam adduci sine calumnia non potest. Et vero ipse Iust. in *l. pen. C de cond. ind.* testatur, in consimili specie dissentire Celsum à Iuliano. Si heres qui damnatus est dare Stichum aut Pamphilum, vtrumque dederit per errorem, cum alterum tantum dare teneretur, condictionem ei dabat Iul. aut electionem repetendi quem vellet. negabat Celsus, & Iul. sententia vbique probatur. Verum ad rem. si per damnationem legetur illud, aut illud, heredis est electio quem velit dare. addenda est vulgaris exceptio, nisi aliud testator dixerit, vt si ita Stichum aut Pamphilum, vtrum Titius volet Titio dato, idque est certissimum. totum facit in testamentis voluntas defuncti: potest igitur testator electioni heredis inijcere conditionem ita, Stichum aut Pamphilum dato si modo eo die quo testamentum meum recitabitur dixeris quem velis dare, vt proponitur in hac *l. §. vlt.* Quare si eo die non eligat heres, transferetur electio in legatarium ex sententia defuncti, quasi adempta electione heredi. sed si eo die heres eligat Stichum, Stichus erit periculo legatarij, id est, mortuo Sticho liberabitur heres, nec cogetur Pamphilum dare qui superest: sed si Stichus moriatur ante recitatum testamentum, & antequam eligat heres, perit heredi, & ideo Pamphilus qui superest, debetur; sed hic rursus est periculo legatarij, id est si pereat, peribit legatario. heres autem eligit non vtique dando, sed etiam constituendo & dicendo quem velit dare, quod semel duntaxat contestari potest: nec enim mutare voluntatem potest, quod hic Iul. placuisse scribitur. locus est Iul. in *l. huiusmodi §. Stichum, lib. 1.* non oportet amplius quam semel optare. qui potest eligere, potest semel. Seneca controuers. 14. & hoc in debitore, id est, in herede vel promissore, cui nominatim data est electio præstandi illud, aut illud, est indistincte verum, & non licere amplius quam semel optare, quia in ea re quam optauerit semel, statim ius acquiritur creditori, quod & inuito deinde exigi non potest, *l. eum qui §. vlt. inf. de verb. oblig.* in creditore, id est in legatario vel stipulatore distinguendum videtur. Ita igitur distingue reseruari sibi electionem his verbis, *Stichum aut Pamphilum quem volueris promittis?* quo casu stipulator prima electione consumit ius omne crediti, nec potest variare. an vero reseruarit sibi optionem his verbis, *quem volam*, quæ verba quia tractum habent & extensiua in futurum tempus, stipulator variare potest, & subinde mutare sententiam vsque ad litem contestatam, *l. 112. inf. de verb. oblig.* vnde non est dubium quin ita distinguendum in legatario, sed constituta differentia inter legatum damnationis, & vindicationis hoc modo, vt si dixerit, *Stichum aut Pamphilum vtrum Titius volet, Titio dato*, quod est legatum dānationis, quia verbum volet est extēsiuum, *l. filij, inf. ad Tert.* poterit legatarius variare ante traditionem, quia & ante traditionem non acquiritur legatario is quem optauit: & ideo res est in integro, vt possit alium optare, & à priori recedere. sed si ita legetur, *Stichum aut Pamphilum vtrum Titius volet, Titio do lego*, quod est vindicationis legatum, non poterit amplius quam semel optare, licet vsus sit verbo extensiuo *volet*, quia scilicet prima electione dominium serui acquirit statim, quod non potest amittere nuda voluntate. dominium non amittitur nuda voluntate, *l. apud de opt. leg.* Verum si dixerit, *quem voluerit legatarius*, illud est verum indistincte, non posse eum amplius optare quam semel. sequor opinionem quam Accurs. vltimo loco attulit, cætera improbant verba testatoris, si non eo scilicet die, antequam eligeret. *Iuliano placuit. d. l. huiusmodi §. Stichum.*

Ad L.

paruam, nisi confestim dispenset alimenta. Onus itaque huius dispensatoris grauissimum est, & ob id non cauet heredi, deficientium legatariorum se partes heredi reddituros, *l. pecunia, inf. de al. leg. l. huius, inf. si cui plus quam per leg. Falc.* Et si non caueat de reddendis partibus deficientium, non tenebitur etiam vtili actione, vt eas partes reddat, *d. l. pecunia.* cum tamen plerisque in causis, in quibus scilicet cauendum est, omissa cautione vtilis actio dabitur, & ideo dispensator lucrabitur partes deficientium, nec heredi restituet. Quare non mirum si ei detur petitio alimentorum, cum hoc commodum expectet, etiam remota causa pietatis. At dispensator aliorum legatorum est momentarius, vt ait *l. pecunia*: nam statim implet & exequitur voluntatem defuncti, & statim soluit legata & leue est onus. Et ideo hic cauet heredi deficientium partes reddi, nihilque ex hoc officio lucratur, nisi nominatim aliquid ei relictum sit, vel si omissa sit cautio, proculdubio tenebitur vtili actione, quæ est explicatio *d. l. pecunia.*

Ad §. si heres.

Si heres damnatus esset vni ex liberis dare, & non constituerit, cui daret: heres omnibus eadem decem præstare cogendus est.

IN posteriori parte huius l. hæc ostenditur. Si vni ex libertis fideicommissum relinquatur, vel legatum per damnationem, quo genere electio est heredis, vel si quo alio genere legetur vni ex libertis cui heres voluerit, non eligente herede cui velit dare, omnibus libertis legatū debetur. si elegerit heres, is quem elegerit præferetur, & excludet cæteros. si neminem elegerit, omnes liberti vocabuntur ex sententia defuncti, non aliter quam si dixisset testator vni ex libertis quem heres elegerit, vel si non elegerit omnibus ex constitutione Antonini *l. Labeo inf. de statulib.* Sed plenius hac de re disputandum est ex *l. 24. & 25. hic.* Legaui aut per fideicommissum reliqui vni ex libertis, cui heres vellet, aut vtri vellet, cum duo tamen essent liberti. vel finge; legaui vni ex libertis, cui heres vellet, vni ex mercenariis, vni ex clientibus: varie enim hæc species formari potest. legis verbis, *cui heres volet*, liberum arbitrium & plena potestas heredi datur eligendi quem volet, & ideo indignum & immeritum eligere & præferre potest cæteris, id est, eum qui se vel testatorem offenderit: videtur enim testator hoc legato omnem offensam remisisse. & legatum valet, quoniam non est penitus in heredis libero arbitrio an debeat, an det, quod fieret inutiliter, sed cui det tantum penitus est in libero arbitrio heredis. Denique imponitur ei necessitas dandi, sed libera potestas datur dandi cui velit, *l. vtrum §. cum quidam, de reb dub.* quod fit vtiliter: quod si ita dixerit testator, *vni ex libertis quem heres dignum putauerit* hæc verba pro arbitrio boni viri accipiuntur, *l. 11. §. sic fideicommissum, lib. 3.* & indignum præferre non potest, quia bene meriti duntaxat his verbis inuitantur qui patronum coluerunt, qui obsequentiores fuerunt, & hi quidem omnes æqualiter inuitantur, etiamsi æqualia non sint omnium officia, *l. cum pater §. rogo, hic,* sicut male meriti repelluntur omnes, licet omnes in pari offensa apud defunctum non fuerunt, quia illud ipsum offendere aut promereri semper idem atque vnum est. Sed de libero arbitrio disputemus, quo quidem heredi dato digni & indigni inuitantur his verbis, *vni ex libertis cui heres volet.* huic legato vtrum conditio aut mora inest aliqua, an purum est legatum hoc explicandum est. Et verius est, duplex esse legatum, id est, conditionale & purum. ne quis hoc dicto conturbetur, est & quandoque institutio duplex, conditionalis & pura, *l. 2. sup. de heredib inst.* quæ duplicem sensum habet conditionalem & purum. vt si ita dicam, *illi heredes sunto ex partibus quas adscripsero*, quodammodo duplex est institutio, & perinde est atque si ita dilatasset orationem, *illi heredes sunto ex partibus quas adscripsero,*

A *vel si non adscripsero, nihilominus heredes sunto*, vna conditionalis pars, altera pura: & si heredibus non adscripserit partes, nihilominus ex posteriori parte orationis heredes diuident hereditatem ex æquis partibus. sic & hoc genus legati, *vni ex libertis vt heres volet*, duplex esse interpretabimur; nam si heres eligere voluit, iustum est quoddam tempus quo eligere debeat: nam non cogitur statim eligere; sed modicum tempus datur deliberandi & consultandi causa, quod tempus si nondum præterierit, nondum libertis competit petitio legati, & suspendi videtur ex voluntate heredis, qui interim deliberat, & quærit de singulorum officiis; sed si iustum tempus præterierit quo eligere debuit, nec elegit, omnibus libertis petitio competit quasi puri præsentisque legati: & retro purum fuisse B intelligitur semper, atque adeo petitio in heredes libertorum transmittitur quasi puri legati, decedentium post tempus deliberationis, nec iam heredi amplius eligendi ius est: quæsita est enim actio libertis omnibus, superstitibus scilicet, post tempus deliberationis, vel superstiti liberto qui vixit post tempus iustum deliberationis, vel heredi eius si post acquisitam petitionem, antequam peteret decesserit: cæterorum libertorum qui decesserunt ante tempus deliberationis pendente legato heredibus petitio non competit, quia eo casu eove tempore conditionale fuisse legatum intelligitur, quod non transmitti constat, & ita Marcellus *lib. 15. Dig. l. 24. & 25. hic.* Hoc ergo genere legati, *vni ex libertis cui heres volet*, heredi datur quidem plena & libera potestas, sed non perpetua C dandi cui velit: & aliud est dicere, *cum volueris*, quæ verba habent tractum temporis vsque ad supremum vitæ exitum: aliud dicere, *cui volueris*, quæ verba non habent nisi iustum & modicum temporis tractum, quo constituere debet cui malit dare, licet more scholastico contra disserat Quintil. 118. *declamat.* tota hac de re, contra tamen iuris decreta. aliter enim in schola rhetorum agitabantur quæstiones iuris, aliter in foro, Marcellum Ceruidius Scæuola reprehendit, vt Vlp. refert in *d. l. 24.* quia putabat Scæuola hoc Marcellum velle, heredem statim eligere debere sine laxamento, sine interuallo vllo, & omnino purum esse legatum, & statim libertis petitionem competere: quo posito & concesso, dicebat Scæuola consequens esse, omnium qui decessissent heredibus petitionem competere, nedum superstiti vel heredi eius qui vltimus D decessisset, cui tamen soli petitionem Marcellus dabat. Verum ita sequitur, vt si heres debuit statim eligere sine aliquo interuallo, necesse sit confiteri, cessante herede omnibus libertis statim actionem competere, quod si omnibus libertis, & omnibus quoque eorum heredibus. si ita sensit Marcellus, vt ponit Scæuola, merito reprehensus est. Sed verisimile non est esse ita durum Marcellum, vt heredi non dederit modicum temporis ad consultandum, quo nondum finito tempore, liberti qui decesserunt, nihil transmiserunt. Post illud autem tempus quandocunque decesserint, actionem quasi puri legati in heredes transmiserunt, id est, qui superstites fuerunt post finitum illud tempus, hi soli vocantur. Atque ita Vlpian. satis obscure in *fi. d. l. 24.* Marcellum à reprehensione E Scæuolæ vindicauit. Dixi herede non offerente vni ex libertis, omnibus libertis petitionem dari. Quid si quidam absentes sint & soli præsentes petant legata quasi iam non possit heres eligere, quod tantum temporis præterierit, quo debuit eligere, an habebitur ratio absentium, in iudicio præsentibus solis petentibus: & ait *d l. 25.* absentium rationem haberi oportere, id est, iudicem causa cognita exploraturum an etiam absentes sint petituri legatum; atque ita habiturum rationem non tantum petentium, sed etiam non petentium, & omnium quibus legati ius competit. Itaque non præstabit pecuniam præsentibus, quæ competit absentibus; quod notandum est. vt si pluribus competat actio, & non omnes agant, habere iudicem rationem oportet agentium & absentium, priusquam rem totam adiudicet præsen-

tibus *d.l.25.* Dixi etiam his verbis, *cui heres volet*, heredi non dari perpetuam potestatem eligendi, plenam dari. At in *l. vnum ex familia §. rogo, & l. cum pater §. rogo, hic*, heredi datur perpetua potestas eligendi, quia scilicet adiecit nominatim, *cum morieris dato cui voles*, vel *quandocunque volueris dato cui voles.* hic palam datur perpetua potestas, & hoc etiam casu si nullo electo heres moriatur, omnibus petitio competit, atque ita fit omnibus his casibus vt omnes petant quod non omnibus datum est, & vt vnus non petat quod vni datum est, vnus cæteris, vt ita dicam petat, si vt in specie *d. §. rogo*, qua datur perpetua potestas heredi, solus superfit moriente herede, vt in specie *l. 24.* & huius legis, si solus superfit finito tempore deliberationis. Illud etiam non est omittendum, *d. l. 24.* esse ex Vlp. 2. *fideicom.* & aptissime coniungi his quæ eodem libro Vlp. tractauit in *l. 11. §. sic fideicommissum, lib. 3.* Vbi tractauit de his conditionibus, *nisi voluerit, cum voluerit, si voluerit*, quibus adiungi par fuit istam, *cum voluerit, nisi*, & *si*, respiciunt ad substantiam legati, *cum* ad tempus dandi legati, *cui*, ad personam legatarij.

Ad L. heredem XVIII.

Heredem meum ita tibi obligare possum: vt si quandoque ego moriar, tuus seruus Stichus non erit: dare eum tibi damnas sit.

REm tuam tibi lego inutiliter, si pure lego: vtiliter rem tuam tibi lego, si eam lego sub conditione aliqua, & conditionis expletæ tempore tua non sit: sic enim peruenies ad legatum, quia fuit quidem res tua testamenti tempore, sed conditionis expletæ tempore aliena est. Idem multo magis erit si nominatim rem tuam legauero sub conditione hac, *si tempore mortis mea tua non erit*, legatum valet. nec obstat regula Catoniana, quia ea regula pertinet ad legata pura, in legatis puris spectatur testamenti tempus, & quæ si eo tempore quo testatus est testator decessisset, inutilia forent legata, non conualescunt, quod diutius testator vixerit, quodque legata vitium quo laborabant, deposuerunt. Cæterum ad conditionalia non pertinet. in huiusmodi legatis non testamenti tempus sed conditionis expletæ spectamus: non pertinet illa regula ad conditionalia legata, etiamsi eorum dies cedat à morte testatoris, id est, etiamsi conditio referatur ad tempus mortis, & expleatur eo tempore, qualis est conditio proposita in hac lege, *si quandoque ego moriar tuus seruus Stichus non erit*, & ita in specie *l. . inf. de reg. Caton.* si legetur filiæ sub hac conditione, *si filia Titio nupta erit*, quæ conditio ad tempus mortis relata intelligitur, *l. in conditionibus, inf. de condit. & demonst.* legatum valet, & sufficit si filia Titio nupta inueniatur mortis tempore, licet testamenti facti tempore nondum fuerit viripotens, quia conditionale legatum est in quo cessat Catoniana regula. nec mutat quod conditio referatur ad tempus mortis: in hac specie si rem tuam tibi legauero sub illa conditione si mortis meæ tempore tua esse desierit, quæ conditio palam refertur ad tempus mortis testatoris, vtile legatum est, quod in hac l. proponitur ex *lib. Celsi lib. 17. Dig.* & videtur ab eodem Celso repetitum *lib. 35.* in tractatu regulæ Catonianæ, id est, in *l. 1. §. vlt. inf. de reg. Cat.* si modo in *d. l.* hæc verba, *si eum viuo testatore alienaueris*, valeat legatum & sufficiat fundum alienum fuisse mortis tempore, licet tuus fuerit testamenti tempore, & eam Ioannis sententiam si veram putes, non repugnabo, ne si ea verba pro conditione non accipiantur, vt Rogerius dicas eam l. pugnare cum *l. cætera §. 1. lib. 1. §. sed si rem, Inst. de legat.* Et ad sententiam Ioannis certe non mediocriter hæc *l. 18.* impellit, quæ demonstrat Celsum hoc genus legati non approbasse cum tibi res tua legatur, nisi nominatim adscripta hac conditione, *si moriente me ea res tua non erit*. Vnde datur intelligi re tua tibi pure legata, etiamsi eam alienaueris viuo testatore, Celsum tibi non dare actionem legati propter regulam

A Catonianam quæ vult pura legata quæ ab initio non valent, ex postfacto non conualescere: & congruit *l. mea inf. de cond. & dem.* & idem in stipulationibus locum habet, vt rem meam pure stipuler inutiliter, nec conualescat stipulatio, *si mea esse desierit, si eam alienauero*: vt tamen rem meam stipuler vtiliter sub conditione si mea esse desierit *l. 3. l. existimo, inf. de verb. oblig. l. existimo, inf. de oblig. & act. Legem 19.* exposui in *l. 1. sup.*

Ad L. & Proculo XX.

Et Proculo placebat, & à patre sic accepi, quod seruo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere: non enim coniunctim, sed partes legatas: Nam ambo
B *si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in seruo haberet.*

QVæstio pertinet ad tractatum de iure adcrescendi. ait: *Et Proculo placebat.* Plerique Iureconsultorum filios suos doctrina iuris instituerunt, vt Iulius Paulus qui libros 5. Sent. ad filium scripsit, & Celsus pater, Iub. Celsum instituit præceptis suis, idemque Celsus filius hic confitetur his verbis, *à patre sic accepi, & l. 29. inf. pater referebat.* & Vlp. in *l. 3. sup. de condict. cau. da.* Celsus patrem suum Celsum refert explicasse, si seruo communi duorum legatum sit, vno ex dominis repudiante legatum alteri non adcrescere, sed partem repudiantis in hereditate remanere: hac ratione, inquit, quia non coniunctim sed separatim partes dominicæ legantur, id est, concursu domini le-
C gatum non diuidunt quod seruo communi relictum est, sic enim id diuiderent ex æquo, sed id diuidunt pro partibus quas in seruo habent, vt si vnus in seruo habeat quadrantem, alter dodrantem, legatum ei seruo relictum inter eos diuidetur pro quadrante & dodrante: & qui prior legatum agnouerit, is pro maiore parte non acquiret, quam pro dominica: sunt igitur plane separati & disiuncti in eo legato. Ex quo efficitur, inter eos non versari ius adcrescendi, quod & in hereditate similiter procedere nemo dixerit: nam si seruus communis heres instituatur ab extraneo, licet domini serui pro separatis habeantur, & hereditatem acquirant, pro partibus dominicis vtuntur inter se iure adcrescendi *l. seruus communis ab extero de acq. hered.* nota est enim differentia ex *tit. de cad.*
D *toll.* heredum & legatariorum: inter coheredes etiam separatos, id est, ex partibus scriptos est ius adcrescendi: inter legatarios separatos, id est, quibus adscriptæ sunt partes, vel intelliguntur adscriptæ, non est ius adcrescendi. In legato seruo communi relicto domini separati videntur. ergo non est inter eos ius adcrescendi. idem ait placuisse Proculo cuius sectam vterque Celsus sequebatur. Diuersæ sectæ fuit Iulianus, & diuersæ etiam opinionis hac in re, *l. 1. §. 1. sup. de vsufr. adcresc.* Putat enim Iulianus inter socios, id est, inter dominos eiusdem serui versari ius adcrescendi, vno repudiante ad alterum pertinere totum legatum, & Iulianus ita diserte respondet in *d. l. 1.* ad rationem Celsi, qui ideo non dabat ius adcrescendi quod separati viderentur quasi ab initio partibus dominicis legatis, vt dicat non dominorum, sed serui personam inspiciendam esse, vnam
E esse personam serui cui legatum est, ex qua inducitur ius adcrescendi, & sicut vnus est seruus cui legatum est, ita dominos pro vno haberi. Porro vnum legatarium scindere legatum non posse, & si forte vnus legatarius partem agnouerit, partem repudiauerit, totum acquireret, *l. si cui res, inf. hic.* Dominos igitur in legato relicto seruo communi coniunctos esse, & vnius personæ potestate fungi Iulianus putat, *d. l. 1. §. 2.* Itaque vt in specie *d. l. 1. §. interdum*, Iulianus & Celsus consentiunt, vt eo loco traditur, ita in specie *§. 1. & §. 2.* cum solus Iulianus laudetur, videtur Celsus dissensisse. Et ita quidam ex veteribus interpretibus existimauerunt, & verum est, vel eo maxime, quod ad rationem qua vtitur Celsus, hic Iulianus nominatim respondet in *d. l. 1 §. 1.* ait, *Iulianus putat*, significat rem

..elt legati, ita heredi à domino vel patre cui hereditatem acquirit, quoque iubente acquirit hereditatem, legari non potest, fideicommissum tamen ab eo domino, eidem seruo heredi scripto relinqui potest, *l. cum filius, lib. 1.* Vlpian. in *Frag. tit. de leg. & tit. de fideic.* Ergo potest etiam à domino eidem seruo relinqui fideicom. libertas. A quo autem fideicom. relinqui pure potest, poterit & post mortem eius quod censetur conditionale, vt scilicet heres eius incipiat debere, *l. si fuerit* §. *1. lib. 3.* Ergo sicut à domino serui heredis instituti (idem de patre dici potest) eidem seruo potest relinqui pure fideicommissaria libertas, ita & post mortem domini relinquetur vtiliter, hoc modo: *cum mortuus fuerit dominus libertatem tibi dari volo*, & heres domini debebit libertatem quam dominus non debuit.

Ad L. si quis duobus XV.

Si quis duobus heredib. institutis, ita legauerit: Stichum aut decem heredes danto. *Non potest alter heredum quinque alter partem Stichi dare: sed necesse est, vtrumque aut Stichum totum, aut decem soluere.*

DVo sunt heredes scripti, à quibus testator legauit decem aut Stichum, his verbis: *heredes mei Stichum aut decem illi danto.* vel: *Titius & Mauius Stichum aut decem illi danto.* quo genere non constituuntur duo rei debendi, id est, singuli heredes non tenentur in solidum legatario; sed debent aut hereditarias partes, aut viriles hereditarias, si heredes nominauerit, *vt heredes mei*: viriles, si nomina propria expresserit sic, *Titius aut Mauius*, & si ea nomina expresserit & coniunctiuo modo, *l. turpia* §. *vlt. l. si heredes nominatim, lib. 1. l. ita liber, in fi. inf. de statulib. l. si communis seruus, de stipul. seru.* In hoc igitur casu singuli heredes debent partes legatario, non totum. sed an potest vnus ex heredibus soluere partem Stichi, alter partem pecuniæ: lex ait, aut vtrumque integram pecuniam præstare debere pro partib. virilib. aut integrum Stichum, & nihil agi si vnus offerat partem pecuniæ, alter partem Stichi, quia vnum legatum est, non duo, vnum pro solido. quod nisi soluatur, liberatio non contingit heredibus, & est hæc lex ex *lib. 6. Dig. Celsi*, quo libro idem Celsus scripsit de stipulationibus, *l. si non sortem* §. *vlt. scilicet lib. 6 de cond indeb.* in qua dum ait, *idem ait*, Celsus *sup.* Digest. quem citauerat in §. *pen.* eiusdem legis. Igitur si duo sunt promissores pecuniæ aut serui, non tamen conrei, vel si vnus sit promissor pecuniæ aut serui, vel si vnius promissoris duo sunt heredes, vnus non potest defungi solutione pecuniæ pro parte, alter solutione hominis pro parte. Igitur si ab vno promittatur seruus aut pecunia disiunctim, promissor cuius est electio in stipulationib. non potest partem Stichi dare, & partem pecuniæ, sed alterutrum dare debet pro solido. Idem dicemus si sint duo promissores, vel duo heredes promissoris, sicut & in heredibus nihil refert fuerint duo heredes, an vnus à quo illud & illud legetur disiunctiuo modo, si modo per damnationem legetur, vt in hac l. proponitur: alioquin heredis non est electio. vt si illud aut illud legetur per vindicationem, non poterit legatarius partem pecuniæ, vel partem serui vindicare, quia vnum est legatum in alterutra causa. Ergo non potest diuidere solutionem secundum *l. 8.* §. *vlt. lib. 1.* Conclusio est. si illud aut illud legetur, vnum esse legatum, quod neque in soluendo, neque in exigendo seruo diuidi potest, quod alterutrum præstari oporteat pro solido.

Ad L. si Titio XVI.

Si Titio aut Seio, vtri heres vellet, legatum relictum est: heres alteri dando, ab vtroque liberatur si neutri dat. vterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam vt stipulando duo rei constitui possunt, ita & testamento.

HOc ostenditur, non tantum stipulatione duos reos credendi constitui, sed etiam testamento: conditio reorum credendi hæc est, vt singulis eadem res vel summa in solidum debeatur, sed hæc non est propria eorum conditio: nam & eadem est conditio legatariorum quibus disiunctim per damnationem legatur, id est, singulis solidum debetur, nec tamen sunt conrei. conditio reorum credendi propria hæc est, vt vni soluta integra pecunia, debitor ab vtroque liberetur, quod non fit in legatariis per damnationem disiunctis, quibus singulis nisi solidum heres soluerit, vni rem, alteri æstimationem non liberatur, & ob id non sunt conrei. Conrei sunt si vni eorum soluere oportet integram pecuniam ad liberationem rei: constituuntur autem duo rei credendi testamento sic, *Titio aut Seio decem dato.* vtrique competit exactio; & debetur solidum, sed vni si persolutum sit, iam nihil debetur alteri, & sic etiam testamento duo rei debendi ita constituuntur: *Titius aut Mauius heredes mei Caio decem danto*: singuli debet solidum legatario, & vnius solutio liberat coheredem, *l. 8.* §. *1. lib. 1. l. ille, lib. 3.* vnde alias ostendi in *l. eandem, inf. de duob. reis* (quæ ait testamento etiam constitui duos reos debendi) exemplum quo vtitur, ita corri debere, *Titius aut Mauius heredes mei Caio decem danto*: nam si legetur ita vt vulgo, *Titius & Mauius*, non sunt conrei debendi, vt dictum *l. 15.* sicut si ita legauerit, *Titio & Mauio decem dato*, non sunt conrei credendi: non constituuntur ergo testamento duo rei credendi vel debendi nisi disiunctiuo modo. posuimus exemplum in legato damnationis, videamus in vindicatione quid iuris sit. fac ita legatum: *Primo aut Secundo decem lego.* si heredi reseruauerit electionem vt proponitur in *l. 16.* legatum fuisse per vindicationem duobus disiunctiuo modo, atque ita constitutos duos reos credendi, sed electionem heredi reseruatam, hoc casu non est dubium quin sint duo rei credendi, sicut & in fideicommisso, & in damnntione nulla fuit dubitatio. Igitur si non reseruata electione heredi legauerit ita: *Primo aut Secundo* decem lego, cui debebitur legatum? vterque vindicat, an inuicem se impediunt, quod plerisque videbatur? Et fuit hæc quæstio vexata à veteribus, sed Iustinianus eam definit in *l. 4. C. de verb. signif.* vt disiunctionem pro coniunctione accipi velit, vt vtrique vindicationem dari velit. Quod si disiunctio accipitur pro coniunctione, cum ita legatur, *Primo aut Secundo decem lego*, hoc perinde valet ac si legetur Primo & Secundo. non sunt duo rei credendi, quoniam concursu partes debentur æquales. neque hoc nouum esse ait Iustin. conseruandi supremi iudicij causa, cum & in re & in iure ita disiuncta accipiamus pro coniunctis, *l. sæpe, de ver. sign.* & contra coniuncta pro disiunctis, & soluta pro separatis, & vocat soluta ἀσύνθετα, quæ & διαλυτικά. quidam corrupte ἀσύνθυτα, vt cum dicis *donum, munus, opera Primo, Secundo, Tertio lego* hæc sunt ἀσύνθετα siue soluta, tamen pro separatis accipiuntur, non pro coniunctis. Accurs. hoc loco errat, dum ait, vnum ex reis credendi, qui exigit totam pecuniam, alteri teneri negotiorum gestorum; quod in specie proposita in hac l. locum habere nullo modo potest; & ideo à Bartolo refellitur, qui recte ita distinguit inter reos credendi socios & non socios, & inter eos qui communiter pecuniam crediderunt, & eos quibus debetur eadem pecunia ex donationis vel legati causa. socium qui exegit pecuniam socio teneri vt communicet. cum etiam qui cum alio communem pecuniam crediderit si eam exegerit, teneri alteri. sed si duo sint conrei credendi ex causa donationis vel legati, qui occupauerit agere & totam exigere pecuniam, non tenebitur alteri quæ distinctio est elegans.

Ad L. Si quis Titio XVII.

Si quis Titio decem legauerit, & rogauerit vt ea restituat Mauio: Mauiusque fuerit mortuus: Titij commodo cedit non heredis, nisi duntaxat vt ministrum Titium elegit. Idem est etsi ponas vsumfructum legatum.

HVius legis duæ ſunt partes, duæ quæſtiones. prioris ſpecies hæc eſt. legaui Titio decem, eumque rogaui vt ea reſtitueret Mæuio. Mæuius poſt teſtamentum deceſſit viuo teſtatore. defecit ergo fideic. quæritur cuius commodo fideicom. quod defecit, cedat, heredis an legatarij à quo fideicommiſſum relictum eſt, & reſpond. fideicommiſſum remanere apud legatarium, non in hereditate, niſi Titium teſtator vt miniſtrum elegit, id eſt, diſpenſatorem legati, non vt legatarium, quo caſu fideicommiſſum in hereditate remanet, nec debetur ei, cuius miniſterio vti teſtator voluit, cui principaliter honorem habitum noluit. Idem dicendum ait in vſufructu ſi legetur Titio, & is rogetur eum reſtituere Mæuio, & Mæuius decedat, viuo teſtatore poſt teſtamentum, vſusfructus non recurret ad proprietatem, id eſt, ad heredem quia in legatarij perſona conſiſtit: ſolet tamen alias vſusfr. exſtinctus recurrere ad proprietatem, ſed hic reſidebat apud legatarium potius. Igitur ſententia huius partis hæc eſt, quod ſi fideicomm. relictum à legatario poſt teſtamentum deficiat, mortuo fideicommiſſario ante mortem teſtatoris fideicommiſſum apud legatarium remanet iure legati, ad heredem non redit, etiamſi heres ſit ex liberis defuncti, quod congruit cum *l. Iul. hic, l. pater* §. *fidei*, vulgo, *Tuſculanus lib. 3.* & eſt hic ex SC. facto circa legem Papiam, *d. l. Iul.* denique fideicommiſſum illud apud legatarium & apud heredem remanet. ergo non cedit etiam fiſco l. Papia, quia ea l. ea tantum fiſcus vindicat quæ apud heredem remanſura erant, & heredis commodo ceſſura. Idem dicendum eſt, ſi fideicommiſſum deficiat poſt mortem teſtatoris: nam & hic legatarius præferetur fiſco & heredi: de fideicommiſſo quod defecit ſtatim ab initio tempore teſtamenti inf. videbimus. Additur autem hæc exceptio in hac *l. niſi Titium vt miniſtrum teſtator elegerit*, dandi ſcilicet fideicommiſſi, quo caſu ſi fideicommiſſum deficiat, non remanet apud Titium qui non eſt legatarius, ſed miniſter rerum, aut remanet apud heredem ſi ius antiquum habeat, i. e. ſi ſit ex liberis defuncti, vel cadit in fiſcum ſi heres ius antiquum non habeat. & hi eliguntur miniſtri totius teſtamenti qui dicuntur curatores teſtamenti in illo antiquo Lucij Cuſpidij teſtamento, alij eliguntur curatores funeris, *l. ſi quis ſepulchrum* §. *funus, de religioſ.* in eodem teſtamento Cuſpidij. *Caius*, inquit, *Capito & Sextus Ælius curam habeat ſepulturæ & funeris:* alij eliguntur diſtribuendis legatis vel omnibus, vel quibuſdam qui omnes diſpenſatores dicuntur, *Nou. Martiani de teſtamentis cler.* & ἐπίτροποι. *Nou. Leo. 68.* & hi qui eliguntur diſtribuendis legatis merito in hac lege ſeparantur à legatariis, cum hi miniſtri non habeant petitionem legatorum iure ordinario, vt Accurſ. docet recte. legatarij habent petitionem, miniſtri non habent iure ordinario, niſi forte actionem in factum eorum legatorum nomine quorum pia cauſa eſt, vt ſi quid legetur pro redemptione captiuorum, *l. nulli, C. de epiſc. & cler.* habent etiam petitionem alimentorum quæ rogati ſunt quotannis diſtribuere certis perſonis, vel quotmenſibus, quæ etiam pia cauſa cenſentur, *l. alio herede, inf. de alim. legat.* habent etiam diſpenſatores ipſi petitionem legatorum ſi nominatim iuſſi ſint legatum capere & diſpenſare, *l. quidam* §. *pen. l ſi à pluribus, lib. 1.* Alias vero petitionem ordinariam non habent, extraordinariam quam dat Bartolus hic do libenter. Accurſ. autem ordinariam actionem deficere probat male ex *l. Lucius* §. 1. *inf. ad Treb.* quia ea lex non loquitur de curatoribus teſtamenti, vel de diſpenſatoribus legatorum, ſed de curatoribus bonorum adoleſcentibus teſtamento datis. conſtat non iure dari teſtamento curatores, *l 1. ſup. de confir. tut.* tutores iure dantur his qui ſunt in poteſtate, & ab eis tutoribus fideicommiſſa relinquuntur recte, quia videntur relinqui à pupillis heredibus ſcriptis, & tutores eorum fideicommiſſorum petitionem habent, vt fidem impleant, *l. etiam, C de fideicommiſſ.* Scripſerat autem teſtator in ſpecie illius legis, ſe curatores daturum bonis ſuis aut filiis adoleſcentibus ſi licuiſſet, iure non licebat: ſed quia non dedit eos curatores, lex ait, eos neque confirmari auctoritate prætoris, neque fideicommiſſorum petitionem eis dari. denegat fideicommiſſorum petitionem curatoribus adoleſcentum quibus ſcripſit ſe daturum, ſi licuiſſet, nec dedit. non tractat de curatoribus teſtamenti: idem dici male probat ex *l. pen.* §. 1. *inf. de adim. leg.* quæ lex vt etiam Bart. animaduertit, loquitur aperte de legatario, non de diſpenſatore. Scripſi matrem heredem ex parte, eique prælegaui quatuor prædia, & fidei eius commiſi, vt ex eis prædiis duo reſtitueret ſocero ſuo. poſtea codicillis ſocero ademi fideicommiſſum: Quæritur, an nihilominus duo illa prædia quæ dedi per fideicommiſſum & poſtea, ademi, pertineant ad legatarium, & reſp. non pertinere, quod mirum eſt prima ſpecie. Hoc igitur dicit in ſumma, fideicommiſſa data à legatario & poſtea adempta codicillis, non cedere commodo legatarij, non remanere apud legatarium. imo videntur pertinere, quia nec videntur data, per fideicommiſſum adempta nec videntur data, *l 14. lib. 1.* Ea tamen quæ ſunt pro non datis, vel pro non ſcriptis, id eſt, quæ deficiunt ſtatim ab initio, apud legatarium remanent, & ad eum pertinent. Verum hoc ita procedit, vt hæc quæ pro non datis habentur, quæ deficiunt ſtatim ab initio, pertineant ad legatarium à quo ſunt relicta retentionis tantum iure, vt ea poſſit retinere ope exceptionis, ſi nactus ſit eorum poſſeſſionem: petitionem enim eorum non habet, & melior eſt heredis conditio ſi ea poſſideat. *l pen.* § *Scæuola hic*, quæ ab Accurſ. citatur *l. codicillis. l. ſi quis eum. inf. de cond. & demonſt.* & ita intelligenda *l ſi quis quos* 31. *hic.* Qui non poterat ſeruum aut ſeruos manumittere, puta vetante Caninia, eos legauit, & rogauit legatarium vt manumitteret. fideicommiſſum ſtatim deficit ab initio, legatum etiam deficit. nec legatum, nec libertas valet. quod ita intelligendum eſt, vt petitionem legati non habeat legatarius, retentionem tamen habeat, actionem non habeat, exceptionem habeat: ſicut ſi ædes deſtruendæ legentur, ædium retentionem legatarius habet, petitionem non habet, & ita accipe *l. filiusf.* §. *ædes, lib. 1.* ita accipienda *d. l. pen.* §. 1. *de adim. leg.* vt fideicommiſſa adempta non pertineant ad legatarium actionis iure, exceptionis iure pertineant. Quamobrem in hac *l.* 17. ponendum eſt, fideicommiſſarium mortuum fuiſſe poſt teſtamentum factum, non tempore teſtamenti: alioquin inutile fuiſſet fideicommiſſum ſtatim ab initio quaſi relictum ei qui non erat in rerum natura: & ideo legatarij commodo non cederet, niſi per retentionem, & ad ſummam omnia ſic habent. fideicommiſſorum quæ ſtatim ab initio à legatario inutiliter relinquuntur, legatarius petitionem non habet, retentionem habet: fideicommiſſorum quæ à legatario vtiliter relinquuntur, poſtea deficiunt, etiam petitionem habet. Cæterum vt ad rem redeam, diſpenſatori legatorum non dari petitionem legatorum illæ leges quas adfert Accurſ. non probant, ſed *l. alio herede, inf. de alim. leg.* quæ diſpenſatori docet alimentorum quæ præſtare rogatus eſt, petitionem dari: de ſuperfluo autem, id eſt, de eo quod relictum eſt extra cauſam alimentorum, quodque etiam idem ille diſpenſator erogare iuſſus eſt, petitionem non dari. Et perſpicuum eſt Accurſ. male hæc verba, *de ſuperfluo*, interpretari *vltra dodrantem*, imo *de ſuperfluo*, id eſt extra cauſam alimentorum. Nam diſpenſator alimentorum quidem petitionem habet, quod diſtribuere iuſſus eſt, aliorum legatorum non habet. Eſt etiam alia differentia inter diſpenſatorem alimentorum, & aliorum legatorum. alimentorum eſt perpetuus quoad vixerint alimentarij, quoniam alimenta non ſemel præſtantur, ſed quotannis, vel quotmenſibus: proinde diſpenſator alimentorum valde oneratur præſtationibus annuis vel menſtruis ſubinde recurrentibus, dum flagitantur plerunque non ſine conuicio & præcipiti feſtinatione. in re tam neceſſaria, & alimentarij ei faciunt iniuriam non

paruam, nisi confestim dispenset alimenta. Onus itaque huius dispensatoris grauissimum est, & ob id non cauet heredi, deficientium legatariorum se partes heredi reddi- turum, *l. pecunia, inf. de al. leg. l. huius, inf. si cui plus quam per leg. Falc.* Et si non caueat de reddendis partibus deficientium, non tenebitur etiam vtili actione, vt eas partes reddat, *d. l. pecunia.* cum tamen plerisque in causis, in quibus scilicet cauendum est, omissa cautione vtilis actio dabitur, & ideo dispensator lucrabitur partes deficientium, nec heredi restituet. Quare non mirum si ei detur petitio alimentorum, cum hoc commodum expectet, etiam remota causa pietatis. At dispensator aliorum legatorum est momentarius, vt ait *l. pecunia*: nam statim implet & exequitur voluntatem defuncti, & statim soluit legata & leue est onus. Et ideo hic cauet heredi deficientium partes reddi, nihilque ex hoc officio lucratur, nisi nominatim aliquid ei relictum sit, vel si omissa sit cautio, proculdubio tenebitur vtili actione, quæ est explicatio *d. l. pecunia.*

Ad §. si heres.

Si heres damnatus esset vni ex liberis dare, & non constituerit, cui daret: heres omnibus eadem decem præstare cogendus est.

IN posteriori parte huius l. hæc ostenditur. Si vni ex libertis fideicommissum relinquatur, vel legatum per damnationem, quo genere electio est heredis, vel si quo alio genere legetur vni ex libertis cui heres voluerit, non eligente herede cui velit dare, omnibus libertis legatū debetur. si elegerit heres, is quem elegerit præferetur, & excludet cæteros. si neminem elegerit, omnes liberti vocabuntur ex sententia defuncti, non aliter quam si dixisset testator vni ex libertis quem heres elegerit, vel si non elegerit omnibus ex constitutione Antonini *l. Labeo inf. de statulib.* Sed plenius hac de re disputandum est ex *l. 24 & 5. hic.* Legaui aut per fideicommissum reliqui vni ex libertis, cui heres vellet, aut vtri vellet, cum duo tamen essent liberti. vel finge; legaui vni ex libertis, cui heres vellet, vni ex mercenariis, vni ex clientib us: varie enim hæc species formari potest. legis verbis, *cui heres volet*, liberum arbitrium & plena potestas heredi datur eligendi quem volet, & ideo indignum & immeritum eligere & præferre potest cæteris, id est, eum qui se vel testatorem offenderit: videtur enim testator hoc legato omnem offensam remisisse. & legatum valet, quoniam non est penitus in heredis libero arbitrio an debeat, an det, quod fieret inutiliter, sed cui det tantum penitus est in libero arbitrio heredis. Denique imponitur ei necessitas dandi, sed libera potestas datur dandi cui velit, *l. vtrum §. cum quidam, de reb. dub.* quod fit vtiliter: quod si ita dixerit testator, *vni ex libertis quem heres dignum putauerit.* hæc verba pro arbitrio boni viri accipiuntur, *l. 11. §. sic fideicommissum, lib. 3.* & indignum præferre non potest, quia bene meriti duntaxat his verbis inuitantur qui patronum coluerunt, qui obsequentiores fuerunt, & hi quidem omnes æqualiter inuitantur, etiamsi æqualia non sint omnium officia, *l. cum pater §. rogo*, hic, sicut male meriti repelluntur omnes, licet omnes in pari offensa apud defunctum non fuerunt, quia illud ipsum offendere aut promereri semper idem atque vnum est. Sed de libero arbitrio disputemus, quo quidem heredi dato digni & indigni inuitantur his verbis, *vni ex libertis cui heres volet.* huic legato vtrum conditio aut mora inest aliqua, an purum est legatum hoc explicandum est. Et verius est, duplex esse legatum, id est, conditionale & purum. ne quis hoc dicto conturbetur, est & quandoque institutio duplex, conditionalis & pura, *l. 2. sup. de heredib. inst.* quæ duplicem sensum habet conditionalem & purum. vt si ita dicam, *illi heredes sunto ex partibus quas adscripsero*, quodammodo duplex est institutio, & perinde est atque si ita dilatasset orationem. *illi heredes sunto ex partibus quas adscripsero,*

A *vel si non adscripsero, nihilominus heredes sunto*, vna conditionalis pars, altera pura: & si heredibus non adscripserit partes, nihilominus ex posteriori parte orationis heredes diuident hereditatem ex æquis partibus. sic & hoc genus legati, *vni ex libertis vt heres volet*, duplex esse interpretabimur; nam si heres eligere voluit, iustum est quoddam tempus quo eligere debeat: nam non cogitur statim eligere; sed modicum tempus datur deliberandi & consultandi causa, quod tempus si nondum præterierit, nondum libertis competit petitio legati, & suspendi videtur ex voluntate heredis, qui interim deliberat, & quærit de singulorum officiis; sed si iustum tempus præterierit quo eligere debuit, nec elegit, omnibus libertis petitio competit quasi puri præsentisque legati: & retro purum fuisse
B intelligitur semper, atque adeo petitio in heredes libertorum transmittitur quasi puri legati, decedentium post tempus deliberationis, nec iam heredi amplius eligendi ius est: quæsita est enim actio libertis omnibus, superstitibus scilicet, post tempus deliberationis, vel superstiti liberto qui vixit post tempus iustum deliberationis, vel heredi eius si post acquisitam petitionem, antequam peteret decesserit: cæterorum libertorum qui decesserunt ante tempus deliberationis pendente legato heredibus petitio non competit, quia eo casu eove tempore conditionale fuisse legatum intelligitur, quod non transmitti constat, & ita Marcellus *lib. 15. Dig. l. 24. & 25. hic.* Hoc ergo genere legati, *vni ex libertis cui heres volet*, heredi datur quidem plena & libera potestas, sed non perpetua
C dandi cui velit: & aliud est dicere, *cum volueris*, quæ verba habent tractum temporis vsque ad supremum vitæ exitum: aliud dicere, *cui volueris*, quæ verba non habent nisi iustum & modicum temporis tractum, quo constituere debet cui malit dare, licet more scholastico contra disserat Quintil. 118. *declamat.* tota hac de re, contra tamen iuris decreta. aliter enim in schola rhetorum agitabantur quæstiones iuris, aliter in foro, Marcellum Ceruidius Scæuola reprehendit, vt Vlp. refert in *d. l. 24.* quia putabat Scæuola hoc Marcellum velle, heredem statim eligere debere sine laxamento, sine interuallo vllo, & omnino purum esse legatum, & statim libertis petitionem competere: quo posito & concesso, dicebat Scæuola consequens esse, omnium qui decessissent heredibus petitionem competere, nedum superstiti vel heredi eius qui vl-
D timus decessisset, cui tamen soli petitionem Marcellus dabat. Verum ita sequitur, vt si heres debuit statim eligere sine aliquo interuallo, necesse sit confiteri, cessante herede omnibus libertis statim actionem competere, quod si omnibus libertis, & omnibus quoque eorum heredibus. si ita sensit Marcellus, vt ponit Scæuola, merito reprehensus est. Sed verisimile non est esse ita durum Marcellum, vt heredi non dederit modicum temporis ad consultandum, quo nondum finito tempore, liberti qui decesserunt, nihil transmiserunt. Post illud autem tempus quandocunque decesserint, actionem quasi puri legati in heredes transmiserunt, id est, qui superstites fuerunt post finitum illud tempus, hi soli vocantur. Atque ita Vlpian. satis obscure in *fi. d. l. 24.* Marcellum à reprehensione
E Scæuolæ vindicauit. Dixi herede non offerente vni ex libertis, omnibus libertis petitionem dari. Quid si quidam absentes sint & soli præsentes petant legata quasi iam non possit heres eligere, quod tantum temporis præterierit, quo debuit eligere, an habebitur ratio absentium, in iudicio præsentibus solis petentibus: & ait *d l. 25.* absentium rationem haberi oportere, id est, iudicem causa cognita exploraturum an etiam absentes sint petituri legatum; atque ita habiturum rationem non tantum petentium, sed etiam non petentium, & omnium quibus legati ius competit. Itaque non præstabit pecuniam præsentibus, quæ competit absentibus; quod notandum est. vt si pluribus competat actio, & non omnes agant, habere iudicem rationem oportet agentium & absentium, priusquam rem totam adiudicet præsen-

tibus *d.l.25.* Dixi etiam his verbis, *cui heres volet*, heredi non dari perpetuam poteſtatem eligendi, plenam dari. At in *l. vnum ex familia §. rogo, & l. cum pater §. rogo, hic*, heredi datur perpetua poteſtas eligendi, quia ſcilicet adiecit nominatim, *cum morieris dato cui voles*, vel *quandocunque volueris dato cui voles*. hic palam datur perpetua poteſtas, & hoc etiam caſu ſi nullo electo heres moriatur, omnibus petitio competit, atque ita fit omnibus his caſibus vt omnes petant quod non omnibus datum eſt, & vt vnus non petat quod vni datum eſt, vnus cæteris, vt ita dicam petat, ſi vt in ſpecie *d. §. rogo*, qua datur perpetua poteſtas heredi, ſolus ſuperſit moriente herede, vt in ſpecie *l. 24.* & huius legis, ſi ſolus ſuperſit finito tempore deliberationis. Illud etiam non eſt omittendum, *d. l. 24.* eſſe ex Vlp. 2. *fideicom.* & aptiſſime coniungi his quæ eodem libro Vlp. tractauit in *l. 11. §. ſic fideicommiſſum, lib. 3.* Vbi tractauit de his conditionibus, *niſi voluerit, cum voluerit, ſi voluerit*, quibus adiungi par fuit iſtam, *cum voluerit, niſi, & ſi*, reſpiciunt ad ſubſtantiam legati, *cum* ad tempus dandi legati, *cui*, ad perſonam legatarij.

Ad L. heredem XVIII.

Heredem meum ita tibi obligare poſſum: vt ſi quandoque ego moriar, tuus ſeruus Stichus non erit: dare eum tibi damnas ſit.

Rem tuam tibi lego inutiliter, ſi pure lego: vtiliter rem tuam tibi lego, ſi eam lego ſub conditione aliqua, & conditionis expletæ tempore tua non ſit: ſic enim peruenies ad legatum, quia fuit quidem res tua teſtamenti tempore, ſed conditionis expletæ tempore aliena eſt. Idem multo magis erit ſi nominatim rem tuam legauero ſub conditione hac, *ſi tempore mortis mea tua non erit*, legatum valet. nec obſtat regula Catoniana, quia ea regula pertinet ad legata pura, in legatis puris ſpectatur teſtamenti tempus, & quæ ſi eo tempore quo teſtatus eſt teſtator deceſſiſſet, inutilia forent legata, non conualeſcunt, quod diutius teſtator vixerit, quodque legata vitium quo laborabant, depoſuerunt. Cæterum ad conditionalia non pertinet. in huiuſmodi legatis non teſtamenti tempus ſed conditionis expletæ ſpectamus: non pertinet illa regula ad conditionalia legata, etiamſi eorum dies cedat à morte teſtatoris, id eſt, etiamſi conditio referatur ad tempus mortis, & expleatur eo tempore, qualis eſt conditio propoſita in hac lege, *ſi quandoque ego moriar tuus ſeruus Stichus non erit*, & ita in ſpecie *l. 2. inf. de reg. Caton.* ſi legetur filiæ ſub hac conditione, *ſi filia Titio nupta erit*, quæ conditio ad tempus mortis relata intelligitur, *l. in conditionibus, inf. de condit. & demonſt.* legatum valet, & ſufficit ſi filia Titio nupta inueniatur mortis tempore, licet teſtamenti facti tempore nondum fuerit viripotens, quia conditionale legatum eſt in quo ceſſat Catoniana regula. nec mutat quod conditio referatur ad tempus mortis: in hac ſpecie ſi rem tuam tibi legauero ſub illa conditione ſi mortis meæ tempore tua eſſe deſierit, quæ conditio palam refertur ad tempus mortis teſtatoris, vtile legatum eſt, quod in hac l. proponitur ex *lib. Celſi lib. 17. Dig.* & videtur ab eodem Celſo repetitum *lib. 35.* in tractatu regulæ Catonianæ, id eſt, in *l. 1. §. vlt. inf. de reg. Cat.* ſi modo in *d. l.* hæc verba, *ſi eum viuo teſtatore alienaueris*, valeat legatum & ſufficiat fundum alienum fuiſſe mortis tempore, licet tuus fuerit teſtamenti tempore, & eam Ioannis ſententiam ſi veram putes, non repugnabo, ne ſi ea verba pro conditione non accipiantur, vt Rogerius dicas eam l. pugnare cum *l. cætera §. 1. lib. 3. §. ſed ſi rem, Inſt. de legat.* Et ad ſententiam Ioannis certe non mediocriter hæc *l. 18.* impellit, quæ demonſtrat Celſum hoc genus legati non approbaſſe cum tibi res tua legatur, niſi nominatim adſcripta hac conditione, *ſi moriente me ea res tua non erit*. Vnde datur intelligi re tua tibi pure legata, etiamſi eam alienaueris viuo teſtatore, Celſum tibi non dare actionem legati propter regulam

A Catonianam quæ vult pura legata quæ ab initio non valent, ex poſtfacto non conualeſcere: & congruit *l. mea inf. de cond. & dem.* & idem in ſtipulationibus locum habet, vt rem meam pure ſtipuler inutiliter, nec conualeſcat ſtipulatio, *ſi mea eſſe deſierit, ſi eam alienauero*: vt tamen rem meam ſtipuler vtiliter ſub conditione ſi mea eſſe deſierit *l. 3. l. exiſtimo, inf. de verb. oblig. l. exiſtimo, inf. de oblig. & act. Legem 19.* expoſui in *l. 1. ſup.*

Ad L. & Proculo XX.

Et Proculo placebat, & à patre ſic accepi, quod ſeruo communi legatum ſit, ſi alter dominorum omitteret, alteri non adcreſcere: non enim coniunctim, ſed partes legatas: Nam ambo
B *ſi vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in ſeruo haberet.*

Quæſtio pertinet ad tractatum de iure adcreſcendi. ait: *Et Proculo placebat.* Pleriquc Iureconſultorum filios ſuos doctrina iuris inſtituerunt, vt Iulius Paulus qui libros 5. Sent. ad filium ſcripſit, & Celſus pater, Iub. Celſum inſtituit præceptis ſuis, idemque Celſus filius hic confitetur his verbis, *à patre ſic accepi, & l. 29. inf. pater referebat:* & Vlp. in *l. 3. ſup. de condict. cau. da.* Celſus patrem ſuum Celſum refert explicaſſe, ſi ſeruo communi duorum legatum ſit, vno ex dominis repudiante legatum alteri non adcreſcere, ſed partem repudiantis in hereditate remanere: hac ratione, inquit, quia non coniunctim ſed ſeparatim partes dominicæ legantur, id eſt, concurſu domini le-
C gatum non diuidunt quod ſeruo communi relictum eſt, ſic enim id diuiderent ex æquo, ſed id diuidunt pro partibus quas in ſeruo habent, vt ſi vnus in ſeruo habeat quadrantem, alter dodrantem, legatum ei ſeruo relictum inter eos diuidetur pro quadrante & dodrante: & qui prior legatum agnouerit, is pro maiore parte non acquiret, quam pro dominica: ſunt igitur plane ſeparati & diſiuncti in eo legato. Ex quo efficitur, inter eos non verſari ius adcreſcendi, quod & in hereditate ſimiliter procedere nemo dixerit: nam ſi ſeruus communis heres inſtituatur ab extraneo, licet domini ſerui pro ſeparatis habeantur, & hereditatem acquirant, pro partibus dominicis vtuntur inter ſe iure adcreſcendi *l. ſeruus communis ab extero de acq. hered.* nota eſt enim differentia ex *tit. de cad.*
D *toll.* heredum & legatariorum: inter coheredes etiam ſeparatos, id eſt, ex partibus ſcriptos eſt ius adcreſcendi: inter legatarios ſeparatos, id eſt, quibus adſcriptæ ſunt partes, vel intelliguntur adſcriptæ, non eſt ius adcreſcendi. In legato ſeruo communi relicto domini ſeparati videntur, ergo non eſt inter eos ius adcreſcendi. idem ait placuiſſe Proculo cuius ſectam vterque Celſus ſequebatur. Diuerſæ ſectæ fuit Iulianus, & diuerſæ etiam opinionis hac in re, *l. 1. §. 1. ſup. de vſufr. adcreſc.* Putat enim Iulianus inter ſocios, id eſt, inter dominos eiuſdem ſerui verſari ius adcreſcendi, vno repudiante ad alterum pertinere totum legatum, & Iulianus ita diſerte reſpondet in *d. l. 1.* ad rationem Celſi, qui ideo non dabat ius adcreſcendi quod ſeparati viderentur quaſi ab initio partibus dominicis legatis, vt dicat non dominorum, ſed ſerui perſonam inſpiciendam eſſe, vnam
E eſſe perſonam ſerui cui legatum eſt, ex qua inducitur ius adcreſcendi, & ſicut vnus eſt ſeruus cui legatum eſt, ita dominos pro vno haberi. Porro vnum legatarium ſcindere legatum non poſſe, & ſi forte vnus legatarius partem agnouerit, partem repudiauerit, totum acquireret, *l. ſi cui rei, inf. hic.* Dominos igitur in legato relicto ſeruo communi coniunctos eſſe, & vnius perſonæ poteſtate fungi Iulianus putat, *d. l. 1. §. 2.* Itaque vt in ſpecie *d. l. 1. §. interdum*, Iulianus & Celſus conſentiunt, vt eo loco traditur, ita in ſpecie *§. 1. & §. 2.* cum ſolus Iulianus laudetur, videtur Celſus diſſenſiſſe. Et ita quidam ex veteribus interpretibus exiſtimauerunt, & verum eſt, vel eo maxime, quod ad rationem qua vtitur Celſus, hic Iulianus nominatim reſpondet, in *d. l. 1. §. 1.* ait, *Iulianus putat*, ſignificat rem

controuerſam eſſe, aliud defendi poſſe; hoc enim verbo puto Iureconſulti vtuntur in re dubia, vt & ad Demoſthenem Vlp. notat, νομίζω, λέγεται ἐπὶ ἀμφιβόλων. male Ioannes rationem conciliandæ pacis petit ex diſcrimine vſusfructus & proprietatis, in *d. l.* 1. agi de vſufructu legato, hic, de proprietate: verum hoc quidem eſt, ſed non inde ſumenda eſt conciliatio. & hoc vt verum eſſe intelligatur, fateor in tractatu de iure adſcreſcendi duas eſſe tantum differentias inter vſumf. & proprietatem: perperam quidam quatuor, ſed illæ duæ differentiæ ad hoc non pertinent, idque vt tractetur faciam quæſtiones quatuor, & in duabus prioribus non ſeparabimus vſumfructum à proprietate; in poſterioribus ſeparabimus. Prima quæſtio eſt inter quos verſetur ius adcreſcendi, in hac quæſtione nihil diſtat, & conſtat inter coniunctos per vindicationem, vt ſi Primo & Secundo legetur proprietas vel vſusfructus, inter eos eſſe ius adcreſcendi, itemque inter eos qui pro coniunctis habentur: nam *eſſe*, & *haberi* in hoc tractatu idem valet: In ſeparatis diſtinguo. alij ſunt ſeparati quibus nominatim partes legantur. inter eos non eſt ius adcreſcendi, ſicut nec inter eos quibus diuerſæ res legantur. Porro diuerſæ res legantur cum adſcribuntur ſtatim initio diuerſæ partes. non poteſt igitur inter eos conſtitui ius adcreſcendi, *l. 1. in princ. & l. 6. §. 1 eod.* Item nec inter eos qui pro ſeparatis habentur, id eſt quibus etſi non ſint adſcriptæ partes, adſcriptæ tamen ſtatim initio intelliguntur, quales ſunt duo heredes, à quibus deducto vſufructu proprietas legatur: nam in perſona heredum vſusfructus qui deducitur, ſtatim conſtitui intelligitur pro portionibus hereditariis: & ideo inter eos non eſt ius adcreſcendi, & amiſſa pars vſuſ. non adcreſcit coheredi, ſed conſolidatur cum proprietate, *d l. 1. §. 1. & l. 2. eod.* Eiuſmodi ſunt hi quibus per damnationem eadem res legatur ſine partibus, vt dixi *l. 7.* Alij ſunt ſeparati, quibus eadem res ſeparata oratione legatur non adſcriptis partibus, *& Primo lego fundum, Secundo lego eundem fundum*, & inter eos eſt ius adcreſcendi, ſiue proprietas, ſiue vſusfructus legetur, modo per vindicationem, *d. l. 1. §. interdum* Illud ſemper meminiſſe oportet, eos qui vtuntur inter ſe iure adcreſcendi, ab initio ſolidum habere, concurſu partes facere, & eum qui non concurrit partem facere alteri, id eſt, alterum totum vindicare, quod & ab initio totum ſoli relictum intelligitur: concurſum autem ſemper facere æquas partes: & ideo in *d. l. 1. §. 1. non æquis partibus, ſed pro dominicis non æquis partibus*, id eſt non per concurſum. qui autem non vtuntur inuicem iure adcreſcendi, partes habent ab initio, non concurſu, & is etiam qui non concurrit, partes facit, hoc eſt certum. Secunda quæſtio eſt, qui pro coniunctis habeantur vt vtantur iure adcreſcendi, & qui pro ſeparatis ne vtantur, veluti duo pluresve domini quorum ſeruo communi legatum eſt, vtrum pro coniunctis, an pro ſeparatis habeantur. & hac etiam in quæſtione dicit, nihil diſtare vſumfructum à proprietate: nam qua ratione inducitur coniunctio vel ſeparatio in proprietate, eadem inducitur in vſufructu. Et licet in hac quæſtione diſſideant Iulianus & Celſus, non diſſident, facta differentia vſusfructus & proprietatis: nam ita ſi diſſiderent, nullum eſſet diſſidium, ſed diſſident omnino in re ipſa. Iulian. in *d. l. §. 1.* non ſpectat naturam vſusfructus legati, id eſt, non mouetur eo, quod vſusfructus legatus ſit, ſed ſpectat perſonam ſerui cui legatum eſt, quæ cum ſit vnica, colligit legatum non poſſe ſcindi, & eum dominum qui agnouit legatum, inuitum totum amplecti, ſocio repudiante. Et ſic etiam Celſus hic non mouetur legato proprietatis, ſed ſpectat perſonam dominorum. Et ob id eos habet pro ſeparatis in hoc legato: cur nos ex eo quod illi non ſpectarunt, differentiam conſtituemus & omittemus quod potiſſimum ſpectarunt? inde diſſenſio, non quod ibi vſusfr. hic proprietas legata ſit. Tertia quæſtio hæc eſt, inter quos verſetur ius adcreſcendi, quo tempore ſpectetur, an concurrant. Et in hac quæſtione ſit ne ſeparandus vſusfr. à proprietate. ſi proprietas duobus legetur, an concurrant ambo ſpectatur vindicandi & agnoſcendi legati tempore

A duntaxat. Hoc enim ſpectatur, an vterque vindicet legatū, an aliquis repudiet vel omittat, & vno repudiāte, pars eius adcreſcit alteri, vtroque vindicante legatum, conſumitur ius adcreſcendi: Nam ſi vterque vindicarit legatum, & poſtea vnus ex eis deſierit concurrere, id eſt, amiſerit partem ſuam quam vindicauerat, ea pars iam alteri adcreſcere non poteſt. ſed ſi duobus vſusfructus legetur, ſiue vindicandi legati tempore, ſiue quolibet alio tempore poſtea non concurrat vnus, alter totum vſumfructum habebit, & vtroque vindicante legatum vſusfructus, nondum abſumptum intelligitur ius adcreſcendi: nam ſi poſtea vnus ex eis vſumfructum quem vindicauerat pro parte amiſerit non vtendo, vel capitis deminutione, pars eius alteri adcreſcit, perinde atque ſi initio repudiaſſet, *d. l. 1. §. inter-*
B *dum*. Et ratio differentiæ eſt, quia proprietas conſtituitur & apprehenditur ſemel eo ſolo tempore quo vindicatur, & ob id quis concurrat eo ſolo tempore ſpectatur, & qui eo tempore concurrit, concurrere deinceps videtur ſemper, licet amittat partem ſuam: atque ideo amiſſa pars alteri non adcreſcit, vſusfructus autem in perceptione conſiſtit, in facto eius qui fruitur, *l. 1. in princ. ſup. quando dies vſuſ.* Qui legat proprietatem hoc dicit, *vindicato rem illam*, quod vulgo actu completur. qui legat vſumfructum, hoc videtur dicere, *hoc & illo, & illo die, & deinceps reliquis vtere fundo meo.* quod dixerit, *deinceps*, eleganter Celſus & Iulianus qui in hac re conſentiebant, aiunt vſumfructum quotidie *conſtitui & legari, d. l. 1. §. interdum. conſtitui & legari*, id eſt, conſtitui iure legati ἐν διαθήκῃ. Quamobrem quando non concurrit quis in vſufructu, licet initio con-
C currat, videtur non concurrere in conſtituendo vſufructu, & ideo pars eius adcreſcit alteri. Vnde quod ait Iulianus in *d l. 1. §. 1.* (& ad id accurate animaduertendum) *vno ex dominis repudiante, vel amittente legatum relictum ſeruo communi, alterum totum habere*, quatenus ait, *amittēte*, hoc proprie pertinet ad vſumfr. legatum, nec extendi poteſt ad proprietatem: quatenus ait, *repudiante*, hoc & ad proprietatem, & ad vſumfructum pertinet: repudiatur delatum legatum in ipſo initio: amittitur acquiſitum iam legatum poſt acquiſitionem: Repudiantis autem portio adcreſcit non repudianti, ſiue proprietas, ſiue vſusfructus legetur. in amittente ſeparatur proprietas ab vſufructu: nam amittentis fructuarij pars adcreſcit collegatario. amittentis proprietarij pars non adcreſcit collegatario. qua de cauſa
D etiam hæc lex 20. quæ eſt de proprietate legata loquitur de repudiante ſocio, non de amittente: ait enim, *omiſerit*, quod eſt non agnoſcere legatum in ipſo initio deferendi legati. Aliud eſt certe amittere, aliud omittere. omittimus delata nondum acquiſita, amittimus acquiſita. Par autem eſt cauſa repudiantis & omittentis. repudians cum omittente coniungitur, & vere dici poteſt, repudiantem palam omittere, omittentem tacite repudiare. Quarta quæſtio eſt, an collegatario qui omiſit ſuam partem adcreſcere poſſit: & in hac etiam quæſtione ſeparatur vſusfructus à proprietate: Nam in proprietate ei qui amiſit ſuam partem non adcreſcit pars alterius quæ poſtea deficit. in vſufructu autem etiam non habenti ſuam partem adcreſcit: ratio differentiæ eſt, quia vſusfructus heret perſonæ, perſonam ſequitur, cum perſona finitur: & ideo perſonæ adcreſcit non
E portioni, deque perſona adcreſcit etiam non habenti portionem ſuam, proprietas rei adhæret, & vt in *l. ſi Titio ſup. de vſufr.* ſicut alluuione portio portioni adcreſcit, ita iure adcreſcendi quod eſt ciuile, proprietatis portio portioni adcreſcit non perſonæ, proinde proprietatis portio non adcreſcit ei qui portionem ſuam amiſit, *l. interdum, de vſufr. adcreſc.* quam emendare quidam infœliciter conantur. Propoſitio legis hæc eſt: vſumfructum acquiri interdum etiam non habenti ſuam partem, ſed amittenti, quod proponitur ad differentiam proprietatis. Species eſt: duobus legatus eſt vſusfructus. vnus petiit vſumfructum pro ſua parte à poſſeſſore qui ſe liti obtulit: liti ſe offerre dicitur reus ſemper qui dicit ſe poſſidere. Igitur aduerſus eum qui ſe liti obtulit, id eſt, poſſeſſorem vnus ex legatariis

petiit vsumf. pro sua parte & non obtinuit, amisit partem suam, mox & confestim alter qui non est litem contestatus cum possessore, amisit etiam suam partem alia ratione, puta non vtendo, lex ait, hunc qui litem contestatus non est & amisit suam partem alia ratione à possessore vindicaturum partem dimidiam vsusfructus quam amisit is qui cum eo litem contestatus est, quia ea pars non debet possessori cedere siue proprietario, sed debet adcrescere collegatario, licet is portionem suam amiserit, quia vsusfructus personæ adcrescit, etiamsi amissus sit: ideoque res iudicata non tam possessori proficiet quam collegatario qui litem contestatus non est. Et hæ duæ sunt differentiæ tantum inter proprietatem & vsumf. in quæstione adcrescendi, nihil vero pertinent ad quæstionem huius legis: male igitur conciliat Ioannes Proculeianos & Sabinianos.

Ad L. XXI.

Cum quidam vxori suæ dotem reddidisset: quadraginta ei legare voluisset: & quanquam sciret dotem redditam, hoc tamen prætextu vsus esset, quasi dotis reddendæ nomine eam summam legaret: existimo deberi quadraginta. Etenim reddendi verbum quanquam significationem habeat retro dandi, recipit tamen & per se dandi significationem.

SPecies est. Qui dotem quam acceperat ab vxore, iam vxori eam reddiderat soluto matrimonio, vel constante matrimonio: nam quibusdam casibus sic dos reddi potest, *l. mutui*, *sup. de iur. dot.* is vxori testamento legauit his verbis: *Heres meus reddito vxori meæ quadraginta quæ ei debeo dotis nomine*, bis pecasse videtur: nec enim quicquam debet dotis nomine qui iam reddidit totam dotem: nec si heres quadraginta numerauit, reddere hoc erit, sed dare: duplex igitur vitium in hoc legato videtur esse: at nihilominus vtile legatum esse Celsus ait. Idem Iuliano videtur, *l. si sic §. 1. lib. 1. cum quidam*, inquit, *vxori suæ dotem, &c.* non mouetur Celsus his verbis, *quæ ei debeo dotis nomine*, est enim superuacua, cum initio sit expressa quantitas certa, puta quadraginta: non potest igitur hæc demonstratio vitiare legatum, *l. 3. C. de falს. cauſ. adiec. l. vel sideic. l. legaui, in fine, inf. de liberat. leg.* superuacua scriptura non perimit legatum. Solent testatores huiusmodi multa legatis prætexere in quibus nihil est momenti ad legatum vitiandum, & notandum quod ait, *Hoc tamen prætextu*, & inde fit summarium legis, *Prætextu non perimi legatum.* Non mouetur etiam Celsus verbo *reddendi*, quo vsus est testator, quia & *dandi* significatio simplex huic verbo inest, *l. qui vxori inf. de aur. & arg. leg.* Propriè tamen *reddere* est de alieno, *dare*, de suo, *l. 1. §. eleganter, sup. depos.* quæ duo verba olim non paruam controuersiam fecerunt inter Philippum & Athenienses: nam cum Alonesus insula antiquitus fuisset maris Attici, & eam inuasissent latrones, & eos deinde insula Philipp. eiecisset, Athenienses eam à Philippo repetebant quasi suam, & bellum minitabantur nisi redderet, ille dicebat se non redditurum, sed daturum si vellent, ὡς ἑαυτῷ ὄν. Demosthenes & Egesippus de Aloneso. Athenienses reddi sibi, non dari volebant. Cum testator legat rem propriam, vel rem quæ pecunia propria redimitur, aut pensatur, propriè dicitur dare & legare: cum vxori legat dotem, non legare dicitur, sed reddere, & relegare, quia res vxoris est, non testatoris, *l. cum pater §. fidei 2. hic.* & sæpe in *tit. de dot. præleg.* siue *de dote relegata*, vt malunt quidam, vtrumque dicitur rectè. Proinde aliud est *legatum* aliud *relegatum*: *legatum* est datio rei propriæ, *relegatum*, est redditio rei alienæ cum aliquo emolumento, alioqui inane esset: aliud legare, aliud relegare, aliud dare, aliud reddere. Reddere est potius *facere* quam *dare*. in actionibus in personam solemnia sunt hæc verba, *Aio te dare facere oportere*. damus accipienti, facimus cum reddimus recipienti: itaque in ea formula *facere* est veluti insulam ædificare. Itemque *facere* est obligationem alienam in se suscipere, *l. si mandato meo §. quoties sup. mand. faciendi causa, non dandi tenetur*, id est, suscipere obligationem tenetur. *Dare* est dominium transferre in accipientem, *facere* est veluti ædificare, aut obligationem alienam in se suscipere. Itemque *reddere*, aut *restituere facere* est, *l. faciendi, inf. de verb. signif.* quæ lex est referenda ad formulam actionis in personam, vt in ea intelligatur *faciendi* verbum complecti *reddendi* causam. Itaque cum qui agit depositi, hic nimirum agit de reddenda re, rectè tamen intendere ita, dare facere oportere, quia *facere* accipitur pro *reddere*. Sed vt hæc lex ait, *verbum reddendi etiam per se*, id est simpliciter, *dandi significationem recipit*. Itaque in legato hoc verbum vitium non facit vllum; & verum est quadraginta deberi vxori; quadraginta dari oportere etiamsi reddi iusserit.

Ad L. XXII.

Lucius Titius in testamento suo, Publio Mæuio, militiam suam reliquit, siue pecuniam eius quæcunque redigi ex venditione eius potuerit, cum suis commodis. Sed cum superuixit testamento Lucius Titius, militiam vendidit, & pretium elegit, & dedit ei cui eam militiam vel pretium eius testamento dari voluerit. Post mortem Lucij Titii iterum Publius Mæuius vel militiam, vel pretium eius, ab heredibus Lucij Titii eligebat. Celsus: existimo pretium militiæ præstari non oportere: nisi legatarius ostenderit, testatorem & post factam solutionem iterum eum pretium militiæ accipere voluisse. Quod si non totum pretium militiæ, sed partem viuus testator legatario dedit: reliqui superesse exactionem: nisi heres & ab hoc decessisse testatorem ostenderit: onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum, pertinet qui fideicommissum recusat.

HÆc lex est de legato militiæ: militia est officium, vel administratio quædam ciuilis aut Palatina, qua qui fungitur, de publico annonas & salaria percipit, & ita Zonaras *Apostol. Cano. 82.* στρατείας interpretatur quaslibet administrationes ciuiles, & Ambros. *Sermon. 7.* Salaria eorum officiorum petuntur actione extraordinaria, *l. creditor §. inter, sup. de action. emp.* sicut procuratores priuatorum petunt etiam salaria sua extra ordinem, *l. salarium sup. mand.* & generaliter salaria omnia petuuntur extra ordinem, id est cognitione Prætoris aut Præsidis, non per iudicem. Porro militiæ illæ vendi plerumque poterant, dignitates vendi non poterant, id est potestates iuris dicundi, & pignori obligari, vt militia Silentiariorum qui excubias agunt in Palatio principis, & militia adiutorum Quæstoris *l. vlt. C. de pignor. l. 5. C. qui milit. poss. l. vlt. C. de inof. test. Nou. 35. & 53.* Zonaras supra dicto loco numerat inter militias annonarum militarium dispensationem ἀννωνῶν στρατιωτικῶν διανομήν, hoc est primipili munus, & hanc quoque militiam vendi potuisse opinor, quin & casus huius militiæ transmittebatur in heredes, & in liberos etiam non heredes, qua de causa constitutum esse arbitror, ex causa primipili à parte administrati filios teneri, etiamsi patri heredes non extiterint, *l. si tutores, C. de compens. l. vlt. C. de primip.* quia scilicet militia hæc, vel casus eius militiæ ad liberos redit, etiamsi patri heredes non extiterint, id est, etiamsi patris successores non sint, in militia tamen patris succedunt. Eodem vero modo huiusmodi militias legare quilibet potest, siue quas habet, siue quas non habet. In specie huius legis proponitur, quemdam militiam legasse, aut pretium eius: erat enim eius militiæ commercium. Hoc adiecit, *cum suis commodis*, commoda vocat reliqua annonarum sibi debitarum, vt fundi solent legari cum reliquis colonorum, qua de re sunt loci innumeri: ita etiam hic militia legatur cum reliquis annonarum. Puto multum interesse militiam suam quis leget, an eam quam non habet: si quam non habet militiam legauerit, æstimationem eius legare videtur, quanti solet emi, sicut si tribum legauerit; pretium enim quanti tribus emi potest legare videtur, *l. Patronus inf. lib. 3.* eademque est ratio tesseræ frumentariæ, vt qui legat tesseram frumentariam, videatur legare pretium eius *l. mortuo §. 1. l.*

Titia Seio, hic. Itaque nihil refert leges tribum, militiam, tesseram quam non habes, an comparari iubeas legatario: nam heres pretium præstare tenetur legatario, siue legaueris hoc, siue illo modo. Itemque heres præter pretium debet præstare sportulas, quæ pro introitu erogari solent, *l. pen. §. pen.* & *vlt. lib. 3.* hoc erat in more positum vt pro introitu qui promouebantur in ordinem & gradum aliquem darent sportulas, dabant Senatores recentes in ipso introitu senatui vniuerso, decuriones, sacerdotes, memoriales, & alij quicunque in militiam aliquam ciuilem conscribebantur, vel in tribum aliquam vrbis Romæ. Hi tribulibus dabant sportulas. Et porro ei cui legatur tribus vel militia non tantum & pretium debetur, sed etiam sportulæ, aut æstimatio sportularum. Non sunt tamen legata hæc tribus, militiæ, tesseræ comparanda legato rei alienæ, quod videretur dicendum prima specie: quia sicut ex legato tribus, militiæ, tesseræ æstimatio debetur, ita & in legato alienæ rei, si res non possit comparari iusto pretio, *l. non dubium §. vlt. lib 3.* Sed in hoc est differentia, quod legatum rei alienæ consistit in corpore potius quam in æstimatione; & ideo si legatarius eam rem nactus sit ex causa lucratiua, puta ex donationis causa, legati petitio consumitur, si eam nactus sit viuo testatore, §. *si res aliena, de leg.* quia eiusdem corporis duæ causæ lucratiuæ in eadem personam concurrere non possunt: id est, qui corpus nactus est ex causa lucratiua, non potest hic rursus nancisci aut repetere ex alia causa lucratiua: Tesseræ autem frumentariæ legatum consistit non in corpore illo tesseræ, quod est perexiguum: est enim calculus quidam: non etiam in frumenti corpore, sed in quantitate consistit inscripta tesseræ: nam exempli gratia ita erat inscriptum tesseræ, *Lucio Titio centum modios frumenti*: hanc tesseram ostendebat mensori frumentario, & modum inscriptum accipiebat de publico, & conditis in horreis publicis. *Non hac vt quisque Velina Publius emeruit scabrosum tesserula far*, Persius. Militiæ quoque & tribus legatum in certo corpore non consistit, sed in certa quantitate annonarum, quæ præbentur à principe vel republica eis quibus debentur, quod sint in eam tribum allecti, & conscripti, vel militiæ cuiusdam iure: & ideo is qui tesseram, aut tribum, aut militiam legatam viuo testatore nactus est ex causa lucratiua, non prohibetur legatum petere, quia eiusdem quantitatis duas causas lucratiuas in eadem personam concurrere nihil vetat, *d. l. Titia Seio hic.* Vænales enim fuerunt tesseræ frumentariæ, annonæ ciuiles, panes ciuiles, sitarchiæ, sic appellantur variæ, venalia præbenda: sic absolute etiam veteres loquebantur, Romæ primum, *l. sed et si suscepit §. 1. sup. de iudiciis*, tum Constantinopoli, *No. 88.* deinde Alexandriæ, *l. 2. C. de frum. Alexandr.* non in aliis ciuitatibus. Aliarum ciuitatum ciues non alebantur de publico iure tesseræ, aut tribus, vel militiæ. Et inde in Codice tres tit. *de Can. frum. vrb. Roma*, & alius, *de frum. vrb. Constant.* & alius, *de frum. Alex.* Diximus de eo qui militiam cum non haberet militiam legauit: dicamus de eo qui suam legauit. ipsa militia omnimodo præstanda est, si eius sit capax, & si sit incapax, & incapaci sciens testator legauerit, ei debetur æstimatio: vt si seruo alieno legata sit militia, constat seruum non tantum armata militia, sed etiam ciuili arceri: & ideo si seruo legetur militia ciuilis, & legetur à sciente conditionem legatarij qua militia fungi non potest, debetur seruo vel domino eius æstimatio militiæ: & sic accipio *l. 11. § si seruo alieno, lib. 3.* sed & hoc legatum distat multum etiam à legato rei propriæ vel rei alienæ: nam si rem, id est corpus certum legauero ei qui eam capere non potest, ne æstimatio quidem debetur, *l. mortuo §. pen. hic, l. multum sup. de verb. oblig.* quia est illicitum legatum. Militiæ legatum in eo qui militia alienus est, non est omnino illicitum, quia hoc verbo militiæ quantitas potius & præbenda, quam corpus vllum significatur, & qui non est capax militiæ, summæ tamen capiendæ idoneus est: in specie huius legis dubitationis summouendæ causa, id latius expressit testator, dum dixit se legare militiam aut

A pretium eius, scilicet si militiæ legatarius idoneus non esset, vel si quo alio casu militia præstari non posset; quod etiamsi non dixisset, tamen subintelligeretur. Legauit igitur testator latius vim legati exprimens militiam suam, aut pretium eius, deinde testator post testamentum eam militiam vendidit, cum esset ex genere earum quæ vendi possunt, & redactum pretium ex militia dedit legatario; quæritur post mortem testatoris an legatario competat petitio legati, vt sibi præstetur militia vel pretium eius, quod negandum est: quia ipsemet testator soluit legatum, vt hodie plerique faciunt, qui maxime pietatis causa relicta legata, vt & hic Bartolus refert, ipsi repræsentant & soluunt ante mortem. Vtitur Celsus verbo *soluendi*, quod est notandum. Dicit testatorem ipsum soluisse legatario. in *l. huius fin. §. si Titio lib. 1.* testator donauit, non soluit. Species

B est: legauit disiunctiuo modo Sticum aut Pamphilum: vnum est legatum, & viuus donauit Pamphilum, post mortem eius iure legati petiit Stichum: nec enim legatum videtur soluisse testator qui Pamphilum dedit, cum non ex legati causa quasi solueret; sed ex donationis causa: hic solutione præuenit legatum, at si repugnet legatarius, & dicat defunctum non soluendi animo dedisse pretium militiæ, non recessisse à legato, hoc probare debet, cæterum præsumptio stat pro herede: & contra, si in eadem specie testator qui post testamentum militiam vendidit, partem pretij dederit legatario, post mortem reliqui petitio competit legatario, nisi heres probauerit adimere testatorem voluisse legatum aut fideicommissum, quod mera voluntate adimi potest. mutatæ voluntatis probatio ad heredem

C spectat, *l. 1. §. si rem, lib. 3.* alioquin qui soluit partem legati quod reliquit, non videtur minuere legatum, præsumptio facit pro legatario. Et inde Bart. colligit, si pater filiæ legauerit ducenta dotis nomine, deinde idem pater filiam nuptum collocauerit, & dederit in dotem centum tantum, superflui petitio competit iure legati, nisi heres probauerit patrem minuere legatum voluisse, quod optime ducitur ex hac lege, citat plures alias, ex quibus pessime idem ducit vt ex *l. cum pater §. pater certam, hic.* filiam exheredaui, filium institui: filiæ legaui ducenta dotis nomine, quæ volui filium stipulari de genero sibi reddi, scilicet soluto matrimonio, post mortem patris filius sororem nuptum collocauit, & dedit in dotem centum tantum, non ducenta, quæ pater legauerat dotis causa. lex ait, constare superesse filiæ reliqui petitionem, quia scilicet heres non potest

D minuere legatum: dubitatio est maior in quæstione proposita de testatore, qui potest minuere legatum, an minuerit? & vt diximus ex hac lege minuisse non præsumi, probationem, contrariæ voluntatis exigi ab herede. *L.* 23. exposui in *l. 8. §. 1. l. 11. §. vlt.* 25. exposuit, in *l. 2*[illegible].

Ad L. XXVI.

L. 26. Is cuius in seruo proprietas erat, fructuario herede instituto alicui eum seruum legauit, non potest heres exceptione doli mali vti exceptione, vti si legatarius vindicare seruum vellet, non relicto heredi vsufructu.

E IN l. 26. species proponitur huiusmodi: Cum Stichi proprietas esset mea, vsusfr. tuus, te heredem feci, & Stichum Titio legaui; quæritur vtrum nunda, an plena proprietas serui Titio debeatur? an heres possit deducere vsumfr. & respondetur, plenam proprietatem deberi; quia serui appellatione plena proprietas significatur. Non poterit ergo heres Titio petenti legatum opponere exceptionem doli, atque ea ratione deducere vsumfr. qui extinctus est confusione dominij, siue aditione hereditatis. Idem in fundo dici potest: nam si proprietarius fructuarium heredem fecerit, & ab eo fundum Titio legauerit, Titio omnimodo debetur plena proprietas fundi: quia hæc est fundi significatio, & in præstando legato non potest heres deducere vsumfructum quem habuit ante aditionem. An idem

dicemus si plena proprietas fundi fuerit mea, & tu in eo habueris seruiturem itineris, aut viæ, aut aliam similem, & te heredem fecero, & eum fundum Titio legauero? an Titio debetur fundus optimus maximus non deducto itinere? Non: nam licebit heredi ratione exceptionis doli deducere iter quod habuit in eo fundo ante aditionem, atque ita fundus seruus præstabitur, vt fuit ante aditionem heredis seruus, non præstabitur optimus maximus. Est quidem iter seruitus sicut vsusfr. & vtraque seruitus confunditur, extinguiturque aditione hereditatis; sed in hoc est differentia, quod iter partis fundi instar non habet, aliave seruitus prædij: vsusfr. partis fundi instar obtinet, *l. qui vsumfr. inf de verb. obl. Titio §. vlt sup. de vsufr.* Quod diximus in *l.* 20. positis differentiis duabus inter vsumfr. & proprietatem, in eis vsusfr. partis effectum non habet: at plurimum vsusfr. partis fundi instar obtinet. Fundus porro defuncto cum herede communis ab eo legatus si esset, totus ab herede præstandus esset: præstabitur ergo etiam plena proprietas, si nuda proprietas fundi legati defuncti fuerit, fructus heredis; non tamen liberabitur fundus legatus seruitute itineris debita heredi: fundi appellatio excludit seruitutem vsusfr. non tamen excludit seruitutem itineris, vel aliam similem. Denique heres cui in fundo legato iter constitutum erat ante aditionem, sed id aditio confudit, eum fundum non aliter præstabit legatario quam si seruitutem itineris confusam aditione legatarius iterum fundo patiatur imponi, & restituerit heredi, *l.* 18. *sup. de seruit. l. legat. §. vlt. lib.* 1. Heres autem cuius in fundo legato vsusfr. fuit ante aditionem, solidum fundum præstabit legatario, non redintegrato vsufructu. Et hæc differentia inter vsumfr. seruitutem personalem, & seruitutes prædiorum proponitur aperte in *l. cum filius §. duob. inf. hic.* Et ibi dicitur hæc differentia pendere ex voluntate defuncti: voluntas enim defuncti declaratur ex scripto: scripta notæ sunt voluntatis, *l illud § vlt. sup. de iur. codic.* Porro scripsit, se fundum legare, fundi appellatio plenum significat, liberum non significat: atque ita fundo legato non potest heres sibi seruare vsumfr. quem habebat in eo fundo. iter, & viam quam habebat, sibi potest seruare, posita exceptione doli mali. Idem omnino dicendum est, si in fundo legato vsumfr. non habuerit heres, vel aliam seruitutem, sed alius quidam extraneus: nam si fundi legati alienus vsusfructus sit, non heredis, etiam plena proprietas legatario debetur, nec educendus est vsusfr. ad herede, aut præstanda est actio eius, sicut si pars fundi legati aliena sit, id est, si fueris is fundus defuncto cum extraneo communis, totus fundus debetur legatario, si modo ita legauerit, *fundum Titianum do lego.* totus debetur legatario, sed si adiecerit meum, pars tantum debetur quam habet in eo fundo, *l.* 5. *in fin. sup. lib.* 1. & exemplo partis, si fundi legati vsusf. alienus sit, plenus fundus debetur legatario, quia vsusf. etsi reuera ius sit incorporale, non corporis, id est, fundi pars, tamen partis fundi instar obtinet, propterea quod omne emolumentum fundi continet, idque proditum est in *l. Mauius §. fundo, hic. l. seruo legato § fundus, lib.* 1. sed non idem dicemus in seruitute prædii. Nam si in fundo legato alij debeatur iter aut via, heres hac seruitute liberum fundum legatario præstare non cogitur, vt in eis locis ostenditur. Vsuifructui similis est possessio: nam si fundi legati proprietas testatoris, possessio aliena fuerit iure emphyteutico, vel superficiario, vel quo alio iure, vtrumque legatario debetur, quia vt vsusfructus, ita & possessio portionis instar obtinet, quandoquidem parum mihi profuerit proprietas nisi possedero, & fructus percepero. Eiusdem conditionis est pignus: Nam & fundum legatum pignoris obligatione soluere heres debet, quia iure pignoris auocari possessio potest, cum libuerit creditori, *l. si cum venditor. sup. de euict.* fundi ergo nomine significatur proprietas simul & vsusfructus, atque etiam possessio, & ea quidem vacua, certa, stabilis, & fundus quodammodo nomen est iuris, quo non tam corpus, quam etiam ius significatur, *l. cogi § inde quæritur, inf. ad Trebell.* vt omnibus fere vocabulis quibus vtimur, inest iuris intellectus quidam, vt cum hereditatem dicimus, aut peculium, aut dotem, non tam corpus quam ius dicimus successionis, vel peculij, vel dotis. Sequitur postea in *d. l. Mauius §. fundo: Si autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit:* aut est legendum, *præter istas causas*, vt Haloander, vel tollenda est negatio. *Legatum*, inquit, *præter istas causas non valebit*, aut *legatum propter istas causas non valebit*, id est, propter causam vsusfructus, vel pignoris, vel possessionis, non tamen propter causam seruitutis realis. Sententia est, si res mea mihi legetur pure, inutile legatum est, sed si res mea mihi legetur, cuius vsusfructus alienus est, vel cuius possessio aliena est, vel in qua alius ius pignoris habet, legatum valet, quia emolumentum aliquod habet, id est, proficit in hoc mihi, vt heres præstet mihi vsumfructum qui abest mihi, vel possessionem, vel proficit mihi ad liberationem pignoris, vt heres luat rem meam, *l si domus §. vlt. l. si tibi homo, in princip lib.* 1. *l.* 1. *inf. de liber. leg.* Eademque ratione egomet mihi legabor recte in *l. senatus §. vlt. lib.* 1. vt finge, me quidam redemit ab hostibus, suis nummis, recepi postliminio libertatem, vinculo tamen quodam pignoris redemptum obstrictus sum donec pretium soluero quo me redemit, *l. qui testamento* 2. *sup. qui testam. fac. poss.* quod pignus naturale dicitur, *l.* 2. *C. de postlim. reu. & red. ab host.* quia legitimi iuris ratione carere videtur liberum hominem esse pignori, neque tamen omnino abhorret à legibus antiquis, quæ & liberos homines creditoribus addici, necti, & in nexum ire volebant, & de redemptis ab hostibus eandem legem fuisse commemoratur in oratione ad Nicostratum: leges iubent, vt eius qui redemerit ab hostibus redemptus sit, donec pretium reddiderit. Igitur si me redemptum ab hostib. mihi legaueris, legatum valet, & proficit ad liberationem pignoris, quo vinculo eram obstrictus redemptori: qui nunc & me mihi legat pignus remittit. Eademque ratione si rem meam mihi leget quis, quæ est ei pignori obligata, vel etiam quæ alij est pignori obligata, aut heredi legatum est vtile, & proficit ad liberationem pignoris. Diuersum est si mihi legetur fundus meus in quo alius habet iter aut viam. Non legatum est inutile: fundum qui legat non optimum maximum legat, sed plenum & vacuum, quæ est summa huius quæstionis.

Ad L. XXVII.

Si illud aut illud legatum est: si sub contrariis conditionibus aliud atque aliud legatum est, vnum legatum esse arbitramur. neque refert & heredum & eorum quibus legatum est, diuersas personas esse: veluti si ita legatum est: si Nerua consul factus erit, Titius heres Attio fundum: Si non erit Nerua consul factus, Seius heres Mauio centum dato.

Legem 27. exposui in l. 8. §. 1 sup.

Ad L. XXVIII.

Cum patronus ex debita parte institutus, fideicommissum relictum ab eo præstare non cogitur: si omiserit institutionem, qui eam partem vindicant, vtrum eodem modo retinere, an vero præstare debeant fideicommissum? & magis est, deberi fideicommissum: quoniam quod illius personæ præstaretur, hoc nequaquam ad alium pertinere deberet.

SCiendum est, patrono ex bonis libert. 1. lege Papia deberi semissem, hodie constitutione: Iustiniani trientem: & debetur quidem patrono is semis, vel triens sine onere æris alieni, & sine conditione, sine delatione, sine mora, *l. siue patronus §.* 1. *&* 2. *inf de iur. patron.* & est expressum constitutione Iustiniani: debetur etiam hæc portio patrono sine onere legati, aut fideicommissi, vt constat ex hac *l.* 28. Nam si à patrono scripto ex hac parte relinquantur fideicommissa non obligatur patronus fideicommissariis, quia hæc ei portio debetur pura sine onere vllo.

controuersam esse, aliud defendi posse; hoc enim verbo puto Iureconsulti vtuntur in re dubia, vt & ad Demosthenem Vlp. notat, νομίζω, λέγεται ἐπὶ ἀμφιβόλου. male Ioannes rationem conciliandæ pacis petit ex discrimine vsusfructus & proprietatis, in *d. l.* 1. agi de vsufructu legato, hic, de proprietate: verum hoc quidem est, sed non inde sumenda est conciliatio. & hoc vt verum esse intelligatur, fateor in tractatu de iure adscrescendi duas esse tantum differentias inter vsumf. & proprietatem: perperam quidam quatuor, sed illæ duæ differentiæ ad hoc non pertinent, idque vt tractetur faciam quæstiones quatuor, & in duabus prioribus non separabimus vsumfructum à proprietate; in posterioribus separabimus. Prima quæstio est inter quos versetur ius adcrescendi, in hac quæstione nihil distat, & constat inter coniunctos per vindicationem, vt si Primo & Secundo legetur proprietas vel vsusfructus, inter eos esse ius adcrescendi, itemque inter eos qui pro coniunctis habentur: nam *esse*, & *haberi* in hoc tractatu idem valet: In separatis distinguo. alij sunt separati quibus nominatim partes legantur. inter eos non est ius adcrescendi, sicut nec inter eos quibus diuersæ res legantur. Porro diuersæ res legantur cum adscribuntur statim initio diuersæ partes. non potest igitur inter eos constitui ius adcrescendi, *l. 1. in princ. & l. 6. §. 1 eod* Item nec inter eos qui pro separatis habentur, id est quibus etsi non sint adscriptæ partes, adscriptæ tamen statim initio intelliguntur, quales sunt duo heredes, à quibus deducto vsufructu proprietas legatur: nam in persona heredum vsusfructus qui deducitur, statim constitui intelligitur pro portionibus hereditariis: & ideo inter eos non est ius adcrescendi, & amissa pars vsusf. non adcrescit coheredi, sed consolidatur cum proprietate, *d. l.* 1. §. 1. *& l. 2. eod.* Eiusmodi sunt hi quibus per damnationem eadem res legatur sine partibus, vt dixi *l.* 7. Alij sunt separati, quibus eadem res separata oratione legatur non adscriptis partibus, *& Primo lego fundum, Secundo lego eundem fundum*, & inter eos est ius adcrescendi, siue proprietas, siue vsusfructus legetur, modo per vindicationem, *d. l. 1. §. interdum* Illud semper meminisse oportet, eos qui vtuntur inter se iure adcrescendi, ab initio solidum habere, concursu partes facere, & eum qui non concurrit partem facere alteri, id est, alterum totum vindicare, quod & ab initio totum soli relictum intelligitur: concursum autem semper facere æquas partes: & ideo in *d. l. 1. §. 1. non æquis partibus, sed pro dominicis non æquis partibus*, id est non per concursum. qui autem non vtuntur inuicem iure adcrescendi, partes habent ab initio, non concursu, & is etiam qui non concurrit, partes facit, hoc est certum. Secunda quæstio est, qui pro coniunctis habeantur vt vtantur iure adcrescendi, & qui pro separatis ne vtantur, veluti duo pluresve domini quorum seruo communi legatum est, vtrum pro coniunctis, an pro separatis habeantur. & hac etiam in quæstione dicit, nihil distare vsumfructum à proprietate: nam qua ratione inducitur coniunctio vel separatio in proprietate, eadem inducitur in vsufructu. Et licet in hac quæstione dissideant Iulianus & Celsus, non dissident, facta differentia vsusfructus & proprietatis: nam si dissiderent, nullum esset dissidium, sed dissident omnino in re ipsa. Iulian. in *d. l. §.* 1. non spectat naturam vsusfructus legati, id est, non mouetur eo, quod vsusfructus legatus sit, sed spectat personam serui cui legatum est, quæ cum sit vnica, colligit legatum non posse scindi, & eum dominum qui agnouit legatum, inuitum totum amplecti, socio repudiante. Et sic etiam Celsus hic non mouetur legato proprietatis, sed spectat personam dominorum. Et ob id eos habet pro separatis in hoc legato: cur nos ex eo quod illi non spectarunt, differentiam constituemus & omittemus quod potissimum spectarunt? inde dissensio, non quod sit vsusfr. hic proprietas legata sit. Tertia quæstio hæc est, inter quos versetur ius adcrescendi, quo tempore spectetur, an concurrant. Et in hac quæstione sit ne separandus vsusfr. à proprietate. si proprietas duobus legetur, an concurrant eo spectatur vindicandi & agnoscendi legati tempore

A duntaxat. Hoc enim spectatur, an vterque vindicet legatũ, an aliquis repudiet vel omittat, & vno repudiãte, pars eius adcrescit alteri, vtroque vindicante legatum, consumitur ius adcrescendi: Nam si vterque vindicarit legatum, & postea vnus ex eis desierit concurrere, id est, amiserit partem suam quam vindicauerat, ea pars iam alteri adcrescere non potest. sed si duobus vsusfructus legetur, siue vindicandi legati tempore, siue quolibet alio tempore postea non concurrat vnus, alter totum vsumfructum habebit, & vtroque vindicante legatum vsusfructus, nondum absumptum intelligitur ius adcrescendi: nam si postea vnus ex eis vsumfructum quem vindicauerat pro parte amiserit non vtendo, vel capitis deminutione, pars eius alteri adcrescit, perinde atque si initio repudiasset, *d. l. 1. §. interdum*.

B Et ratio differentiæ est, quia proprietas constituitur & apprehenditur semel eo solo tempore quo vindicatur, & ob id quis concurrat eo solo tempore spectatur, & qui eo tempore concurrit, concurrere deinceps videtur semper, licet amittat partem suam: atque ideo amissa pars alteri non adcrescit, vsusfructus autem in perceptione consistit, in facto eius qui fruitur, *l. 1. in princ sup. quando dies vsusf.* Qui legat proprietatem hoc dicit, *vindicato rem illam*, quod vulgo actu completur. qui legat vsumfructum, hoc videtur dicere, *hoc & illo, & illo die, & deinceps reliquis vtere fundo meo.* quod dixerit, *deinceps*, eleganter Celsus & Iulianus qui in hac re consentiebant, aiunt vsumfructum quotidie *constitui & legari, d l. 1. §. interdum. constitui & legari*, id est, constitui iure legati ἐν διαθήκῃ. Quamobrem quando non concurrit quis in vsufructu, licet initio con-

C currat, videtur non concurrere in constituendo vsufructu, & ideo pars eius adcrescit alteri. Vnde quod ait Iulianus in *d l. 1. §. 1.* (& ad id accurate animaduertendum) *vno ex dominis repudiante, vel amittente legatum relictum seruo communi, alterum totum habere*, quatenus ait, *amittẽte*, hoc proprie pertinet ad vsumfr. legatum, nec extendi potest ad proprietatem: quatenus ait, *repudiante*, hoc & ad proprietatem, & ad vsumfructum pertinet: repudiatur delatum legatum in ipso initio: amittitur acquisitum iam legatum post acquisitionem: Repudiantis autem portio adcrescit non repudianti, siue proprietas, siue vsusfructus legetur. in amittente separatur proprietas ab vsufructu: nam amittentis fructuarij pars adcrescit collegatario. amittentis proprietarij pars non adcrescit collegatario. qua de causa

D etiam hæc lex 20. quæ est de proprietate legata loquitur de repudiante socio, non de amittente: ait enim, *omiserit*, quod est non agnoscere legatum in ipso initio deferendi legati. Aliud est certe amittere, aliud omittere. omittimus delata nondum acquisita, amittimus acquisita. Par autem est causa repudiantis & omittentis. repudians cum omittente coniungitur, & vere dici potest, repudiantem palam omittere, omittentem tacite repudiare. Quarta quæstio est, an collegatario qui omisit suam partem adcrescere possit: & in hac etiam quæstione separatur vsusfructus à proprietate: Nam in proprietate ei qui amisit suam partem non adcrescit pars alterius quæ postea deficit. in vsufructu autem etiam non habenti suam partem adcrescit: ratio differentiæ est, quia vsusfructus heret personæ, personam sequitur, cum persona finitur: & ideo personæ adcrescit non

E portioni, deque persona adcrescit etiam non habenti portionem suam, proprietas rei adhæret, & vt in *l. si Titio sup. de vsufr.* sicut alluuione portio portioni adcrescit, ita iure adcrescendi quod est ciuile, proprietatis portio portioni adcrescit non personæ, proinde proprietatis portio non adcrescit ei qui portionem suam amisit, *l. interdum, de vsufr. adcresc.* quam emendare quidam infœliciter conantur. Propositio legis hæc est: vsumfructum acquiri interdum etiam non habenti suam partem, sed amittenti, quod proponitur ad differentiam proprietatis. Species est: duobus legatus est vsusfructus. vnus petiit vsumfructum pro sua parte à possessore qui se liti obtulit: liti se offerre dicitur reus semper qui dicit se possidere. Igitur aduersus eum qui se liti obtulit, id est, possessorem vnus ex legatariis

petiit vsumf. pro sua parte & non obtinuit, amisit partem suam, mox & confestim alter qui non est litem contestatus cum possessore, amisit etiam suam partem alia ratione, puta non vtendo, lex ait, hunc qui litem contestatus non est & amisit suam partem alia ratione à possessore vindicaturum partem dimidiam vsusfructus quam amisit is qui cum eo litem contestatus est, quia ea pars non debet possessori cedere siue proprietario, sed debet adcrescere collegatario, licet is portionem suam amiserit, quia vsusfructus personæ adcrescit, etiamsi amissus sit: ideoque res iudicata non tam possessori proficiet quam collegatario qui litem contestatus non est. Et hæ duæ sunt differentiæ tantum inter proprietatem & vsumf. in quæstione adcrescendi, nihil vero pertinent ad quæstionem huius legis: male igitur conciliat Ioannes Proculeianos & Sabinianos.

Ad L. XXI.

Cum quidam vxori suæ dotem reddidisset: quadraginta ei legare voluisset: & quanquam sciret dotem redditam, hoc tamen prætextu vsus esset, quasi dotis reddendæ nomine eam summam legaret: existimo deberi quadraginta. Etenim reddendi verbum quanquam significationem habeat retro dandi, recipit tamen & per se dandi significationem.

Species est. Qui dotem quam acceperat ab vxore, iam vxori eam reddiderat soluto matrimonio, vel constante matrimonio: nam quibusdam casibus sic dos reddi potest, *l. mutui, sup. de iur. dot.* is vxori testamento legauit his verbis: *Heres meus reddito vxori meæ quadraginta quæ ei debeo dotis nomine*, bis pecasse videtur: nec enim quicquam debet dotis nomine qui iam reddidit totam dotem: nec si heres quadraginta numerauit, reddere hoc erit, sed dare: duplex igitur vitium in hoc legato videtur esse: at nihilominus vtile legatum esse Celsus ait. Idem Iuliano videtur, *l. si sic §. 1. lib. 1. cum quidam*, inquit, *vxori suæ dotem, &c.* non mouetur Celsus his verbis, *quæ ei debeo dotis nomine*, est enim superuacua, cum initio sit expressa quantitas certa, puta quadraginta: non potest igitur hæc demonstratio vitiare legatum, *l. 3. C. de falsf. cauf. adiec. l. vel fideic. l. legaui, in fine, inf. de liberat. leg.* superuacua scriptura non perimit legatum. Solent testatores huiusmodi multa legatis prætexere in quibus nihil est momenti ad legatum vitiandum, & notandum quod ait, *Hoc tamen prætextu*, & inde fit summarium legis, *Prætextu non perimi legatum.* Non mouetur etiam Celsus verbo *reddendi*, quo vsus est testator, quia & *dandi* significatio simplex huic verbo inest, *l. qui vxori inf. de aur. & arg. leg.* Proprie tamen *reddere* est de alieno, *dare*, de suo, *l. 1. §. eleganter, sup. depos.* quæ duo verba olim non paruam controuersiam fecerunt inter Philippum & Athenienses: nam cum Alonesus insula antiquitus fuisset maris Attici, & eam inuasissent latrones, & eos deinde insula Philipp. eiecisset, Athenienses eam à Philippo repetebant quasi suam, & bellum minitabantur nisi redderet, ille dicebat se non redditurum, sed daturum si vellent, ὡς ἑαυτῷ ὄντα. Demosthenes & Egesippus de Aloneso. Athenienses reddi sibi, non dari volebant. Cum testator legat rem propriam, vel rem quæ pecunia propria restituitur, aut pensatur, proprie dicitur dare & legare: cum vxori legat dotem, non legare dicitur, sed reddere, & relegare, quia res vxoris est, non testatoris, *l. cum pater §. fidei 2. hic.* & sæpe in *tit. de dot. præleg.* siue *de dote relegata*, vt malunt quidam, vtrumque dicitur recte. Proinde aliud est *legatum* aliud *relegatum*: *legatum* est datio rei propriæ, *relegatum*, est redditio rei alienæ cum aliquo emolumento, alioqui inane esset: aliud legare, aliud relegare, aliud dare, aliud reddere. Reddere est potius *facere* quam *dare*. in actionibus in personam solemnia sunt hæc verba, *Aio te dare facere oportere*. damus accipienti, facimus cum reddimus recipienti: itaque in ea formula *facere* est veluti insulam ædificare. Itemque *facere* est obligationem alienam in se suscipere, *l. si mandato meo §. quoties sup. mand. faciendi causa, non dandi tenetur*, id est, suscipere obligationem

A tenetur. *Dare* est dominium transferre in accipientem, *facere* est veluti ædificare, aut obligationem alienam in se suscipere. Itemque *reddere*, aut *restituere facere* est, *l. faciendi, inf. de verb. signif.* quæ lex est referenda ad formulam actionis in personam, vt in ea intelligatur *faciendi* verbum complecti *reddendi* causam. Itaque cum qui agit depositi, hic nimirum agit de reddenda re, recte tamen intendere ita, dare facere oportere, quia *facere* accipitur pro *reddere*. Sed vt hæc lex ait, *verbum reddendi etiam per se*, id est simpliciter, *dandi significationem recipit.* Itaque in legato hoc verbum vitium non facit vllum; & verum est quadraginta deberi vxori; quadraginta dari oportere etiamsi reddi iusserit.

B

Ad L. XXII.

Lucius Titius in testamento suo, Publio Mæuio, militiam suam reliquit, siue pecuniam eius quacunque redigi ex venditione eius potuerit, cum suis commodis. Sed cum superuixit testamento Lucius Titius, militiam vendidit, & pretium elegit, & dedit ei cui eam militiam vel pretium eius testamento dari voluerit. Post mortem Lucij Titii iterum Publius Mæuius vel militiam, vel pretium eius, ab heredibus Lucii Titii eligebat. Celsus: existimo pretium militiæ præstari non oportere: nisi legatarius ostenderit, testatorem & post factam solutionem iterum eum pretium militiæ accipere voluisse. Quod si non totum pretium militiæ, sed partem vivus C testator legatario dedit: reliqui superesse exactionem: nisi heres & ab hoc decessisse testatorem ostenderit: onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet qui fideicommissum recusat.

Hæc lex est de legato militiæ: militia est officium, vel administratio quædam ciuilis aut Palatina, qua qui fungitur, de publico annonas & salaria percipit, & ita Zonaras *Apostol. Cano. 82.* στρατείας interpretatur quaslibet administrationes ciuiles, & Ambros. *Sermon. 7.* Salaria eorum officiorum petuntur actione extraordinaria, *l. creditor § inter, sup. de action. emp.* sicut procuratores priuatorum petunt etiam salaria sua extra ordinem, *l. salarium sup. mand.* & generaliter salaria omnia petuuntur extra ordinem, id est cognitione Prætoris aut Præsidis, non per iudicem. Porro D militiæ illæ vendi plerumque poterant, dignitates vendi non poterant, id est potestates iuris dicundi, & pignori obligari, vt militia Silentiariorum qui excubias agunt in Palatio principis, & militia adiutorum Quæstoris *l. vlt. C. de pignor. l. 5. C. qui milit. poss. l. vlt. C. de inof. test. Nou. 35. &* Zonaras supra dicto loco numerat inter militias annonarum militarium dispensationem πριμιπιλον στρατιωτικῶν ... hoc est primipili munus, & hanc quoque militiam vendi potuisse opinor, quin & casus huius militiæ transmittebatur in heredes, & in liberos etiam non heredes, qua de causa constitutum esse arbitror, ex causa primipili à parte administrati filios teneri, etiamsi patri heredes non extiterint, *l. si tutores, C. de compens. l. vlt. C. de primip.* quia scilicet militia hæc, vel casus eius militiæ ad liberos redit, etiamsi patri heredes non extiterint, id est, etiamsi patris successores E non sint, in militia tamen patris succedunt. Eodem vero modo huiusmodi militias legare quilibet potest, siue quas habet, siue quas non habet. In specie huius legis proponitur, quemdam militiam legasse, aut pretium eius: erat enim eius militiæ commercium. Hoc adiecit, *cum suis commodis*, commoda vocat reliqua annonarum sibi debitarum, vt fundi solent legari cum reliquis colonorum, quæ de re sunt loci innumeri: ita etiam hic militia legatur cum reliquis annonarum. Puto multum interesse militiam suam quis leget, an eam quam non habet: si quam non habet militiam legauerit, æstimationem eius legare videtur, quanti solet emi, sicut si tribum legauerit; pretium enim quanti tribus emi potest legare videtur, *l. Patronus inf. lib. 3.* idemque est ratio tesseræ frumentariæ, vt qui legat tesseram frumentariam, videatur legare pretium eius *l. mortuo §.*

reditatis accrescunt cum onere: sed constituta est noua differentia, vnde portio hereditatis repudiata coheredi accrescit quasi substituto cum onere constitutione Seueri, cum legatum tamen quod repudiat legatarius non remanet apud heredem cum onere nisi remedio cessionis, subsidio vtilis actionis in factum.

Ad L. XXXX.

Quidam in testamento ita scripsit: Reipublicæ Grauiscanorum lego in tutelam viæ reficiendæ, quæ est in colonia eorum, vsque ad viam Aureliam *quæsitum est. an hoc legatum valeat Iuuentius Celsus respondit, Propemodum quidem imperfecta est hac scriptura,* in tutelam Aureliæ viæ: *quia summa adscripta non est. potest tamen videri tanta summa legata quanta ei rei sufficeret: si modo non apparet aliam fuisse defuncti voluntatem aut ex magnitudine eius pecuniæ, aut ex mediocritate facultatum, quas testatrix reliquit: tunc enim officio iudicis secundum æstimationem patrimonij & legati, quantitas definiri potest.*

IN hac lege quidam proponitur in hunc modum legasse *Reip. Grauiscanorum lego, &c.* Colonia Grauiscæ, vt Liuius scribit *lib. 40.* deducta est in agrum Hetruscum. viam quoque Aureliam fuisse in agro Hetrusco constat ductam à porta vrbis Romæ Aurelia in Hetruriam. Legauit igitur Reip. Grauiscanorum in tutelam viæ reficiendæ quæ post viam Aureliam excipiebat & ducebat Grauiscas. non legauit in tutelam Aureliæ viæ, vt Accursius dixit, & paulopost Accursius legit & Flor. *hac scriptura in tutelam Aureliæ viæ,* vbi rectius Haloander, *hac scriptura in tutelam viæ,* quia non legauit in munitionem Aureliæ viæ, quę erat Consularis via & militaris, sed in tutelam & refectionem eius viæ quæ post Aureliam excipiebat. Legauit autem ita non adiecta certa summa: neque enim dixit, quantum legaret. Hoc legatum videtur esse inutile, quia non est adscripta certa summa: sed Celso placet magis valere legatum, non fauore relicti, vt Accursius ait, sed quia causa legandi veluti certam quantitatem exprimit, quantum viæ tuendæ reficiendæ satis est, quæ tamen quantitas erit temperanda ad modum finemque facultatum defuncti. Non est igitur incertum legatum vel incertæ quantitatis, quia causa legandi satis denuntiat quantitatem. Eadem est ratio alimentorum legatorum sine adiectione summæ, *l. pen. inf. de alim. legat.* Eadem ratio legati annui, vel menstrui, vel diarij. quod tantum potest quantum alimentorum legatum: nam qui annum legat, alimenta legat; qui menstruum, alimenta legat, *l. si cui annuum, inf. de ann. legat.* Hæc legata valent etiam non adscripta summa, quia alimentorum, vel annui verbum veluti certam quantitatem exprimit, quantum scilicet ei alendo sufficit, quæ tamen etiam moderanda erit secundum vires facultatum defuncti. Eadem est ratio dotis legatæ, si modo pater eam legauerit in *l. cum post §. gener, sup. de iur. dot.* Quia, vt vere dicitur, officium patris est dotare filiam. De his officijs etiam tacente patre constat ratio, modusque certus, qui tamen non ita constat, si extraneus dotem promiserit sine adiectione summæ, vel si legauerit, vel si mulier marito dotem promiserit sine adiectione summæ, *l. 1. C. de dot. promiss.* Ea promissio nulla est, legatum nullum, quia vel minima summa dos dici potest, & hic non suppetit formula vel argumentum vnde certa ratio constituendæ dotis iniri possit. Et in summa ita est: pater cum dotem dicit, etiamsi nihil adjiciat, certum dicit, quia hoc videtur dicere quod ex officio debet conficere filiæ nubili. At extraneus qui dotem dicit, non adiecta quantitate, incertam plane rem dicit; quia in extraneo nullum officium excogitari potest quod rem certam reddat: quæ distinctio inter patrem & extraneum refertur ab Accursio in supradictis locis, & Harmenopulo probatur excitauit eam. quæstionem prius Ioannes Neustrius in libris, quos inscri-

Digest.

A psit δοκαιηγαμίας, eandem & Duarenus mouet. Eadem porro est ratio legis 12. *inf. lib. 3.* Testator libertatem dedit & rogauit heredem vt eum doceret artificium vnde se tueri posset. an dicemus inutile esse fideicommissum, quod non dixerit quam artem doceri seruum vellet: nam palam est ex re ipsa testatorem de eo artificio sensisse cuius capax esset seruus, quod prætor fideicommissarius, vel arbiter constituet ex ætate serui, ex ingenio serui: & ideo legatum vtile est, cogiturque heres seruum docere artificium suis sumptibus cuius capax fuerit, habita semper ratione facultatum defuncti. Hæ quas retuli scripturæ imperfectæ sunt quodammodo, vt hæc lex ait, sed supplentur officio iudicis ex causa legandi, aliisque coniecturis, ex rei legatæ natura: quæ scripturæ non possunt suppleri
B deficientibus coniecturis, inanes sunt. vt si quis legauerit dotem extraneæ mulieri, non adscripta summa, vel si quis legauerit domum, nullam habens: hoc enim est derisorium, *l. si domus, lib. 1.* Incerta enim res & pene nulla legatur: alia ratione imperfecta scriptura est quæ etiam mutila & curta est, cui etiam vitio si mederi potest salua ratione recti sermonis, nihilominus legatum valet, vt si ita dixerit, *heres meus Titio fundum damnas esto,* nec adiecerit, *dare,* vel ita, *Titio decem dari,* nec adiecerit *volo,* quæ oratio decurtata est, & ἐλλιπὴς, legatum valet. & plus dictum quam scriptum videtur, *l. vnum §. si omissa, inf. hic, l. si in testamento, lib. 1. l. verbum, C. de fideicommis.* Et plerumque in hoc genere sermonum verbum quod deest, repetitur ἀπὸ κοινοῦ, vt si cum ita dixisset, *Titio dari volo fundum,* subiecerit, *& Caio decem,* repetitur ἀπὸ κοινοῦ, *dari*
C *volo.* vt in *6. in Verrem R.sp. detrimentum fecit quod per te ius imperij imminutum est sicuti quod hic plus impositum est, quam inferre possent,* intelligitur ἀπὸ κοινοῦ sicuti detrimentum fecerunt. Sed si quod repetitur ἀπὸ κοινοῦ non congruat recte orationi, inutile legatum est, quod vitio legati mederi non detur, vt si ita dixerit, *Lucius Titius fundum illum capito, & Caio decem.* Caio nihil deberi videtur, quia imperfecta scriptura est cui ἀπὸ κοινοῦ salua ratione recti sermonis non potest accommodari *capito,* & licet hic videatur voluisse dicere, *& Caio decem do lego,* tamen sententiæ eius scriptum non congruit, nec sententiā eius scriptum admittit, nec per repetitionem conseruanda est ratio recti sermonis, *l. Plautius, inf. de auro & arg. leg.* & hoc ait *cum pater §. cum imperfecta, inf. hic, cum imperfe-*
D *cta scriptura, &c.* Quod ait *ad communionem,* id est, quod Grammatici dicunt ἀπὸ κοινοῦ, Quod ait, *verum quod præcedit aut sequitur,* notat duplicem repetitionem ἀπὸ κοινοῦ duplicemve figuram ζεύγματος à præcedentibus, & à sequentibus vtique repetitio ἀπὸ κοινοῦ. Quod ait, *si dicto scriptum congruat, dicto,* id est, ei quod est scriptum, quod tamen dictum intelligitur, plus intelligitur sæpe dictum quam scriptum, & id quod intelligitur dictum valet, si tamen scripto congruat, id est, si construi cum scripto possit.

L. 31. exposui in l. 17.

Ad L. XXXII.

E *Omnia quæ in testamentis sine die vel conditione adscribuntur ex die aditæ hereditatis præstentur.*

IN hac lege proponuntur variæ regulæ pertinentes ad legata & fideicommissa: est enim ex libro regularum. Prima est, *omnia quæ testamentis,* hæc regula est de puris relictis, sequens siue §. 1. de conditionalibus, & ait, omnia legata & fideicommissa, & libertates ex die aditæ hereditatis valere incipiunt, competunt, præstantur. Item tutelæ ex eodem die incipiunt & valent, *l. tutores, l. si nemo supra de testam. tut.* Sciendum autem necessario hic est, aliud esse diem legatorum cedere, aliud deferri legata, aliud acquiri legata, cedit dies legatorum vel fidei-

commissorum ex die mortis iure antiquo, ex apertis tabulis lege Papia. Cessionis effectus hic est, vt transmittantur legata aut fideicommissa in heredem legatarij, si moriatur post diem legati cedentem; nam si moriatur antequam dies cesserit legati, nihil transmittit in heredem suum, & ita Theophilus cessionem definit, legatorum quæ nondum percepta sunt, ad heredes transmissionem, etiam scilicet si nec delata sint, nec quæsita; quamobrem hodie cum restitutum sit ius antiquum, sublata lege Papia, id est, cum legatorum & fideicommissorum dies cedat à morte testatoris, si legatarius moriatur post mortem testatoris, transmittit legatum in heredem suum, etiamsi moriatur ante apertas tabulas, fiscus excluditur. Deferuntur legata ex die aditæ hereditatis. Delationis effectus est vt peti, vindicari, agnosci ac repudiari possint; nondum enim delata peti non possunt, *l. 1. §. decretalis*, *. de succes. edic.* Igitur aliud est cessio legati, aliud delatio, confundit tamen Theophilus in *§. si peculium, de legat.* delationem & cessionem, & confundunt sæpe nostri auctores. in libertatibus & tutelis sane confunduntur cessio & delatio: idem est cessionis, delationisve terminus, idemque dies, aditio hereditatis, quia libertates & tutelæ personis cohærent, & in heredes non transmittuntur. suo quoque vel necessario herede scripto legatorum & fideicommissorum, & omnium quæ testamentis scribuntur, cessionis & delationis dies idem est mors defuncti; statim enim cedit dies legati, deferturque legatum, quia statim heres existit qui scriptus est, nec potest aut debet adire, *l. si post mortem, inf. lib. 1.* voluntario herede scripto legatorum dies cedit à morte testatoris, deferuntur legata ab aditione hereditatis. Hæc lex est de delatione, non de cessione, non de acquisitione. Acquiruntur autem legata, vindicationis scilicet agnitione, non antea, id est, posteaquam legatarius constituit se velle legatum amplecti, se non spernere honorem testatoris, *l. ei qui ita. sup. de condit. instit. l. cum vero, in fin. inf. de fideicom. libert.* legata autem damnationis acquiruntur traditione heredis, & hæc traditio non retrotrahitur vt postea videbimus. agnitio tamen legati retrotrahitur ad tempus delationis, id est, ad diem hereditatis aditæ, *l. seruum filij §. 1. l. si tibi homo, §. cum seruus, sup. lib. 1.* sicut & aditio hereditatis retrotrahitur ad diem morti testatoris, *l. heres quandoque inf. de acq. hered. l. si ex re §. vlt. inf. de stip. seru.* sic dicimus etiam, agnitionem legati retrotrahi, siue agnitionem legati continuari cum hereditatis aditione, id est, ab adita hereditate rei legatæ dominium legatario acquisitum videri, licet postea agnouerit legatum, & heredis fuisse nunquam videri, quod notandum est: ita agnitum legatum videtur factum fuisse legatarij statim ab adita hereditate, & in ipso articulo adeundæ hereditatis, vt nunquam videatur factum fuisse heredis; legatum est modus acquirendi dominij ex lege 12. Tabularum, Vlpianus *tit. de dominiis, l. quoties §. vlt. sup. de pecul. & l. legatum 2. hic.* quæ lex eleganter ait, recta via dominium rei legatæ quod fuit hereditatis, quandiu scilicet iacuit & vacauit, ad legatarium, qui non repudiauit voluntatem defuncti, transire, nunquam factum heredis, & confirmatur *l. si iussu, in fin inf. de furt.* vulgo male, *facto* quasi recta via opponatur facto heredis. Sed eleganter demonstratur illis verbis, rei legatæ dominium heredis nunquam factum videri, si legatum amplectatur legatarius. ex quo efficitur vt fundus legatus seruiat heredi, vel fundo heredis, si legatarius non agnouerit legatum, & aditione seruitutem debitam, heredi debitam videri: & ob id in *l. cum filius §. dominus, inf. hic.* quem exposui in *l. 26. sup.* ponit fundum qui seruiebat fundo heredis, vel heredi, fuisse legatum sub conditione, quo casu si post aditionem extiterit conditio legati; aditione confusa seruitus videtur, sed retinebitur per exceptionem doli mali, & restaurabitur si fuerit seruitus prædialis, non si fuerit vsusfructus traditus, secundum distinctionem traditam in *l.*

A 26. & male Bartolus idem dicendum putat si pure fundum legauerit, quo casu aditione non confunditur seruitus, & retinetur ipso iure, non per exceptionem doli sed hoc procedit tantum in legato vindicationis, quod nunquam heredis factum videtur si purum fuerit, & si legatarius id agnouerit. legatum tamen damnationis aditione heredis factum videtur, etiamsi agnouerit legatarius, & ita accipienda lex 18. *sup de seruit. l. legatum §. vlt. lib. 1.* vel sunt accipienda de legato vindicationis conditionali, vt Accursius retulit, quod fit heredis aditione, non si purum fuerit. Et inde alia existit differentia, quod legati per vindicationem pure fructus legatarius vindicat ab adita hereditate, etiamsi mora heredis non interuenerit vlla, legati per damnationem fructus debentur ex mo-

B ra tantum, agnitio legati vindicationis retrotrahitur ad aditionem, & inde fructus petuntur: traditio enim legati quod præstare iussus est heres, non retrotrahitur, nisi ad diem moræ. Legatum autem quod legatarius repudiauit, videtur heredis factum retro aditione, *l proinde, in fi sup. de rebus credit.* Sed vt iamdiu ostendi in fin. eius legis *pro appositum*, legendum, *acquisitum*, quod loci vir quidam magni nominis male legebat, *appositum*, & Triboniani verbum esse dicebat, pro *irritum*, καὶ τὸ ἀδυνατεῖν quasi ἀνυπόστατον, quam interpretationem laudo, vt aptam conditionalibus legatis. vide ibid.

Ad §. 1.

C §. 1. *Fundum ante conditionem completam ab herede non traditum, sed à legatario detentum heres vindicare cum fructibus poterit.*

Est de conditionalibus legatis huiusmodi legatorum dies cedit cum conditio extiterit, deferuntur & eodem die, si prius adita hereditas fuerit, sin minus ex die aditionis: acquiruntur, vt pura legati agnitione, vel traditione post conditionem impletam, & ab eo solo tempore venditionis, impletæ scilicet, fructuum ratio habetur: fructus enim percepti ante conditionem impletam pertinent ad heredem: & ideo si forte legatarius ante conditionem impletam nactus sit possessionem rei legatæ, non tamen de heredis manu, & nondum exti-

D terit conditio, heres eam rem in fructibus à legatario vindicabit. Post conditionem impletam agnito legato si rem legatam non traditam ab herede sine vitio forte detineat legatarius, heres eam rem vindicare non potest; sed neque auocare possessionem vllo modo potest. quia heredis nihil interest, cum legati dies cesserit, actioque legatario competere cæperit, nisi lex Falcidia interueniat. quo casu retinenda Falcidia; cum seruatur enim Falcidia retentione non vindicatione heres rei legatæ possessionem auocare potest interdicto *quod legatorum*, vt ex Hugolino Accursius tradit, si modo constituamus interdicto *quod legatorum*, nisi interueniente Falcidia, locum non esse, *l. 1. C. Quod legat.* Hoc enim solo casu agitur hic interdicto possessionis legatorum apiscendæ causa, Falcidiæ per retentionem conseruandæ

E causa, idem Accursius huc pertinere dicit legem *legata, inf. de condit. & demonstrat.* quæ hoc tantum docet quod diximus initio, legata conditionalia non deferri statim, id est, à morte, aut non cedere diem eorum statim, id est, à morte, sed cum conditio extiterit, non statim deberi incipiunt, sed cum conditio extiterit. subjicit: *Et ideo interim delegari non potuerunt, interim*, id est, pendente conditione, sic Flor. recte, & notauit Accursius sic legi, sed male ea verba accipit de herede delegato, quia non dicit heredem delegare aliud legatum. Heredem delego si quod mihi debet heres ex causa legati, id heres stipulanti creditori meo promittat, quod non fit in coherede, *l. 1. & 6. Cod. de nouat.* legatum autem delego si quæ mihi

debentur ex testamento Caii, id Titio meo testamento lego, quod fit vtiliter etiam inuito herede Caij, si mihi legatum deberi cœperit, & heres meus cogitur Titio cedere actionem ex testamento aduersus heredem Caii. At legatum, cuius conditio nondum extitit, nondum degetur, & ideo eo modo interim delegari non potest, puta his verbis, *legatum mihi relictum testamento Caii Titio do lego*, hoc scripto nihil agitur, quia legatum illud relictum testamento Caii nondum deberi cæpit. Videtur ergo delegari actio, quæ nondum esse, cœpit, *l. si sic* §. 1. *lib*. 1. *l. cum illud* §. 1. *inf. quando dies legat. ced.* Atque ita vere constituimus tres appellationes legatorum diuersas, legata, relegata, delegata: Legata, vt si rem meam tibi lego. Relegata, vt si vxori dotem reddi iubeo: hoc enim est relegare potius quam dare, vt constat ex *tit. de dot. releg.* Repetitio vsusfructus relegatum est, vt si quis ita dixerit: *vsumfructum Titio lego*, hoc legatum est, *& quoties capite minutus erit, eundem vsumfructum ei lego*, hoc relegatum est. Repetitio vsusfructus relegatum est, & ita appellatur secundum Flo. *l. 3.* §. *pen. inf. quibus modis vsusfructus amitt.* Delegatum autem est, si legatum mihi debitum alieno testamento, alij meo testamento delego, id est, si actionem ex testamento legati mihi relicti nomine heredem meum alij cedere, & præstare iubeo. Et ita de delegato est accipienda *l. legata*, non de delegatione, quæ liberat liberatorem alio reo creditori dato, de qua in tit. *de nouat. & delegat.* quod tamen ibi Accursius voluit.

Ad §. Cum ita.

Cum ita legatur: illi hoc amplius fundum illum cum omnibus rebus quæ in eodem fundo erunt, *mancipia quoque continentur.*

SEquitur in hoc §. rerum appellatione etiam homines contineri: vt si quis legauerit fundum cum omnibus rebus quę in eodem fundo sunt, videtur etiam legasse mancipia quæ ibi sunt. Pecuniæ quoque appellatione constat homines contineri. Fructus autem mercis appellatione vix continentur. Homo non est in fructu, cum omnia parauerit natura hominis causa, vt Caius ait, quod est ex disciplina Stoicorum. Homo etiam non est in merce: & ideo mangones, id est, qui vendunt seruos, non dicuntur mercatores; sed venalitiarij.

Ad §. Cum ita 2.

Cum ita legatur, quidquid in horreo meo erit, *& is cui legatum est, ex rebus non legatis, ignorante eo, ampliandi sui legati gratia, in horreum intulerit: quod illatum est, non videtur esse legatum.*

DEinde in §. sequenti ostendit, his verbis, *quidquid in horreo meo erit do lego*, vel, *quidquid in apotheca mea erit, id illi do lego*: deberi quodcunque defunctus in horreum intulit, non etiam quod ipse legatarius intulit ignorante testatore, vt finge: Quidam vxori legauit quicquid esset in horreo suo, vel in certa quadam diæta, certove membro ædium, illa moribundo marito in horreum conjecit pretiosa quæque, & ea vindicat sibi legata iniuria ampliare & extenuare legatum testator potest, legatarius non potest, quod est notandum. Tum in sequenti §. *hic* docet, legato iniunctum fideicommissum heredem legatarij sequi, si legatarius transmittat legatum in heredem suum, cum tamen si non transmittat, sed deficiat legatum, statim ab initio vel adimatur, vel repudietur ab herede eius à quo relictum est, & apud quem legatum non remanet, onus fideicommissi non sequatur, vt dixi in *l.* 29. & fuit etiam in herede legatarij causa dubitandi, quia fideicommissa videntur cohærere personę cuius fides electa est cui testator commendauit aliquid; sed placet fideicommissa non cohærere personæ, & sequi heredem heredis, & heredem legatarij.

§ *pen.* exposui in *l.* 1.

Ad §. vltim.

In fideicommisso quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt: aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur. & qui ex his primo gradu procreati sint: nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.

VLt. §. est de legato relicto familiæ. Lucius Titius fideicommissum reliquit familiæ, non quidem his verbis, *Familiæ do lego*, vt interpretes voluerunt. Finge: à filio herede scripto petit ne domum alienaret relictam à maioribus, & vt eam Lucio Titio & Lucio Cuspidio & aliis ex eadem familia conseruaret. Ex eadem familia sunt qui ex nomine defuncti sunt, vt hoc §. demonstratur aperte, & inde familia nominis dicitur sæpe, *l. cum pater* §. *fidei, &* §. *ab instituto*, & *l. Lucius* §. *Lucius, inf. h. tit.* Cæterum quæritur quo ordine, hi qui sunt ex eadem familia ad fideicommissum vocentur, vocantur ad fideicommissum herede domum abalienante extra familiam, vel herede extraneum heredem sibi instituente, tum existit casus fideicommissi non ante, sed quo ordine vocantur ad fideicommissum? an veniunt confuse omnes qui sunt ex eadem familia, eodemque nomine? Non, lex ait, primum vocari nominatos Titium, Cuspidium, his deficientibus vocari eos qui ex eadem familia, & gente fuerunt mortis tempore, vt quisque proximior fuerit: nam gradus proximior excludit posteriorem, *l. peto* §. *fratre, inf. hic.* Et hoc ita nisi nominatim aut certe coniectura non dubia testator omnes vocauerit ad fideicommissum, non obseruata gradus prærogatiua. Valde notandum est quod ait, ad fideicommissum illud vocari eos qui ex eadem familia fuerint mortis tempore. i. cedente die fideicommissi. non spectat igitur testamenti tempus: quam obrem qui post testamentum viuo testatore in eam familiam venerunt, vocantur & inuitantur ad fideicommissum, licet testamenti tempore in ea familia non fuerint. ac similiter Traian. vt Plinius scribit in Panegyrico, congiarium quod populo promiserat, dedit etiam his qui post edict. in ciuium numerum venerant, æquauit cæteris illos quibus non erat promissum. i. illos qui non erant edicti tempore, erant tamen erogationis tempore, vt ex *h.* §. vocantur qui erant in ea familia cessionis tempore. i. e. mortis tempore, licet testamenti tempore nō fuerint: contra non vocantur hi qui in ea familia desierant esse mortis tempore, licet fuerint testamenti tempore. quæ in re obstat *l. si cognatis, inf. de reb. dub.* quæ ponit generaliter cognatis vel cognationi, quod idem est, legatum fuisse relictum, & ait, legatum deberi cognatis qui fuerint testamenti tempore, licet mortis tempore desierint esse, modo ciues manserint, quia peregrini non capiunt legata, vt si agnati esse desierint per emancipationem, arrogatio acquirit agnatum, ergo & cognatum. ergo & qui agnatus est, & cognatus, sed cognatio illa soluitur soluta arrogatione. Porro hæc lex ait, deberi his etiam qui non erant cognati mortis tempore, modo testamenti tempore. Et necesse est hac in re separari familiam à cognatis. in familia, meritorum & nominis ratio habetur. in cognatis pietatis: cognati vocantur qui fuerunt cognati testamenti tempore licet desierint esse viuo testatore. Gentiles & familiares non vocantur qui fuerunt testamenti tempore, si desierint esse, vt si arrogati, vel emancipati fuerint viuo testatore: & hæc est differentia inter familiares, & cognatos. vtrique tamen vocantur qui fuerint eius conditionis mortis tempore, licet testamenti tempore non fuerint, vt

Traianus liberalitatis suæ participes fecit eos qui erant largitionis tempore, quamvis non fuissent pollicitationis tempore: Augustus tamen dissimiliter apud Suetonium, proposito edicto quo pollicebatur congiarium, cum multos manumissos comperisset, negauit se illos accepturos. Congiaria illa in *l. patronus, lib. 3.* appellantur *principales liberalitates*, quibus adfici tribus ait, & conferri in tribus. Et similiter Plinius in eodem Panegyrico, *congiariis locupletari tribus.* Ideoque in *d. l. patronus* ad illa verba *principales liberalitates*, i. congiaria quibus locupletantur tribus, Græci vocant εὐεργεσίαν, præter vulgarem significationem. εὐεργεσία est *beneficentia* & *benefactum.* Et ita Suidas ῥόγαν, quod est vocabulum posterioris seculi ductum ex Latino, quo significatur erogatio, & sparsio illa quæ fit à principe in vulgus: eam sparsionem, interpretatur τὴν τῶν βασιλέων εὐεργεσίαν καὶ προθυμίαν. Et ita Basilius in *Homil.* dum interpretatur illum locum, quo iubemur nobis acquirere thesaurum in cœlo: Thesaurus inquit, est εὐεργεσία τῶν χρημάτων, & ita omnes in Actis Apostolorum, εὐσέβειαν male interpretantur alij potestatem, id est, pietatem, quo loco narratur, D. Petrum persanasse claudum quemdam, idque in admirationem perduxisse omnem populum. Quid miramur? quasi id fecerimus, ἰδίᾳ δυνάμει ἢ εὐσεβείᾳ, id est, quasi fecerimus id virtute & benefacto, quasi hæc nostra sit beneficentia. Et ita ad Thimotheum, cum ait, ἔστι δὲ πορισμὸς μέγας ἡ εὐσέβεια μετ' αὐταρκείας. hoc significat, magnum vectigal esse largitionem mediocrem, & honestam non largitioné profusam, quę ita fiat vt tamen restet quod satis sit nobis. ea largitio est thesaurus summus, est vectigal summum, vt dixerit sapiens, id solum esse nostrum quod dedimus & quod egenis largimur pro viribus. Sed quod attinet ad differentiam inter cognatos & familiam, hæc est, quod familiares distincte & gradatim vocantur, cognati indistincte & permixte. De his autem qui post mortem testatoris in eandem familiam venerunt, constat etiam ex *hoc* §. eos repelli fideicommisso, quia mortis tempus spectatur; mortis autem tempore in familia non fuerunt. Sed addenda est eadem exceptio, nisi specialiter. i. e. διαῤῥήδην, *nominatim* voluntatem suam ad posteriores extenderit, id est, ad eos qui post mortem suam ad familiam adiungerentur.

Ad L. XXXIII.

Legatorum petitio aduersus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his, qui soluendo non sunt, onerari coheredes oportet.

IN *hac l.* vertitur hæc quæstio, pro qua parte heredes legata debeant, pro virili, an pro hereditaria, an singuli in solidum. Est in ea quæstione distinguendum ita. Aut à singulis heredibus testator legauit, aut à quibusdam, aut ab omnib. Si à singulis legauit nominatim, suis quisque legatariis solis tenetur in solidum, & separatim legis Falcidię rationem singuli ponunt, *l. in singulis, inf. ad leg. Falcid.* Sed si ab omnibus heredibus legauerit, subdistinguendum est: aut expressit propria nomina hoc modo, *Titius & Caius danto*: aut legauit sub appellatione heredum, non expressis propriis nominibus, hoc modo. *Heredes mei danto*: aut propriis nominibus adiunxit appellationem heredum sic, *Titius & Caius heredes mei danto*, vel *Heredes mei Titius & Caius danto.* Primo casu, si ita dixerit, *Titius & Caius danto*, si nomina tantum propria expresserit, viriles partes debent: *l. si heredes nominatim, sup. lib. 1.* enumeratio personarum hunc effectum habet, vt exæquentur in præstando legato, enumeratio personarum æque diuisionis potestatem habet: quos enumerauit viritim, videtur & onerasse viritim, *l. cui fundus, inf. de condit & demonst.* Enumeratio igitur personarum habet vim exæquationis, enumerantur personæ cum vnaquæque suo nomine designatur, nec est alia ratio enumerandi eas. Huic simile est

A quod dicitur in *l. 2. sup. quibus mod. vsusfr. amitt.* commemorationem temporum effectum habere repetitionis. Si cui legetur vsusfructus simpliciter, sane ei cuiusque anni fructus legatus videtur, quamdiu is vixerit, & tamen vnum est legatum, non plura. sed si annos commemorauerit, id est, si legauerit vsumfruct. in annos singulos, plura sunt legata: & commemoratio temporum potestatem habet repetitionis, id est, singulis annis repeti videtur legatum, & fructuarius si hoc anno sit capite minutus, velut per arrogationem, huius anni fructum amittit. Sequentis anni fructum capiet, quasi repetito vsufructu, sed ad rem. Secundo casu si ab omnibus heredibus legauerit sub appellatione heredum, *Heredes mei danto*, singuli debent hereditarias partes. ergo dispares partes si sint ex disparibus scripti, *d. l. si heredes nominatim, & l. turpia §. vlt. lib. 1.*
B *l. siue à certis, inf. de duob. rei constit.* Eademque distinctio seruatur in mortis causa capionib. *l. ita liber, in fin. inf. de statulib. d. l. cui fundus.* Tertio casu, si propriis nominibus iniunxit appellationem heredum, est etiam subdistinguendum; aut propria nomina prætulit hoc modo, *Titius & Caius heredes mei danto.* Et hoc casu debent viriles, quia appellatio heredum quæ subiicitur propriis nominibus pro demonstratione est. ergo abundat omnis demonstratio, quæ scilicet rei satis demonstratæ adjicitur: abundat, & nihil in ea est momenti, nullum ex ea argumentum ducitur bene; quod in omnibus auctoribus valet. Aut prætulit appellationem heredum sic, *Heredes mei Titius & Caius danto*: & hoc casu debent hereditarias, quia propria nomina pro demonstratione sunt. satis erat dixisse, *heredes*
C *mei*, quod subjicitur, abundat, & ideo non rediguntur ad æqualitatem, sed ad rationem portionum, *l. si communis seruus ita stipuletur, inf. de stipul. seru.* Et hæc de legato relicto ab omnibus heredibus. Sequitur tertium membrum summæ traditionis, si à quibusdam heredibus legetur nominatim, non ab omnibus, necesse est eos nominari, quos solos onerari vult, vt distinguantur à cæteris quos onerari non vult, nominibus distinguimur. Hoc autem casu cum ita nominatim à quibusdam legat, debent hereditarias non viriles, *d. l. siue à certis, inf. de duob. re constit.* quæ idem esse ait, si legetur ab omnibus, excepto vno, his verbis. *heredes mei excepto Titio danto.* Idem erit si ita dixerit, *heredes mei danto*, & in inferiori parte testamenti, vel in codicillis Titium exceperit, *l. ab omnibus, in princ. inf. lib.* Igitur cum à quibusdam legat nominatim, debentur heredi-
D tariæ non ab omnibus, cum ab omnibus propriis nominibus expressis, debentur viriles: idque ita proditum est in *d. l. siue à certis*: sed pugnat valde *l. turpia §. vlt. lib 1.* Ait lex, si pars heredum nominata sit in legando, viriles debentur, id est, si à quibusdam legatum sit nominatim, non ab omnibus, debentur viriles, cum lex *siue à certis* clare dicat, deberi hereditarias, quod est verius, & nulla ratione defendetur deberi viriles: nam quod testator certas personas heredum nominat à quibus præstari legatum voluit, non hoc ideo fecit, vt eos exæquaret in præstando legato, quod tamen agit, cum ab omnibus legat nominatim: sed hoc ideo fecit legando à certis nominatim, vt eos separaret, & distingueret à cæteris, quos eiusmodi legato onerari volebat: verius itaque est deberi hereditarias non viri-
E les: nec enim nominum expressio hoc casu æqualitatem inducit, sed distinctionem personarum, & ita est proditum in *l siue*, & confirmatur *l. proinde, inf. de stipul. seru.* Seruus communis quatuor dominorum stipulatur duobus dominis nominatim, Primo & Secundo dari, vtrum æqualiter eis acquiritur stipulatio? vtrum pro virili, an pro dominica? pro dominica, non æqualiter, quia hic nominū expressio distinctionem inducit dominorum, non æqualitatem partis; confirmatur etiam *l. qui pecuniam, inf. de statul.* Qui scripserat quatuor heredes, Sticho dedit libertatem sub hac conditione, si Titio & Caio heredibus daret decem, iussit dari duobus nominatim Titio, & Caio, his solis, non cæteris heredibus. Quæritur in eo quod dederit Stichus conditionis implendæ causa vtrum habituri sunt æqua-

les partes? non habebunt hereditarias, *d. l. qui pecuniam.* Idemque omnino dicendum est, si à certis heredibus propriis nominibus legatum relinquatur, debere eos hereditarias, non viriles. Idem dicendum erit, si testator ab omnibus legauerit generaliter, & vniuerse, expresserit tamen quorundam heredum nomina sic, *Titius & Caius aliique heredes mei danto*: singuli debent hereditarias. nec quicquam mutat quorundam adnominatio, cuius rei argumentum praebet *l. si quis testamento, inf. de statulib.* Species est: Dedit libertatem Sticho sub conditione si rationem redderet Titio & Caio, aliisque heredibus. rationem reddere continet hoc, vt reliqua soluantur, si qua sunt, vt fiat pariatio reliquis solutis, porro ea reliqua vtrum soluentur heredibus aequaliter, an pro hereditariis portionibus? vel vtrum aequaliter nominatis caeteris pro hereditariis portionibus? Ait, omnibus reliqua soluenda, pro hereditariis portionibus. Sed quid respondemus ad leg. *turpia §. vlt.* quae dicit, deberi viriles. Interpretes nostri non insistere rectam viam, dum vt concilient *l. turpia §. vlt.* cum *d. l. siue à certis*, dicunt, in *d. l. siue à certis*, testatorem legasse à quibusdam appellatiuis nominibus, non propriis: appellatiua nomina dicunt, vt recentiores Grammatici, cum tamen propria nomina suam rem appellent, & nostri auctores vocant vocabula, *d. l. si communis seruus ita stipuletur.* Dicunt igitur in *d. l. siue*, testatorem à quibusdam sub alia, quam propriorum nominum appellatione, legasse, veluti hoc modo: *Illi heredes mei, quos modo nominaui, danto*, vel, *Illi heredes mei, quos posteriore loco nominaui, danto.* Sed & hoc genere satis exprimuntur propria nomina. Quid enim refert dixeris, *Titius*, an, *is qui scriptus est, l. nominatim, inf. lib. 3.* Et sane negari etiam non potest sine contemptu religionis, I. C. in *d. l. siue à certis*, dum ait, à quibusdam legatum relictum fuisse nominatim, sensisse de propriis nominibus, quibus distinguerentur à ceteris. & hoc confirmatur *d. l. qui pecuniam.* nullam aliam vllus affert rationem concilliandae *d. leg. turpia*, neque vlla est ratio, sed legendum ita est, *si personae heredum nominatae sunt in legando, viriles debentur, si vere omnes, hereditariae.* personae nominantur propriis nominibus, quod est enumerare personas. Omnes nominantur cum ita dicitur simpliciter, *Heredes mei, danto, d. l. siue à certis, in fine*, est igitur duplex nominandi ratio: nam vel personae nominantur, vel omnes: & ideo in *l. proinde, de stipul. seruor.* dum lex ait, aut ponit, seruum communem stipulatum omnibus dominis nominatim, non statim dicam eum enumerasse personas, sed dicam sensisse I. C. quod Accursius notauit de seruo qui ita stipulatur, *Dominis meis dari*, vel *omnibus dominis meis dari spondes?* Hoc est nominatim stipulari omnibus. hoc non est nominatim stipulari personis. vel personae nominantur, vel omnes: & cum personae nominantur, debentur viriles, cum omnes nominantur, debentur hereditariae, quę est certa definitio vtriusque sententiae, quam posui in *§. vlt. & d. l. si heredes nominatim, lib. 1.* Non est omittendum, hanc disputationem esse de heredibus, à quibus singulis vel quibusdam, vel omnibus legatur coniunctim: nam si disiunctiuo modo legetur ita, *ille aut ille dato.* nulla est hic quaestio virilium, aut hereditariarum partium: singuli enim solidum debent, & vnius inopia onerat alium, id est, sunt duo rei debendi, vt exposui in *l. 13 sup.* Id etiam notandum, hanc *l. 33.* esse de legato relicto ab omnibus heredibus sub appellatione heredum, quod etiam deberi ait pro hereditariis portionibus. sed quod subiicit, id est, de quo potissimum consultus fuit Modestinus, est enim haec *l.* ex responsis Modestini, inopiam vnius alterum non onerare, id est, si vnus ex heredibus non sit soluendo, caeteri pro eo non soluunt legatariis, quia pro hereditaria parte sua tantum tenentur. Idemque est, si viriles partes debeantur: nam & hic inopia vnius non onerauit alterum, quia ab initio partes debent. At cum ab initio debent solidum singuli, vt cum facti sunt duo rei debendi inopia vnius onerat alterum; & ita demum habent beneficium diuisionis, vt hereditarias par-

A tes soluendo liberentur si litis contestatae tempore omnes soluendo fuerint, *Nou. 99.* Inde sequitur haec species: testamento à quibusdam heredibus nominatim legaui: hi sunt legatariis obligati pro hereditariis portionibus, caeteri non obligantur: postea codicillos scripsi ad omnes heredes. scribebant condicillos ad omnes heredes, vel ad vnum, hoc modo, *Lucio Titio salutem.* Hic codicillos scripsit non ad vnum; sed ad omnes, & in his repetiit legata, quae testamento à quibusdam reliquerat: puta; *si quid testamento reliquero, id valere volo.* Quaeritur qui legata debeant, vtrum omnes, quod ad omnes sint scripti codicilli, an hi tantum à quibus nominatim legauit testamento. Et placet, legata videri repetita ab eis tantum à quibus testamento relicta sunt nominatim, & hos solos mu-
B nere fungi debere, praestationis legatorum scilicet, quod munus hereditarium dicitur, *l. 1. inf. ad Trebell.* Secus esset, si ad vnum ex illis scripsisset codicillos, & in codicillis repetisset legata: nam hic solus videretur nouissima voluntate oneratus. Secus esset, si codicillis nominatim ab omnibus declarasset se velle praestari legata testamento relicta à quibusdam; sed hoc nominatim non declarauit se velle vt omnes darent legata, sed scripsit tantum codicillos ad omnes, id est, praestatio dirigitur ad omnes, repetitio legatorum tacito intellectu dirigitur ad eos à quibus testamento relicta sunt legata, non ad omnes. Eadem est ratio, *l. quoties, C. famil. ercisc.* testator inter suos heredes diuisit bona omnia & singulis adsignauit certas possessiones cum mancipiis, quae in eis essent: seruanda est diuisio definita, sed in inferiore parte testamenti idem testator
C vniuersa mancipia commendauit omnibus nulla facta discretione mancipiarum, cum tamen diuisionem discreuisset, in commendatione non discreuit. Quaeritur, an mutauerit diuisionem? non, quia singula quaeque videtur tantum commendare his quibus sunt assignata, quae commendatio nullum iuris effectum habet, sed commendat heredibus vt tractent bene.

Ad L. XXXIV.

Titia, cum testamento facto decederet, heredibus institutis Maeuia & Sempronio filiis suis ex aequis partibus, petit à Maeuia, vt Stichum seruum suum manumitteret, in haec verba. A te autem Maeuia, filia carissima, peto, vt Stichum ser-
D uum tuum manumittas, cum in ministerio tuo tot capita seruorum tibi his codicillis legauero, *nec legauit. quaero, quid his verbis relictum videatur: cum vt supra cautum est, duobus heredibus institutis defunctam testatricem, & mancipia hereditaria duarum personarum fuisse, & codicillis nihil relictum sit de praestandis mancipiis, nec possit vtile fideicommissum putari, quod datum non sit, tum legasse se dixerit, nec adiecerit legati speciem, nec ab herede vti praestarentur, mancipia petierit. Modestinus respondit: ex verbis consultationi insertis Maeuiam neque legati neque fideicommissi petitionem habere, neque libertatem seruo suo dare compelli.*

Species est in *hac l.* Titia filium & filiam heredes scri-
E psit testamento: postea codicilis seruo filiae ab eadem filia libertatem praestari iussit, & per fideicommissum dari, & adiecit, *in ministerium tuum tot mancipia legauero tibi his codicillis.* hoc dicit filiae, manumitto seruum cum his codicillis satis seruorum tibi legauero, nec legauit tamen vllos. Modestinus respondet, nullum legatum deberi filiae quod relictum non est: nam dixit se legaturum, nec legauit. non deberi etiam ait libertatem à filia seruo, quia videtur relicta sub conditione, *si tibi legauero alios seruos.* Igitur in hac specie nec libertas, nec legatum debetur. Simile est responsum quod refertur à Plinio *4. epist. ad Sabinum*, de eo qui seruo suo quem nusquam liberum esse iusserat, ita legauerat, *lego fundum illi seruo meo quem liberum esse iussi*, neque tamen vsquam liberum esse iusserat.

constitit inter omnes, inquit, *nec libertatem deberi qua data non est, nec legatum quod seruo suo dederit*. Simile est responsum *l. qui plures inf. de vsufr. leg.* Quidam habebat plures libertos. legauit habitationem his quos designaret codicillis, & postea multos codicillis designauit, ait imperfectum esse legatum habitationis, cum non intelligatur cui dari voluerit, nec deberi õibus cum non omnibus dabere voluit, nec deberi his quibus dari voluit, cum quibus vellet non dixerit. Obstat. *l. cum pater §. vlt. inf. hoc tit.* quæ citatur in eandem rem in *l. pen. C de instit. & substit.* Sententia est, testator ita dixit: *Heredem instituo illum Secundum conditiones infra scriptas.* & infra nullas scripsit conditiones, valet institutio. Eodem modo quidam vicos suos legauit ciuitati, & dixit se infra declaraturum fines vicorum, & formam certaminis quod celebrari vellet singulis annis ab eis ciuibus in honorem nominis sui. morte tamen præuentus, postea fines non dixit, non dixit formam certaminis, valet legatum. Respondeo, in his speciebus perfecta fuit institutio, *Titia heredem instituto*, perfectum fuit legatum, *vicos ciuitati lego.* & licet pollicitus sit se scripturum conditionem aliquam, hoc legatum imperfectum non reddit si mutauerit consilium, si nihil voluerit infra scribere, per se satis erat perfectum legatum, nullus erat error: nam si fuerit error, vt si cum putaret se scribere sub conditione, scripserit pure, nulla est institutio, sicut cum se putaret scribere Titium, scripserit Caium, *l. 9. §. tantumdem, sup. de hered. instit.* At in specie proposita non est perfectum legatum, cum dixit, *mancipia que legauero*, nondum extat vllum legatum; *quem liberum esse iussi.* Non extat libertatis datio perfecta vlla; & ideo non debetur libertas. Obstat *l ex hac, inf. de donation.* Quidam ita scripsit, *sciant heredes mei me libertis meis vestem omnem meam donasse.* Neque tamen donauerat, lex ait, dominium libertis quæsitum videri benigna interpretatione, cur etiam hoc legatum non videtur quod se legaturum dicit? In *d. l. ex hac*, dixit se perfecisse iam donationem, & species expressit quas donauerat. videtur donasse quod se donasse credidit, & merito etiam in specie proposita à Plinio. Plinius putat benignius esse vt libertas competat si ita dixerit, *lego illi quem liberum esse iussi*: liber erit, quasi scripserit libertatem quam credidit se scripsisse, & quid sit quod se perfecisse dicit, constat, i. libertas, quam alia ratione designari non est necesse. *l. testamento militis, inf. de manu testam. illum in libertatem esse iussi*, ait, deberi illi libertatem directam iure militari, quia qualibet voluntas militis est iusta, in milite libertatem directam relictam videri, in pagano dicemus, benigne fideicommissarium deberi, vt & Accursius recte tradit, & Plinius. Eadem est ratio *l. qui volebat, inf. de hered. instit. filiam meam exheredaui, quia contentam esse dote volo*, neque tamen exheredauerat. habetur pro exheredata, id est, habetur pro facto quod se fecisse credidit, maxime cum constat de facto, cum certum est qui fecerit. At si ita dixerit, *Quod ei donaui, id ratum esse volo*, hoc nihil est, quia non apparet quid donauerit. Itemque si dixerit, non se fecisse, sed se facturum, vt in specie huius legis, & non fecerit, vt si dixerit se legaturum, & non legauerit, nihil debetur. Et generaliter, nudæ pollicitationes, quæ in futurum conferuntur, nullius momenti sunt, nisi res sequatur: sicut si dixerit, se heredem facturum, nec fecerit, *l. vlt. qui testam fac. poss.* Et eleganter Paulus 5 *Sent tit 7.* Ex nudis pollicitationibus dixit actionem non nasci, Si quis dixerit se, vel scripserit testamento se legasse certam speciem, veluti fundum Titianum, aut Stichum, seruum, nec legauerit, legatum debetur: quia quod credidit se legasse, id videtur legasse, sed si se legaturum dixerit, nec legauerit, legatum non debetur, quia videtur mutasse propositum. In specie proposita initio huius legis dixit, se legaturum, vel etiam dixit, se legasse: quem etiam sensum admittunt hæc verba leg. *cum tot. m. ncipia tibi his codicillis legauero.* hæc verba non tantum ad futurum, sed etiam ad preteritum tempus referri possunt, id est, *cum iam tibi legauero*; & tamen quia non dixit certam speciem legati: dixit enim, *tot mancipia*, neque vero dixit quæ mancipia, denique certam speciem non dixit, ideo nullum legatum debebitur: sicut & si ita dixerit, *quod illi donaui, id ratum esse volo*, nulla expressa specie certa, si nihil donauerit, nihil debebitur. Igitur in hac specie, legatum mancipiorum non debetur. sed & lex ait, hic induci non posse interpretationem fideicommissi. Plerumque quæ non valent iure legati, valent iure fideicommissi, sicut pleræque scripturæ quæ non valent iure testamenti, sustinentur iure codicillorum, siue fideicommissi: sed hic vtrumque ius cessat, id est, nulla mancipia debentur, nec vt legata, nec vt per fideicommissum relicta. Vnde sequitur, libertatem relictam seruo heredis non deberi, quia fuerat relicta sub conditione, si heredi alia mancipia legarentur.

Ad §. 1.

§. 1. *Lucius Titius hoc testamento ita cauit.* Ὀκταβίαν Στρατονίκῃ τῇ γλυκυτάτῃ μου θυγατρὶ χαίρειν. Βούλομαι αὐτὴν παρ' ἑαυτῆς λαβεῖν χωρίον Γάζαν σὺν ταῖς ἐνθήκαις αὐτοῦ πάσαις. Ὀκταβίῳ Ἀλεξάνδρῳ τῷ γλυκυτάτῳ μου υἱῷ ἐξαίρετον βούλομαι αὐτὸν παρ' ἑαυτοῦ λαβεῖν σύγκτησιν ἀγωνοφόρον Κομιανήν, σὺν αἷς ἔχει ἐνθήκαις πάσαις. Octauianæ Stratonicæ dulcissimæ filiæ meæ salutem. Volo eam à seipsa accipere villam Gazam cum impositionibus suis omnibus. Octauiano Alexandro dulcissimo filio meo salutem. Præcipuum volo eum accipere synthesin sterilium villarum cum impositionibus suis. *quæro, an huiusmodi scriptura integrum prædium singulis datum esse videatur, an vero partem hereditariam duntaxat contineat: cum inutiliter à semetipso quemque eorum, quam habebat partem, accipere voluit. Modestinus respondit, non sic interpretandam scripturam, de qua quæritur, vt fideicommissum inutile fiat. Item quæro, si integrum prædium relictum esse videtur, an pretium portionis fratri & coheredi soluendum sit, vt hoc ipso, quod à semetipso accipere præcipit, pretio illato integrum habere eum voluerit. Item respondit, ad solutionem pretij fideicommissarium minime compellendum.*

QVidam filium & filiam heredes scripsit, & filiæ codicillis per fideicommissum reliquit, id est, codicillis declarauit, velle se vt filia à se ipsa acciperet, & vsus est his verbis, *à seipsa prædium nomine Gazam cum omnibus suis enthecis*, id est cum dotibus puta suppellecti. le rustica, instrumentis, & ferramentis in eo prædio repositis. Eodem quoque modo codicillis filio reliquit σύγκτησιν ἀγωνοφόρον nomine Comianam, sic legitur Flor. Sic vetus interpres, sed deprauatus est. reliquit ergo filio σύγκτησιν. σύγκτησις est quod in *l. 1. inf. de reb. dub.* dicitur *vniuersa possessio plurium prædiorum*, & ita σύγκτησις accipitur in *l. alumna §. Titia, inf. de adim. legat.* & alio nomine appellatur μονὴ in § *vlt. huius legis*, ibi μονὴ non est *participatio*, vt vulgo omnes interpretantur, sed est περίβολος, id est, *vniuersitas prædiorum clausa vno consepto.* Et ita Suidas scribit μονὴν accipi in illo loco Dauidis de ciuitate Ierusalem, ἧς ἡ μετοχὴ αὐτῆς ἐπὶ τὸ αὐτό, *cuius ciuitatis conseptum in semet consoluitur*, qua oratione significatur summa consensio ciuiũ. Et omnino verum est in eo §. *vlt.* μονὴν significare *conseptum plurium fundorum*, siue villam constantem ex pluribus prædiis, veteres Glossæ σύγκτησιν interpretantur *Massam*, quod vehementer laudo: nam vniuersitatem prædiorum appellabant Latine *Massam*, siue *villam*, & in ea significatione hæc vox est frequens in epistolis Cassiodori. posteriores appellauere *Mansum, cap. 1. de censib.* & in lib. Feud. sæpe. Reliquit ergo filio massam vnam quam appellauit ἀγωνοφόρον, quod scilicet eius possessionis vniuersæ reditus maxime cogeretur ex certaminum editione, quæ edebantur in eis prædiis, & ita vetus interpres, & Pand. Flor. sed nescio quomodo mihi placet magis lectio Haloandri ἐμπόριον, id est, cuius quæstus ma-

xime consistit in pecore. Reliquit autem ea prædia filio & filiæ per fideicommissum, sicut dixi, non per legatum: nam Græco sermone vsus est & dixit, βούλομαι, quod est verbum precarium, & Græca sic interpretor quod alij nō satisfacerent. *Octauianæ Stratonicæ dulcissimæ filiæ meæ salutem. Volo eam à se ipsa accipere prædium Gazam cum omnibus dotibus eius prædij. Alexandro dulcissimo filio meo salutem. Volo eum præcipere à se ipso vniuersam possessionem cuius reditus maxime cogitur ex certaminum editione nomine Comianam cum omnibus dotibus quæ in ea sunt* Legatum Græce relinqui non poterat, Vlpianus *tit. de fid.* Fideicommissum Græce & quocunque sermone *l. fideicommissum, in princ. infra lib. 3.* Legata enim relinquebantur verbis directis, id est, ciuilibus, ciuilia autem verba Latina sunt, quã obrem & dixi supra ea prædia fuisse relicta codicillis: testamenta enim Græce scribi non poterant ante constitutionem Theodosij, hodie possunt, *l. hac consultissima §. vlt. C. de testam. l. vlt. C. de test. tut.* At sane ita est, omnia quæ in his libris Græco sermone relicta proferuntur, non legata sunt, sed fideicommissa, non testamento relicta, sed codicillis, siue quod idem est per epistolam. Codicilli scribuntur ad heredes instar epistolæ, præposita salutatione, *d. l. alumnæ §. Titia.* Et hoc tamen est discriminis inter codicillos & epistolam, quod codicilli possunt constare multis epistolis, vt in specie *huius §.* iisdem codicillis aliam ad filium, aliam ad filiam epistolam misit, vel contra vna epistola potest constare multis codicillis: potest enim quilibet multos codicillos facere, cum tamen non possit nisi vnum testamentum facere, *§. vlt. de Cod.* Eadem differentia est inter litteras, & epistolam, quod & Cicero demonstrat. *Accepi abs te ternas litteras vna epistola.* codicilli, & litteræ dicuntur, *l. 1. C. de iur. codic.* At in hac specie sicut posuimus initio, testator declarauit se velle vt tam filius quam filia prædia à se ipsis acciperent, vt quisque prædia quæ relinquebat, à semetipso acciperent, quæ verba dubitationem faciunt. Certum est heredi à semetipso legatum aut fideicommissum relinqui non posse, quia idem homo sibi debere non potest. Igitur & idem non potest esse debitor, & creditor. ita idem non potest esse heres & legatarius, id est, ex parte sua hereditaria legatum habere non potest, potest tamen heredi à coherede legatum, aut fideicommissum relinqui; vt scilicet ille heres habeat suam partem in hereditate, iure institutionis, & ex parte coheredis præterea delibet aliquid iure legati: hac quidem ratione erit heres & legatarius, heres in sua parte, legatarius in parte coheredis, in sua parte non potest esse heres, & legatarius, *l. legatum §. 1. sup. lib. 1.* & ideo si quis duobus heredib. institutis ex æqualibus vel inæqualib. partibus, deinde vni legauerit fundum quem scriptura institutionis communicauerat, iam, & communem fecerat inter coheredes, is legatarius totum eum fundum capiet, sed diuerso iure. partem suam capiet in eo fundo iure hereditario quasi heres partem coheredis, & quam coheres in eo fundo habet institutionis iure capiet alter iure legati, & illam quidem partem quam capit iure hereditario imputabit in Falcidiam. Et hic est huius rei effectus *l. in quartã, inf. ad l. Falcid.* Hæc cum ita sint, quæritur inde an sit inutile fideicommissum, quod in hac specie filio & filiæ relictum proponitur, quandoquidem declarauit se velle vt quisque ea prædia acciperet à seipso. vnde videtur reliquisse tantum partem hereditariam, quam in eis prædiis quisque habebat quasi heres, & hoc si egit, nihil egit, quia quod hereditatis nomine reliquit, deinde frustra reliquit fideicommissi nomine. Modestinus ait, non esse inutile fideicommissum, & non ita esse accipienda illa verba *à seipso* vt capiant tantum partem hereditariam, quæ interpretatio inane redderet fideicommissum; sed accipienda est ea interpretatio qua res de qua agitur valeat, magis quam pereat: ideoque non dicemus partem hereditariam relictam iure fideicommissi valere, nec quod voluerit à seipso quemque accipere, idcirco pretium portionis esse coheredi soluendum: hæc enim verba *à se ipso*, non ita accipienda vt capiat partem coheredis soluto pretio eius partis, qua soluta id efficitur vt videatur à seipso totum capere. itaque iure fideicommissi capiet partem fideicommissi, neque coheredi partis pretium soluet. Igitur non mouetur Modest. his verbis *à se ipso* recte: nam etiam his verbis detractis, idem videretur voluisse, vt heres cui prælegauit totum prædiũ capiat iure legati, *l. eum qui, in fi. inf de his quæ vt indign.* Sed ratio iuris non admittit hanc omnino voluntatẽ, quam & natura ipsa reiicit, vt quis sibi ipsi debeat vel legatũ, vel quid aliud & ideo iuris ratio inducit varietatẽ possessionis contra voluntatẽ defuncti, vt scilicet totum prædium non possideat pro legato, sed partem pro herede, partem pro legato, neque tamen omnino est inanis voluntas defuncti, cum dicit, *à se ipso*, vel cum intelligitur dixisse hoc, quia si forte heredi eripiatur hereditas quasi indigno, non eripietur pars hereditaria quam habet in eo fundo, totum fundum retinebit iure legati quod hereditas committatur in fiscum, non legatum, *d. l. eum qui §. vlt.* Eodemque modo si heres cui fundus est prælegatus, abstinuerit se hereditate, totum eum fundum retinebit iure legati, nec videtur se abstinuisse parte fundi, quam possidet pro herede, *l. qui filiabus §. vlt. & l. seq. l. quæsitum §. duobus sup. lib. 1.*

Ad §. Lucia.

§. 2. *Lucia Titia intestata moriens, à filiis suis per fideicommissum alieno seruo domum reliquit, post mortem, filij eius. Iidem qui heredes, cum diuiserunt hereditatem matris, diuiserunt etiam domum. in qua diuisione dominus serui fideicommissarij quasi testis adiuit. quæro, an fideicommissi persecutionem adquisitam sibi per seruum, eo quod interfuit diuisioni, amisisse videatur. Modestinus respondit: fideicommissum ipso iure amissum non esse, quod ne repudiari quidem potest, sed nec per doli exceptionem summouebitur, nisi euidenter apparuerit, omittendi fideicommissi causa hoc eum fecisse.*

Sequitur alia species in *hoc §.* Mulier quædam codicillis factis ab intestato per fideicommissum seruo alieno certam domum reliquit. mulieri filij ab intestato heredes extiterunt ex Senatusconsulto Orfitiano, & inter cætera bona materna eam quoque domum codicillis relictam seruo alieno inter se diuiserunt, & diuisioni dominus serui fideicommissarij quasi testis interfuit. quæritur, an videatur amisisse per diuisionem fideicommissum sibi acquisitum per seruum, quasi consenserit diuisioni dominus? Et respondet Modestinus, neque ipso iure, neque per exceptionem doli fideicommissi persecutionem amitti præsentiam testis & taciturnitatem pro consensu non haberi, nisi euidenter heredes probent eum amittendi animo interuenisse. vulgo *omittendi*, lego *amittendi*: nam & *amittendi* verbo supra est bis vsus, & de acquisito fideicommisso quæstio est; delata autem omittuntur, vt dixi *l. 20. sup.* igitur is qui quasi testis interfuit, nihil sibi præiudicabit: nam consensisse diuisioni non videtur. Idem etiam prorsus dicendum est, si instrumenta diuisionis consignauerit: nam & hoc casu vel æstimationem domus persequetur, *l. si fund per fideic. lib. 1.* non erit idem dicendum si consenserit palam diuisioni. i. si diserte declarauerit se probare factum: hoc enim casu omnino ius suum amittit, vt nec æstimationem persequi possit, *l. nihil. §. 1 lib. 1. l. pen. §. insulam, hoc tit.* neque vero mirum hoc videri debet: nam est coniectura non dubia si heredes probent consentiendi animo eum interuenisse, sufficit tacitus consensus, vt *hic §.* declarat. idem non erit dicendum, si scripserit sua manu instrumentum diuisionis, vel si subscripserit, *l. fideiuss. §. pen. sup. de pig. l. Titius §. vlt. sup. quib. mod. pig. vel hyp. solu.* Testis vel signator hoc solo quod testis vel signator est, neque cõsentit, neque sibi quicquam præiudicat, *l. Caius, sup de pign. act.* Scriptor vel subscriptor consentit & sibi præiudicat. plus est subscribere quam signare: signare est sigillũ suum imprimere. subscribere est nomen suum appingere. & præterea litteris signi-

ficare cui rei, cuique negotio subscribat: nam subscriptio non fiebat nuda appositione nominis, sed ipse qui subscribebat, quid subscriberet suis verbis significabat. vel ita eodem sensu subscribere, est longiori scripto breuius appingere sua manu, quo res gesta omnis in pauca contrahatur. Et inde apparet ratio differentiæ inter signatorem & subscriptorem: signator non consentit, subscriptor consentit signator pro consentiente non habetur, subscriptor habetur. Additur in *hoc* §. fideicommissum semel acquisitum non amitti ob id solum quod is cui acquisitum est fideicommissum diuisioni rei per fideicommissum relictæ testis inter fuerit. non amitti sola consignatione, quia repudiari etiam non potuit recte: nam ponit fuisse acquisitum fideicommissum domino, fideicommissive persecutionem. acquisita non repudiantur, delata nondum acquisita, repudiantur, *l.1.§.decretal:-, inf. de succes. edict.* Et fit repudiatio in iure non quocunque modo, id est, ad sellam Prætoris, *l.suus, l.sicut, C. de repud. vel abst. hered.* Et fit in ipso initio deferendi legati vel fideicommissi. vel hereditatis acquisitio non admittit repudiationem, vel si adiui hereditatem, iam non possum repudiare. amittere possum, sed non repudiationis genere. Et hinc apparet nihil *huic* §. obstare *l.7. sup. lib.1.* quæ ait, legatum delatum seruo dominum repudiare posse. Loquitur de delato, non de agnito vel acquisito legato. hoc dominus potest repudiare sicut bonorum possessionem delatam seruo potest repudiare, *l.1.§.per seruum, inf. de success. edic.* Hic non agitur de delato, sed de acquisito fideicommisso. cum igitur sit acquisitum, iam repudiari non potest. & hæc fuit vltima sententia Accurs. Sit igitur hæc summa: fideicommissum domino per seruum acquisitum repudiari non potest, amitti potest: sed non tamen quouis modo amittitur, consensu vel per scriptionem. subscriptione amittitur, testificatione aut consignatione sola non amittitur. Item fideicommissum dicitur acquiri duobus modis: vel quod præstitum sit ab herede, & traditum, vel quod eius persecutio competat. priori modo acquiritur scienti tantum & accipienti. posteriori acquiritur etiam ignoranti, id est, actio legati vel fideicommissi personalis etiam acquiritur ignoranti, *l. filiusfamilias, sup. qui test. fac. poss.* dominium scienti acquiritur tantum. actio vel persecutio etiam ignoranti, & siue actio sit acquisita, siue dominium per seruum, non repudiatur, quia delata tantum repudiantur recte, quæ scilicet nondum acquisita sunt.

Ad §. Caius.

§. *Caius Seius, cum domum suam haberet, & in prætorio vxoris sua transtulisset, quasdam res de domo sua in eodem prætorio transtulit: ibique post multos dies decedens, testamento vxorem suam heredem & alios complures reliquit. quo testamento significauit verba, quæ infra scripta sunt.* In primis sciant heredes mei nullam pecuniam esse penes vxorem meam: sed nec aliud quicquam, ideoque hoc nomine inquietari nolo. *quæro: an ea, quæ viuo eo in prætorio vxoris eius translata sunt, communi hereditati vindicari possint, & an secundum verba testamenti præscribi coheredibus possit à parte vxoris defuncti. Modestinus respondit: si ea, quæ in domum seu prætorium vxoris defunctus transtulit, præcipua ad eum pertinere voluit: nihil proponi, cur voluntate ipsius standum non sit. necesse igitur habet mulier, talem voluntatem fuisse testatoris ostendere: quod nisi fecerit, in hereditate mariti & hæc remanere oportet.*

SPecies est: Vir quidam de domo sua migrauit in prætorium vxoris habitandi causa. Quid sit prætorium alij dixerunt: illud non est omittendum quod nescierunt. i. prætorium Latine dici quod Græce ἐπαύλιον. Vir igitur transtulit se in prætorium vxoris, & simul transtulit in id res quasdam suas. deinde moriens, vxorem & alios complures heredes instituit, & testatus est rerum suarum nihil esse penes vxorem his verbis: *sciant heredes mei*, quæ no-

A tanda sunt: nam pertinent ad rem, *nullam pecuniam meam esse penes vxorem meam, sed neque aliud quicquam*, id est, sciant heredes mei rerum mearum nihil esse penes vxorem meam. Quæritur an videatur liberasse vxorem à restitutione earum rerum quas intulerat in prætorium vxoris, quæ reuera tempore mortis erant in prætorio, id est, an videatur eas res prælegasse vxori? Modestinus ait, non videri prælegasse, nisi mulier probet aliam fuisse voluntatem mariti: præsumptio facit pro coheredibus, quia scilicet non præsumitur testator sensisse de rebus à se illatis in prætorium vxoris: & ideo probatio contrariæ voluntatis exigitur à muliere, quæ eas res sibi vindicat iure prælegati. Quare nisi probauerit mulier contrariam voluntatem, coheredes iudicio familiæ erciscundæ vindicabunt eas res quas ma-
B ritus intulit in prætorium vxoris, & non repellentur exceptione doli mali, quia non præsumuntur facere contra voluntatem defuncti. Opponitur *l.1. C. de fals. cau. adi. leg. vel fideic.* Quidam legauit liberationem debitori suo, qui reuera nondum soluerat pecuniam debitam, sed legato apposuit hanc rationem, quia soluit hoc contextu, *à Titio nihil exigi volo, quia omne quod debebat soluit*, quæ tamen ratio falsa est. Lex ait, non ideo minus legatum valere, & liberandum esse debitorem, qui reuera non soluerat. Falsam causam non vitiare legatum, quæ etsi vera esset, inane esset legatum, at liberato frustra legatur liberatio. Vnde quæritur, cum in hac specie videatur testator legasse vxori res suas quæ sunt penes vxorem, cur non debeantur vxori? cur vitietur legatum quod falso dixerit eam penes se nihil habere rerum suarum? hoc etiamsi sit falsum, cur tamen non
C dicimus, res deberi quas habet penes se: aut quæ vis, quæ potestas est huius legati? quod emolumentum? quid videtur legare vxori? nisi res illas videtur legare quas etiam proculdubio videtur legare sub falsa causa. sic respondeo: legatum hoc relictum vxori his verbis: *sciant heredes mei, &c.* Liberationem legatam videri, nec esse inane legatum, & hoc voluisse potissimum testatorem, vxori scilicet legare liberationem, quia dixit, *eam inquietari nolo*, qua forma solet liberatio legari, *l. Aurelio, in princ. de liberat. leg. eum molestari nolo debiti nomine*, & in §. *vlt. hic* καὶ κατ᾽ μηδὲν ἐνοχλεῖσθαι. i. *& nullo modo inquietari dotis nomine*, & sic etiam in *l.3.§.pen. & l.5.§ pen. inf. de liber leg.* is cui legata est liberatio, dicitur non esse inquietandus. inquietare est conuenire, petere, appellare, exigere. hæc igitur verba, *eam hoc no-*
D *mine inquietari nolo*, significant liberationis legatum. Porro liberatio ei tantum relinquitur recte qui obligatus est, & qui tenetur in personam. liberatio non legatur recte possessori rei nostræ cum quo est actio tantum in rem. Et inde pendet ratio dubitandi *l.8. & 9. §. vlt. inf. de liber. leg.* quæ ait, etiam ei liberationem legari recte qui nobis tenetur actione depositi vel commodati. quæ causa dubitandi in his actionibus? quia scilicet hæ actiones non sunt de re nostra tantum quam deposuimus: sed sunt etiam de re debita, & de re quasi nostra. Primum condictio furtiua est de re nostra, sed est ex obligatione, ex maleficio, & est in personam, & per eam intendimus aduersarium dare oportere: & ideo recte ei qui tenetur condictione furtiua quasi obligato liberatio legatur. Idem dici potest de actione rerum amotarum, quæ similis est condictioni furtiuæ: aliæ tres actiones, com-
E modati, pignerati, depositi sunt quidem de re nostra, sed sunt in personam ex obligatione nata, ex contractu, & per eas intendimus aduersarium facere oportere, id est, reddere, *l. faciendi, inf. de verb. signific.* Ergo in hac specie cum ita dixit, *sciant heredes mei eam, &c.* si mulier quid rerum defuncti habebat ex causa depositi, vel commodati, vel rerum amotarum, vel si quid amouerit, quem casum attingit Accursius, eius obligationis illis verbis legata videtur liberatio, non tamen videntur legata ea quorum nomine defunctus obligationem non contraxerat cum vxore, vt quæ ipsemet intulerat in prætorium vxoris quæ vindicare poterat, non condicere. hæc non cadunt sub legatum liberationis; sed si probet mulier maritum non tantum liberationem nominum his verbis, sed etiam res illatas in præ-

legare voluisse, debebuntur, deficiente probatione non comprehendemus legata, nisi quæ cadere possunt in liberationis legatum. Eodem modo respondeo ad leg. *qui vxori, inf. de aur. & arg. leg. & l. cum tale §. falsam, inf. de con. dit. & demonstr.* quas duas leges Accursius citat, sed legem *legatum* citat corrupte. Accursius autem ipse vt his tribus legibus respondeat, ita rem distinguit perperam: in specie *huius* §. ea tantum videri legata quæ erant penes vxorem, non res illatas in prætorium vxoris, quia hæ non erant penes vxorem, quia vxor eas non possidebat, quia earum domina non erat. Erant itaque potius penes maritum, quam penes vxorem, licet fuerint in domo vxoris: penes vxorem dicuntur fuisse quæ sunt in dominio vxoris & in possessione. Hoc articulo *Penes*, proprie significatur dominium & possessio: trahitur enim à *penitus*. Sed in testamentis non ita stricte hoc verbum accipitur, neque in aliis scriptis nostrorum auctorum: & passim accipitur pro *apud*, & *apud te est*, quod est in domo tua, licet non possideatur à te, atque ita *penes* & *apud*, confunduntur in testamentis & in interpretationibus iuris. & *l. penes, inf. de verb signific.* non pertinet ad testamentum, sed ad interdictum de tabulis exhibendis, & de liberis exhibendis proprie. In interdicto de tab. exhibend. Prætor ait, *quæ tabulæ penes te sunt*: in interdicto de lib. exhibend. ait, *qui liberi apud te sunt*. Studiose Prætor fecit differentiam inter *penes* & *apud*, quam explicat *l. penes*, sed ineptum est, vbique ita eos articulos accipere. Igitur in specie *huius* §. legata videntur vxori quæcunque qualitercunque essent apud vxorem, nisi subiecta scriptura, *eam inquietari nolo*, legatum liberationis demonstraret. Hæc verba faciunt ne in legatum cadant res illatæ in prætorium vxoris. Male Accurs. respondet ad *d. l.* §. *qui vxori* & *l. cum tale* §. *falsum*, ibi fuisse expressam certam summam, vel certam speciem, & ideo falsam causam non vitiare legatum. Quis putat falsam causam vitiare legatum? quod iam refutaui, cum si quas res habeat vxor ex causa depositi vel commodati, hæ legatæ videantur non obstante falsa causa. Ideo autem hoc esse ait in hac specie, quia non fuit expressa certa quantitas. fateor hic non fuisse expressam certam rem, sed propterea nullum vitium inest legato, quia in liberationis legato non est necesse exprimi certam quantitatem, & sufficit exprimi causam debiti, vt factum est in hac specie: nam dixi, *& eam hoc nomine inquietari nolo. hoc nomine*, id est, quasi aliquid rerum mearum habeat apud se. Igitur omissio quantitatis nihil facit, cum per se satis demonstretur legatum liberationis quod refertur ad debiti causam; nec enim ei, qui legat liberationem, necesse est singulas res debitas enumerare; sufficit expressio nominis. Illi casui proposito in hoc §. similem esse casum in *l. Aurelio* §. *vlt. inf. de liber. leg.* species est: adolescens quidam curatoribus qui sua negotia administrarent ita legauit: quæstionem curatoribus meis moueri nullam volo: rem enim meam ipsi administrant, hæc ratio est falsa, & tamen non perimit legatum, quia ratio legandi non ita cohæret legato vt legatum subuertat: ratio est superuacua sicut demonstratio: ideoque liberandi erunt curatores qui tenebantur negot. gest. sed tamen non omnino liberabuntur, quia eximentur legato liberationis quæ solent eximi: solent autem eximi ea quæ curatores dolo fecerunt in curatione. Solent etiam plerumque eximi reliqua, si quæ sint. penes eos hæc legato non continentur, & generaliter, legato liberationis non continentur. Quid igitur, controuersiam nullam fieri volo: vt scilicet rationes ab eis non exigantur scrupulose, non exacte, id est, vt negligentiæ ratio non habeatur, si quid culpa admiserint non dolo, *l. si seruus vetitus, lib. 1. l. 8. pen. l. 9. l. Aurelius* §. *Meuius inf. de liber. leg.* ex quo §. *Meuius*, quod Accursius etiam adnotauit, delenda est negotio in *l. vlt.* §. *Titia, eod. tit.* in quo ponitur eadem species quæ in §. *Meuia*, sed in vno affirmatiue respondetur, in altero negatiue.

Ad L. Si ea conditione.

Si ea conditione liberto legatum relictum est, ne à filiis eius recederet: & per tutores factum est quo minus conditionem impleret: iniquum est, cum sit inculpatus, emolumento fideicommissi carere.

SPecies est facilis. Liberto legaui, aut fideicommissum reliqui sub hac conditione, *si à filiis suis non recederet*, id est, si moraretur cum filiis testatoris: libertus paratus est morari cum filiis patroni, sed à tutoribus filiorum excluditur domo. lex ait, libertum esse inculpatum, id est, per eum non stare quominus conditioni pareatur, & conditionem pro impleta haberi: ideoque libertum admitti ad petitionem legati. Obstat huic definitioni *l. inde Neratius* §. *idem Iulianus, ad leg. Aquil.* quæ lex negat conditionem pro impleta, haberi si per alium fiat quominus impleatur. vt finge: heres institutus sum sub hac conditione si Stichum seruum meum manumisero. post mortem testatoris tu Stichum occidisti, atque ita iam non possum eum manumittere. omitto hereditatem, quia defecisse conditio intelligitur quæ iam impleri non potest, occiso Sticho, sed actione legis Aquiliæ abs te consequar æstimationem hereditatis amissæ. Cæterum hereditatem amitto, quia conditio defecta videtur. Huius rei expedita distinctio hæc est? aut per legatarium stat quominus conditio impleatur, & tunc certum est legatarium repelli à petitione legati, conditionem defectam esse, *l. 3. C. de condit. insert. tam in leg. quam fideicom.* aut per heredem stat quominus conditio legati impleatur, quia impedimentum adfert conditioni, ne expleat eam legatarius, quia eius etiam maxime interest conditionem non impleri ne legatum præstet. hoc casu conditio pro impleta habetur, & legati petitio competit, quia per eum stat, quia si impleta esset debiturus esset, quia moram conditioni iniicit debitor ipse. Et ideo si quis legauerit sub hac conditione, *si heredi dederit decem*, & heres nolit accipere, vel *si Alexandriam ierit*, & incluserit legatarium ne iret Alexandriam intra tempus constitutum legato, conditio pro impleta habetur, *l. iure, l. Iulianus ait, l. Iulius in fin. l. heres in fin. inf. de condit. & demonst.* Aut stat per alium, non heredem quominus conditio impleatur in cuius persona conditio implenda erat, & hoc etiam casu habetur pro impleta: vt si legauerit sub hac conditione si Titio dederit decem qui non erat heres, & Titius moram faciat in accipiendis decem, conditio pro impleta habetur, *l. 39. inf. de reg. iur.* quæ lex definit generaliter, in omnibus causis pro facto haberi id in quo per alium mora fit quominus impleatur: Nam ea regula est accipienda de eo in cuius persona factum conditionemve expleri oportet: nam per alium non videtur fieri mora nisi conditio in eius persona sit implenda. moram facit qui accipere & qui pati debet, nec vult. Aut stat per alium quemlibet qui non est heres, & in cuius persona non est conditio implenda: & hoc casu conditio non habetur pro impleta, *d. l. inde Neratius* §. *idem Iulianus*. In specie *huius* §. stetit per heredem quo minus conditio impleretur, in cuius persona etiam conditio erat implenda: i. per pupillum cum quo si moraretur libertus, erat & legatum adscriptum: vel stetit per tutorem pupilli quod idem est. Quod facit tutor, pupillus facere videtur; quod fit in personam tutoris, in personam pupilli fieri videtur. tutor personam, vicemque pupilli sustinet; & hoc est quod dicitur vulgo, *Tutorem esse loco domini*, id est pupilli in quem vim & potestatem habet iure datam siue permissam, *l. tutor qui tutelam, sup. de administr. tut. l. qui fundum* §. *qui tutor, inf. pro empt.* Et qui testatione adhibita conuenit tutorem, conuenisse videtur pupillum: & omnino quod fieri debet in personam pupilli, satis est, si fiat in personam tutoris, *l. qui Romæ* §. *coheredes, inf. de verb. obligat.* & pater qui legat à tutore, licet ei nihil reliquerit, recte legat, qui videtur legare à pupillo, *l. etiam, C. de fideicom.* Cum ergo conditio-

moram facit tutor, pati argumento pupillus ipse moram adferre videtur. Stare igitur videtur per pupillum quo minus conditio impleatur per pupillum, id est per heredem, & in cuius persona implenda erat conditio: merito ergo habetur pro impleta, & liberto datur fideicommissi petitio.

Ad §. Qui inuita.

Qui inuita filia, de dote egerat: decessit, eadem illa exheredata filio herede instituto. & ab eo fideicommissum filiæ dotis nomine reliquit: quæro, quantum à fratre mulier consequi debeat. Modestinus respondit: Quod in primis est, non esse consumptam de dote actionem mulieri, cum patri suo non consenserit, vtique non ignoras: sic enim res explicatur: vt si quidem maior quantitas in priore dote fuit, illius petitione sit tantummodo mulier contenta. quod si in summa dotis nomine legata amplius sit, quam in dote principali: compensatio fiat vsque ad eandem summam. quæ concurrit: & id tantummodo, quod excedit in sequenti summa, ex testamento consequatur: non est enim verisimile, patrem duplici præstatione dotis filium, eundemque heredem onerare voluisse: præterea, cum putauerit, se efficaciter, licet non consentiente filia, instituisse aduersus generum de dote actionem.

SCiendum est, diuortio, facto dotem profectitiam patrem non posse repetere nisi adiuncta filiæ persona, id est, consentiente & volente filia, quia vtriusque res esse intelligitur, communis res inter patrem & filiam, communis dos, communis actio, *l. 2. §. 1. l. 3. & 4. sup. sol. matrim. l. 1. filia, C. eod. l. pater filiam, inf. ad l. Falcid.* & eleganter ait Iurisconsultus in *l. qui hominem §. si gener, inf. de solut.* in causa dotis filiamfamilias patri esse participem & quasi sociam obligationis. Particeps vt Asconius ait, est qui habet certam partem, id est diuisam: socius est qui agit indiuise. Filia in dote est particeps patri, id est, pater videtur ei eam partem bonorum suorum prorogasse. Et ita de liberis M. Tullius in *præt. vrb.* quibuscum vna bona nostra partimur, puta cum damus partem aliquam bonorum nostrorum vel in dotem, vel in peculium, non aliter. Hæc omnia dico de filiafamilias: nam actio dotis propria est filiæ emancipatæ post diuortium, non communis cum patre, *l. si cum dotem §. eo autem. sup. sol. matr.* & *l. Titia. eod. l. pater, sup. de euict.* Quæ eleganter ait, dotem à patre datam filiæ emancipatæ vno tantum casu ad patrem reuerti: videlicet si filia emancipata moriatur in matrimonio, quod probat *l. si filia, sup. de diuort. l. filiæ, l. si ab hostibus, sol. matr. l. 5. §. pen. de iur. dot.* Altero autem casu, id est, si diuortio soluatur matrimonium dos redit ad solam filiam, & dotis actio filiæ emancipatæ competit. Hic §. est de filiafamilias quæ diuertit à marito, ponit autem post diuortium patrem repetiisse dotem à genero, inuita filia, id est, contradicente vel ignorante filia, quod notandum: nam in hac quæstione inuita dicitur quæ contradicit patri, patri agenti non vocata non adhibita filia, iusta tamen ex causa: vel quæ ignorat patrem agere, patriue solui dotem: nam quæ scit patrem agere & tacet, consentire videtur, *l. 12. §. voluntatem, sup. sol. matr.* Ideoque Accursius & Bartolus in *hoc §.* male legunt *non ignorans*: nam si filia non ignorat patrem agere, consentire videtur, & recte agit pater: nec enim velle debet, sed non nolle. Taciturnitas filiæ consensum imitatur. Flor. recte *non ignoras.* Idem Accursius in *hoc §.* male legit *portione*. Flor. *petitione*, recte, id est, actione de dote instituta aduersus maritum. Sequitur species huius §. Diuortio facto pater dotem repetiit, inuita filia. ergo non iure dotem repetiit non adiuncta filia: deinde moriens filiam exheredauit, filium heredem instituit, & à filio certam summam filiæ legauit dotis nomine, & dixit, se eam summam legare filiæ dotis nomine. Hoc casu filiæ est actio de dote integra aduersus maritum, quia patri repetenti dotem contradixit vel nesciuit patrem dotem repetere: atque ita dos non recte soluta est patri sine filia. Denique filiæ non est consumpta actio de dote. ei est repetitio integra aduersus maritum: est etiam filiæ aduersus fratrem legati petitio, vel persecutio fideicommissi dotis relicti nomine: duas igitur habet actiones, de dote aduersus maritum, de legato aduersus fratrem. Quæritur, an vtraque actione cum effectu experiri possit, & quod intenderit consequi: dotem à viro actione ex stipulatu, legatum relictum dotis nomine à fratre actione ex testamento. Et respondetur eam non posse cum effectu vtraque actione experiri, ex stipulatu, & ex testamento; sed alterutra contentam esse debere, quia pater dixit nominatim, se legare dotis nomine: & ideo non videtur onerare voluisse filium suum duplici præstatione dotis. atqui si filia vtraque actione ageret cum effectu, filius heres institutus à patre oneraretur duplici præstatione dotis; nam & sorori teneretur nomine legati relicti dotis vice, & teneretur etiam viro restituere dotem quam pater ab eo receperat; atque ita indemnem eum seruare aduersus filiam; & teneretur viro ex stipulatu si pater cauerit genero suo de rato, vel de indemnitate, aut si non cauerit, teneretur condictione indebiti, *d. l. qui hominem §. si gener.* Melius ergo est, ne filius oneretur duplici præstatione dotis contra sententiam defuncti; vt alterutro contenta sit filia. Quod sic explicat lex: si amplior sit dos principalis dote vicaria, id est, legato, relicto pro dote, filia dotem petet à marito, quæ vberior est legato: legatum non petet à fratre, vel si iam petierit legatum à fratre, à viro id tantum petet quod est amplius in dote principali: & porro vir quod dederit, id condicet heredi soceri. contra si amplius sit legatum quam dos principalis, filia petet legatum à fratre, si sibi bene consulat. dotem non petet à viro quæ minor est legato, vel si iam dotem quæ minor erat, petere à viro festinauerit, id tantum quod amplius est in legato, petet à fratre, idque lucrabitur. Concurrens quantitas compensabitur, excurrens sola petetur. Et huc valde pertinet *l. si cum dotem §. si pater, sup. sol. matr.* qui tamen §. est emendandus ex *hoc §. vt docet 30. Obser. cap. 16.* Quid tamen si pater legauerit filiæ his verbis non adiectis, *dotis nomine*, qui scilicet dotem receperat inuita filia? Hoc sane casu verissimum est, vtraque actione filiam experiri posse cum effectu. Et huius rei argumentum est in *l. 4. inf. de collat. dot.* Pater dotem promisit genero pro filia, deinde testamento filiæ legauit certam summam, neque adiecit pro dote, lex ait, filiam & dotem præcipuam, & legatum habituram. Porro casui proposito in *hoc §.* est similis casus *l. pen. inf. de dot. præleg.* similisque ratio. Mater pro filia dotem dedit genero, & stipulata est eam sibi reddi soluto matrimonio moriens maritus qui dotem reddere socrui obligatus est ex stipulatu, eam dotem legauit vxori: quæritur, an debeatur vxori, id est, an heres ex legato dotem debeat vxori, & ex stipulatu socrui, an bis dotem reddere debeat: Sceuola ait, legatum non debere dari (vxori scilicet) quod matri reddi oportet. ratio est: cum dos legatur, ei recte legatur cui reddi debet. qua de causa relegatum est potius quam legatum, relegari dos dicitur potius quam legari sæpe in illo tit. Dos non est reddenda vxori, sed matri, non relegatur recte vxori, præualet stipulatio legato. Idem Scæuola, inquit, *alias consultus respondit, non videri*, vbi legendum, *non deberi*, scilicet dotem vxori: Errasse videtur vir qui relegauit dotem vxori, putans fortasse reddendam dotem vxori cum reddenda esset matri: non deberi igitur vxori, nisi manifeste vxor probet, eam fuisse voluntatem, vt duplici præstatione dotis onerari heredem suum vellet: alioquin specie huius §. non est verisimile testatorem heredem suum voluisse operare in præstatione dotis.

Ad §. Lucius Titius.

Lucius Titius, relictis duobus filiis suis heredibus diuersi sexus institutis addidit caput generale, vti legata, & libertates ab his heredibus suis præstarentur. quadam tamen parte testamenti à filio petit, vt omne onus legatorum in se sustineret, in hunc modum : Ea quæcunque legatis reliqui, vel dari præcepi, ab Attiano filio meo & herede dari præstarique iubebo. *deinde subiecit in præceptione relinquenda filiæ suæ, hæc verba :* Paulinæ filiæ meæ dulcissimæ si quid me viuo dedi, comparaui, sibi habere iubeo : cuius rei quæstionem fieri veto. & peto à te filia carissima, ne velis irasci, quod ampliorem substantiam fratri tuo reliquerim, quem scis magna onera sustentaturum, & legata, quæ supra feci, præstaturum. *quæro, an ex his extremis verbis, quibus cum filia sua in testamento pater locutus est, effectum videatur, vt hereditariis actionibus, id est omnibus, filium suum onerauerit : an vero iam solum propter onus legatorum locutus esse videatur, petitiones autem hereditariæ in vtrumque heredem creditoribus dari debeant. Modestinus respondit, vt actiones creditorum filius solus excipiat, iussisse testatorem, non proponi.*

Filium & filiam heredes instituit, & adiecit caput generale, vt legata & libertates præstarentur ab omnibus heredibus. Caput generale est quod in omnibus testamentis vulgo & plerumque ponitur. Vt cum legata relinquuntur ab omnibus heredibus. *Quisquis mihi heres erit*, hoc est caput generale, *l. ab omnibus, sup. lib. 1.* Et ita caput generale accipio in *l. generali. inf. de vsufr. leg.* Et eodem modo Seruius in illum Virgilij locum :

Præfatus diuos solio rex infit ab alto.

Maiores, inquit, *omnes orationes inuocatis numinibus incipiebant : Nam in omnibus generale caput legitur.* Sic in testamentis omnibus sunt generalia quædam capita, vt illud : *Quisquis mihi heres erit, illi decem, illi viginti, illi hominem dato.* generalia igitur capita, id est vulgaria & galeata, vt veteres loquebantur. Idem testator scripto generali illo capite quo legata relinquebat ab omnibus, subiecit speciale caput quo declarauit vt filius solus sustineret onera legatorum. Generali capite onerat legatis omnes heredes : speciali onerat solum filium. Alio item speciali capite legat filiæ quicquid ei viuus dedit, aut comparauit. Quo genere legati confirmat donationem collatam in filiamfamilias, quæ alioquin nulla fuisset, *l. 1. §. 1. inf. pro don.* & præterea petiit à filia nominatim ne irasceretur, ne liueret aduersus fratrem, quod ampliorem substantiam fratri pater relinqueret, atque vt id æquo animo ferret, *quia*, inquit, *scis fratrem tuum omnia onera sustentaturum, & legata quæ feci præstaturum.* Hæc verba posteriora dubitationem faciunt, an filium videatur pater onerasse omnibus oneribus. horum onerum duo sunt genera : alia æris alieni, alia legatorum. Dixi, filium subiturum magna onera & præstaturum legata. Videtur loquutus de omnibus oneribus, sed aliter respondetur, quia non proponitur testator iussisse nominatim, nisi vt sustineret onera legatorum, non cætera. Itaque onera æris alieni erunt communia inter filium & filiam, onera legatorum erunt propria filij.

Ad §. vlt.

Titia, cum nuberet Gaio Seio, dedit in dotem prædia, & quasdam alias res. postea decedens codicillis ita cauit : Γάιον Σέιον τὸν ἄνδρα μου παρακατατίθεμαί σοι ὦ θύγατερ ὧ βούλομαι δοθῆναι εἰς βίου χρῆσιν, καὶ ἐπικαρπίαν, μετοχίων κώμης Νακλήνων, ὧν ἔφθασα δεδωκέναι εἰς προῖκα, σὺν σώμασι τοῖς ἐμμεμενηκόσι τῇ προικί, καὶ κατὰ μηδὲν ἐνοχληθῆναι αὐτὸν περὶ τῆς προικός. ἔσται γὰρ μετὰ τὴν τελευτὴν αὐτοῦ σοί, καὶ τῶν τέκνων σου. *id est :* Gaium Seium virum meum commendo tibi, ô filia ! cui volo dari ad vitæ vsum & fructum participationem castelli Nacleorum, quam præueni dedisse in dotem, cum corporibus, quæ inferuntur doti, & in nihilum molestari eum de dote : erunt enim post mortem eius tua, & filiorum tuorum. *præterea alia multa huic eidem marito legauit, vt quamdiu viueret haberet. quæro an propter hæc, quæ codicillis ei extra dotem relicta sunt : possit post mortem Gaij Seij, ex causa fideicommissi, petitio filiæ & heredi Titiæ competere, & earum rerum nomine, quas in dotem Gaius Seius accepit. Modestinus respondit ; Licet non eæ verba proponuntur, ex quibus filia testatricis fideicommissum à Gaio Seio, postquam præstiterit, quæ testamento legata sunt, petere possit : tamen nihil prohibet, propter voluntatem testatricis, post mortem Gaij Seij, fideicommissum peti.*

B Species §. *vlt.* est satis difficilis. est autem huiusmodi. Titia Gaium Seium, aut Gaio Seio marito suo dedit in dotem prædia & mancipia quædam, prædia cum mancipiis quæ in eis prædiis erant. Eadem Titia testamento filiam heredem instituit, & codicillis ita cauit græco sermone. ergo per fideicommissum, non per legatum : *filiæ salutem. Gaium Seium maritum meum tibi commendo, &c.* Hoc verbum, *commendo*, siue παρακατατίθεμαι, quo vsa est Titia per se solum, fideicommissi nullum effectum obtinet, maxime si certa species vel quantitas non exprimatur, id est, ei quem testator mihi commendauit, nihil vllo iure debeo. sed & in seruo, quamuis hoc verbum *commendo* posset trahi ad fideicommissariam libertatem, ita vt seruo videretur relicta fideicommissaria libertas quem dominus commendasset suo heredi : placet tamen & in seruo verbum illud fidei-
C commissi vim non habere : ideoque Sticho quem dominus commendauit heredi, nihil debetur, libertas non debetur, *l. ex verbo, C. de fideicom. libert. l. quoties, C. fam. ercisc. l. 11. §. 2. lib. 3. inf.* Paulus 4. *Sent. tit. 1.* Et hoc ita procedit nisi seruus probet aliam fuisse voluntatem defuncti : nam quin hoc verbo *commendo* cui volet fideicommittere possit non est dubium, cum & nutu solo fideicommissum relinqui possit, *l. nutu, lib. 3. inf.* Sed exigitur probatio à seruo, quia per se hoc verbo *commendo* non præsumitur testator heredi imponere voluisse vllam necessitatem. Hoc verbum *commendo* arbitrium permittit consiliumve dat potius quam necessitatem imponit. Vnde etiam si testator de seruo ita dixerit, *Libertum meum tibi commendo*, qui tamen non erat libertus sed seruus, neque ex liberti appellatione
D idoneum sumetur argumentum datæ libertatis, *l. 7. C. de testam. milit.* neque ex verbo *commendo*, *l. hered. 2. sup de hered. inst.* Itaque ne ex ea quidem scriptura fideicommissaria libertas debebitur. Aliud est *commendare*, aliud *fideicommittere* : Tullius 3. *de finibus : certe verum est, etiam his qui aliquando futuri sunt, esse propter ipsos consulendum ex hac animorum affectione testamenta & commendationes morientium ratæ sunt.* commendationes morientium non sunt fideicommissa : commendationes non obligant heredem, fideicommissa obligant, *l. Thais §. Lucius 2. de fid. libert.* & ob id Græci diuersis vocabulis commendationes separant à fideicommissis. commendationes vocant παρακαταθήκας. vel compendio παραθήκας, vt heic, παρακατατίθεμαί σοι & in *d. l. Thais*, ἐν παρακαταθήκῃ ἔχειν, id est commendatum habere. fideicommissa, vocant ἀπὸ καταστάσεως, vel καταπιστευθέντα, vel τὰ ἐν πίστει καταλιμπανόμενα.
E Itaque in hac specie quod Titia filiæ maritum suum commendauit ; hic nullam actionem, petitionem, persecutionem marito parit, nullum ius tribuit : Verum addit hæc verba quæ ius tribuunt marito ; *Marito meo concedi volo prædia & mancipia dotalia ad fructum vsumque vitæ, neque inquietari eum dotis nomine : erunt enim tua ea prædia, tuorumque liberorum post mortem*, & hæc sunt verba testatoris scripta codicillis ad filiam : prædia quæ legauit, quæque dederat in dotem marito iam ante verbis codicillorum appellauit μετοχίων vici Naclei, quam ei dederat iam ante in dotem : μετοχίων verbo significantur vniuersa prædia illius vici, *vt clauduntur*, vt dixi §. 1. quod hic §. satis innuit, qui dixit initio prædia, ergo multa prædia, quæ postea vniuersali

ti nomine μηχῆς in codicillis comprehenduntur. μηχὴ igitur est περίβολος siue conceptum illius vici, siue vniuersa prædia illius vici vti clauduntur, vt est in *l. si mihi Mania, in f. lib. 3.* Alciatus male participationem interpretatur. Porro dixit etiam Titia, se ea prædia legare marito ad fructum vsumque vitæ, id est, vt inde eximeret sumptus, vt inde sumptum exerceret suum. & ita in illum Persij locum, *exime sumptus*, iisdem verbis, Cornutus inquit, *hoc proficiat tibi ad fructum vsumque vitæ.* quibus verbis, vt mox dicemus, non legatur vsusfructus prædiorum, sed proprietas legatur, id postea explicabitur. Sed integra verba Græca interpretemur. Sensus est: filia Caium suum maritum meum tibi commendo, cui dari volo ad fructum vsumque vitæ vniuersa prædia vici Naclei, vt clauduntur cum mancipiis, quæ omnia iam ei in dotem dedi, neque inquietari eum dotis nomine, erunt enim tua tuorumque liberorum post mortem eius. σώματα interpretor mancipia, quanquam Iulius Pollux scribat Attice seruos non appellari σώματα simpliciter, sed δουλασώματα. Hæc mulier loquuta est populariter. Primum his verbis mulier marito legauit liberationem ab actione dotis, quoniam dixit, *inquietari eum nolo dotis nomine*, noluit ab eo dotem repeti quæ soluto matrimonio restituenda est heredibus mulieris, cum id patitur scilicet natura dotis, vel cum ita conuentum est, sicut hoc casu statuendum est dotis causam hanc fuisse, vt mortua muliere in matrimonio, reddenda esset heredibus mulieris: quare legat ei liberationem actionis de dote, quę competere poterat heredibus suis: & præterea eidem legauit nominatim prędia ea & mancipia vt eis frueretur, vteretur quandiu viueret, id est, ad fructum vsumque vitæ, vt inde sumptum exerceret suum. si mulier hoc tantum dixisset, *inquietari eum nolo dotis nomine:* quandiu vixisset heres mariti, posset conueniri actione de dote, *l. Aurelio, in princ. inf. de liberat. leg.* sed quoniam adiecit, se etiam velle vt prædia dotalia concederentur marito ad fructum vsumque vitæ, non poterit heres mariti inquietari actione de dote, quoniam etiamsi mentio vsus & fructus facta sit, & dixerit ad fructum vsumque vitæ, tamen non vsusfructus, sed proprietas plena prędiorum legata est. Vnde vero id colligitur non vsumfructum, sed proprietatem legatam esse? ex eo scilicet quod subiecit: *erunt enim tua, ô filia, & tuorum liberorum post mortem eius.* quę verba vim fideicommissi habent, id est, maritus videtur rogari, vt ea prędia & mancipia dotalia post mortem suam restituat filię, eidemque heredi vxoris: atque ita mortuo marito inquietabitur heres mariti non actione dotis, sed actione fideicommissi. potuit vxor ab herede fideicommissarij fideicommissum heredi suo relinquere, atque ita videtur posterioribus verbis rogatus maritus vt ea prędia restituat filię vel liberis filię. quod autem quis rogatur restituere alteri, id necesse est vt in eius dominio sit primum, & eius proprietatem nactus sit. Vnde cum maritus videatur rogari prędia restituere filię vel filiæ liberis, consequens est proprietatem ei prædiorum legatam esse, idque probat aperte *l. vlt. sup. de arg. leg.* Casus est: legauit mulieri res quasdam. deinde ita dixit, à te peto, mulier, vt eas res quas legaui, restituas illi post mortem tuam, vel sub alia conditione, quarum vsusfructus tibi sufficiet dum viues. quæritur, an videatur tantum vsufructus legatus, quod sit etiam facta mentio vsusfructus? Minime: videtur proprietas legata, quoniam rogatus est restituere. Proprietas igitur etiam facta mentione vsusfructus legata videtur addito onere fideicommissi: nam inepte rogo restituere quod mihi legatur, nisi id meum fiat. Igitur hic si rogatus videtur maritus restituere prædia filiæ, quamuis sit relicta marito ad vsum & fructum vitæ, tamen consequens est, proprietatem prædiorum ei legatam esse. Dices, deficere verba fideicommissi, id est, maritum non esse rogatum restituere ea prædia filiæ, sed dictum est tantum dari filiæ post mortem mariti, neque dixi: rogo te maritum vt restituas post mortem. deficiunt verba fideicommissi, & verba non satis exprimunt fideicommissum, sed non tantum verba constituunt fideicommissum, sed etiam mens defuncti, & argumenta & coniecturæ voluntatis defuncti, *l. 11. §. hæc verba, l. Pamphilo, in princ. lib. 3. l. vnum ex familia §. vlt. hic l. generaliter §. si petitum, inf. de fideicommiss. libert.* Hic autem non desunt argumenta fideicommissi à marito relicti filiæ. primum, quia dixit, ea prædia quæ marito concedi volo, vt inde eximat sumptus suos, quandiu viuet, erunt tua & tuorum liberorum post mortem eius. Deinde, quia mulier eisdem codicillis eidem marito, vt ea lex ponit, Titia extra dotem alia multa legauit, ita vt ea duntaxat quandiu viueret, haberet nominatim: Videtur ergo onerasse maritum fideicommisso, vt ea omnia quæ darentur codicillis, filiæ, & heredi post mortem suam restitueret: Nam si hoc non dixeris, quis erit effectus illorum verborum? necesse est vt ex illis verbis aut inducas fideicommissum, aut statuas proprietatem prędiorum marito legatam fuisse ad tempus. fideicommissum si inducas, valebit, si dicas proprietatem marito legatam ad tempus, inanis erit voluntas defuncti & vitiosa: nam proprietas non potest legari ad tempus, *l. vlt. C. de legat.* sicut seruitus non potest constitui ad tempus, *l. 4. sup. de seruitutib.* vsusfructus tamen recte constituitur ad tempus, & ipso iure finitur tempore dicto & constituto, quia sua natura temporarius est vsusfructus, & relicta proprietate excurrit, non insistit, vt mox quantum potest & quam primum ad proprietatem recurrat, euolat vt reuoler. Liberatio etiam non potest relinqui ad tempus, & si legetur ad tempus, legatarius non liberatur, accepto ei non fertur, proficit tamen ei ea res ad exceptionem, *l. 8. & 9. inf. de liberat. leg.* sicut etiam obligatio non constituitur ad tempus, constituta tamen proficit ad exceptionem, *l. obligationum fere §. 1. de oblig. & act. inf.* liberandi & obligandi, vel non liberandi, aut non obligandi eadem est causa, eadem ratio, *l. inter stipulantem §. sacram, de verb. oblig.* atque ita sicut ad tempus obligatio non consistit: ita nec liberatio, paratur tamen exceptio; proprietas, vt dixi etiam non legatur ad tempus, proprietas non finitur morte. Igitur & in proposito vt res valeat potius quam pereat, dicimus, non proprietatem esse legatam ad tempus quod esset inutile, sed legatarium cui legata est proprietas, oneratum esse fideicommisso: Nam licet proprietas non possit legari ad tempus, potest tamen is cui legata est proprietas, per fideicommissum rogari vt alteri restituat, & hanc fuisse mentem testatoris. in hac specie interpretanda, ait *prædia*; id est, claustrum vici Nauclei conseptum, & quasdam alias res, id est, mancipia, præterea legauit extra dotem, scilicet iisdem codicillis. *Quæro an propter*, rectius alij codices, an præter, & est similis error in *l. Maeuius §. fundo, hic.* vt ostendi in *l. 26. sup.* Alciatus legit male, *vt earum propter quæ*, lege, *præter*, lege, *& earum*: sequitur responsum Modestini, *petere possit*, id est, licet verba non satis exprimant fideicommissum, quoniam maritus non proponitur legasse quicquam filiæ, *fideicommissum peti*, id est, fideicommissum constituit nuda voluntas, etiamsi verba deficiant: ait, *quæ testamento legata sunt*, imo codicillis, sed quæ codicillis leguntur, factis ex testamento, id est, factis ab eo qui testamentum fecit, videntur legari testamento, quoniam pro parte testamenti habentur, & obseruationem iuris inde traditam seruant, *l. quidam, sup. de codicill. l. pen. sup. quemad. test. aper.* & his libris promiscue quod codicillis relictum dicitur, & testamento relictum dicitur, quia codicillus pars est testamenti, siue supplementum testamenti, ἀναπλήρωσις, vt Theoph. loquitur, ait legata esse, imo non sunt legata, sed fideicommissa, quia Græco sermone relicta sunt ei verbis precariis θέλομαι, sed hoc non est nouum vt fideicommissa appellentur legata, *l. & fideicommissum, inf. lib. 3.* fideicommissum tamen nunquam appellatur legatum, & nusquam legati nomen est generale, & legamus aut per restitutionem heredis, aut per legatum, aut per fideicommissum, aut per mortis causa donationem, *l. equis, de vsuris.* Postremo,

Postremo, sciendum est, hodie eandem dubitationem quæ incurrebat in hanc speciem esse sublatam, quia hodie ex constitutione Iustiniani proprietas potest legari ad tempus. Igitur in proposita specie cum legauit marito prædia dotalia ad vsum vitæ, & alia multa quandiu viueret, etiamsi detraxeris causam fideicommissi, id est, etiamsi dixeris tantum non habuisse animum fideicommissi à marito filiæ relinquendi, tamen rata erit voluntas eius, & finietur proprietas legati morte mariti, redibitque ad heredem ipso iure, & in præstandis prædiis ob id poterit heres exigere cautionem à marito de restituendis prædiis post mortem, *l. vlt. C. de legat.* Igitur in hac specie siue inducas fideicommissum, siue dicas proprietatem legatam ad tempus, nihil refert, vtrumque valet & hoc vel illud idem est: non potest igitur non esse rata hæc voluntas.

Ad L. Legatis. XXXV.

Legatis vxori quæ eius causa parata sunt, eos seruos ad eam non pertinere, qui non proprij ipsius, sed communis vsus causa parti sunt.

Quæstio est de hac formula legatorum, *quæ vsûs eius causa parata sunt*, vel, *quæ his vsus causa paraui*, quæ verba adiiciuntur plerunque legatis relictis vxori, *l. hoc legatum, inf. lib. 3. l. 2. inf. de auro & arg. leg.* Et ob id Valerius Probus eam formulam quasi vulgarem posuit in *lib. de not. Roman.* Vnde in antiquo testamento Sempronij Tucidani militis quod circumfertur, ita est legendum; *Tuscia agresti vxori benemeritæ mundum muliebrem quæve eius causa paraui, dare damnas esto* Enumeratis speciebus quibusdam adiicitur generalis clausula, *quæ eius causa parata sunt*, potest tamen non esse adiectio, vt si nullis speciebus enumeratis generaliter vxori legentur quæ eius causa parata sunt, *l. 11 inf. de auro arg. leg.* Eodem vero modo legari solet etiam filiisf. & seruis cum libertate, *l. item legato §. vlt. lib. 3. his personis*, id est, vxori, filiisf. seruis donari inter viuos iure ciuili non potest, hoc est certum: assignari tamen eis, attribui vel destinari quædam possunt, vt eis vtantur quandiu libuerit. & hæc eisdem personis plerumque legari solent, vel si non legentur, exemplo peculij remanent in hereditate, vindicantur hereditati. Hæc sunt quæ eorum gratia, vel vsus eorum causa parata dicuntur, sed & concubinę: cui tamen donari potest inter viuos, si quędam non donata, sed assignata vel destinata sint vsus sui causa, hęc ei quasi vxori sępe legantur, *l. qui concubinam, in princ. l. item legato §. pen. inf. lib. 3.* concubina enim imitatur vxorem iustam. verum plenius videamus, quid hoc legato contineatur, *quæ eius parata sunt*, quibus personis adscribatur exposuimus. Nunc de effectu legati siue adiectionis huius tractandum est. constat inter omnes, hoc legato contineri ea quę proprio vsui vxoris parata sunt, si modo & retenta sint, vt ait, *l. si quid earum 47. lib. 3.* Quod ibi verbum retenti Accursius explicat male, *si retenta sint.* id est, si non sint adempta, *l. 48. eod.* Nam sicut peculium arbitrio patris vel domini quandoque adimitur cum vult, ita ea quę filiif. vel serui, vel vxoris, vel concubinę causa parantur, quandoque adimuntur cum libet ei qui ea parauit. Et eorum ademptio, licet legatum ademptum non proponatur, dissoluit legatum: sufficit autem vel tacita ademptio, cuius argumentum plerumque diuortium pręber: vt si diuertat mulier, videtur tacite maritus ademisse quę vsus eius causa parata sunt, *l. 3 inf. de auro arg. leg. d. l. item legato §. pen.* Non continentur autem hoc genere legati ea quę in viri & vxoris vsu communi fuerunt, quę est sententia huius legis, & *d. l. sic legatum lib. 3. & l. 11. inf. de auro arg.* In vsu promiscuo est quo quisque vtitur quasi proprie sibi attributo, aut ęque sibi attributo, atque alteri. in vsu promiscuo non est quo vtitur vxor quasi proprie sibi attributo. Id enim est potius in vxoris vsu proprio, & legato con-

A tinetur, *l. item legato §. 1.* Cęterum quod promiscui vsus causa paratum est, vt eo vteretur, vel cum vxore communiter, legato non continetur. Obstat *l. cum quæreretur §. lana, inf. lib. 3.* legauit vxori lanam, linum & purpuram, quę eius causa parata essent: lana omnis commista est quę eo anno detonsa est, & in vsu promiscuo, & nihil proprium vsui mulieris destinatum est. Quæritur an iure legati ex lanæ à certo aliquid vxori debeatur. lex ait, deberi vxori quantum ad vsum annuum sufficit: lana est fructus annuus, vt vinum, oleum, frumentum: ergo quod est in promiscuo vsu, legato continetur. Accursius ait, linum & lanam separandam esse à cæteris rebus, à corporibus quæ propria specie continentur. recte, sed vtitur ratione stulta, quia, inquit, linum & lana mulieribus conueniunt. Est certior

B ratio, quia puto distinguenda esse ea quæ sunt vsui ab his quæ sunt abusui, quę sunt vsui promiscuo, legato non continentur. quæ sunt abusui promiscuo, legato continentur. Abusui sunt, veluti vinum, oleum, frumentum, nummi, fruges omnes. Itemque lanæ, & odores & aromata, earum rerum vsus, abusus & consumptio est: Nam si vinum, exempli gratia sumpseris ad vtendum, sane consumpseris. Vsui tamen sunt quæ vtendo non pereunt, veluti vasa, iumenta, mancipia, prædia, ornamenta. His etiam velim addi vestimenta, quæ sunt vsui, non abusui. Scio Iustinianum Inst. *tit. de vsufr.* numerare vestimenta inter eas res quæ vsu consumuntur, sed id necesse est moderari interpretatione quadam: nec enim est omnino verum. vestimenta non consumuntur, sed deteruntur vsu vestimenta: non consumuntur statim vt vinum, oleum, & similia, sed

C paulatim longo vsu; qui legat vsumfructum vini, olei, & similium rerum, proprietatem legat; qui legat vsumfructum, non legat proprietatem. Ideoque finito vsufructu vestimentorum, eadem ipsa vestimenta redduntur licet attrita sint, *l. si vsusf. 2. §. vlt. vsufruct. quemad. cauf. sup.* Si vini vsusfructus legetur, finito vsufructu non reddetur idem vinum in specie, sed in genere reddetur æque bonum, ex cautione quæ interponitur de reddendo vino æque bono, moriente legatario aut capite. Præterea is cui legatur vsusfructus vini, potest abuti vino & consumere. Is cui legatur vsusfructus vestimentorum, non potest abuti, sed debet eis vti arbitratu boni viri, *l. sed etsi quid §. etsi vestimentorum, sup. de vsufr.* Itaque adnumeraueris rectius vestimenta rebus quæ vsui sunt, lana autem adnume-

D ratur rebus quæ vsui sunt, & ex genere earum rerum quæ vsu consumuntur, *l. pen. ea. sup. de vsufr. rer. quæ vsu cons.* Nam si lana vti cœperis, lanam extraxeris: si vestimentum feceris, perit lana, mutatur species. Vt igitur oleum, & frumentum, ita & lana abusui est. hæ autem res communi & promiscua specie continentur, *l. cum Stichus, inf. de solut.* id est, sicut omne vinum parem vsum omnibus præstat, ita omnis lana parem vsum omnibus præstat, & naturaliter hæ res sunt in promiscuo vsu, etiamsi non commisceantur corpora, quæ proprie sunt vsui, non abusui, vt mancipia, prædia, & vasa, atque etiam vestimenta naturaliter non sunt in promiscuo vsu, commisceri possunt, sed natura non sunt commixta, lana cum simili lana natura commixta est, qua de causa, si maritus solebat lana detonsa quotannis promiscue vti cum vxore, & lega-

E uerit vxori lanam paratam eius causa, debebitur vxori quantum ad annuum vsum ei sufficit, & quantum sumere solebat: & in summa quod est vsui promiscuo, hoc legato non continetur, quod est abusui promiscuo, hoc legato continetur, & vtitur Iurisconsultus in *d. l. cum quæreretur §. lana*, argumento plenus legatæ eleganter. In penu sunt cellaria, id est, esculenta, & poculenta, quæ recondit paterfamilias vt consumat, vt eis se, & suos alat. Denique penus sunt cellaria. quæ conduntur, & promuntur vt consumantur, in penu non sunt, itaque sunt abusui. Penus omnis est abusui: in penu autem non sunt cellaria, siue cibaria quæ paterfam. seruat, vt pecunia mutet, vt vendat, vel sic, vsualia sunt in penu, promercalia non sunt in penu. Nunc finge, vsualia & promercalia commixta

sunt, vt, mercator quidam habet magnum frumenti aceruum, cuius partem vendere parat, partem assumere ad suum, suorumque vsum, atque ita & vsualia, & promercalia commixta sunt. Legauit penum, debebitur legatario ex eo aceruo quantum ad meum vsum sufficit, *l. 4. §. Item si quis, inf. de pen. leg.* Atque ita recte vtitur argumento penus legatæ. Nunc sciendum est hæc verba, *quæ eius causa parata sunt*, varie accipi posse. quod qui ignoraret, variæ significationis obiectis perturbaretur. Alias enim accipiuntur pro demonstratione, vt si legentur certæ species, id est, nominatim designatæ, puta vestis illa, palla illa purpurea, lanx illa argentea, sicque legentur certæ species, & adiiciatur, quæ eius causa parata sunt. illæ species debentur, etiamsi eius causa parata sunt, quoniam illa verba sunt pro demonstratione, omnis demonstratio redundat, ius legati non mutatur, sicut pactio ius commune non lædit, *l. 3. C. de fideiussorib.* Alias ea verba accipiuntur pro taxatione, vt si legentur certæ species, specialiter demonstratæ: sed generaliter vestes, vel vasa, vel lanx; vel ornamenta omnia vxoris causa parata non sunt. *l. 11. inf. de auro arg. leg.* Et inde quæstio in *l. heres §. vxori,, lib. 3.* an taxatio referatur ad omnia quæ superius enumerata sunt, non videbitur *d. §.* difficilis quæstio. Rursus ea verba quæ vxoris causa parata sunt pro taxatione, alias legatum adstringunt, vt si ita legetur, vestes & ornamenta quæ vxoris causa parata sunt: nam ex hac scriptura non debentur omnia quæ vxoris causa parata sunt, sed vestimenta, *l. ea tamen, lib. 3.* Alias legatum ampliant, vt si ita, vestes & ornamenta omnia, quæque vxoris causa parata sunt: vel quod idem est, quæve vxoris causa parata sunt: nam hoc casu non ea tantum quæ numerata sunt, sed etiam omnia quæcunque vxoris causa parata sunt debentur, *d. l. ea tamen.* Sciendum est etiam plenius esse legatum paratorum quam emptorum. parare & comparare idem est, comparare & emere non vtique idem est, plenius, vt dixi, est legatum paratorum, siue comparatorum quam emptorum. Nam hac appellatione, *quæ parata sunt*, continentur parta, domi facta, empta, & quæcunque alia ratione marito acquisita sunt, & vxori assignata, attributa, tradita vsus causa, vel etiam destinata, non tradita: quod si ita legetur, *quæ vxoris causa empta sunt*, angustius est legatum, exiguius est legatum, si quoniam emptione tantum quæsita legato continentur, ue sunt tradita vxori, siue destinata, *l. si quid earum §. 1. l. item legato §. item interest, l. cum vxori, inf. lib. 3.* Paratum est genus, emptum species, quodcumque emptum est, cum parandi sint infinita genera, genus ad probandam speciem non valet, species ad probandum genus valet. & recte Accurs. in *l. vlt. C. de in int. restit.* Ita recte colliges, minor est vsus iure communi; ergo non est circumscriptus quod proponitur in *d. l. vlt.* & est sumptum ex *l. inter eos §. pen. de fideiussorib.* Ex diuerso male ita colligeres, minor non est circumscriptus: ergo vsus est iure communi, vitiosa est hæc collectio, quia genus ad probandam speciem non valet, Quintil. *lib. 5. cap. 10.* Sciendum etiam est, hoc genere legati, de quo hic, contineri etiam seruos, veluti lecticarios, seruos vxoris causa paratos, & puellas ornatrices in *d l. item legato, in princ.* sed vulgo locus corruptus est. Sic legitur & Flor. *legato continentur puellæ fortassis quas sibi comatas mulieres exornant,* est autem sumptum ex Sabino, qui ita loquebatur, *sibi comas mulieres exornant.* De quibus est locus elegans apud Galenum *lib. de Theriaca ad Pisonem,* loquitur de ornatricibus Cleopatræ, ornatrices dicuntur, *l. legatis §. ornatrices, inf. lib. 3. Suet. in Claudio; matris meæ liberta & ornatrix fuit:* Festus Pompeius eodem nomine vtitur, & Glossæ veteres, in quib ita legitur: *ciniflones, id est, ornatrices,* eadem lege *Item legato,* hoc legato contineri iumenta quæ aptantur sellis, vel lecticis, & burdones, qui sunt muli, qui iunguntur carrucis, vel rhedis, quos mulos etiam legato contineri traditur, *l. 13. inf.* de aur. arg. & secundo Regum in eadem significatione Latinus inter-

A pres: *onus duorum Burdonum,* & Græci ad *l. qui duos, in lib. 3.* quo loco dicitur mulis legatis, etiam mulas debe[ri] Basil. id ita interpretantur, τῷ ληγάτῳ τῶν βυρδονίων, ἡ αἱ θηλ[ειαι] ἀφίεται, eodemque sensu dixerunt posteriores Burdos, [si]ue Burricos, atque ideo arbitror Grammaticos omn[es] errare qui mannos interpretantur esse equos. Acro scr[i]bit, vulgo appellari Burdos siue Burricos. sunt ergo mu[li] pusilli, non equi, & Porphyrio male interpretatur equo[s]. Paulinus ad Seuerum: *Sed longe dispari cultu macre illam & viliore asellis Burrico sedentem.*

Ad Legatum XXXVI.

B *Legatum est donatio testamento relicta.*

Est hæc lex ex Libris Modestini. *Legatum est donatio testamento relicta.* Perperam adiicitur in quibusdam codicibus, *quædam,* quæ vox. neque est in Pandectis Florentinis, neque in Theophilo. Recte autem Modestinus legatum definit, donationem: Est enim liberalitas defuncti mera, *l. cum non facile. inf. si cui plus quam per l. Falc.* Et Græci non habent aliud vocabulum quo legatum significent, quam si vocent δωρεάν. *Dio lib. 44.* scribens de testamento Augusti. ἡ δωρεὰς ἄλλοις καταλείπει, & 55. τῶν κλήρων ἡ τῶν δωρεῶν, & 57. τὴν δωρεὰν καταλειφθεῖσαν. Iustinianus aliquando legatum vocat πρεσβεῖον. quo tamen nomine non omne legatum, sed præcipuum tantum significatur quod heredibus relinquitur, quod, & ἐξαίρετον dicitur, & præce-
C ptio; & Poëta, præcipua cera. omnia legata si vocaueris πρεσβεῖα, alludere videberis ad legatiua quæ Græci vocant πρεσβευτικά. Aliud est legatum, aliud legatiuum. Legatiuum est viaticum quod datur his qui pro rep. vel principe legatione funguntur. Est autem donandi verbum directum, id est, legati, non fideicommissi verbum, *l. Aurelius §. Titius Seio, de lib leg.* vbi qui legat, dicit, *dono,* secundum Florent. ac proinde donatio proprie est quæ directa est: directa autem quæ fit verbis directis, ex quo conficitur, fideicommissum proprie donationem non esse: nam fideicommissum verbis precariis relinquitur, non directis. Legatum relinquitur verbis directis, id est, imperatiuis, ciuilibus, legitimis, & inde nomen quod legis modo relinquatur, vt Vlp. ait in *Frag.* nam exempli gratia, vt in sanctionibus legum hæc verba sunt solem-
D nia, *In publicum dare damnas esto sestertia tot, si quis aduersus ea fecerit:* Ita in legatis loquitur testator, *heres meus dare damnas esto,* oratio testatoris, oratio legis videtur esse, cum scilicet directo loquitur. Legare est imperare, & iubere. Seruius in 11. *Æneid. Senatus,* inquit, *legauit ne quis in vrbe sepeliretur.* Et inde forte non male vectigalia appellantur legata, quasi indicta, & imperata, *l. Iulianus §. idem Iulianus, sup. de act. emp.* Rursus directa donatio est, quæ absoluta, plena, mera & pura liberalitas est, *l. donatio directa, C. de donat.* Sicut manumisso directa est, non ea quæ verbis tantum fit directis, sed & quæ fit sine retentione vlla vllius obsequii, quæque nulla adstringitur lege, sicut in Concil. Tolet. 4. cap. 72. Eius autem modi non est donatio causa mortis: est quidem
E ipsa donatio, sed non mera, non simplex, non pura: est etiam fideicommissum donatio, precaria scilicet, & inflexa, sed non directa. Quo argumento tentari potest, verbum donationis non esse commune, quod donatio proprie sit directa donatio, non quæuis donatio, sed tamen vt apertius res à communitate disiungeretur, Modestinus adiecit, *testamento relicta,* quæ verba sic interpretor, quæ testamento tantum relinquitur, sicut in definitione pacti, duorum pluriumve in idem placitum, & consensus, id est, nihil nisi nudus consensus, nudumque placitum. Pacti finis est nudus, solusque consensus: Legati finis est testamento solummodo relinqui, & vero legatum testamento solum relinquitur, vel codicillis testamento confirmatis, quoniam hi codicilli pars testa-

menti sunt, *l. quidam, sup. de iure cod.* fideicommissa relinquuntur etiam ab intestato, §. *praeterea, Inst. de fid. hered.* Donatio quoque causa mortis est extra omnem causam testamenti. His igitur verbis, *testamento relicta*, Modestinus perfecit propriam definitionem legati, quae nullam in aliam rem transferri potest. At Iustinianus siue Tribonianus etiam immutauit hoc pacto in institut. *Legatum est donatio à defuncto relicta*, vt complecteretur legatum, & fideicommissum: quoniam Iustinianus legata, & fideicommissa exaequauit per omnia, & in omnibus plus est dicere per omnia & in omnibus, quam per omnia tantum: nam per omnia exaequata esse possunt vna in re vna vel in parte iuris, nec tamen in omnibus. Sed Iustinianus exaequauit per omnia, & in omnibus, & ita de furioso scribit in *l. 2. §. furioso, sup. de iur. codic.* furiosum per omnia & in omnibus absentis loco haberi. Vlp. in *l. 1. sup. lib. 1.* scripserat, per omnia exaequata esse legata fideicommissis, sed non in omnibus, & haec censuerat vt quodam loco docuimus, S C. Pegasiano exaequata esse legata per omnia fideicommissis in ratione Falcidiae, non in omnibus: sed Iustinianus per omnia, & in omnibus exaequauit, & communem definitionem fecit donationis à defuncto relictae, qua significaretur etiam legata relinqui vtiliter sine testamento. Et haec de propria definitione legati: generalis significatio quaedam fuit etiam olim in vsu, & ea generalis significatio legati complectitur fideicommissum & mortis causa donationem in lege Iulia & Papia, *l. & fideicommiss. inf. lib. 3.* & liberti assignationem, *l. 6. inf. de assig. lib.* vt secundum speciem illius legis, si pater seruum quem viuus manumiserat, filio legauerit, legati verbis libertum assignasse videtur. Et in *l. 12. tab.* nomen non complectitur fideicommissum, non complectitur donationem causa mortis, non complectitur assignationem liberti: haec enim fiunt quibuscunque verbis; sed complectitur ea tantum quae directis verbis testamento relinquuntur, vt hereditates, & legata, & tutelas, & libertates directas, *l. verbis, de verb. sign.* quae interpretatio ex sententia *l. 12. tab.* porrigitur etiam ad vulgarem repetitionem legati, quod fiebat his fere verbis; quae ab herede meo legaui, & secundus heres filij mei impuberis heres dare damnas esto. hac oratione repetuntur non tantum legata singularum rerum, sed & libertates; id est, oneratur substitutus pupilli non legatis tantum, sed & libertatibus, *l. cum in subst. lib. 3. l. in generali, inf. de verb. signif.* verba legis 12. tab. haec sunt quae accipiuntur generaliter: *Paterf. vti legassit, ita ius esto*, haec verba confirmant & hereditates testamentarias, & legata, & tutelas, & libertates, *l. lege obuenire, inf. de verb. signif. l. 1. l. 20. sup. de testam tutel.* Altero capite eadem lex 12. tab. ait, *cum nexum faciet mancipiumque vti lingua nuncupassit, ita ius esto*, quo capite confirmantur etiam testamenta: mancipatio enim omnis confirmatur & testamenta per familiae mancipationem fieri solebant. Sed cur hoc capite decemuiri maluerunt dicere, *vti lingua nuncupassit*, quam *vti legassit*. hoc caput, quod est de mancipio & nexu, non testamenti factionem, sed etiam auctore Festo, dationem, siue alienationem, & liberationem omnem continet, quae fit per aes & libram; in quibus negotiis quaecunque dicuntur, pronuntiantur, promittuntur, etiamsi non sint enunciata verbis directis, vti lingua nuncupata; sunt, praestanda sunt, vt si sanum mancipium esse dixeris verbo tenus quacunque oratione, id praestare debes, vt & edicto aedilitio comprehensum est: speciali autem capite de confirmatione testamentorum dixerunt, *vti legassit*: nam in testamentis non alia verba recepta sunt quam legitima, & legare is demum dicitur qui vtitur verbis legitimis, quae & directa dicuntur, & ciuilia, & imperatiua, & Regia illo Iuuenalis loco. *Scripturus leges & Regia verba lanista.* quod lanista dum docet suos, verbis directis iubeat vel euitare, vel inferre ictum: ciuilia verba dicuntur in *l. verbis, sup. de vulg. subst.* quae docet nemini posse substitui in secundum casum, id est, si heres extiterit, hoc est, neminem

A posse heredem dari qui heres extiterit nobis, nisi pupillo verbis directis scilicet: nam verbis pecariis quilibet heres dari potest. Et eodem sensu Vlp. in *Frag.* fideicommissum, inquit, non relinquitur verbis ciuilibus, id est, directis, & legitimis, & ob id valet. Placet notatio Vlpiani qui legatum deducit à lege, nec tamen displicet Alciati alia quae legati vocabulum trahit è Graeco, nempe ἀπὸ τῶ λέγειν, non quod, vt ipse ait, à defuncto possessio continuetur ipso iure in heredem, vel legatarium, quod mores quidem Galliae admittunt id herede, *le mort saisit le vif*, ius nostrum non admittit: Nam possessionem apprehendere necesse est, etiamsi filius sit heres. Igitur ratio est quod recta legatum à defuncto transeat in legatarium, numquam factum heredis, *l. legatum 2. inf. hit.* nihil

B etiam repugnabo, si dixeris, aut, si deduxeris, πὸ τῶ λέγειν, ac si legare nihil aliud sit quam dicere, aut denuntiare voluntatem suam. Introducuntur ex etymologia à Stoicis non tam veritatis asserendae quam ingenij oblectandi gratia, quod etiam admittunt Iureconsulti, cum possessionem deducunt à sedibus, & interdictum, quod inter duos dicatur, quod non tam vera quam scita deductio est. alij quod interim dicatur, quibus conuenienter veteres Glossae interdictum interpretantur, διαςολὴ ἢ παῦσιν, quasi interpositionem & sedationem momentariam. Dicunt mutuum ex eo deduci quod fiat de meo tuum, testamentum à testatione mentis, furtum à furuo, id est, nigro Labeo, à fraude Sabinus, quae omnia argute & lepide reperta sunt, & etiamsi vera non sunt, laudanda sunt potius quam vituperanda: atque adeo si quis etiam nunc deducat posthumũ ab eo quod nascatur post humatum patrem,

C licet hanc notationem veram non esse approbauerim, id tamen non improbauerim, & tam Aggenum Vrb. qui religionem à religando deducit, & qui à relegendo, aut Lactantium qui à religando traxit facile laudauerim. Argutia enim in his quaeritur, probaturque magis quàm veritas, & licet animis quoduis comminisci. nec displicuerit si nouercam quam Festo placet dici ab eo quod arguendae & coercendae familiae causa dicatur, si deduxeris ab aliquo verbo Hetrusco, quod nouerca sit noua diuisio familiae. nec etiam si quis hominem, quem repetunt ab humo, deduxeris ipse ab articulo, ὁμῶς, quod homo natura sit peramans conuictus & societatis communis. Ad summam, ita censeo, non acriter esse reprehendendas deductiones vocabulorum argutas, quod in his vis ingenij eluceat, non

D etiam esse eas deductiones habendas pro argumentis rerum certis, quod plerunque sint falsae & incertae, etiamsi non inargutae. Et eleganter Galenus: omnis etymologia est ἀνάξιον μάρτυς 2. de placit. Hippocrat. & antea volui hoc respondere deductoribus nostris qui solent in his horas consumere. Et censeo quaerendum cur hic posita sit definitio legati, & non libri initio potius, vt tutelae, testamenti, vsusfructus, nouationis definitio suis libris praeponitur. Idemque quaeri potest in primo libro de legatis cur definitio legati proponatur cap. 116. non primo. respondeo hoc de seipso ait Cicero, peritos quosque auctores pro iure hanc sibi arrogare, vt pro suo arbitrio legibus vtantur. veluti vt definitionem ponant initio, medio vel fine operis: hoc non est satis, animaduertendum il-

E lud est, Iustinianum exemplo Caij qui ad edictum praetoris tres libros de legatis scripserat, tres etiam fecisse libros de legatis & fideicommissis: nec enim vnus sufficiebat tantae rei: singulis vero libris quid proprie tractetur non possis certo definire: id quidem Accurs. tentauit initio lib. 3. sed temere. in primo libro tractatur quid & quantum, in secundo quis, & à quo, & quibus verbis, si credere dignum est, imo in vtroque libro permistim de his omnibus. In tertio, inquit, tractatur de significatione verborum quae ad legata, vel fideicommissa pertinent, fateor posteriore parte lib. 3. tractari de significatione verborum, nego priori: & prorsus ita censeo nullum aliud posse constitui discrimen, quam quod singulos libros non ex iisdem auctoribus, vel ex iisdem eorumdem aucto-

rum libris credamus confectos. Primus liber confectus A est ex libris ad Sabinum diuersorum auctorum, ex Digest. Iuliani, ex quæstionibus Africani, ex Institutionib. Martiani aut Florentini. Secundus confectus est ex libris ad Plautium diuersorum, ex libris ad leges Iuliam & Papiam diuersorum etiam, ex libris Modestini diuersis, ex Digestis Celsi & Marcelli, & quæstionibus & responsis diuersorum. Tertij autem libri prior pars confecta est ex libris fideicommissorum diuersorum auctorum, ex sententiis Pauli, ex libris Labeonis, ex Digestis Scæuolæ: posterior pars libri 3. cuius initium facio *l.* 43. ea confecta est promiscue ex superiorum omnium libris: vt autem lib. 1. quo ordine Florentinum locauit Tribon. post alios multos, eo etiam posuit definitionem legati explicatam à Flor. *l* 116. ita in hoc lib. 2. quo ordine Modest. libros, eo etiam definitio- B nem legati inserit, quam alij auctores explicant. l. 37. exposui l. 14. sup.

Ad L. XXXVIII. Quod seruus.

Quod seruus legatus ante aditam hereditatem adquisiuit, hereditati adquirit.

Modestinus ait, hereditati iacenti acquiri quod seruus legatus ante aditionem acquisiuit, & ad eam sententiam statim infeliciter Azo addit, quod seruus legatus acquisiuit iacente hereditate, post aditionem legatario deberi. hoc est falsum: illud quidem verum est, dominium serui legati, quod interim fuit hereditatis, post additionem C ad legatarium transire, *l. legatum, inf. hic.* Ea vero quæ interim iacente hereditate seruus legatus acquisiuit, ad legatarium post aditionem pertinere, falsum est: ea enim comparantur fructibus, *l. qui scit, sup. de vsur. l. quæsitum, inf. de acq. rer. dom.* fructus autem legatario ex die moræ tantum debentur, vel cedunt ex die aditæ hereditatis, vt dixi *in l.* 32. *sup.* Ea igitur quæ seruus legatus acquirit ante aditionem non inutiliter acquirit; nec enim est seruus sine domino, hereditas iacens pro domina est, defuncti enim locum obtinet quandiu deliberat heres, *l. Cum hereditas, C. depos. l.* 13. *sup. ad l. Aquil. l. si ante, sup. de interogat. in iure fac. l. denique §. quæsitum infr. quod vi aut clam.* & hac ratione cum seruo hereditario testamenti factionem esse constat, si modo fuerit cum defuncto, cuius vicem sustinet hereditas ia- D cens, *l.* 31. 32. 54. *sup. de hered. inst.* Igitur ea quæ seruus legatus interim acquirit, id est, ante aditionem, acquirit hereditati veluti dominæ: verum postea adita hereditate, ea in heredem transeunt, non in legatarium. & Azo eas leges adducit pro sua opinione quæ in eam ipsam magis conueniunt. Proinde id ex hac l. adnotari tantum volo, hereditatem iacentem esse pro domina, & seruos hereditarios ei interim acquirere. Et porro quicquid per seruos hereditarios quæsitum est, hereditati, per hereditatem ad heredem qui adiit deuolui, non legatario deberi. Verum Accurs. ad hanc legem fœlicius adiicit, non omnia acquiri posse per seruum hereditarium hereditati, *l. hereditas, inf. de acq. rer. dom.* hereditarius seruus est, cum iacet hereditas, siue sit legatus siue non: & interim si ab extraneo heres instituatur, eam here- E ditatem hereditati, id est, dominæ suæ acquirere non potest, quoniam hæc domina iubendi facultate caret, vmbra & imago est defuncti domini, non dominus loquens: non est autem aditus seruo ad hereditatem sine iussu. Item, si interim ab extraneo vsusfructus ei legetur, acquirere eum hereditati, id est, dominæ suæ non potest: vsusfructus enim personam exigit cui inhæreat, quæ vtatur fruatur suo iure: hereditatis nulla est persona, hæc omnia quæ tradit Accurs. certa, & his exceptis, cætera per seruum hereditarium heredi acquiruntur, & porro per hereditatem heredi.

Ad L. XXXIX. Si areæ.

Si area legata post testamentum factum ædificium impositum est: vtrumque debebitur: & solum & superficium.

Legata est area, viuus testator aream inædificauit. Quæritur, an legatario vtrumque debeatur? lex ait legatario deberi vtrumque, solum, & superficium, nostri auctores dicunt indiscriminatim superficium & superficiem, quod Græci ὑπερῷον: aream autem Græci vocant μεσαύλιον, Ait ergo deberi ei solum & superficium, id est, integras ædes quasi aucto legato, scilicet, quælibet legata augeri & minui possunt dantis arbitrio, ambulatoria est voluntas legantis, adiicit *l. seruum filij §. si area lib. 1.* nisi testator mutauerit voluntatem. mutatæ autem voluntatis probatio exigitur ab herede, *l.* 11. *§. si rem, inf. lib.* 3. & si heredi non suppetat probatio, in hac specie præsumitur testator imposito ædificio auxisse legatum potius, quam mutasse voluntatem. Opponitur huic legi *l. si chorus §. pen. inf. lib.* 3. quæ est Celsi. Ait Celsus, si legata sit area & medio tempore inædificata, legatum extingui. sed si rursus ante diem legati cedentem deposito ædificio area facta sit, legatum conualescere. Cæterum manente ædificio perimi legatum, impositione ædificij perimi legatum, quod valde aduersatur huic legi, & similibus: vaticinantur euidenter interpretes qui supponunt in *l. si chorus*, testatorem mutasse voluntatem. supponendi ius non est interpreti; & verum est nihil etiam hic opus esse suppositionibus & commentis, cum manifesto Celsus hac in specie dissenserit à cæteris, vt & in *§. vlt. d. l. si chorus, l. interstipulantem §. sacram, de ver. oblig.* & ipse Paulus testatur dissentire Celsum *l. qui res §. aream, inf. de solut.* Celsus Proculeianus fuit, Iabolenus auctor huius legis Sabinianus: est etiam lex ipsa ex libr. Cassij qui duxit eandem sectam. & similis lex *seruum filij*, ex libris ad Sabinum, & verior sententia Sabini siue Cassij. Non est autem idem omnino dicendum in stipulationibus, quod proditum est hic de legatis: nam si areæ promissæ ædificium impositum sit, stipulatori vtrumque non debetur, areæ tantum æstimatio debetur, *d. l. qui res §. aream*, legatario vtrumque debetur. vltimas voluntates latius interpretamur, stipulationes strictius. legatum testator solus augere potest, vt minuere & extenuare, vel in totum adimere. promissum promissor solus augere non potest, non renouata stipulatione inter se, & stipulatorem: non idem dicendum in vsufructu areæ legato, quod hic proponitur in proprietate: Nam legato vsufructu areæ, si post testamentum area inædificetur, vsusfructus legatum extinguitur, quia certe mutata res est, domus enim nunc est, non area, *l. repeti §. vlt. quib. mod. vsuf. amitt.* manet quidem area, & est pars ædificij, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit, vt generaliter dicitur cedere τὰ ἐπικείμενα τοῖς ὑποκειμένοις, vsuifructui ipsius areæ superficies non cedit, & re vera mutata est rei forma: qualibet autem mutatione rei finitur vsusfructus, vel obligatio vsusfruct. vsumfructum semper stricte accipimus, *l. seruitutes §. si sublatum, sup. de serui. vrb.* quod scilicet odiosum sit vsumfructum diuelli a proprietate, proprietatem inutilem reddi: & ideo quacumque occasione arrepta vsumfructum facile restituimus proprietati, vel a proprietate non diuellimus. Diximus aream esse partem ædificii, appellatur tamen solum, vnicuique rei quod subiacet solum est, & cui subiacet, sic mare dicitur solum nauium, quod subiaceat nauibus *subtrahiturque solum.* Virg. Cæterum *lex solum, sup. de rei vind.* ait, solum esse partem ædium, nec alioquin subiacere, vt mare nauibus, vtrumque tamen dicitur solum, mare nauium, area ædificiorum, superfici. vtrumque dicitur subiacere, sed diuersa ratione, solum subiacet ædibus, vt carina naui. carina pars est nauis. solum pars est ædium: ædes non sunt quæ à solo separatæ sunt, naues non sunt quæ à carina separatæ sunt. non tamen solum subiacet ædificio, vt mare naui, quia etiam extra mare

nauis est, cum tamen extra solum non sit domus, atque ita explicanda est dicta lex *solum*.

Ad L. si duobus. XL.

Si duobus seruis meis eadem res legata est, & alterius serui nomine ad me eam pertinere nolo, totum ad me pertinebit: quia partem alterius serui per alterum seruum adquiro, perinde ac si meo & alterius seruo esset legatum.

PErtinet quæstio huius legis ad tractatum de coniunctis. Sciendum est, vnum legatum scindi non posse, *l. 4. & 6. sup.* vnum est legatum si vna res legetur vni. vnum est legatum etiam, si vna res legetur duobus seruis vni domino subiectis, & ideo hoc legatum dominus scindere non potest, vt hac l. proponitur, id est, scindendo nihil agit: totum enim acquirit, etiamsi parte abstinere constituat: pars qua non abstinet, trahit alteram, perducitque etiam ad inuitum. vnum est etiam legatum, si mihi & tibi eadem res legetur per vindicationem, vt simus coniuncti re: nam si tu repudiaueris, mihi etiam inuito totum acquiritur. Idem dicendum est si mihi, & seruo tuo legetur eadem res, id est, si meus & tuus seruus sint re coniuncti ex causa legati, & tu repudiaueris legatum seruo tuo delatum: ego enim totum acquiro per seruum meum, nec possum diuidere legatum quod hac lege proponitur. Idem dicendum est omnino si mihi & seruo meo legetur eadem res, vt simus coniuncti re, & ego ex mea persona repudiauero, vel ex persona mei serui, nihil refert: totum enim acquiro, *l. si mihi pure, inf. hic.* Omnino, inquit, *acquiro*, id est, in totum, *quod semel ad me pertinere voluerit.* testator scilicet, legendum, *voluerit*, vt Flor. quod confirmat *l. duobus, l. si tibi §. 1. lib. 1. sup.* cum enim sunt duo re coniuncti, vnicuique solidum, per vindicationem scilicet, ab initio legatum testator adscribit: & non concurrente altero, vel eodem ipso repudiante, quod ex alterius persona ei defertur, nihilominus totum acquirit, quod ab initio totum voluit testator ad eum pertinere, quod mihi totum testator adscripsit, non possum scindere. Accurs. opponit *l. 20. sup. hic.* sed nulla est ratio eam opponendi, quia scilicet ex mente Celsi, qui est eius auctor, est de omnibus legatariis separatis, id est, qui videntur habere discretas portiones ab initio, non est de coniunctis re. est lex 20. de duobus quodammodo legatis, hæc de vno: sed à Celso, vt ibi diximus, dissensit Iulianus: & ideo etiam in specie *d. l. 20.* idem constituendum quod in superioribus sequendum esse diximus, id est, totum acquiri ei qui partem agnouerit, repudiationem inanem esse. maior autem est ratio huius *l. opponenda l. 55. si Titio & mihi, inf. hic.* species est: mihi & Titio eadem res legata est per vindicationem, sumus coniuncti re, Titius me herede scripto decessit, die legati cedente, id est, cum dies legati iam cessisset, atque ita legatum ad me transmisit. ego repudiaui legatum ex mea propria persona, *de mon chef*, vel ex hereditatis causa, nihil refert, qua ex causa repudiauerim. quæritur an inanis sit repudiatio, & totum legatum acquiram. lex ait, partem repudiatam defecisse, remanere ergo eam apud heredem à quo legatum relictum est, quoniam defecit repudiatione: hoc videtur pugnare cum superioribus. respondeo, hic in re separandam esse repudiationem à transmissione. si mihi soli legatum sit, ego legatum scindere non possum, hoc est, si partem agnouero, partem repudiauero totum acquiro, *l. si cui res, inf hic.* & hoc in repudiatione, vt dixi: sed si ego legatum transmisero in plures heredes, scinditur petitio legati, & vnus heres potest amplecti legatum, alter repudiare, *l. legatarius, sup. lib. 1.* Similiter si mihi & tibi eadem res legetur per vindicationem vt simus re coniuncti, & tu repudiaueris legatum, scindere non possum: sed si tu transmiseris in me ius tuum quasi heredem, legatum hoc casu scindere possum, vt id pro parte tantum acquiram vel mea, vel hereditaria sorte, quoniam concurrisse videtur Titius qui legati ius transmisit in heredē suum, qui egit aliquid: cōcursus porro diuidit & scindit legatum in partes, & pro eo est ac si initio partem mihi, partem Titio adscripsisses dum Titius concurrit, vel concurrisse intelligit. & hoc in *d. l. si Titio* Caius ait, *magis placere*, quæ verbis indicant, rem fuisse controuersam.

Cæterum obtinuit hæc sententia Proculeianorum in hoc casu transmissionis, *d. l. 1.* ... *sup. lib. 1.* Sabiniani in hac specie etiam idem constituebant, totum scilicet inuito acquiri, & consentit omnino *d. l. 12. in princ.* cum *d. l. si Titio & mihi.* Accur. tamen arbitratur non consentire. committit eas inter se, quoniam in *d. l. 12.* corrupte legit, *non posse*, cum sit delenda negatio auctoritate Flor. male etiam in *d. l. 12.* hæc verba *vt tota mea sit*, copulat præcedentibus, cum sit copulanda sequentibus, & vt quas putat inuicem pugnare conciliet, supplet in *l. si Titio & mihi*, partem repudiatam defecisse; partem quam ego repudiaui defecisse, sed mihi tamen totum acquiri, quæ est manifesta peruersio verborum: hæc enim sunt inter se contraria, partem repudiatam deficere, & totum repudianti acquiri, id est, repudiationem non valere. Certe deficit ea pars cuius repudiatio valet: aliter quoque idem Accurs. comminiscitur in *l. si Titio*, legatarios fuisse coniunctos re. in *l. 12.* fuisse coniunctos re, & verbis: & inter eos est differentia: nam coniuncto re inuito adcrescit, coniuncto re & verbis inuito non adcrescit. vnus inuitus totum acquirit: alter inuitus totum non acquirit, *l. vn. §. fin. omnes, & §. vbi autem, C. de cad. toll.* sed nihil opus est hic commentis, cum non dissideant inter se. Et sententia l. 12. hæc est, mihi & tibi eadem res coniunctim legata est, tu me die legati cedente heredem fecisti, atque ita legatum in me transmisisti. Labeo ait: mihi esse liberum vel ex mea persona, vel ex causa hereditaria legatum acquirere, id est, vt acquiram ex vna causa, & omittam ex alia: repudiatio enim valebit, omissio valebit. & subiicit ex Proculo qui fuit eiusdem sectæ: Quod si voluero legatum ad me pertinere ex mea persona, *vt res tota mea sit*, quæ verba sunt copulanda sequentibus, me posse petere ex causa hereditaria, id est, si ex persona mea agnouero legatum, si partem agnouero: proinde si volo rem totam meam fieri, reliquam partem petam ex causa hereditaria: alioquin me totam rem non habiturum, quia in hac specie repudiatio admittitur. Postremo male Accurs. in *l. si Titio*, cum lex ait, collegatarium decessisse, de legato cedente ait idem esse, siue cesserit die legati nondum cedente. recte, si verum est quod constituit Accurs. mihi totum acquiri, si collegatarius decesserit die legati cedente: verum enim est priore casu mihi etiam inuito totum acquiri, & fiscum excludi, id est, si decesserit collegatarius ante cessionem diei: nam collegatarius præfertur fisco, pars collegatarii non fit caduca, etiamsi decesserit ante diem legati cedentem: Nam lex Papia caduca facit quæ apud heredem remansura erant, nisi fiscus præriperet. non inuidet lucra collegatariis, præfertur fisco, & ob id de coniunctione legatariorum Iureconsulti tractant copiose in libris ad l. Iuliam & Papiam, quia collegatarii excludebant legem Papiam, siue fiscu: posteriore casu, id est, si decesserit collegatarius post cessionem diei, & me heredem fecerit magis placet totum mihi non acquiri. Igitur non idem est in hoc casu quod in altero, nec recte pro vero admiseris quod Accursius constituit, partem repudiatam deficere, & tamen totum repudianti acquiri: hoc enim constitui non potest sine repugnantia aperta.

Ad L. Mæuio XLI.

Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego. *si Seius decesserit: pars eius vtrique adcrescit: quia cum separatim & partes fundi, & totus legatus sit: necesse est, vt ea pars, quæ cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, adcrescat.*

1. §. *A me heredi vxori meæ ita legatum est:* Quidquid propter Titium ad Seium dotis nomine peruenit, tantam pecuniam, Seius heres meus Titiæ det. *quæro, an*

deductiones impensarum fieri possint, quæ fierent, si de dote ageretur. respondit: Non dubito, quin vxori sua quod ita legatum est, A te heres peto, quidquid ad te peruenisset, vt tantum ei dares, *tota dos sine ratione deductionis impensarum mulieri debeatur. Non autem idem ius seruari debet ex testamento extranei, quod seruatur in testamento viri, qui dotem vxori relegauit: hæc enim taxationis loco habenda est*, quidquid ad te peruenit. *illic autem, vbi vir vxori relegat, id videtur legare, quod in iudicio dotis mulier consecutura fuerit.*

DVæ sunt quæstiones. Prior est tractatus conjunctorum, & est difficilis vel eo maxime quod pugnare videatur cum *l. re coniuncti lib. 3.* nam *l. re coniuncti, in fin.* verbis tantum conjunctum præfert cæteris, quem hæc *l.* non præferre videtur. Constituenda est differentia conjunctorum legatariorum: nam alij sunt conjuncti re & verbis, alij re tantum, alij verbis tantum. Coniuncti re & verbis sunt qui coniuncta scriptura in eandem rem vocantur sic: *Mæuio & Seio fundum illum do lego, l. triplici, de verb. sign.* Inter eos est ius accrescendi si per vindicationem legetur, vt dixi *l. 7. sup.* ab initio singulis solidum dari videtur tacite, concursu autem partes faciunt, & non concurrente vno, alteri volenti accrescit, inuito non accrescit, *l. vn. §. vbi autem, C. de cad. toll.* Re coniuncti sunt quibus separatim eadem res legatur *d. l. re coniuncti*, nempe sic: *Mæuio fundum Tusculanum do lego, Seio eundem fundum do lego.* inter eos est ius adcrescendi, si per vindicationem legatum sit, vt dixi, *l. 10. sup.* in singulis diserte solidus fundus adscribitur, concursu tamen partes faciunt, non concurrente vno, alteri adcrescit etiam inuito, *d. l. vn. §. sin vero non omnes*, qua de causa Accurs. *lege 12. in princ. lib. 1.* accepit de coniunctis re tantum, quibus inuitis adcrescit; aduersatur autem ei, vt Accurs. putauit *l. si Titio & mihi hic*, quam accepit de coniunctis re & verbis, quibus inuitis non adcrescit, quod dixi sup. Cæterum illæ duæ leges, vt dixi, consentiunt inter se, & vtraque est de re coniunctis tantum, & vtraque ponit eundem casum, quo re coniuncto inuito non adcrescit, quo scindere legatum potest, hic casus est excipiendus. Verbis coniuncti sunt quibus coniuncta scriptura eiusdem rei partes legantur sic: Mæuio & Seio illum fundum æquis partibus do lego. hi sunt coniuncti verbis tantum, *d. l. re coniuncti.* inter eos non est semper ius adcrescendi, si testator cum ita eos coniunxit, studuit compendio, & breuitati orationis, nullius momenti illa coniunctio est: & inter eos non est ius adcrescendi, *l. 66. sup. de hered. instit. l. 1. in princ. l. pen. sup. de vsufr. adcresc.* si testator coniunctionem illam verborum affectauit, non frustra affectauit, & pariet ius adcrescendi si modo per vindicationem legauerit, *d. l. re coniuncti, l. 16. §. vlt. lib. 1.* non tamen adcrescet inuitis: quoniam ab initio partes habent & testatorem affectasse hanc coniunctionem deinceps ponendum erit semper, cum admittemus ius adcrescendi inter verbis tantum coniunctos. Alij sunt omnino separati & disiuncti, quibus scilicet separata scriptura partes legantur hoc modo: Mæuio fundi partem dimidiam lego, Seio eiusdem fundi aliam partem dimidiam lego. hi plane disiuncti sunt, id est, nulla coniunctione coniuncti: & inter eos nunquam versatur ius adcrescendi: alij sunt medij inter coniunctos verbis, & separatos, vt si ita legauerim: *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego.* Nam in hac oratione est ligatio quædam & ὑπόζευγμα id est, subnexio, quoniam postremum verbum, *lego*, seruit vtriusque legato Mæuij & Seij: & ex contrario tamen in ea oratione nulla est copulata coniunctio. itaque Iabolenus ait, *separatim eis partes legatas separatim*, id est, sine copulatione verborum, partes, id est, vni dimidiam, alteri aliam dimidiam. ergo res diuersas: non sunt igitur re coniuncti, non sunt etiam copulati verbis, licet quodammodo colligati sint. Proinde inter eos, id est, inter Mæuium & Seium non est ius adcrescendi præcipuum. Et ideo, quæ est species legis integra, si testa-

A tor illis adiunxerit tertium, puta Titium, cui totum eum fundum legauerit, sicut lex ponit. ita, *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, Titio eundem lego*, cessante Seio, non adcrescet soli Mæuio quasi coniuncto, sed adcrescet & Mæuio & Titio pro portione legati: Atque ita pars Seij diuidetur in tres. vnam feret Mæuius, duas Titius. si simul omnes concurrent legatarij, dimidiam partem fundi Titius ferret, cui totus legatus est fundus, alia dimidia diuideretur inter Mæuium & Seium non concurrente Seio: eadem ratio seruabitur inter Mæuium & Titium, vt scilicet in parte Seij Titius altero tanto plus habeat, quam Mæuius, & est pene similis species *l. 66. sup. de hered. inst.* Testator scripsit in hunc modum: *Primus & Secundus ex æquis partibus heredes sunto, Tertius heres*

B *esto. &*, syllaba coniunctionem facit, id est, Primus & Secundus sunt coniuncti verbis, non re. Verum Primo cessante non adcrescet præcipue soli Secundo, sed & Secundo & Tertio pro portionibus hereditariis, quoniam testator non tam coniunxisse videtur Primum & Secundum quam celeriter dixisse: est eadem species, nisi quod ibi est manifesta connexio verborum, inanis tamen propter breuitatis affectationem. hic est figurata connexio, nec prorsus inanis. ibi est συνδετικός, hic ζεῦγμα. Rursus, in hac specie huius legis considerandum est, Titium esse coniunctum re Mæuio & Seio: nam is cui totum legatur, ei cui pars legatur, re vel in partem coniunctus est, *l. 4. §. non solum, sup. de vsuf. adcresc.* & si Mæuius palam esset coniunctus Seio, præferretur Titio re coniuncto, *d. l. re con-*

C *iuncti, in fin.* verum quia figurate tantum ei coniunctus est, non præfertur Titio, & vicissim illi alius non præfertur, sed vtrique adcrescit pro rata. Quod si Mæuius & Seius essent longissime separati, omnino disiuncti: vel si ita dixisset: Mæuio fundi partem dimidiam lego, Seio partem dimidiam lego, Titio eundem fundum lego, cessante Seio, soli Titio adcresceret. coniunctus re præfertur longissime separato, id est, omnino disiuncto: coniunctus tamen re non præfertur non longe separato, id est, subnexione coniuncto, vt in specie huius legis; sed vtrique adcrescit, & multo minus coniunctus re præfertur copulatione coniuncto. Quinimo & re coniuncto & cæteris omnibus præfertur is qui cessante verborum copulatione sola affectata coniunctus fuit, *d. l. re coniuncti*, exempli gratia testator dixit. Primo & Secundo fundum illum lego:

D Tertio eundem fundum lego, Quarto eundem fundum lego, Quinto & Sexto eundem fundum æquis partibus lego. Primo cessante, soli Secundo adcrescere qui cessanti est coniunctus re verbis; cæteros excludet. ac similiter cessante Quinto, adcrescet soli Sexto, qui est coniunctus verbis tantum, & affectata coniunctio verborum tantum potest quantum coniunctio duplex. Dixi de legatariis. in heredibus adnotandum est, etiamsi nulla coniunctione coniuncti sunt, vt si ita dixerit, Primus ex semisse heres esto, Secundus ex semisse heres esto, versari inter eos ius adcrescendi, vt dixi *l. 20. sup.* quoniam & separatim singulis semis tantum adscriptus sit, tamen ipso iure singuli in assem vocantur, & solo concursu partes sibi adscriptas faciunt: Nam si vnus tantum scriberetur heres ex semisse, vel ex fundo, ipso iure in assem veniret: Item heredibus

E semper adcrescit inuitis *d. l. vnica § in his.* Itaque legatariis inuitis non adcrescit, nisi sint coniuncti re tantum, & in heredibus ratio est eadem, quoniam potestate iuris singuli in eundem assem coniuncti videntur semper.

Posterior quæstio est de dote relegata: Sciendum est vt intelligatur *§. vlt.* impensas necessarias dotem minuere ipso iure, id est, hæ impensæ deducuntur vel compensantur, & deducuntur ex dote ipso iure, & minorem dotem efficiunt. Aliæ impensæ factæ in res dotales, veluti vtiles & voluptuariæ, dotem non minuunt ipso iure, sed deducuntur retentionis remedio, quoniam maritus, vel mariti heres soluto matrimonio, ob eas impensas dotem retinet, quasi pignus, vt ait eleganter *l. 6. de dote praleg. l. 5. 8. & 9. impens. in res dot. fact.* sicut venditor rem venditam

dicitur retinere quasi pignoris nomine ob pretium nondum solutum, *l. Iul. §. auferri sup. de act. empt.* Hoc cognito finge: testator vxori suæ dotem relegauit his verbis: *à te heres peto vt quicquid ad te ex dote vxoris meæ peruenerit, vt ei des. vel: Quanta pecunia ad me peruenerit dotis nomine, tantum heres vxori meæ dato*: vel hoc modo: *dotem vxori meæ do lego*, nihil refert, & somniat Accurs. qui differre putat. Quæritur quid hoc legato contineatur? hoc legato continetur quodcunque continetur actione de dote, id est, quod mulier consequutura fuit actione de dote, consequetur idem legati actione: actio dotis inest relegato dotis, *l. 1. in princ. & §. adeo, inf. de dote praleg.* vt actio dotis minuitur impensis necessariis, quoniam dos minor facta intelligitur, ita actione ex testamento minor dos præstabitur vxori ob impensas necessarias, id est, eo minus repetet actione ex testamento: & sicut dotis actio non minuitur ob alias impensas, ita nec actio legati: petetur enim dos integra. At dices non immerito, si nihil amplius est in legato dotis, quam in actione de dote, inutile est legatum. Cæterum est vtile, ergo est aliquid in eo amplius, quod verissimum est, vberiorem scilicet esse actionem legatæ dotis, quam actionem rei vxoriæ. Ac primum quidem in legato dotis est commodum repræsentationis, quoniam dos præstabitur vxori statim, quæ iudicio rei vxoriæ solueretur tribus pensionibus, *l. 1. §. de dote praleg.* est etiam hoc commodum in relegato dotis, quod non retinebuntur impensæ vtiles nec voluptuariæ, quæ retinerentur in iudicio rei vxoriæ, *d. l. 6 inf. de dote praleg.* & ita accipiendum est quod ait in fine huius legis: vbi inquit, *vir vxori relegat dotem, id videtur legare quod in iudicio dotis mulier consequutura fuit*, id est, legatum dotis continet actionem de dote, in actione de dote fieret compensatio & deductio ipso iure ob impensas necessarias, fiet & eadem deductio in actione relegatæ dotis: sed hoc amplius est in hac actione, legati scilicet, quam in illa: quoniam in hac actione ab herede non retinebuntur aliæ impensæ, in illa retinebuntur arbitrio iudicis rei vxoriæ. & hæc, cum vir vxori suæ legauit dotem. Quid tamen dices si extraneus ab herede instituto vxori heredis sui legauerit, quicquid ad heredem dotis nomine peruenisset, an idem dicemus in testamento extranei, quod in testamento mariti? minime, vt ostenditur in hac l. nam hoc casu hæc verba, *quicquid ad te peruenerit, propter tuam vxorem dotis nomine*, rem taxant, id est, id omne debet maritus præstare vxori quod ad eum peruenit dotis causa, nullo deducto, nullo compensato. Ergo hoc casu ne impensas quidem necessarias deducet: & hæc est sententia huius §. etsi vir doctissimus qui hunc §. fucauit ineptiis multis, dicat vxori dote legata heredem mariti dotem totam soluturum non deductis impensis necessariis: imo magis deductis impensis necessariis, vt ait *d. l 6.* Nam quod inest actioni de dote, inest & legato dotis legatæ marito *l. 1. in princ. de dote praleg* Idem ait, verba mariti legantis dotem, aut quicquid ad se vel ad heredem perueniret dotis nomine esse taxationis loco: quod hic §. admittit tantum in extraneo legante, non in marito. Idem hæc verba, *vbi vir vxori relegat*, delet, aut dicit non esse posita suo loco, diruit prætorium elegans vt vilem casam inædificet. Idem stulte confundit retentionem quæ fit ipso iure pro impensis, quæ sunt maxime diuersæ, & hac diuersitate secernuntur impensæ necessariæ à cæteris, vt scripsimus initio.

Ad L. XLII. Cum ei.

Cum ei qui partem capiebat, legatum esset. vt alij restitueret: placuit solidum capere posse.

Loquitur de eo qui partis tantum capax est: sunt igitur quidam qui legati sibi relicti partem tantum capere possunt, qui solidi capacitatem non habent: partem cum dicimus, dimidiam dicimus *l. etiam partis sup. de vsufr.* huiusmodi autem sunt iure antiquo mariti orbi, id est, qui non habent liberos. hanc legem interpretamur ex iure antiquo: nec enim possumus ex iure nouo ita commode. Lege Papia orbi legatorum semisse mulctantur, id est, legatorum sibi relictorum partem tantum capere possunt dimidiam. Sozomenus *hist. eccles. lib. 1. cap. 9.* & ad id respexit poeta, dum ait,

Iura parentis habes, legatum omne capis.

Patres enim solidum legatum capiunt, orbi partem legati tantum, si modo excesserint annum 25. nam hanc ætatem fuisse præscriptam habendis liberis idem Sozomenus scribit, quod pertinet ad elucidandum locum *Vlp. in Frag. tit. 16. si*, inquit, *ætatis sit qua liberos exigit*, id est, *viginti quinque annorum mas, viginti annorum fœmina.* maiores ergo viginti sex annorum mares, vel maiores viginti fœminæ orbi vel orbæ, ex legatis sibi relictis partem tantum dimidiam capere possunt. Verum si forte orbus rogetur alij restituere, solidum capere potest, & hæc est sententia huius legis; ratio optima, quia nihil honoris apud eum remansurum est, nihilque emolumenti *l. si fidei meæ, inf. lib. 3. l. cogi §. hi qui solidum inf. ad Treb.* & hæc de incapaci pro parte. *& d. §. hi qui solidum*, idem admittit in hereditate fideicommissaria quod in legato, cui est iniunctum onus fideicommissi. Nunc dicamus de incapaci in totum si legatarius vel heres in totum incapax sit, vt si peregrinus sit, & rogetur restituere capaci, an admittetur propter fideicommissarium, an capiet propter fideicommissarium vt fideicommissarij persona spectetur, quæ est capax non interposita persona legatarij. Resp. satis indicare superiores leges, eum qui in totum capere non potest, propter fideicommissarij personam non admitti cum de eo tantum loquantur superiores leges, non de eo qui partem capere non potest, hic facilius solidum capiet propter fideicommissarij personam, quoniam non est omnino incapax: & ea quoque pars cuius est capax, apud eum remansura non est: & ita accipienda superior ratio quæ est in *d. l. cogi*, quoniam nihil honoris apud eum remansurum est, qui & eam partem cuius est capax, restituturus est statim vt ceperit: Accurs. tamen aliud iudicium est in *l. eam quam, C. de fideicommiss.* vbi de ea re disputat multis verbis: Mouetur potissimum *l. 1. §. sed si legatum sup. si quis aliquem test. & l. legatarius sup. de excus. tut.* quæ tamen leges sunt de indigno, non de incapaci; indignus capax est, & quod ceperit retinet, nisi eripiat fiscus: contrario iure legatum relictum indigno legatarius capit propter fideicommissarium, indignus legatum capit propter fideicommissarium, si id mox rogetur restituere alteri; hereditas autem indigno eripitur à fisco cum onere fideicommissi, *l. 2. §. vlt. sup. si quis aliquem test. l. 3. §. vlt. inf. ad Treb.* fiscus deducit Falcid. ex hereditate, lucratur ergo quadrantem, dodrantem restituit fideicommissario. legatum autem quod legatarius indignus rogatus est pure restituere, alteri fiscus non eripiet, quoniam nihil lucraretur: Id enim restitueret statim fideicommissario sine deductione vlla: Restat igitur id legatarium præcepturum & fideicommissario restituturum: porro in totum incapaci legatum relictum alia in conditione est. Nam pro non scripto est, & apud heredem remanet sine onere fideicommissi, exceptis duobus casibus, quoniam & fideicommissum habetur pro non scripto hoc legatum habetur pro non scripto, & onus ei iniunctum consequens est habendum esse pro non scripto, dixi *l. 1. 7. & 20. sup.* Idem iuris est in hereditate relicta in totum incapaci cum onere fideicomm. nam hæc hereditas transit in legitimum heredem sine onere, nec hoc casu fiscus vocatur, cum vel hereditas vel legatum est pro non scripto: non vocatur etiam legatarius ipse vel heres propter fideicomm. imo vterque repellitur, atque ita male Accur. confundit indignum cum incapaci, male confundit incapacem in totum cum incapaci pro parte: neque enim idem ius est in vno quod in altero. de incapaci pro parte exemplum posui in orbo: de incapaci in totum exemplum posui in peregrino, recte: constat enim cum peregrino nullo modo esse testamenti factionem, *l. 1. C. de hered. instit.* Peregrino adiungi potest etiam

vir & vxor qui l. Papia inter se nihil omnino capiunt, videlicet si famosam quis duxerit, vel senator libertinam & ita *Vlp. tit 16.* non sunt in totum incapaces: nam exceptis quibusdam casibus quibus solidum capere possunt inuicem non possunt regulariter capere inter se nisi decimam partem bonorum, vel tertiæ partis bonorum vsumfructum in honorem nuptiarum: & mulieri etiam recte legatur dos à marito, & si interueniant liberi beneficio & nomine liberorum etiam aliquid præterea inter se capere poterant, hoc est ius antiquum; quod & si antiquatum sit, tamen illius vestigia extant in *l. 1. C. de his qui se def. & l. vlt. C. de his quæ vt ind.* nec inelegans est species: vxorem non possum heredem instituere: sed si is tacitam fidem mihi accommodauerit de restituenda hereditate filiæ, nam in fraudem legis Papiæ fisco locum faciet, auferetur ei hereditas quasi indigno. Verum tacitam fidem eum interposuisse probare fiscus debet qui hereditatem eripit euidentissimis probationibus *l. 3. §. tacita inf. de iure fisci*, & sola affectio paterna non est idonea suspicio, idoneumve argumentum taciti fideicommissi, quoniam ideo quod sit pater vxoris videtur fidem dedisse de restituenda hereditate vxori. Aliæ igitur probationes exquirendæ sunt, & si ita positæ species indicant vxorem ex testamento viri solidum capere non posse, ea tantum capere potest quæ diximus. Et de decima parte quæ matrimonij nomine relinquebatur, loquitur *l. qui vxori suæ, inf. de auro & arg. leg.* & de vsufructu tertiæ partis relicto vxori *lex partis sup. de præscrip. verb.* Consentit lex Papia ea in re cum legibus Solonis, qui vt refert Plutarch. ἐν τοῖς νομικοῖς, legata à defunctis relicta confirmauit: nisi quis vi coactus aut nimio amore vxoris legasset, excepit Solon necessitatem, quod non sit tum libera voluntas defuncti, excepit amorem vxoris, & ait, τὴν μὲν ἀναγκαίαν ὡς βιαίαν, τὴν δ᾽ ἡδονὴν ὡς μεγαλοψυχίαν. sed hæc omnia sublata sunt *tit. de infirmand. pœnis cœlib. & orbit. & de decimis sublat.* Incapacibus forsitan adiungeret quis facile cœlibes, & Latinos ex eodem iure antiquo, sed hoc non est faciendum temere: & potest quilibet hac in re falli; nam cœlibes & Latini non sunt omnino incapaces; est enim cum eis testamenti factio, heredes institui possunt, legari eis potest: sed si mortis tempore vel intra diem aditionis Latinus ciuis Romanus non fiat, vel cœlebs vxorem non ducat, si modo excesserit viginti quinque annos mas, & viginti fœmina: nam hæc ætas fuit præscripta, vt Sozomenus scribit, legatum fiet caducum, hereditas fiet caduca *Vlp. tit. 17. & 22. in tit. 17* ait, *intra diem cretionis*, recte; nam dies cretionis siue aditionis est centesimus, *l. 3. §. etsi heres, sup. de minor l. si Titio §. 1. quando dies leg. ced l. Pannonius, sup. de acq hered. l. regula §. si filiusf. de iuris & facti ig.* Igitur posteriores hos nolim temere adiungi incapacibus, sunt enim ab initio capaces, sed cadit ab eis relictum nisi legibus paruerint intra tempus constitutum, & hanc disciplinam antiquam censeo notandam: quia innumeris locis erit vsui, qui sine ea vix intelligi possunt.

Ad L. Si ita XLIII.

Si ita relictum fuerit, quantum heres meus habebit tantum Tithaso dari volo: *pro eo est, quasi ita sit scriptum, quantum omnes heredes habebunt.*

1. §. Quod si ita fuerit: Quantum vnus heres habebit, tantum Tithaso heredes meos dare volo: *minor pars erit accipienda, quæ venit in legato.*

DElenda sunt omnia quæ scripsit Accurs. lex est Pomponij, & eius initium pertinet ad legatum portionis. Quidam ita legauit *quantum heres meus habebit, tantum Tithaso dari volo*, vulgo legitur, *Sticho.* Stichus nomen est serui quo significatur compunctus notis, stigmaticus, Tithasus nomen est liberi hominis, quod & idem Pomponius vsurpat *in l. seq. & l. 67 sup. de hered. instit.* quo nomine significatur mansuetus & lenis τιθασός, id est, tranquil-

A lus: legauit ergo homini libero, hoc modo, *quantum heres meus habebit tantum illi dato*, plures autem heredes scripserat ex diuersis partibus, quis dabit? certum est omnes daturos, quoniam heredis appellatione & omnes heredes continentur, vt in stipulatione iudicatum solui, *si aduersus te heredemve tuum iudicatum erit, quod ob eam rem me heredemve meum dare oportebit.* Nam & plures heredes promissoris stipulatione continentur, *l. in vsu, inf. de verb. sign.* vt in edicto quod falso tut. auctore. Idem Pomponius scribit tutoris appellatione & plures tutores contineri, *l. 1. §. item hoc edictum, sup. quod falso tut. auct.* In tutoris datione Pomponius dubitauit an tutor datus. Officio videretur datus omnibus filiis, & sine ratione, quoniam certiori iudicio tutorem instituere oportet quam legata-
B rium vel etiam heredem: clarissimo & certissimo iudicio cauere quisque debet pro tutela suæ posteritatis *§. tutor, de legatis.* Adeo vt hodie postumus quidem alienus institui heres possit etiam iure ciuili, quamuis incertus sit, tutor tamen incertus dari non potest, certius ergo iudicium in delatione tutelæ. Quid vero est quod dicimus dubitasse Pomponium in datione tutoris, nempe negasse in *l. si quis testamentum, sup. ad l. Aquil. dubitans*, inquit, *negat.* verius tamen est, tutorem datum filio, datum videri omnibus, *l. 16. §. 1. sup. de test. tut.* Verum vt ad heredis appellationem redeamus eodem modo cum testator ita dixit: *quantum heres meus habebit, Tithaso dato*: certum est ab omnibus heredibus legatum relictum videri: neque de hoc ambigitur in hac l. sed hæc est quæstio huius legis propria
C non quis debeat, constat omnes debere legatum; sed quantum debeatur, id est, an quantum omnes heredes habent, legatum videatur. Et idem respondet perinde esse, atque si ita dixisset quantum omnes heredes habebunt, quantum heres meus habebit, id est, quantum heredes mei habebunt, tantum Tithaso dato, & sic in specie l. seq. quæ stringetur hic paucis: cum ita legauit heres meus quinque dato, certum est omnes heredes damnari, neque de eo ambigitur, sed quæritur vtrum singuli quina, an omnes quinque debeant præstare, & respondet quinque tantum ab omnibus deberi, quod est clarum, ita etiam in hac *l. 43.* Cum ita legauit: *quantum heres meus habebit*, non quæritur an omnes debeant; hoc enim erat certum omnes debere: sed quæritur vtrum debeant legatario præstare minorem partem hereditatis, an maiorem, an dimidiam, & respondet
D dimidiam esse præstandam legatario. Nam dum hoc dicitur tantum legatario deberi quantum omnes heredes habent, hoc significatur cum eo heredes partiri debere hereditatem, vt legatarius habeat dimidiam, heredes dimidiam retineant. & ita Tull. 2. *de finibus* quos dicit vno loco tantundem capere quantum omnes heredes, inferiori loco partiarios vocat. hic igitur legatarius erit partiarius in partem dimidiam. Quid vero dicemus si testator ita legauerit, quod & in hac l. explicatur, quantum vnus heres habebit, tantum heredes Tithaso danto, & hoc etiam casu Tithasus erit partiarius: non tamen dimidia, sed minor pars hereditatis tantum ei debebitur, id est, tantum habebit is qui ex minori parte heres est, tantum ei omnes heredes præstare compellentur: & hoc si eis sit legatum per damnationem, vel per fideicommissum, *l. qui concubinam §. 1. inf. lib. 3.*
E quoniam eo casu electio est heredis quantam partem velit dare, dabunt vtique minorem: in *d. l. qui concubinam §. 1.* legatum fuit per damnationem, & dicitur minorem partem deberi, hic dicitur legatum per fideicommissum: secus erit si per vindicationem legatum sit, hoc modo, *quantum vnus heres habebit, tantum Tithaso do lego*: Nam hoc casu legatarij est electio, & vtique licebit ei eligere majorem partem: sicut enim in specie §. vlt. hic legatis decem aut quindecim per damnationem, minor summa legata videtur: contra legatis decem aut quindecim per vindicationem majori, *l. 11. §. vlt. sup.* non est obscura valde voluntas defuncti quæ interpretem habet certum, id est, heredem vel legatarium cui ius eligendi competit, electio interpretatur voluntatem defuncti, obscurior est voluntas

defuncti in specie *l. 47. inf. hic* in qua deest interpres certus, & tamen in ea etiam sequimur quod minimum est & heredi parcimus. Ait ea lex 47. *Sempronius Proculus Nepoti suo salutem*, hic vnus locus nobis conseruauit integrum nomen Proculi Iureconsulti, *Sempronius Proculus*, quod ignorarunt qui diligenter vitas Iureconsultorum scripserunt, locus hic est singularis. nepoti autem est nomen proprium consultoris, *l. Nepos, inf. de verbor. sign. l. Proculus, sup. de iure dot.* Iuuenal. *dignique molam versare Nepotis*, Martial. *bis vicine Nepos*, Species huius *l.* 47. hæc est testatores solent vulgo vnum testamentum eodem tempore duabus tabulis, duobus exemplaribus conscribere, & consignare, & vnum plerunque relinquunt domi, alterum peregre secum ferunt, *l. vnum, sup. qui test. fac. poss.* finge heic testatorem idem fecisse, & omnia conuenire, nisi quod vno exemplari eidem Titio adscripsit quinquaginta tantum, nec refert quo genere legati; quæritur, quantum Titio debeatur, an centum quinquaginta, an centum, an quinquaginta tantum. Si vnum exemplar esset prius altero, nouissimum valeret, vltima iudicia potiora & certiora sunt quasi ἀνύποπτα [?], *l. 12. §. vlt. sup. lib. 1.* sed vtrumque exemplar est supremum, & non est aliud alio prius: & quamvis in vno testamento mutetur sæpe scriptura legati, & nouissima spectetur: tamen hoc non possis dicere mutatum, cum hæc duo exemplaria pro vno habeantur, *l. 1. §. sed si duobus, inf. de bon. poss. sec. tab. l. vlt. sup. de his quæ in test. del.* Præterea si vnum exemplar esset authenthicum, alterum exemplum tantum, vt vulgo dicimus duplum, valebit potius exemplar, id est authenticum, *d. l. 1. §. sed si vnum*; sed hic vtrumque est authenticum, vtrumque est exemplare testamentum: vnde merito dubitatur quid sit sequendum, vtrum Titio debeantur centum quinquaginta coniunctis scripturis duarum tabularum, an centum tantum ex nouo exemplari, an quinquaginta tantum ex altero. nec in hac specie est causa qua possit sibi heres vel legatarius interpretationem voluntatis attendere: *hoc casu*, inquit, *l. 47. heredi parcendum*, eleganter: quod non posset dici in omnibus speciebus. in quibus quod minimum est, sequimur, non parcimus heredi, sed ius sequimur; quod heredis sit electio. Igitur quia in hac specie heredi parcimus, heres tantum debebit quinquaginta, centum non præstabit, & multo minus præstabit centum quinquaginta, quoniam non *bis*, sed semel legasse intelligitur testator, qui scilicet duabus tabulis eodem exemplo eodem tempore conscriptis voluntatem suam vltimam exposuit: sed variauit tantum in legato adscripto Titio cui non bis voluit legare, nec potuit eo modo, sed semel tantum.

Ad §. Pegasus.

1. §. *Pegasus solitus fuerat distinguere: si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem interesse, cuius causa tempus dilatum sit: vtrumne heredis, quo casu heredem fructum retinere debere: an legatarij: veluti si in tempus pubertatis ei, qui impubes sit, fideicommissum relictum sit: tunc enim fructus præstandos & antecedentis temporis. & hæc ita intelligenda sunt, si non nominatim adiectum est, vt cum incremento heres fideicommissum præstet.*

2. §. *Si ita scriptum sit*: decem aut quindecim heres dato: *pro re est ac si decem sola legata sint. aut si ita sit*, Post annum, aut post biennium, quam decessero, heres dato: *post biennium videtur legatum, quia heredis esset potestas in eligendo.*

Quæritur in hoc §. an fructus percepti ante diem fideicommissi veniant in restitutionem, quod non erit difficile explicatu. In ea quæstione Pegasus ita distinguebat: si, inquit, dies appositus sit fideicommisso heredis gratia, fructus non veniunt in restitutionem: nam hæc fuit mens defuncti, vt interim heres sibi fructus haberet, nisi nominatim aliud cauerit vt restitueret fundum cum

A incremento fructuum, *l. facta §. si heres, l. in fideicommissaria, inf. ad Treb.* si dies restituendi fideicommissi delati legatarij gratia, vt si rogauerit heredem restituere fundum Titio cum pubuerit: videtur distulisse restitutionem fideicommissi, fideicommissarij causa, vt eius infirmitati consuleret, & hoc casu fructus veniunt in restitutionem. *l. 3. §. cum Polilidus, sup. de vsur. & l. liberto §. filium sup. de ann. legat.* Eademque distinctione vtimur in hac quæstione, an ante diem fideicommissum restituendo heres liberetur: si dies sit adiectus heredis gratia, liberatur: si dies adiectus sit legatarij gratia cui voluit prouidere testator, non capiet legatum ante eum diem: quod si maritus carperet, dissiparet forsitan statim: hoc casu heres repræsentando non liberatur, si amiserit, si perdiderit rem legatam

B cui restituta est, *l. cum qui, inf. de annu. leg.* & tractatur plenius hac de re *l. 38. inf. de verb. obligat.*

Ad L. Si pluribus. XLIIII.

Si pluribus heredibus institutis ita scriptum sit: Heres meus damnas esto dare aureos quinque: *non quilibet heres, sed omnes videbuntur damnati, vt vna quinque dent.*

1. §. *Si ita legatum fuerit*: Lucius heres meus Tithaso quinque aureos dare damnas esto, *deinde alio loco ita*: Publius Mæuius heres Tithaso quinque aureos damnas esto dare: *nisi Titius ostenderit, adimendi causa à Publio legatum esse relictum: quinos aureos ab vtroque accipiet.*

C

Dvæ sunt species. in vtraque quæritur legatario vtrum quina an quinque debeantur. quina, id est, vna quina singulis, quinque, id est, vna quinque. Accurs. innumeris locis non intellexit quid esset *quina*, vel *dena*, vel *terna, l. cum quo §. 1. inf. ad leg. Falcid. l. si duos, sup. de euict. l. vlt. de annuis leg. l. Aurelius, in princ. inf. de liber. leg.* Priorem speciem huius legis exposui in l. præcedenti. posterior species hæc est. duos heredes scripsi Titium & Mæuium, Titium damnaui, vt daret Tithaso quinque, & alio loco testamenti, Mæuium alterum heredem æque damnaui vt daret Tithaso quinque. Quæritur Tithaso vtrum singuli quina debeant, an omnes vna quinque. Lex ait, singulos quina debere Tithaso, nisi Titius, à quo quinque Tithaso priore loco legaueram, probauerit testatorem; deinde eo

D animo quinque legasse eidem Tithaso à coherede suo vt se exoneraret, vt legatum à se eidem Tithaso relictum adimeret. deficiente hac probatione legatario singuli debent quina. & hoc ita procedit si per damnationem legatum sit, vt proponitur aperte in hac lege, neque alia quærenda ratio explicandæ huius quæstionis. non est distinguendum, vtrum ab vno herede legatum sit, an à diuersis. non distinguendum inter quantitatem legatam & corpus, *l. quid ergo, §. 1. sup. lib. 1.* hæc sunt commenta. sed distinguendum est inter genera legatorum. Igitur si per vindicationem legauerim, aliud erit. vt si eodem testamento ita dixerim: Titio lego quinque, & alio loco, Titio lego quinque. Titius non habebit nisi vna quinque, *l. plane §. 1. l. Si tibi §. 1. sup. l. mens §. eum qui, hic.* Cum per damnationem legatur

E eidem, eandem rem vel summam sæpius legari videtur. Cum per vindicationem eidem, eandem rem vel summam legat testator sæpius, non tam videtur sæpius legare, quam sæpius loqui. priore casu videtur sæpius legare, posteriore sæpius loqui. In specie l. 47. quam hic Accurs. male admiscet his, nec sæpius loqui, nec sæpius legare videtur qui vnius testamenti duob. codicibus eidem legat, licet in summa variatio sit: ideoque etiam heredi parcitur vt præstet minorem quantitatem. Sed in specie proposita vt diximus, vt omnes dubitationes soluantur, distinguenda sunt genera legatorum: nam & cum disiunctim duobus eadem res legatur per damnationem, singulis debetur solidum, vni res, alteri æstimatio, aut singulis eadem quantitas. cum vero per vindicationem duobus disiunctim eadem res legatur, singulis partes debentur, concursu partes tantum

recipiunt. Itaque legatum damnationis duplicationem admittit, siue multiplicationem, quam non admittit vindicationis legatum, sed ex constitutione Iustiniani eodem iure est legatum damnationis quo vindicationis.

Ad L. Si ita scriptum. XLV.

Si ita scripum sit: Filiabus meis centum aureos do: an & masculini generis & feminini liberis legatum videatur: nam si ita scriptum esset: filiis meis hosce tutores do: responsum est etiam filiabus tutores datos esse. quod non est ex contrario accipiendum, vt filiarum nomine etiam masculi contineantur: exemplo enim pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri.

INitio proponitur, legatum relictum filiis & filiabus deberi. Tutorem datum filiis & filiabus datum videri, quod analogia, id est, ratio recti sermonis etiam exigit, vt dicamus filiæ, filiarum, filiis, non filiabus: nam Iurisconsulti hic introduxerunt, vt diceremus filiabus, sicut ex Plinio Sosipater scribit distinguendi sexus, & ambiguitatis discernendæ causę: atque ita in testamentis dici consueuit, quæ Iurisconsulti plerunque dictabant, veluti filiis filiabusque meis, vt libertis libertabusque meis, & vetustiores eis eabusque contra analogiam. verum, & si testator dixerit tantum filiis, vt si filiis legauerit, vel tutorem dederit, Iurisconsulti pro ratione analogię etiam filias contineri facile admittunt, vel si libertis, libertas *l. 16. supr. de testam. tut. l seruus. inf. de verb sig.* Contra vt hic ostenditur, filiarum appellatione non continentur filii, quia, inquit Accur. quod minus dignum est, dignius non continet. Qua ratione & ex contrario vsus est Harmenopulus *tit. de leg.* τὸ ἀρσενικὸν περιέχει ὄνομα, &c. summo & præstantiori nomine filiorum continetur infimum nomen filiarum, sicut retro infimo summum non continetur. & Pomponius hic ait, id esse exemplo pessimum, vt fæminino vocabulo contineantur masculi. vulgo turpissimum, atque ita legit Alciatus, & nescio quam in rem transfert honestius. sed melius est legere, exemplo pessimum esse, vt sit sensus, etiamsi absit peccatum, tamen exemplo malum esse, sicut veste muliebri, ita vocabulo muliebri virum vti nuncupatiue, & id referri tantum ad dignitatem sexus virilis. Eadem est ratio vocabuli, *Quis*, in edictis, & legibus quam plurimis: nam ratio recti sermonis etiam hoc patitur, vt *Quis* sit communis generis sicut apud Græcos ὅστις. sed IC. distinguendi sexus, & dubitationis tollendæ causa instituerunt dicere, *Quis Quaue*. eadem ratione Paul. vtitur in pueri vocabulo, vt sit commune, sicut apud Græcos παιδίον, sic Florentini rectè non παῖς, vt in *l. 10. de excus. tut.* παιδίν nomen tribuitur primæ ætati, παιδός, secundæ. sed & secundæ παιδίν nomen tribuitur, quod omnis diminutiua appellatio, & blanda sit appellatio, & ita Clemens Alexandrinus *1. Pædagogi cap. 4.* notat Atticos dicens παιδάριον communiter, & citat locum *Comici Menandri in Rapizomena.*

Cæterum Iurisconsulti noluerunt eo vocabulo vti communiter, sed dubitationis tollendæ causa in testamentis ita dictare instituerunt, *Pueros puellasque, l. 7. inf. de ann. leg* Accursius male hic opponere videtur legem *adigere, inf. de iure patron.* quasi ex ea probari possit etiam fæminino vocabulo mares contineri, id est falsum; nam euidens est in ea lege pro *libertum* legendum esse *libertam. Patronus si iureiurando adigat libertam ne nubat, vel ne liberos tollat, amittit ius patronatus. Idem erit,* inquit, *si libertum iurare patiatur.* legendum *si libertam iurare patiatur,* id est, siue adigat, siue patiatur, iure patronatus cadit.

Ad §. 1.

1. § *Si sub conditione, vel ex die certa, nobis legatũ sit: ante conditione, vel diem certũ, repudiare non possumus: nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat, vel condit. e existat.*

IN §. 1. hoc ostenditur, id quod legatum est sub conditione, vel in diem certum, ante conditionem, vel ante diem repudiari non posse, id est, legatarium repudiando nihil agere, nihil sibi præiudicare, quoniam legatum, nondum delatum est. delata tantum repudiantur rectè, si maturè non delata repudiare, nihil egeris, neque iuri tuo prę iudicium feceris, cui sententiæ Accur. opponit *l. 1. C. de pact.* quæ lex ostendit fratres inter se pacisci de fideicommisso nondum delato; sed statim respondet rectè, aliud esse repudiare, aliud pacisci. Repudiamus delata tantum, paciscimur etiam de non delatis, *l pactum, l. & heredi §. filiafam. sup. de pac.* Et similiter homine generaliter legato, legatarius Stichum certum hominem non repudiat rectè, quia Stichus ei non defertur ex legato, antequam eum elegerit. Itaque etiamsi repudiauerit Stichum, postea conuocata omni familia defuncti ex ea eliget Stichum si velit, de Sticho tamen non eligendo pacisci potest, *l. hominem, inf. de opt. leg. l. si vnus §. sed si generaliter. sup. de pact.* Atque ita rectè Accurs. separat repudiationem à pacto, siue transactione hoc loco: Idem tamen Accursius & Rogerius accipiunt male *pertinere* pro *cedere* diem: lex ait, legatum conditionale vel in diem, ante aditionem vel diem non posse repudiari, & subjicit hanc rationem: nam nec pertinet ad nos antequam dies venerit vel conditio existat, quæ ratio falsa est in relicto legato in diem, si *pertinere* accipias pro diem cedere: nam legati relicti ante diem certum dies cedit ante eum diem, id est à morte testatoris: quia tamen non delatum est antequam dies venerit, non repudiatur rectè: Itaque legati relicti in diem certum dies cedit statim, nondum tamen venit. aliud est cedere diem, aliud venire diem. Igitur *pertinere* hic accipitur pro deferri, porro aliud est deferri, aliud cedere diem, vt dixi *l. 32. sup.* atque ita optima est ratio in vtroque legato, cur repudietur inutiliter hoc ante diem, illud ante conditionem, quoniam nondum delatum est nobis, possis audacter delere omnia quæ adnotauit Accurs.

Ad §. vlt.

2. §. *Si pater filiæ suæ testamento aureos tot heredem dare iusserit vbi ea nupsisset: si filia nupta sit, cum testamentum fit, sed absente patre & ignorante, nihilominus legatum debetur: si enim hoc pater non ignorabat, videtur de aliis nuptiis sensisse.*

PAter filiæ emancipatę legauit sub hac conditione *cum nupserit*, quæ verba conditionem faciunt. si nupserat iam testamenti tempore, quæritur an legatum debeatur. vtitur distinctione bella: si pater nesciebat nupsisse filiam, legatum debetur, quoniam præsentia quæ nesciebat esse testator, videtur habuisse pro futuris: si autem testator sciebat eam nupsisse, legatum nondum debetur. expectandæ sunt aliæ nuptiæ, quoniam non videtur sensisse de præsentibus quas non ignorabat, sed de aliis in quarum casum filiæ legatur, id est, si iterum nupserit: hæc enim conditio *cum nupserit*, *vel si nupserit*, fatalis est siue casualis. ergo non est promiscua. promiscua conditio est quæ facile impletur, id est, εὐχερής, vt si decem dederit, vt si Capitolium ascenderit, quæ & potestatiua dicitur, hæc conditio promiscua non impletur promiscue, id est, non quolibet tempore, non quolibet modo; hæc enim conditio impleri debet post mortem testatoris: hæc conditio impletur vera obsequentis voluntate, non fortuita manu, non fortuito casu, atque adeo non etiam quolibet tempore obsequia hæc redduntur defunctis non viuis: ita autem conditio cum nupserit, non est promiscua, sed fatalis, non impletur quolibet tempore, impleri debet post mortem, quoniam casum legato non obsequium legatario iniicit: & in summa, conditio aut est potestatiua siue promiscua, aut casualis: potestatiua obsequium imponit legatario, casualis obsequium non imponit legatario, sed casum tan-

tum euentumque fortunæ legato iniicit. & hæc quæ diximus de conditione *si nupserit*, comprobantur *l. 6. inf. de vend. & dem. l. si quis heredem, C. de instit. & substit.*

Ad L. Si scripsisset. XLVI.

Si scripsisset qui legabat: Quidquid mihi Lucium Titium dare facere oportet, Sempronio lego, *nec adiecit*, præsens in diemve: *non dubitarem quantum ad verborum significationem adtineret, quin ea pecunia comprehensa non esset, cuius dies moriente eo, qui testamentum fecisset, nondum venisset. adiiciendo autem hæc verba*, præsens in diemve: *aperte mihi videtur ostendisse, eam quoque pecuniam legare voluisse.*

POnit nomen debitoris ita fuisse legatum. Legauit igitur nomen per fideicommissum, vel per damnationem his verbis: *quicquid Titium mihi dare facere oportet.* lex ait, id tantum legato contineri, quod testamenti tempore defuncto debebat Titius, non quod post testamentum debere cœpit: Nam hæc verba præsentis temporis significationem habent, & eadem explicatio locum habet in stipulationibus, *l. cum stipulamur, inf. de verb. obligat.* Igitur sicut in stipulationibus, ita in legatis si quis vberius legatum vult, adjicere debet *præsens in diemve oportebit*, *l. 17. inf. de liberat. leg.* hoc non adiecto, id est, si dixerit, *oportet*, præsentis tantum nominis actio legatario ab herede mandabitur, quoniam eis verbis actio tantum legari videtur, nisi legatarius probet aliam fuisse voluntatem defuncti. *leg. 47. expos. sui s ad l. 43.* omisimus Accursium ei opponere legem *quingenta sup de probat.* quod omitti facile potuit: nam ad eam respondit recte Roger. cuius verba retulit Accursius hoc loco, quæ velim vos signare meliore nota.

Ad L. Licinius. XLVIII.

Licinius Lucusta Proculo suo salutem. Cum faciat conditionem in releganda dote, vt si mallet vxor mancipia, quæ in dotem dederit, quam pecuniam numeratam recipere: si ea mancipia vxor malit, nunquid etiam ea mancipia, quæ postea ex his mancipiis nata sunt, vxori debeantur, quæro. Proculus Lucusta suo salutem. Si vxor mallet mancipia, quam dotem accipere, ipsa mancipia, quæ æstimata in dotem dedit, non etiam partus mancipiorum ei debebuntur.

DVæ sunt species. vt prior intelligatur, sciendum est, res in dotem datas vel æstimari, vel non æstimari inter conjuges, & æstimationem multum magnumque discrimen adferre: Nam rebus æstimatis datis in dotem marito, soluto matrimonio electio est vtrum velit reddere, res an æstimationem. si extent, res, si perierint, omnimodò æstimationem reddere debet, quia perierunt marito: æstimatio enim venditio est, quæ mariti quasi emptoris dominium & periculum facit, *l. plerunque §. pen. & vlt. inf. de iure dot.* Et hac de causa si mancipia æstimata data sunt in dotem, partus mancipiorum, licet non sint in fructu, ad maritum pertinent. fructus dotis æstimatæ vel inæstimatę semper ad maritum pertinent, vt fœtus peccorum, quoniam sunt in fructu, partus non pertinent ad maritum si dos sit æstimata; sed si sit æstimata, partus pertinent ad maritum. si inæstimata essent mancipia quæ sunt periculo mulieris, *d. l. plerunque §. si serui, & l. cum post, §. vlt. inf. eod.* Soboles mancipiorum quæ periculo mariti deteriora fiunt, pertinent ad maritum, soboles mancipiorum quæ sunt periculo mulieris, ad mulierem pertinent, & soluto matrimonio restituentur tam mancipia, quam partus mācipiorum, *l. 1. C. sol. matr.* quam Accurs. explicat recte, & conciliat cum *d. l. si mancipia*, ad eandem leg. *si mancipia.* Inde nascitur aliud discrimen: quod rebus inęstimatis datis in dotem res ipsæ sunt dotales. idem est si res æstimatæ dentur in dotem hac lege vt res ipsæ omnino reddantur soluto matrimonio, quoniam hæc æstimatio non est venditio, summa tantum declaratur. hoc genere æstimationis non contrahitur venditio, & res ipsæ manent in dote, *d. l. cum post §. cum res*, atque ita accipe leg. *non solum, inf eodem.* quæ æstimatam vel inæstimatam dotem parem facit *l. vn. §. fundo, C de rei vxor. act.* Rebus æstimatis datis in dotem, id est, contracta venditione res non sunt in dote quę venditę intelliguntur, sed ęstimatio est in dote. & omnino id eleganter Proculus, mancipiis ęstimatis datis in dotem, dotem separat à mancipiis; eo enim casu dos est pretium mancipiorum, non mancipia. Et inde talem ponit speciem. vxor viro dedit in dotem mancipia ęstimata, viri est electio soluto matrimonio secundum ea quę diximus, vt vel ea reddat mancipia si extent, vel æstimationem: vir testamento vxori dotem relegauit, aut optionem quam habebat ei remisit: est enim conditio optio, optandi facultas, ferre & facere conditionem siue electionem dare. denique maritus electionem, quam habebat, transtulit in vxorem, in relegatione dotis, vxor elegit mancipia; quæritur an debeantur partus mancipiorum editi post nuptias. lex ait, partus non deberi, quæsitos fuisse marito cuius fuit dominium & periculum mancipiorum, & remissionem electionis non mutare naturam dotis æstimatę. natura dotis ęstimatę est vt maritus non tantum fructus lucretur & suos faciat, sed etiam partus inęstimatę, fructus tantum suos facit, non partus, quoniam homo non est in fructu.

Ad §. Bonorum.

1. §. Bonorum possessione dementis curatori data legata à curatore, qui furiosum defendit, peti poterunt. sed qui petent, cauere debebunt, si hereditas euicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit, redditu iri.

LOquitur de furioso herede instituto. an ei deferetur hereditas iure? non, nec bonorum possessionem secundum tabulas, ne per curatorem quidem amplecti potest, quoniam non agnoscimus, vt non repudiamus delatam hereditatem, *l. 1. nondum §. furiosi, inf. de success. ed.* ergo curator furiosi non potest petere & amplecti bonorum possessionem secundum tabulas, edictalem scilicet, quoniam edicta & leges iura successionum deferunt sanis tantum: potest tamen curator petere bonorum possessionem decretalem, quæ dabitur ex decreto si iusta causa Prętori videatur, *l. 2. §. si quis ex libertis, ad Tertull. inf. l. vlt. § suos itaque, C. de curat. fur.* Atque ita in hoc §. accipiendum est curatorem furiosi heredis instituti accepisse bonorum possessionem secundum tabulas decretalem. decretalis defertur & acquiritur simul. & ita accipe *l. 1. inf. de bonor. possess. fur.* finge: curator furiosi heredis instituti agnouit bonorum possessionem secundum tabulas decretalem, & fruitur bonis hereditariis, l. legatarij ex testamento petunt legatum, à curatore furiosi præstabitur, sed non sine cautione: nam cauere debent curatori dementis euicta hereditate legata reddi. Recte; quoniam hæc bonorum possessio potest esse sine re, potest ad irritum deduci, si non resipiscat heres institutus; nam si moriatur in furore, hereditatem illam vindicabit heres legitimus testatoris, vel substitutus vulgaris, si quis sit, vel his deficientibus fiscus: & ob id curator accepta bonorum possessione decretali cauebat legitimis heredibus de restituenda hereditate, *d. l. vlt. §. tanti.* eo pertinet lex *non est, inf. de bonor. possess.* & lex *heres, sup. de pet. it. hered.* Igitur legatarij cauere debent euicta hereditate à legitimo herede, quo genere testator habebitur pro intestato & peribunt legata, se ea legata reddituros, aut se curatorem dementis indemnem seruaturos: erit ea bonorum possessio cum re si resipuerit heres, & non repulerit à se bonor. poss. atque ita sanitate recepta succes-

sionem transmitteret ad suum heredem. Cæterum sanitate recepta, defertur ei bon. poss. edictalis, & eam si repudiauerit vel agnouerit, decretalis finitur. decretalis finitur sanitate recepta, sicut Carboniana, quæ est decretalis, finitur pubertate decretalis datur ad tempus, edictalis perpetuo.

Ad L. Mortuo. XLIX.

Mortuo boue qui legatus est, neque corium, neque caro debetur.

1. §. Si Titio frumentaria tessera legata sit, & is decesserit: quidam putant exstingui legatum: sed hoc non est verum: nam cui tessera, vel militia legatur, æstimatio videtur legata.

INitio l. hoc ostenditur, mortuo boue legato, neque carnem, neque corium deberi, generaliter, sic dicamus mortuo boue legato, λείψανα non deberi. λείψανα vocat IC. caudam & exuuias, *l. quid ergo §. si heres lib. 1.* non debetur etiam æstimatio animalis. & hoc indistincte procedit, siue proprietas bouis, siue vsusfruct. legatus sit, *l. pen. sup. quib. mod. vsusf. amitt. mortuo*, inquit, *boue*, viuo testatore, vel etiam post mortem testatoris, antequam acquireretur legatario, & ait, *mortuo*, occiso eo ab herede æstimatio deberetur, λείψανα non deberentur, *d. §. si heres.* neque his obstat lex *si seruus §. boue, sup de cond. furt.* quæ mortuo vel occiso boue furtiuo ait eum condicere aut vindicare λείψανα: nam ea lex de domino loquitur, nos de legatario nondum rei legatæ dominium adepto loquimur: alioquin legatarius vindicaret λείψανα quasi dominus, vt & in vuis proponitur d. §. *boue*, ex vuis alienis à fure musto confecto dominum condicere vel vindicare mustum & vinacea, inquit, quæ & ipse *Galenus 2. de facultatib. aliment. cap. 8.* vocat λείψανα τῆς σταφυλῆς. vindicabit etiam ex suis oliuis à fure oleo confecto, oleum & fraces in *l. solum §. 1. sup. de rei vind.* dicitur meum esse quod ex re mea superest, veluti mortui bouis mei corium & caro mea est, mortuæ ouis vellus & caro mea est: vindemiæ meæ mustum meum est, etiamsi id alter confecerit, si modo id sciens confecerit, *l. de eo §. si quis ex vuis, sup. ad exhib.* animal legatum meum non est antequam agnouero liberalitatem defuncti, vel traditione accepero: & ideo si interim pereat sine dolo & culpa heredis, nec æstimationem petere possum, nec λείψανα. Idem dicemus quadriga legata si viuo testatore vel nondum acquisito legato equus ille decesserit qui quadrigam demonstrabat, *l. peculium §. quadriga, inf. hic*, qui quadrigam demonstrabat, id est, omnium formosissimus, ex quo potissimum tota quadriga pendebat. hoc perempto cæteri non debentur, quo potissimum quadriga designabatur. Contra hoc superstite, alio perempto non omnino videtur extincta quadriga, cuius pars maior potiorque superest, & ideo cæteri equi debentur. vsumfructum & in cæteris extingui fateor, *l. 10. §. vlt. quib. mod. vsusf. amit.* vsusfructus stricto iure regitur, *l. 39. sup.* proprietatis legatum non extinguitur, quoniam equi qui supersunt, debentur. Et ita combustis non collapsis ædibus legatis, area debetur legatario, quæ est maxima pars ædium, & consequenter debentur rudera & cæmenta, *l. 22. sup. lib. 1. l. qui res §. aream, de solut.* quod non ita procedit vsufructu ædium legato; extinguitur enim vsusfructus exustis ædibus, *l. repeti §. rei, quib. mod. vsusf. amitt.* & sic grege legato, si grex ad vnum bouem redierit cæteris extinctis, bos ille debetur legatario *d. l. 22.* quoniam pars gregis quædam superest, quod non ita procedit vsufructu gregis legato, *leg. vlt. sup. quib. mod. vsusfruct. amitt.* At singulorum capitum legata proprietate vel vsufruct. nil refert, hoc casu mortuorum λείψανα non debentur, sicut vno boue legato mortuo exuuiæ siue λείψανα non debentur: animal enim legatum est, animalis vero nihil superest, neque enim exuuiæ sunt pars animalis. eadem ratione vt ait *d. § quadriga*, plerique existimant, quadrigæ legatum extingui mortuo demonstratore & insigni quadrigæ, quasi scilicet eo extincto nihil videatur superesse ex quadriga: quo argumento potest tentari, choro canentium legato, si præcinens magister interierit, interire legatum: si alius cantor interierit non interire legatum, quoniam singuli in legato esse videntur, *l. si chorus, lib. 3. inf.* & exposui sup. *l. 2.* quadriga autem legata equos quatuor deberi sine curru: quadriga enim significatione sua quadrijuges equos, non currum complectitur & distinguitur ab eo, auctore Capitolino in Gordiano: *senatus decreuit quadrigam equorum, & currum triumphalem*, Iuuenal. 7.

----Huius enim stat currus ahenus, alti
Quadriiuges in vestibulis.

Et Columella sobolem horum equorum qui sunt apti curribus vocat semina quadrigarum: quadrigæ nomine significantur sine curru equi, *l. si id quo, sup. pro soc.* Et vt nihil interest par mulorum siue mularum legetur, an duæ mulæ, siue duo muli, si modo habiti sint pro pari, pro iugo vt carrucis, vel rhedis iungerentur, arg. leg. *ædiles §. vlt. sup. de ædil. edict. l. qui duos, inf. lib. 3.* nihil interest vtrum legetur par boum ad arandum, an duo boues, si modo aratorij & jugales sint, nihil interest vtrum legetur octophorum aut lecticarij octo, *l. 8. §. vlt. lib. 1.* Itaque nihil interest quadriga legetur, an equi quatuor, si modo electi sint vt ad currus jungerentur. Et similiter sicut pari mularum legato carruca vel rheda ad quā mulæ iungi solent non debetur legatario: ita quadriga legata currus ad quē iungi solēt, nō debentur. iūgebantur muli vel mulæ ad currucas vel rhedas, *d. l. ædiles §. vxori, inf. de auro arg. l.* equi iungebātur ad currus, sed profecto legatum quadrigæ, aut bigæ, aut trigæ, carruca vel currus non sequitur. Denique non vtetur frumenti theca legato frumento, *l. 3. §. vlt. inf. de penu leg.* quoniam non accedunt, non sunt accessionis loco, & sine his potest esse frumentum, argentum sine arca, annulus sine theca. At quæ sunt accessionis loco & sine quibus res legata esse non potest, hæc legato cedent. vt legato lecto cedunt fulcra, legatis armariis quæ erant vasa mobilia, vel loculis legatis debentur claustra & claues *l. librorum §. vlt. inf. lib. 3.* Auibus legatis debentur armaria, vt granarium auctores nostri non accipiunt pro loco ædium, sed pro vase recondendis granis apto: ita armarium non accipimus pro loco ædium, sed pro fiscella. hæc armaria auibus legatis debentur, *l. auibus, inf. lib. 3.* Vasibus legatis debentur vasa quæ parantur collocandorum vasorum causa, vt legato scypho debetur trulla, *l. heres §. pen. inf. lib 3.* Item vino aut penu legata debentur vasa, etiamsi scriptum non sit, *l. 3. §. 1. l. vino, inf. de trit. vino leg. l. 3. §. vlt. & l. 4. de penu legat.* Idemque vino vendito procedit, vt tacite sequantur vasa: Nam Iureconsulti non distinguunt inter legatum & venditionem vini, vtrobique accedunt vasa, & licet moribus idem non sit receptum in venditione, vt vendito vino vasa non sequantur, id non est ex iure, sed ex opinione Accursij, *l. in testamentis inf. de reg iur.* qui suam opinionem confirmat tantum ea *l. in testamentis*: Et ideo ait, vino legato sequi vasa, quod voluntas testatoris plenius accipiatur, & inde per ἀντιδιαστολὴν, non idem esse dicendum vino vendito: sed decipitur: nam illa regula non constituitur ad differētiam contractuum cum in contractibus admittantur pleniores interpretationes, *l. 111. inf. de verb. oblig.* sed cum in testamentis accipimus *plenius*, non est interpretandum plenius quam in contractibus. sed *plenius* quam ferat scripti ratio, id est, non stricte, vt ait *l. plenum § sed si pecoris, sup. de vsu & habit.* Pari modo seruo legato certum est vestem sequi etiam, vestis est accessio quædam serui, *l. 1. §. quæ depositis, sup. depos.* & sine veste seruus intelligitur esse non posse. Alimentorum appellatione & vestitus continetur, & consequenter, equo legato sequuntur ornamenta, vnde facile explico ambiguitatem ab Æsopo propositam. Quidam per damnationem legauit equum, aut pretium quanti heres vendiderit, heres vendidit equum ornatum, & edixit, palam, se equum

vendere minimo, id est, minimo pretio, ornamentum maximo, deinde offert legatario minimam: quoniam non pluris equum vendiderat, & legatario equum tantum, aut equi pretium testator reliquerat. manifestus est error heredis & calumnia; nam equum ornamenta sequuntur, quod sine his vsui esse non possit. Sciendum est, in omnib⁹ his casibus, consumptis eis rebus legatis, accessiones non deberi. vt exempli gratia, si seruus legatus decesserit viuo testatore, vel mortuo testatore ante acquisitionem legati, vestis serui non debetur legatario, *l. aliter, inf. de pecul. leg.* quia vestis accessio legati non est legata, *l. 4. inf. de penu leg.* Et ita deposito seruo, dicitur vestem esse accessionem depositi, non depositum, *d. l. 1. §. quæ depositis.* venit tamen & vestis in actionem depositi, *d. l. 1. §. hanc autem actionem.* §. *1.* exposui in *l. 22. sup. §. vlt. l. 29.*

Ad §. pen.

§. *3. L. abeo refert, agrum cuius commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse: quod merito Priscus Falcinius falsum esse aiebat. Sed Proculus ait, si quis heredem suum eum fundum cuius commercium is heres non habeat, dare iusserat ei, qui eius cõmercium habeat, putat, heredem obligatum esse (quod verius est) vel in ipsam rem si hæc in bonis testatoris fuerit, vel, si non est, in eius æstimationem.*

§. *4. Si testator dari quid iussisset, aut opus fieri, aut munus, dari pro portione sua eos præstare, quibus pars hereditatis adcresceret, æque atque cætera legata, placet.*

Commercium est ius emendi vendendique; Sunt quędam personę, quę rerum certarum commercium non habent, quę eas res emere non possunt, vt Iudei non habent commercium Christiani mancipij, senator non habet commercium nauium maritimarum, *l. 3. inf. de vacat. mun.* Præses non habet commercium agri prouincialis. Nunc quæritur, cum Iudæus non possit emere seruum Christianum, an possit ei legari: item cum senator non possit emere nauem maritimam, an possit senatori legari nauis maritima. & ait in hoc §. legari non posse. Inde colligo, eum qui certæ rei commercium non habet, incapacem esse ex testamentis. Quod si heres sit institutus ex asse, & certæ rei commercium non habeat, quid fiet? hoc statuo: certum est heredem institutum ex asse, excepta re certa, nihilominus assem capere, *l. si quis ita heres, sup. de hered. inst.* Et similiter heredem institutum ex re certa solum, nullis adiectis coheredibus assem capere, *l. 1. §. si ex fundo, sup. de hered. instit.* quia testator non potest pro parte testari, pro parte non testari. & hoc ita procedit: si heres institutus sit capax assis: sed si certæ partis vel certæ rei capax non sit, id est, si solidi capacitatem non habeat, & solus heres instituatur, quid dicemus? an dicemus eum nihil capere, quoniam non potest totum capere, ne testator sit pro parte intestatus, & pro parte testatus, cum hic non possit capere totum ex testamento? minime: dicemus eum tantum capere eam partem cuius est capax, reliquum cedere reliquis heredibus: atque ita eueniet, vt sit pro parte testatus & pro parte intestatus: nec mirum cum sic leges fecerint, non ipse sibi strinxerint leges: possunt quidem leges facere intestatum pro parte, atque ita legibus facientibus hic erit pro parte testatus. hic etiam licet sit pro parte incapax, capiet totum: veluti si hereditas non sit soluendo, si plus sit in ęre alieno, quam in bonis, hic ex asse fiet heres, si velit, quoniam ita nulla fraus fiet legibus, quę incapacem illum fecerunt, quoniam leges commoda eius deminuere voluerunt, quę deminuuntur cum adit damnosam hereditatem. hoc igitur casu ex asse fiet heres quia nihil lucrabitur, *l. si quis solidum, sup. de her. inst.* Idemque erit si heres, qui certę rei commercium non habet, rogetur eam rem alteri restituere; nam si ea res non sit in bonis, pręstabit ęstimationem rei, eam non potest pręstare qui non potest emere: si vero ea res sit in hereditate; hoc casu eam rem capiet propter fideicommissarium. incapax pro parte, vel ex re certa facile admittitur in eam partem, eamve rem propter fideicommissarium, vt dixi *l. 42. sup.* & similiter *l. sed si res lib. 1. sup.* semper existimaui sic esse accipiendum & emendandum quod tractatur in *l. 34. de verb. oblig.* vt si cui legetur res cuius commercium non habet, & rogetur eam restituere ei qui commercium habet, admittatur propter fideicommissarium; atqui hic fuit incapax in totum, quod potuit mouere dubitationem. Alij sunt incapaces principaliter, alij incapaces per consequentiam: principaliter incapaces sunt, qui vitio suo non capiunt ex testamentis legata, vel hereditates, vt orbi, & cœlibes, vt dixi *d. l. 42.* & ex constit. Domitiani probrosę mulieres apud Sueton. in Domit. hi dum vetantur capere plectuntur vitio suo. Alij autem incapaces per consequentiam sunt incapaces ex rei qualitate, conditione, fauore, vt Iudæus non potest emere Christianum, quod fauor Christiani exegit, non odium: vnde & hi dicuntur esse incapaces per consequentiam, quoniam interdicti sunt commercio, sed per consequentiam interdicuntur in testamentis. Et hæc duo genera incapacitatis subnotantur in *l. filiusf. §. si sic. sup. lib. 1.* illi qui sunt incapaces principaliter, propter fideicommissarium non admittuntur si sint in totum incapaces. alij propter fideicommissarium admittuntur, qui sunt directo incapaces.

Ad L. Vt heredibus. L.

Vt heredibus substitui potest: ita etiam legatariis. videamur an idem fieri possit, & cum mortis causa donari videtur: vt id promittat ille alteri si ipse capere non poterit: quod magis est: quia in posterioris quoque personam donatio confertur.

Initium huius l. explicaui in *l. 8. §. pen. sup.* quæ sequuntur sunt de nomine legato. Titius mihi debet Stichum aut decem, quæ exempla stipulationis occurrunt sæpe in libris nostris: Nam ita quis stipulabatur seruum, aut decem, commune erat pretium seruorum, Titius ergo mihi debet Stichum, aut decem ex stipulatu. electio est Titij vtrum malit soluere, *l. plerumque §. vlt. de iure dot.* vtrumque tamen est in obligatione, non vnum in obligatione, alterum in solutione. *l. si duo rei, inf. de verb. oblig. l. 5. inf. qui & à quib. manumiss. lib.* Igitur recte tibi legauero Stichum quem mihi Titius debet: nam cum promiserit Stichum aut decem, certe Stichum debet, sicut promissor recte constitueret mihi se soluturum Stichum; quod non constitueret recte si Stichus non esset in obligatione, *l. illud sup. de const. pec.* legaui ergo tibi Stichum quem mihi Titius debet. si Titius soluerit mihi decem, cuius est electio, non Stichum, legatum Stichi extinguitur, quoniam solutione pecuniæ desiit mihi debere Stichum. & hæc verba, *quæ mihi Titius debet*, non pro demonstratione accipiuntur, sed pro causa, & substantia legati, id est, his verbis diuidetur legati nomen sine actio non quantitas, vel corpus, *l. si sic legatum 75. §. 1. sup. lib. 1.* si vero Titius promissor mihi soluerit Stichum, tum valebit legatum Stichi. si viuo mihi nihil soluerit, aget heres cum herede meo, vt vel cedat tibi actionem aduersus Titium, vel vt ipse ea actione experiatur, & soluto Sticho, exacto ve Sticho, Stichus tibi pręstabitur: solutis decem, inutile reddetur legatum & inane: atque ita in potestate Titij, an tibi legatum debeatur, cum in eius potestate sit quid malit soluere: si soluerit Stichum, tibi debebitur legatum, si soluerit decem, nihil debebitur, *d. l. si sic legatum §. vlt. qui docet*, quod notandum, idem Iul. videri quod Marcellus hic scribit. Ergo euentus solutionis legatum sibi relictum vel confirmabit; vel infirmabit: & quod diximus in vno legatario in quo consentiunt Iulianus, & Marcellus, idem Marcellus notat In hoc §. 1. esse dicendum in diuersis legatariis: Finge, cum Titius mihi deberet Stichum aut decem, ego legaui Primo Stichum, quem mihi Titius debet. Secundo legaui decem, qua mihi Titius debet: solutis mihi decem, legatum relictum Se-

cundo valet relictum Primo non valet, soluto mihi Sticho, Primo relictum valet, Secundo relictum non valet, vel si nihil mihi solutum sit, vtrique legatario in heredem competit actio, vt actionem cedat aduersus Titium, vel agat ipse, & ex euentu solutionis, alterutrius legatum valebit. vtrumque legatum non potest valere, quoniam vtrumque non soluetur. Non potest ergo legatum consistere in vtriusque persona: nam est quidem vtrumque in obligatione Stichus & decem, sed disiunctim non cnoiunctim, idque solutio declarat: soluto enim Sticho, decem eximuntur obligatione, id est, tota obligatio perimitur. Denique vtrumque est in obligatione. vtrumque tamen non soluitur, vtriusque legatum consistere non potest, & hæc est sententia §. 1. at obstat *l. 76. sup. lib. 1.* in qua lege Iul. ait aperte in eadem specie legatum consistere in vtriusque persona, & vni actionem esse cedendam aduersus Titium, alteri esse præstandam æstimationem litis, id est, tantum præstandum quantum Titius debet. Et profecto videtur hac in re dissentire Marcellus à Iul. & verior esse sententia Marcelli: nam quod Iul. admisit in vno legatario, cur non admittit in diuersis, vt ex euentu solutionis vnius legatum pendet, sic & duobus legatum relictum ex euentu solutionis pendeat? vel quod Iul. non admittit in diuersis. cur admittit in vno *arg. l. singularia, sup. de reb. cred.* Marcellus Iuliano fuit aduersarius acerrimus, & ob id tunc maxime sequuntur Iulianum IC. cum sententia Iuliani à Marcello approbatur, *l. si seruus §. sed an is qui seruum, ad l. Aquil.* Quod Iul. ait est verissimum, cum & Marcellus consentiat inuitus, & iuratus aduersarius, *& l. 1. §. si de noxal. act. sup. Iul. sententiam probauimus, quæ habet rationem, & à Marcello apud Iulianum probatur.* Et sunt huius studij innumera vestigia in Digestis. Verum etsi hoc mihi verius esse videatur dissentire hac in re Iulianum à Marcello, velim tamen vos monere, solutionem Accursij ratione non carere. Accurs. ait in hoc §. *1. electionem* fuisse promissoris, vt daret Stichum, vel decem, atque ita in potestate promissoris esse vter sit legatarius, Primus an Secundus. in *l. 70.* ait, electionem fuisse stipulatoris vel heredis eius, id est, stipulatorem sibi reseruasse electionem, siue arbitratum, & in heredis à quo stipulator duobus legauit, potestate non est, vt electione factoque suo vnum legatarium præferat alteri. vtrique satisfacere debet, *l. non quocunque §. qui Cai. sup. lib. 1. l. 13. sup. hic* magna est certe ratio huius distinctionis. Verum nego in *d. l. 36.* electionem fuisse stipulatoris, quoniam scilicet ea lex pendet ex *l. 75. §. vlt.* in qua etiam, teste Accursio, electio promissoris fuit. Est igitur etiam in eo aptata illi *l. 76.* Idem Accurs. male negat, actionem legari legato Sticho quem mihi Titius debet, sed rem ipsam legatam ait, id est, ius, inquit, quod in re testator idemque stipulator habuit: ius vero in re debita creditor nullum habet, in pignore ius habet. Emphyteuta in prædio emphyteutico ius habet. Is qui ius habet eundi in prædio vicini, ius in eo prædio habet, sed in re debita creditor nullum ius habet, sed actionem tantum: & hanc solam legare videtur cum legat Stichum quem sibi Titius debet, *d. l. 75. §. 1. & 76. & l. legatum ita erat, eod.* & ob id vt constat ex coniunctione *d. l. 75. & 76.* in arbitrio legatarij est, vt vel actionem sibi cedi, vel ea actione heredem experiri petat. Et perperam idem Accurs. in *d. l. 76.* actionem interpretatur rem siue exactionem & emolumentum actionis: hæc enim nunquam sunt confundenda. hæc sunt semper diligenter secernenda: nam exactione legati conditionale est legatum, puta si pecuniam exegerit heres, vt eam adnumeret præsterque tibi, actione legata purum est legatum, §. *vlt. hic.* Illo modo legatur quantitas quæ debetur, hoc modo, legatur ius, siue nomen, siue actio, voluntas defuncti conditionem facit, *l. in conditionibus §. 1. de cond. & demonst.* Quid autem voluerit defunctus in disquisitione est iudicis: & ideo cum testator ita legauit, *quantam pecuniam heres meus à debitore meo exegerit, tantam dato,* si quæratur an legauit pecuniam quam exigeret heres, an actionem siue nomen, atque

A ad eo vtrum sit conditionale legatum, an purum: dicam esse quæstionem facti, & voluntatis, quę sit dirimenda à iudice. Quæstiones iuris dirimunt IC. quæstiones facti iudices soli, ideoque in §. *vlt.* hic non definit vtrum videatur legatum, summa debita, an nomen; sed ait, si pecunia ipsa legata est, conditionale est legatum, si nomen, purum est legatum, vtrum sit legatum in æstimatione iudicis est. Itaque tantum abest vt liceat nobis exactionem confundere cum actione, vt magnopere intersit ea distinguere accurate, quod effectus sit diuersus & varius, vt ponitur *hic §. 1. l. 11. §. si rem, lib. 3.* quam legem etiam Accurs. male ita componit cum hoc §. quod hic sit res legata, ibi nomen, quod & Bartolus sequitur, imo & hic nomen legatum est. at hic soluto Sticho testatori, Stichi legatum valet, ibi exacto nomine, nominis legatum extinguitur. Sed vt breue faciam,

B ibi adduntur hæ exceptiones, nisi testatori debitor vltro soluerit, hoc casu legatum nominis consistit, nisi testator exegerit non adimendi animo. hoc etiam casu legatum consistit, nisi exactam pecuniam pro deposito habuerit quasi conseruandam legatario, & hoc casu legatum valet, & secundum hanc exceptionem accipiendus est §. 1. vt plurimum omnia peruerse explicantur ab Accurs. mendum est in glossa: *solum vnum cessauit tantum.* legendum est: *solutio: vnum cassauit tantum,* & in *d. l. 77.* etiam non intelligitur Accurs. nisi addatur negatio, *videntur solutioni indebiti.* legendum, videntur non soluta fieri indebita.

Ad L. si quis testamento. LI.

C *Si ita quis testamento suo cauisset:* Illi quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo: *vtique tunc, cum quando capere potuerit, videtur ei relictum. Sed & si dixerit:* Quam maximam partem dare possum, damnas esto heres meus ei dare: *idem erit dicendum.*

1. §. Is, cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, vtique non poterit adoptando, tertiam partem consequi.

EST de incapacibus, quod inscriptio satis demonstrat, quæ est ad leges Iuliam & Papiam. Cert est hoc esse benigne receptum, vt hereditas relinquatur incapaci in tempus capiendum, cum capere poterit, itemque legatum, *l. in tempus, sup. de hered. instit.* quo non adiecto in tempus capiendi qui est incapax testamenti tempore, etiamsi fuerit capax mortis tempore, non perueniet ad hereditatem vel legatum, quoniam capacitas exigitur vtroq;

D tempore. sed cum testator nominatim hereditatem, vel legatum confert in tempus capiendi, satis est si fuerit capax mortis tempore. Certum est paganum non posse pro parte vnicum heredem scribere, vt sit heres pro parte tantum, & reliquum habeat legitimus: potest tamen paganus ex parte incapacem heredem instituere ex asse, & is tamen heres partem tantum capiet cuius est capax, reliquum habebit legitimus, *l. 6. de vulg. subst.* Atque ita erit pro parte testatus, pro parte intestatus, quoniam hoc ipse non fecit sibi, sed leges fecerunt hoc, quæ modum capiendi fecerunt. Certum est paganum non posse heredem instituere ex die, vt sit heres post biennium, vt hereditatem non potest diuidere, & scindere, ita nec tempus, *l. hereditas, de heredit. instit.* Potest tamen tacite hoc facere, vt ex

E die tantum substitutus perueniat ad hereditatem, *l. quoties §. pen. de hered. institut. l. si mater, sup. de vulg. subst.* Et ita si instituat heredem incapacem cum capere poterit, ex die certo nominatim heredem non scribit, sed tacite inest dies his verbis, *cum capere poterit,* id est, videtur tacite ex die testamento deferri hereditas, his verbis, *cum capere poterit,* & hoc ratum erit, quia non est expressum palam. Atque adeo interim legitimus hereditatem obtinebit: & hoc non probatur in hereditate, multo magis in legato, quod pro parte adscribi potest, quod ex die palam relinqui potest. Et sane vt hic proponitur, hæc videtur fuisse sententia legantis viro, vel vxori: lego quantam maximam partem dare possum, vel quantum per legem Papiam capere potest: est enim hoc perinde atque si ita

dixisset, *quantum plurimum quandoque capere poterit*, id est, videtur legatum conferri in tempus quo plurimum capere poterit. & ideo coniunx testamenti tempore non poterit capere nisi decimam quam capit semper lege Papia matrimonij nomine; mores Biturigum sunt seueriores, qui censent coniugem nihil omnino ex testamento coniugis capere posse, ne decimam quidem, ne vsumfructum quidem. Lex Papia coniugem decimam capere permittebat. Si igitur testamenti tempore coniunx non potuerit capere nisi decimam, mortis tempore posset capere tertiam partem bonorum, quod accidit beneficio vnius filij, si eum susceperit ex eo matrimonio, nec amiserit post nonum diem: vel etiam si mortis tempore possit capere alteram decimam, quod contigit beneficio vnius filij suscepti ex eo matrimonio, & amissi post nonum diem, vt scribit Vlp. in *Frag. tit. 15*. hoc modo coniunx ex legato B consequetur tertiam partem bonorum, vel duas decimas, id est, quantum capere potest mortis tempore, etiamsi tantum capere non potuerit testamenti tempore. De marito exemplum poni velim ad id quod sequitur in hac lege, *In tempus liberorum tertia pars*. non dicitur frustra orbo, qui non potest capere nisi semissem, vt dixi in *l. 42*. Interdum legatur in tempus liberorum, vt scilicet capiant assem, vel vt capiant plus semisse. marito, qui non potest capere nisi decimam, legatur in tempus liberorum vt capiat tertiam partem bonorum: nam vel vno filio suscepto, vel superstite post nonum diem, quo die maribus imponebantur nomina, fœminis octauo, Festus & Plutarch. prænomina alio die, maribus sumpta toga virili, id est, anno decimo septimo sumpto tyrocinio, fœminis contractis nuptiis, quod ex Scæuola scribit Iulius Paris, siue Valerius *lib. 10*. Igitur si maritus vnum filium susceperit, nec amiserit post nonum diem, maritus hoc casu est capax tertiæ partis, & ob id legatur tertia pars in tempus liberorum, quam non potest capere, non susceptis liberis, sed decimam tantum. Verum hæc verba *in tempus liberorum* secundum sententiam legis Papiæ sunt accipienda de liberis naturalibus, & iustis, non de adoptiuis: nec enim adoptando filium, perueniet ad legatum eius: similiter in *l. fideicommissum, inf. de cond. & demonst.* si fideicommissum fuerit relictum si sine liberis decesserit adoptionis commento non excluditur fideicommissum. adoptionem vocat commentum: est enim imago naturæ adumbrans veritatem suscipiendorum liberorum, *l. filios. sup. de lib. & post.* & ita in præmiis vel immunitatibus quæ dantur patribus adoptiui non prosunt, *l. 2 §. adoptiui, inf. de vacat. mun.* quod est ex senatusconsulto, vt scribit Tacitus *lib. 15. ne simulata adoptio iuuet in præmijs patrum.*

Ad L. non oportet. LII.

Non oportet prius de conditione cuiusquam quæri, quam hereditas legatumve ad eum pertineat.

EST etiam de incapacibus, & de re fiscali: in legato incapaci relicto fiscus nihil habet, quoniam habetur pro non scripto. ergo remanet apud heredem. Sed in legato incapaci relicto tacite fiscus locum habet in *l. 1. de iure fisci.* & hoc respectu dico hanc legem simul esse de incapacibus, & de re fiscali. Constituendum etiam hic est, eum non admitti ad legatum qui fuit incapax testamenti tempore, licet capax fuerit mortis tempore, nisi nominatim & legatum sit in tempus capiendi. Accurs. Bartol. & interpretes omnes quos vnquam legerim, hac in re differentiam statuunt inter heredes & legatarios: In heredibus exigunt capacitatem vtroque tempore testamenti, & mortis, & verum est etiam exigi in heredibus vtriusque temporis capcitatem, *l. 49. sup. de hered. inst.* In legatis autem aiunt exigi capacitatem mortis tempore tantum: male: nam & in legatariis capacitas exigitur testamenti tempore: alioquin obstabit regula Catoniana, quæ inutile legatum A quod fuit ab initio, (inutile autem est, si incapaci sit relictum.) vult non conualescere tempore mortis vitio sublato: & pertinet ea regula tam ad legata, quam ad hereditates. Ergo tam in legatis quam in hereditatibus vtroque tempore capacitas exigitur. & quod dicitur, legatum recte & vtiliter conferri in tempus capiendi, *l. prox. sup. l. in tempus, sup. de hered. instit.* eo perspicue demonstratur, legato non collato nominatim in tempus capiendi capacitatem exigi etiam testamenti tempore, sicut in hereditate. Igitur legatarius qui incapax fuit testamenti tempore, capax mortis tempore non admittitur ad legatum: sed vt in eo legato heres præferatur fisco, satis est si is qui incapax erat testamenti tempore, & cui daturum se heres tacitam fidem interposuerat, capax fuerit mortis tempore: excludetur enim fiscus, & legatum remanebit apud heredem, *l. 3. §. quando, inf. de iure fisci*: & hoc est quod ait in *hac l.* non oportere prius quæri de conditione heredis, vel legatarij, id est, fiscum non prius quærere de capacitate heredis vel legatarij quam ad eum hereditas vel legatum pertineat, hoc est, de eo tantum quærere mortis tempore. si eo tempore non inueniatur capax, remanebit apud heredem legatum, vel hereditas fideicommissaria, repelletur fiscus, repelletur etiam legatarius, & fideicommissarius, quia erat incapax testamenti tempore, quoniam vt in hereditatibus, sic in legatis vtroque tempore capacitatem exigimus: alioquin legatum inutiliter conferretur in tempus capiendi. Igitur hac in re nihil distant legata ab hereditatibus. Ab his tamen fateor distare donationes causa mortis, quoniam hæ semper conferuntur in tempus mortis: C & ideo mortis tantum tempus spectatur, an eo sit capax donatarius, *l. non mortis, inf. de donat. cau. mort.* sicut spectabitur in hereditatibus & legatis, si sit collatum in tempus mortis legatum, vel donatio causa mortis.

Ad L. Cum ab vno LIII.

Cum ab vno herede mulieri pro dote, compensandi animo, legatum esset: eaque dotem suam ferre, quam legatu maluerit: vtrum in omnes heredes, an in eum solum, à quo legatum est actio ei de dote dari debeat, queritur. Iulianus, in eum primum, à quo legatum sit, actionem dandam putat: nam cum aut suo iure, aut iudicio mariti contenta esse debeat: æquum D esse, cum, à quo ei maritus aliquid pro dote legauerat, vsque ad quantitatem legati onus huius æris alieni sustinere: reliqua parte dotis ab heredibus ei præstanda.

1. §. Eadem erunt dicenda, si heres instituta pro dote, omiserit hereditatẽ, vt in substitutum actio detur, & hoc verũ est.

2. §. Sed de legatis & legis Falcidiæ ratione belle dubitatur, vtrum is, in quem solum dotis actio detur, legata integra ex persona sua debeat, perinde ac si omnes heredes dotem præstarent, an dotem totam in ære alieno computare, quia in eum solum actio eius detur. quod sane magis rationem habere videtur.

SPecies est. pluribus heredibus scriptis, ab vno herede vxori suæ legauit aliquid pro dote compensandi gratia. mulier alterutro contenta esse debet suo iure, vel iudi- E cio mariti, id est, dote vel legato, actione ex stipulatu de dote, vel actione ex testamento, quod & sic obseruatur in quolibet creditore: Nam si creditori legauero aliquid pro credito, exigere debet vel actione ex testamento, vel pristina, & principali actione, alterutro contentus esse debet, cum compensandi gratia legauit, *l. creditorem, inf. hic.* Ergo in specie proposita constituere mulier debet vtra actione experiri malit, de dote, an de legato. si elegerit dotem, legatum repudiauerit vice dotis relictum, quæritur vtrum eam petere debeat ab omnibus heredibus pro hereditariis portionibus, an ab eo solo à quo ei aliquid pro dote testator legauerat, & respond. mulierem dotem petituram actione ex stipulatu de dote ab eo solo à quo maritus aliquid ei legauerat pro dote, ab eo inquam solo pr

mum pro modo quantitatis legatæ, deinde reliquum, si quod sit, ab alijs heredibus, sicut si elegisset legatum, id quod esset amplius in dote exigeret ab alijs heredibus. Primum igitur eum exiget à quo testator aliquid pro dote legauerat, deinde exiget alios, si quid sit reliqui vltra quantitatem legati. Idem erit si maritus vxorem heredem instituerit pro parte compensandi animo, dato ei substituto; nam electa dote, ac neglecta hereditate, reposita dote hereditati mulieri in substitutum dabitur actio de dote in solidum, hæc est sententia prioris patris huius legis. Perturbat maxime Accurs. quod ait lex in hac prima parte, ab eo solo mulierem dotem petere à quo maritus vxori aliquid pro dote legauerat, non ab omnibus heredibus; nam voluntas defuncti non mutat ius publicum, id est, non efficit vt is solus teneatur actione dotis: iure enim publico hac actione omnes heredes tenentur pro hereditariis portionibus, *l. 20. §. Papinianus, & §. idem, sup. famil. ercisc.* Ergo mulieri in omnes est actio de dote pro rata, non in eum solum: neque hoc potuit inducere voluntas defuncti? perturbatur vsque adeo vt comminisci cogatur, hic esse speciale in dote, cum tamen & in quolibet ære alieno idem iuris esse mox demonstraturus sit: vel aliter; vt actionem de dote interpretetur actionem ex testamento, quod est ridiculum, & manifesto pugnat cum fine legis, quo ostenditur, eum heredem dotem quæ exigitur tota ab eo, computare pro ære alieno, non pro legato, vel aliter, vt actionem dari in eum solum interpretari cogatur, qua tamen agatur in omnes heredes pro portionibus hereditariis, non in eum, actione tamen familiæ ercisc. coheredes cum eo agere & consequi indemnitatē: atque ita per obliquum in eum solum datur actio dotis, non directo, id vero nemo assequetur, vt recte dicatur actio dari in vnum solum, quæ datur in omnes heredes, & quidem cum effectu: Nam mulier à singulis exigit portionem hereditariam: & licet verum sit eos inter se id deducturos iudicio familiæ ercisc. non ideo tamen recte dicetur actio de dote dari in eum solum per obliquum: neque vsquam quisquam ita loquitur: & solæ vtiles actiones dicuntur dari per obliquum. Quærenda igitur melior ratio, & puto mulierem iure in eum solum heredem à quo maritus mulieri aliquid legauerat, pro dote non habere actionem in solidum iure, ex substantia obligationis, id est, actionem de dote habere in omnes pro hereditariis portionibus, quia obligationes ita diuisit lex inter heredes. Verum vt impleatur voluntas defuncti, æquum est vt is heres, etiam si iure non teneatur in solidum dotis actione, sed pro portione sua tantum, tamen in solidum secum agi patiatur, maxime cum & à coheredibus compelli possit totam dotem soluere, quos testator exonerare voluit dotis præstatione, & hunc solum onerare: compelli autem potest iudicio familiæ ercisc. *l. 18. §. idemque decem, sup. famil. ercisc.* & sic etiam licet ex pacto iure ciuili non competat actio, occurrunt tamen sępe species quibus quis cogitur ex pacto actionem pati, vt euitet pœnam in stipulationem deductam, vel qua alia ex causa, in quam incidet, nisi pacti actionem ferat, *l. 5. C. de contrah. stipulat.* vt recte Ioannes. Atque ita in hac specie, in eum solum erit actio eo patiente non tam libenter quam necessario: nam & compelli à coheredibus potest totum onus huius æris alieni sustinere. Alia dubitatio quæ incurrit in hanc speciem est difficilior de ratione legis Falcidiæ. Species est; ducenta sunt in bonis, centum in dote, duos heredes scripsit ex æquis partibus Primum, & Secundum, à Primo vxori legauit dotem, quæ dos est centum, & portio Primi non est pluris, est in centum. Quæritur an integram dotem soluere debeat, non deducta Falcidia, vel etiam sic, quo modo debuit ponere, Primo iniunxit onus soluendæ dotis, non legauit dotem vxori, verba non habent speciem legati; sed cum scripsisset duos heredes, Primo iniunxit onus soluendæ dotis, quæritur, an debeat soluere integram dotem non deducta Falcidia. Hoc casu ipse dotis nomine iure debet quinquaginta, ea deducet quasi æs alienum quod pro sua parte debuit, & in ponenda ratione legis Falcidiæ prius deducitur æs alienum, *l. 6. C. ad leg. Falcid.* Reliquum diuiditur inter heredem & legatarios pro quadrante, & dodrante, Primus in hac specie deducet quasi æs alienum quinquaginta quæ debuit pro sua parte, alia quinquaginta accipiuntur pro legato relicto coheredi. potest reputare in actione familiæ ercisc. ex eis quinquaginta retinebit Falcidiam, *d. l. 20. §. Papin.* Iniunctio habetur pro legato, iniunctio soluendi æris alieni habetur pro legato relicto cæteris coheredibus, etiam detracta spe legati, id est, etiamsi verba non præ se ferant formam legati. In testamentis præter institutionem legata, fideicommissa, libertates, tutelas, sunt etiam iniunctiones, præceptiones, commendationes: nec vtique inutile est semper. Iniunctiones pro legatis accipiuntur, etiam detracta forma legati, *d. §. Papinianus.* Præceptiones pro fideicommissis accipiuntur, vt si vetet prædium alienari, *l. filiusf. §. Diui lib. 1.* commendationes insinuant beneuolentiam, & rem explicant, *l. quoties, C. famil. ercisc.* Hic iniunctiones æris alieni sunt species legati: vt si ita dixerit, *ille heres meus vxori meæ dotem reddere damnas esto,* & coheredi competit actio ex testamento quasi legatario, vt coheres totam dotem soluat, & se liberet, *l. non solum §. sed si duobus, inf. de lib. leg. l. seruo legato §. si testator, inf. lib. 5.* & vxori etiam competit actio ex testamento; nam in legato dotis sunt commoda quædam: sed heic mulier respuit omne iudicium defuncti, & suo iure persequitur dotem, non vtitur iudicio mariti, si sit species legati, is cui iniunctum est onus soluendæ dotis à coherede potest compelli vt totam soluat actione ex testamento, vel familiæ ercisc. citra spem legati actione familiæ ercisc. tantum, quoniam in eam actionem non tantum veniunt legata relicta coheredibus, sed etiam quælibet voluntates defuncti, quas impleri coheredum interest, etiamsi non habeant species legati, & ita quidem se res habet. Sequitur alia species in qua aliud obseruatur: Ducenta sunt in bonis, 50. in dote, duos heredes scripsit ex æquis partibus Primum & Secundum, à Primo vxori legauit aliquid pro dote, ab eodem extraneis legauit 50. vxor repudiauit legatum, & repetit ab eo dotem, quam actionem ipse pati cogitur, in hac specie nulla fuit iniunctio soluendæ dotis, nullum præceptum soluendæ dotis, ergo nullum est argumentum legati quasi relicti coheredi: legauit tantum pro dote aliquid, sed hoc legatum mulier repudiauit. ergo non dicemus in hac specie huius heredem deducere 25. quasi æs alienum, quoniam pro sua parte 25. debuit dotis nomine. hoc dico: non deducet tantum 25. quasi æs alienum in ponenda ratione legis Falcidiæ, & ex reliquis 75. non deducet Falcidiam, quoniam 50. tantum sunt in legatis quæ relicta sunt extraneis. coheredi nihil legatum censetur, licet pro coherede soluere debeat. An igitur perinde habebitur atque si ambo coheredes soluissent dotem pro suis partibus? vnus 25. alter 25. quo casu cessaret Falcidia: nam remanerent apud eum heredem 25. an dicemus cessare Falcidiam? minime: melius est, vt dicamus eum heredem totam dotem quam soluit, computare in ære alieno, non in legato, ergo deducet 50. quæ soluit dotis nomine, ex reliquis 50. deducet Falcidiam. Azo & Accurs. non male ad eam partem exemplum ponunt in libris Bononiensibus. libra Bononiensis constat 20. solidis. Finge 24. libræ sunt in bonis, 8. libræ in dote: duo heredes ex ęquo Primus, & Secundus, à Primo vxori aliquid legauit pro dote compensandi animo, extraneis legauit 4. libras? pars Primi est 12. librarum, huius partis Falcidia tres libræ, singuli heredes ponunt Falcidiam separatim ex suis partibus, si exhausta sit portio, vel onerata, vxor amittit legatum illud vicarium relictum pro dote, & repetit ab eo herede dotem, quæritur vtrum hic heres debeat præstare extraneis integra legata? plena, ait in *l. si creditor, inf. ad leg. Falc.* id est, sine de-

ductione falcidiæ, an extraneis debeat præstare 4. libras, perinde atque si quisque heres soluisset dotem pro sua parte, vnus 4. libras: an vero dicemus, hunc heredem totam dotem deducere quam soluere cogitur, deducere quasi æs alienum, id est, 8. libras, & ex reliquis 4. libris quæ legatæ sunt, retinere falcidiam? & hoc exemplum rationem habet.

Ad L. si qui. LIIII.

Si cui fundus centum dignus legatus fuerit, si centum heredi, vel cuilibet alij dederit: vberrimum videtur esse legatum nam alias interest legatarij, fundum potius habere quam centum. sæpe enim confines fundos etiam supra iustam æstimationem interest nostra adquirere.

SCiendum est, inutile legatum esse si centum legentur sub hac conditione, *si centum dederit*, quod inutile est, imo ridiculum, vt ait, *l. si fundus, inf. ad leg. Falcid* derisorium vt de alio genere legati ait *l. si domus sup. lib 1.* ridicula sunt vitanda in testamentis, *l. iam dubitari, de hered. instit.* hoc si legetur quantitas, vt dixi, sub conditione dandi tantumdem. At si legetur fundus dignus centum sub hac conditione, si centum dederit, non est inutile legatum, quid, non est inutile? imo plerunque vberrimum, vt ait hoc loco Clemens, quoniam plerunque legatarij interest fundum potius habere quam centum, legatarij interest affectionis vel propriæ vtilitatis ratione. Vberrimum igitur est legatum ex affectione, vel vtilitate propria legatarij, non ex communi pretio. Aliud est pretio aliquid æstimare, aliud affectu, vel vtilitate propria, *l. 36. inf. de bonis lib.* pretium non ex affectu, vel vtilitate propria fungitur, sed communiter vt ait, *l. si seruum, sup. ad leg. Aquil. l. pretia, inf. ad leg Falcid. communiter,* Græci interpretantur, ἀπὸ τῆς κοινῆς προλήψεως, & πρὸς τὸ κοινῇ χρήσιμον. Id est, *ex opinione, & vtilitate communi omnium hominum*, non ex propria affectione & vtilitate, & pretium fungi dicemus, sicut Vlp. & Paulus, dotem fungi in patiendi significatione. Pretium fungitur quod nos fungimur, quodque facimus, & constituimus, & ineptum est emendare illis locis *fungi*. Dos autem fungitur quam nos damus vel reddimus. Hoc igitur legatum quod proposuimus sub conditione dandi centum, inutile est, si pretium spectas, & communem vtilitatem: vberrimum est, si propriam affectionem, & vtilitatem legatarij spectas, & valet. Ex affectu autem res æstimantur pluris quam communiter variis ex causis, quæ recensetur *l. 1. §. sed si rem, sup. si quid in fraud. pat.* vicinitatis gratia, vt ait eo loco: quam causam attingit in hac l. dum ait, *sæpe enim confines fundos*, vel opportunitatis causa, vel salubritatis cœli causa, vel etiam vt ait in *d §. sed si rem*, quod illic orti & procreati simus, quod illic parentes sepulti sint, quod illic sint multa vestigia maiorum Mouemur locis in quibus maiorum, vel eorum quos diligimus, vel miramur, ad, sunt vestigia, & ob id recte constituitur in *l. lex, C. de administ. tut.* tutores non posse vendere domum pupillorum in qua defecit pater, minor creuit, in qua, inquit, maiorum imagines non videre fixas, aut reuulsas videre satis est lugubre, & videtur imitari Cornel. Tacit. qui eadem forma orationis vsus est lib. 19 *reuulsas statuas decora maiorum, ob id in l. si in emptione sup. de minorib* minor qui licitatione victus est, beneficio restitutionis in integrum post addictionem factam ei qui pluris licitus est, adjicere potest, vt rem auferat, si modo probetur eius interesse emptam ab eo rem esse, puta quod maiorum eius fuisset: qua ratione nititur ius προτιμήσεως, siue ius retrahendi rem venditam extero, quod moribus Galliæ propinqui habent, iure Romano non habent: Quoniam de moribus ius hoc: odiosum censetur nam breuitate temporis constringuitur alias anni, alias 40. dierum, alias 60 vt moribus Biturigum. Ius illud non aliam rationem habet, quam quod prædia gentis & familiæ retrahentis fuerint.

A Sciendum nunc est, hunc legatarium cui legatus fundus dignus centum sub conditione, si centum dederit, fideicommisso onerari non posse, quia nihil videtur capere ex testamento: vtile quidem est legatum ex affectione eius, sed nihil videtur capere, quoniam quantum accipit, tantum erogat, & quantum res sit communiter spectatur, *l. ciuitatibus §. vlt sup lib. 1.* Quamvis fideicommisso onerari non possit, si lex Falcidia interueniat, Falcidiam patietur in toto fundo: ex toto eo fundo detrahet heres quadrantem, vt ex cæterorum legatis, quoniam illa centum erant conditionis implendæ causa: est enim iussus ea dare conditionis forma. *lego tibi fundum illum si centum dederis.* Et ideo heres ei imputat in Falcidiam, *d l. si fundus, inf ad leg. Falcid. l. ad veterani §. 1. l. in quartam §. vlt. inf. eod.* Secus erit dicendum, si non fuerit iussus dare centum conditionis
B specie, sed fuerit heres iussus vendere centum fundum dignum centum. hoc casu Titius non patietur Falcidiam si emerit eum fundum, quia centum dat pro pretio ex venditionis causa, non conditionis implendæ causa iniecta legato. Igitur pretium illud videtur esse ex hereditate, pretium succedit loco rei, vt vulgo dicitur, res fuit hereditaria, pretium videtur etiam esse hereditarium, & iure hereditario capit, & ideo imputabitur in Falcidiam, neque deducetur quicquam ex fundo vendito interueniente Falcidia, *l. si dignum inf. ad leg Falcid.*

Ad L. Si mihi LV.

Si Titio mihi & eadem res legata fuerit, & is die cedente legati decesserit me herede relicto & vel ex mea propria causa, vel ex hereditaria legatum repudiauero: magis placere video partem defecisse.

1. §. Si eo herede instituto, qui vel nihil, vel non totum capere potest, seruo hereditario legatum fuerit: tractantibus nobis de capacitate, videndum est, vtrum heredis, an defuncti persona, an neutrius spectari debeat & post multas varietates placet, vt, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quæri possit, sine vllo impedimento adquiratur legatum hereditati: atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicunque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest, reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit.

D INitium huius legis exposui in *l. 40. sup.* Heres institutus est incapax pro parte vel in totum non ex eo testamento solum, sed ex omnibus testamentis: seruo hereditario extraneus legauit. Seruus hereditarius dicitur semper dum iacet hereditas. Quæritur de iure legati: an legatum seruo hereditario relictum valeat, maxime cum heres institutus qui nondum adiuit est incapax pro parte, vel in totum? Sciendum est, legatum seruo relictum non dico hereditario, sed generaliter, ita demum valere si cum domino eius sit testamenti factio, id est, si dominus eius sit capax testamenti: est testamenti factio cum seruo ex persona domini: si dominus fuerit capax, erit & seruus. si incapax, & seruus: Et quod per se quis non potest capere, per seruum etiam non capiet, *l. 31. sup. de hered. instit. l. 12. §.*
E *regula lib. 1.* Seruus quandoque est sine domino: possunt dari exempla, maxime iuris antiqui: Vlpianus in *Frag. tit. 1. l. 1. C. Commun. de manumiss.* cum tali seruo non est testamenti factio, tali seruo non potest legari: Talis esse videtur seruus hereditarius. seruus hereditarius videtur esse sine domino, & nullius vt ait, *l. 64. sup. de hered. instit. l. 1 sup. de rer. diu.* Et sane seruus hereditarius nullius est, vt est res quælibet hereditaria, nullius viuentis, nullius personæ, sicut & Orcinus libertus dicitur esse nullius libertus, *l. 4. inf de bon lib.* nullius viuentis, nullius personæ: hereditatis iacentis nulla est persona. Cæterum in plerisque causis hereditas habetur loco domini, id est, loco heredis futuri, id est, fingitur vice personæ defuncti quandiu iacet & vacat, non vice personæ heredis futuri, vt in hac cau-

sa: nam si defuncto potuerit legari, poterit & seruo hereditario, licet non possit legari heredi futuro? si capax fuerit defunctus, capax etiam erit seruus hereditarius, licet heres futurus incapax sit, vt d. l. 64. & 52 eod. Et interim legatum acquiretur hereditati quasi personæ defuncti, l. 38 sup. hic l. legatum §. seruo, sup. lib. 1. & hoc magis placuit, vt ait d. l. ... de hered. instit. magis valuit, in l. in eo §. vlt. inf. de acquir. rer. dom. Fuit enim controuersum, & vt eleganter ait hic, post multas varietates placuit, id est, obtinuit inter authores, vt loquitur in l. eum ex vno inf. de oblig. & act. l. vlt. inf. pro leg. Et inde in l. debitor §. vlt. inf. hic, dictum est, inquit, seruo hereditario legari posse, id est, obtinuit hæc sententia seruo hereditario legari posse. Et licet seruus hereditarius non habeat dominum, cui legari possit; hereditati enim non potest legari, cum nulla sit persona hereditatis, licet inquam nondum habeat dominum in cuius persona de capacitate quæri possit, tamen legari ei potest; solam enim personam spectamus, sed & serui personam, an quod ei relinquitur liber factus capere possit? nec aliter valet legatum relictum seruo, licet dominus sit capax, quam si ipse seruus liber factus capere possit, d. l. debitor §. vlt. inf. hic igitur interim relictum seruo hereditario acquiretur hereditati. Deinde vero legatum transibit ad eum qui adierit, & heres extiterit, ad heredem scriptum pro modo portionis quam capere potest: reliqua pars transibit ad heredem legitimum, id est, ad eos qui iure vocantur. Hic est delenda Accursij glossa. Nam & cætera bona hereditaria diuidentur inter heredem scriptum, qui est incapax pro parte, & heredem legitimum; ita vt pars, quam heres scriptus capere non potest, transeat ad legitimum, vt dixi l. 49. & 5 sup. quam quæstionem Accursius agitauit in l. ius nostrum, inf. de reg. iur. & male ibi eam quæstionem definit, dum partem, cuius heres scriptus capax non est, adiudicat fisco quasi ereptam indigno, cum non sit indignus, sed incapax: quæ duo vitia confundit sæpe perperam, & refellitur etiam ea definitio Accursij hoc §. quo in partem, quam non capit scriptus, vocantur legitimi, non fiscus: atque ita legibus facientibus testator erit pro parte testatus, & pro parte intestatus. Quod dixi, hereditatem iacentem sustinere vicem defuncti non vicem heredis futuri, ei opponit Accursius l. nouatio, in fi. inf. de nouat. Sententia hæc est: quod tu debes mihi sub conditione si de alio stipuler pure nouandi causa, nouatio non ante effectum habet quam conditio extiterit. Quid si ita facta nouatione debiti conditionalis conditio extiterit, mortuo promissore ante aditionem, an vires assumit nouatio statim iacente hereditate? sic sane: Nam stipulatio interposita nouandi animo non extinguitur morte promissoris principalis, sed transit in heredem, cuius vicem hereditas interim sustinet, hoc videtur dicere, hereditatem interim sustinere vicem heredis futuri. & recte Accurs. ibi, cuius, promissoris, scilicet non heredis futuri: qua ratione etiam mortuo promissore interim recte accipitur fideiussor ante aditionem, quia hereditas vicem personæ sustinet defuncti promissoris, sicut municipium personæ vice fungitur, & decuria, & societas, l. mortuo, inf. de fideiuss. Eidem sententiæ opponitur quod dici solet, aditionem retrotrahi, id est, coniungi tempus aditionis, & tempus mortis: adeo vt qui hodie adiit videatur retro adiisse a die mortis testatoris. Interim igitur ipse videtur dominus fuisse, cum aditio retrotrahatur. fateor aditionem retrotrahi fere in omnibus, l. omnia, inf. de reg. iu. sed dico interim hereditati acquiri quasi personæ defuncti, id est inspecta persona defuncti, non heredis futuri: adeo vt si non potuerit acquiri defuncto, non acquiratur interim hereditati; si potuerit, acquiratur, & mox transeat in eum, qui heres extiterit, retroacta aditione, pro quo modo capax fuerit, l. 13. §. si seruus, sup. ad leg. Aquil. l. denique §. quæsitum, inf. quod vi aut clam, l. cum hereditas, C. depos.

A

Ad L. Quod principi. LVI.

Quod Principi relictum est, qui antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est: ex constitutione Diui Antonini successori eius debetur.

Sciendum est, mortuo legatario ante diem legati cedente legatum non transmitti in heredem legatarij. dies legati cedit à morte testatoris, vel ex apertis tabulis ex L. Papia, ad quam hæc lex refertur secundum inscriptionem. Ergo si legatarius decesserit post mortem testatoris ante apertas tabulas, non transmittit legatum heredi, sed legatum fit caducum L. Papia. Hæc lex Papia non

B pertinet ad legata relicta Principi, quod suboluit Accurs. Ergo si Princeps, cui legatum relictum, moriatur ante apertas tabulas, legatum non fit caducum, id est, non pertinet ad fiscum, sed ad heredem principis, vel etiamsi princeps viuo testatore, decesserit, legatum non fit in causa caduci, sicut si alij esset relictum, & ideo pertinet ad heredem Principis, non ad fiscum, non ad successorem imperij, idque ex constit. Antonini. & nota successorem interpretari eum qui successerit in imperio; alioquin res careret dubitatione, nihilque præcipuum haberet Princeps: nam hoc caderet in fiscum: successor igitur hic erit heres, aut bonorum possessor. Sed iam Falcidia pertinet ad legata relicta Principi ex constit. Adriani l. 4. C. ad leg. Falcid. cum ad eum non pertineat lex Papia, quia odiosa

C est, odiosæ sunt leges caducariæ, & vbique in iure nostro strictius accipiuntur: cessat igitur lex Papia, cessant leges caducariæ in legatis relictis Principi. idem non datur Augustæ, vt illi: nam pertinet lex Papia ad id legatum; & ideo si decedat Augusta viuo testatore, legatum est in causa caduci; si decedat ante apertas tabulas, legatum est caducum, nec transfertur in heredem. Cur facilius hoc conceditur Augusto? quia princeps legibus solutus est, licet hac potestate non abutatur: Augusta non est soluta legibus. Priuilegia eadem tribuuntur Augustæ quæ habet Augustus, vt ait, l. princeps, sup. de legibus, priuilegia, id est, tacitam hypothecam, priuilegium in actibus personalibus, vocationes, dignitates, l. 6. inf. de iure fisci, non vt soluta sit legibus. Ipse est solutus legibus, & τῶν νόμων ἐπάνω,

D dio Chrysostomus in orat. περὶ ... ideo in legatis relictis Augustæ habet locum lex caducaria, & hoc Adrianus constituit in persona Plotinæ. vxor fuit Traiani Plotina, sed eius beneficio Adrianus successit Traiano in Imperio, & in eius beneficij memoriam Plotinæ Basilicam extruxit apud Nemantum. Spart. Vetus inscriptio ædem sacram, Dio, ναὸν dicit. Itaque apud Spartianum Basilicam oportet accipere pro æde sacra. Addit Dio, hymnos quosdam in eius honorem factos fuisse. Vetus inscriptio declarat, hymnorum carmine eam fuisse donatam beneficio Adriani, qui canerentur in ea æde post eius mortem: addit Dio, eum celebrasse nouendialia, idem adiicit fuisse constitutum ab Antonino Pio in persona Faustinæ, & ait, id fuisse constitutum proxime ... vt in l. Latinus, inf. hic id non est omittendum, nimis acute quosdam his verbis,

E ab omnibus ereptus est, scribere, significari sublationem in cœlum, quod nemini fingitur Principi contigisse nisi Romulo. Et ideo falso adiicitur, Tullium scribere Romulum fuisse ereptum ab hominibus, dum voluit significare eum sublatum esse in cœlum. Id erit minus acutum, si hæc verba, ab hominibus ereptus est, ad ἀπόθεσιν referantur: quoniam in hoc tractatu mors legatarij spectatur: ἀπόθεσις non fit in ipso articulo mortis, sed viuo principe, & ita Græci, vt Nouella 12. ... in Panareto, ... L. 58. exposui in l. 2. & 40. 59. in l. 4. 60. in l. 17.

Ad L. Si Titio LXI.

Si Titio & Meuio heredibus institutis, qui quadringenta relinquebat, a Titio ducenta legauerit & quisquis heres esset, centum esse Meuius hereditatem adiecit: trecenta Titius debebit.

1.§. *Iuliani quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta: coheredem eius non esse cogendum fideicommisso præstare, portionem enim ad coheredem sine onere pertinere, sed post rescriptum Seueri, quo fideicommissa ab instituto relicta, à substitutis debentur: & hic, quasi substitutus, cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.*

SPecies est. quadringenta sunt in bonis, duo sunt heredes scripti ex æquis partibus, Titius & Mæuius. à Titio nominatim legata sunt 200. generaliter autem ab omnibus heredibus legauit secundo centum his verbis, *quisquis mihi heres esset*: quibus verbis videtur legari ab omnibus heredibus, & singuli tenentur legatario pro hereditariis portionibus, non pro virili, non singuli in solidum, *l. ab omnibus in princ. & §. 1. sup. lib. 1.* In hac igitur specie Titij pars onerata est, est exhausta legatis: nam Titij pars est ducentorum, cum hereditas sit 400. & Titio sunt legata ducenta, & ab eodem secundo videntur legata 50. Mæuij autem pars non est onerata legatis, quoniam debet secundo 50. tantum, supersunt illi 150. Hæc est species, ex qua sequuntur hæ quæstiones de legatis, & de ratione legis Falcidiæ quid dicendum sit, si vterque adierit hereditatem: quid si Titius adierit cuius portio onerata est, Mæuius cuius portio onerata non erat, repudiauerit? Quid si Mæuius adierit, Titius repudiauerit, Primo casu si vterque adierit Titius & Mæuius à Titio videntur legata 250. ex quibus quoniam oneratus est, quoniam onerata, imo exhausta est portio illius, deducet primum quintam partem, id est, 50. quæ sunt extra quantitatem suæ portionis. Deinde suæ portionis deducet quartam, id est, ex 200. deducet 50. legatariis præstabit 150. Primo 120. secundo 30. *l. in quantitate in fi. inf. ad Falc.* nam inter primum & secundum legatarios est proportio quadrupla. Nam primo legata sunt 100. secundo videntur legata 50. à Titio quæ est quarta pars ducentorum. Est igitur inter primum & secundum ratio quadrupla quæ conseruari debet, etiam rescissis legatis per l. Falcid. Porro conseruabitur si primo dederit Titius 120. secundo 30. nam inter centum, viginti & triginta est ratio quadrupla, sicut inter ducenta & quinquaginta. In singulis heredibus ponimus falcidiam separatim, portiones separamus, vtroque scilicet adeunte: quodvsque adeo verum est, vt etiamsi postea quam vterque adierit, vnius portio obueniat alteri, quod non potest fieri iure adcrescendi, vel substitutionis iure. Nam vtrumque ius finitur aditione; sed id fieri potest adrogatione coheredis, vel testamento coheredis. Hoc igitur modo post aditam hereditatem ab vtroque herede, si vnius portio obueniat alteri, id est, adrogatione, vel testamento cohoredis; nec enim aliter potest, semper separabuntur portiones, & ex portione onerata deducetur falcidia, nec obueniens portio supplebit portionem oneratam, quoniam vbi omnes adierunt, separandæ sunt portiones semper, & in singulis separatim ponenda ratio Falcidiæ, *l. 1. §. si coheredem, l. in singulis inf. ad leg. Falcid.* Secundo casu si Titius adierit, Mæuius repudiauerit suam portionem; atque ita si portio non onerata, id est, portio Mæuio accreuerit oneratæ, hoc casu Titius debet trecenta integra, vt ait initio huius legis, nec exercebit Falcidiam. Cur debet 300. integra? an vt ait Accurs. quoniam portio Mæuij ei adcrescit cum onere? hæc ratio non placet, quia remotior est, id est, proximior reddi potest ratio. Deinde quia non valuit ante constitutionem Seueri §. vlt. hic. Proximior ratio est, quia testator ce-

A tum legauit, secundo generaliter quisquis heres esset, & ideo si solus Titius heres extiterit, solus debebit 300. ducenta quasi à se relicta nominatim, 100. quasi à se relicta generaliter, quæ tota debet, si solus totam hereditatem obtinuerit, *l. quidem §. vlt. sup. de iure codicil.* Cum quæritur ratio, est reddenda proximior, sicut cum quæritur quid sit res, proximum genus adferre oportet: Cur autem Titius non exercet Falcidiam quam exerceret si vterque adiisset? ideo non exercet falcidiam, quoniam portio adcrescens id est, portio Mæuij quæ non est onerata, supplet portionem oneratam, & auget legata relicta à Titio: confunduntur ergo partes ambæ, confusæ autem partes non sunt oneratæ, ergo cessat Falcidia, *l. quod si alterutro, inf. ad leg. Falcid.* Ergo portio non onerata quæ accrescit oneratæ,

B oneratam auget & supplet, & vtitur hac ratione, *d. l quod si alterutro*, quoniam & legata quæ apud heredem oneratum remanent, supplent eius portionem farciuntque damnum: Vtitur inductione: nam ex rebus singulis ad vniuersas progeditur hoc modo: legata singula quæ apud heredem oneratum remanent, supplent eius portionem & proficiunt cæteris legatariis, ergo & portio hereditatis adcrescens supplebit eam portionem cui adcrescit. Tertiò casu, si Titius repudiauerit, Mæuius adierit, atque ita portio Titij quæ est onerata accreuerit portioni non oneratæ, hodie ex constit. Seueri, vt est in fine huius legis, portio Titij adcrescet cum onere, salua tamen ratione legis Falcidiæ, *d. l. quod si alterutro.* Nam Mæuius ex 100. quæ sunt legata Secundo nihil detrahet, quoniam sunt legata generaliter his verbis; *quisquis heres erit*: & ideo Mæ-

C uius qui solus heres existit, tota ea centum debebit ex sua persona, & ex sua parte quæ non est onerata. Ea igitur 100. præstat integra Secundo, *l. 1. §. id quod, inf. ad leg. Falc.* Verum ex 200. legatis à Titio Mæuius detrahet 50. & Primo legatario præstabit 150. Atque ita separatim inueniet Falcidiam in portione Titij, nec commiscebit partes: portio quidem adcrescens supplet eam portionem cui adcrescit adiungiturque, si non onerata adcrescat oneratæ. Sed ipsa portio accrescens si sit onerata, non suppletur per eam cui adcrescit, eaque est conditio cuiuslibet accessionis, veluti alluuionis, vt augeat non augeatur, vt suppleat, non suppleatur: & ob id ita generaliter definiunt interpretes: si portio onerata adcrescat non oneratæ, separari partes, separatim Falcidiam poni. si portio non onerata

D adcrescat oneratæ confundi & commisceri partes, & in asse Falcidiam poni commistis partibus. quæ definitio est, *d. l. quod si.* & obtinet etiam in iure substitutionis, non tantum in iure adcrescendi, id est, non tantum si portio accedat iure adcrescendi, sed etiam si accedat ex substitutione, *l. 1. §. id quod ad leg. Falc.* Cuius § sententia est, si portio non onerata iure substitutionis accedat oneratæ, augentur legata, confunduntur partes, communi calculo subiiuntur: si portio onerata iure substitutionis accedat non oneratæ, non augentur legata, quibus onerata est portio, oneratæ separantur partes, hæc manifesta est sententia §. *id quod.* Itaque dixi semper nihil interesse iure substitutionis, an iure adcrescendi portio portioni accedat. Verùm ait doctissimus interpres qui hanc scribit esse senten-

E tiam §. *id quod*, vt prior pars sit portione accedente iure substitutionis, posterior de portione accedente iure accrescendi, atque ita statuit hanc esse sententiam huius §. si non onerata portio iure substitutionis accedat oneratę, augentur legata, suppletur portio onerata: si onerata portio iure adcrescendi accedat non oneratæ, non augentur legata. Atque ita posteriorem partem accipit de iure adcrescendi non de substitutione de qua instituitur disputatio initio §. & sic efficit vt §. qui sequitur, statim quem ipse etiam accipit de iure adcrescendi, & qui idem definit portionem oneratam accedentem non oneratæ non augere legata, vt is §. sit superuacuus. totus §. *id quod*, est de substitutione, sequens de iure adcrescendi, & secundo loco sequens de iure adrogationis, vel testamenti coheredis, atque ita ordine texuntur iure omnia, quibus potest portio

portioni accedere, nec muto quod de hac re scripsi, §. *vlt.* expofui in *l. 29.*

Ad L. Si alienus LXI.

Si alienus seruus heres institutus fuerit, à domino eius fideicommissum relinqui potest. sed ita hoc fideicommissum dominus præstare debet, si per seruum factus sit heres quod si, antequam iussu eius adiretur hereditas, seruus manumissus fuerit, & suo arbitrio adierit hereditatem: dominus id debiturus non est, quia heres factus non est: nec seruus, quia rogatus est. Itaque vtilis actio hoc casu competit, vt is, ad quem emolumentum hereditatis peruenerit, & fideicommissum præstare compellatur.

SCiendum est, à patre vel domino heredis instituti fideicommissum relinqui posse, legatum non potuit relinqui, Vlp. in *Frag. tit. 24. & 25. l. cum filiof. sup. l. 1.* Hodie potest etiam relinqui, quoniam exæquata sunt legata fideicommissis. potuit, & potest, & debetur, si filius iussu patris adierit, vel si seruus iussu domini adierit & acquisierit ei hereditatem. sed si seruus manumissus sit antequam iussu domini adierit hereditatem, vel filius emancipatus sit, ipse adeundo sibi acquiret hereditatem, non patri, non patrono. Qua de causa fideicommissum à se relictum pater vel dominus non debebit, quoniam hereditas ei non acquiritur. Id etiam non iure debet heres scriptus seruus vel filius, *quia rogatus ipse non est*, sic habent omnes libri exceptis Flor. in quibus deest negatio. Verum æquum est vt heres scriptus teneatur fideicommiss. & ob id datur in eum fideicomm. actio vtilis, vt in *l. 4. inf. de leg. 3.* quia scil. emolumentum hereditatis habet, & quia dominus eius vel pater rogatus est, qui si acquisiisset hereditatem, debuisset fideicom. ex persona serui vel filii, *d. l. cum filiof.* Itaque heres quidem rogatus non est, sed alius pro eo rogatus est: ergo huic sententiæ huius legis nihil obstat *l. 1. §. 6. lib. 3.* cuius hęc est species: quidam fecit codicillos ab intestato, & proximum cognatum, cui primo gradu deferebatur successio, rogauit dare aliquid Titio, is repudiauit, & successio transiit ad sequentem cognatum. an is obligabitur fideicommisso? minime, quia rogatus non est, id est, quia nec ipse rogatus est, nec alius pro eo, & rogato nec est substitutus, nec est coheres. Notandum est quod dicitur à domino heredis scripti fideicommissum relinqui posse, ita accipiendum à domino præsenti, id est, qui nunc est, non à domino futuro, vel fortuito, vt si ita dixerit, Stichus heres esto, qui erat seruus Sempronii, & adiecerit, si Stichus factus Seii, & iussu Seii adeat hereditatem, rogo Seium vt des illi Caio centum, an valet fideicommissum relictum à futuro, & fortuito domino serui? Dicitur fortuitus, quia incertum est, an futurus sit dominus. pendet hoc ex fortuna, fideicommissum ab eo derelictum non valet, quia hoc non recepimus vt ei auferres aliquid cui dederis nihil. seruo instituto dedisse videris domino præsenti, & hunc onerare potes fideicommisso. domino futuro qui incertus est, nihil videris dedisse, & hæc est sententia legis 6. *inf. lib. 3.* Est aliud exemplum in *l. 63. inf.* omnis actio vtilis est in factum, non contra: consequenter facile legata damnationis petuntur actione in personam, legata vindicationis petuntur vindicatione, & actione ad exhibendum, *l. quod legatur, sup. de iud.* Actione ad exhibendum si sit legata res mobilis: nam actio ad exhibendum non pertinet ad immobili: finge. Quidam legauit per vindicationem vestimenta quædam, heres ignorans esse legata ea insumpsit in funus, sicut solebant defuncti indui vestibus albis, vt Plutarch. in ῥωμαικοῖς & existimantur esse iusti sumptus funeris qui fiunt ad marmor, id est, sarcophacum, siue arcam marmoream, vel ad vestem collocandam, vt ait *l. & si quis, §. 4. sup. de relig.* An heres teneatur legatario vt exhibeat vestimenta, quę ignorans consumpsisset in funus, id est, neque possidet, neque dolo desiit possidere. legatario da- A bitur actio in factum, id est, vtilis accommodata legibus quæ introduxerunt actionem ad exhibendum, *l. 3. §. interd. sup. ad exhib.* quoniam æquum est vt legatario heres, licet dolo careat pręstet indemnitatem, & quam vocat in factum in *l. 63.* in eadem specie vocat vtilem, *l. vlt. in fine inf. de religios.* si heres sciens vestem legatam eam consumpserit in funus, tunc tenetur ad exhibendum, quia dolo desiit possidere, nisi auctore iudice eam vestem consumpsit in funus, vel vendiderit funerandi defuncti causa: nam eo casu non tenebitur ad exhibendum, quia dolo non insumpsit vendiditue vestem legatam, vauctore iudice, sed tenebitur in factum si possit præstare, id est, si sufficiens sit hereditas: nam legata non debentur supra vires hereditatis, si non sit sufficiens hereditas, amittet legatum, meliusque erit legatarium non lucrari quam emptorem damno affici, *d. l. & si quis §. sed etsi res.*

Ad L. LXIV.

Cum proponebatur in scriptura fideicommissi, quod pluribus sub conditione fuerat relictum, per errorem omissam mutuam substitutionem, quam testator in secundis tabulis cum eosdem substitueret, expressit, Diui Marcus & Commodus Imperatores rescripserunt, voluntatem manifestam videri mutuæ factæ substitutionis: Etenim in causa fideicommissi, vt cumque precaria voluntas quæreretur, coniecturam potuit admitti.

C VAlde elegans est species. Filio impuberi pater Primum, Secundum, & Tertium substituit in secundum casum, quæ substitutio pupillaris est, & hoc loco secundarum tabularum appellationem habet. quin imo semper cum secundas tabulas dicimus, substitutionem pupillarem dicimus, eosdem substitutos filio impuberi inuicem substituit in primum casum, alios aliis, puta, vt si vnus pupillo heres non existeret, in eius locum veniret alter, quæ substitutio vulgaris est non simplex, sed mutua, vt ait, mutua substitutio vulgaris, & reciproca, id est, recurrens, commeans, quoniam inuicem omnes substituti sunt, vt autem meos heredes possum inuicem substituere in primum casum, *l. potes, de vulg. substit.* ita & heredes filii mei impuberis quos do filio meo impuberi: atque ita eos heredes in hac specie, quos dedi D filio meo impuberi, quibus substitui in secundum casum inuicem recte substituto vulgari modo. Ac præterea eisdem substitutis aliquid legaui per fideicommissum certum vel incertum. Et quamuis vt in hereditate filii mei & impuberis eos inuicem substitueram, ita in animo fuisset in fideicommisso eos inuicem substituere; id tamen in scriptura testamenti errore quodam, vel obliuione pretermisi, vel scriptor testamenti pretermisit. Sic igitur in hereditate filii mei impuberis eos inuicem substitui palam in fideicommisso pecuniario eis relicto idem volui sensique, vt essent in eo vice mutua substituti, sed id non scripsi. Porro vt in hereditate, ita in fideicommisso pecuniario substituere possumus, sed in hereditate substituere possumus in duos casus, non est tertius: in fidei- E commisso in vnum tantum casum: in hereditate verbis directis substituere possumus: in fideicommisso verbis precariis: in hereditate verbis expressis: in fideicommisso tacitis, quia in fideicommisso coniectura voluntatis certa sufficit, etiamsi verba desint, vt dixi, *l. 8. l. 34. §. vlt. sup.* Igitur si nolui substitutos filio meo impuberi mutuo substituere, etiam in fideicommisso pecuniario, non tantum in hereditate impuberis, sed etiam in eo fideicommisso substituti videbuntur, licet mutua substitutio non sit reperita in fideicommisso: atque ita Papin. ait hoc rescripsisse Marcum & Commodum Impp. & subiicit rationem, quod precariæ voluntatis, id est, fideicommissi vel fideicommissariæ substitutionis coniectura sufficiat: *Etenim*, inquit, *in causa fideicommissi vtcunque precaria*,

&c. id est, vbicunque, vt in *l. 26. inf. de iniur.* Sed *hoc vtcunque, &c.* Horat. *vt cunque defecere mores, dedecorant bene nata culpa.* Ait Papin. in fideicommissis pecuniariis vel fideicommissariis substitutionibus coniecturas sufficere. Accurs. coniecturas interpretatur testes, vel tabulas, quod perinde est atque si diceret probationes artificiales esse inartificiales. Hermogenes sic definit: coniectura est incertæ rei demonstratio certa, & præsens ex aliquo signo manifesto, vel ex personæ manifestatione coniecturam ait duci ex manifesto signo, & sic in specie proposita ex mutua substitutione in secundis tabulis manifesto expressa ducitur argumentum in fideicommisso vice mutua factæ substitutionis, & nominatim à Papiniano dicitur hæc voluntas manifesta, quod ducitur ex signo manifesto. nihil igitur opus testibus, & sic sæpe ex institutione manifesta capitur coniectura ad substitutionem non manifestam, *l. 1. C. de impuber. & l. si al pluris, sup. de vulg. l. quoties, inf. ad Trebell.* vt si in institutione sint expressæ partes, & sint heredes inuicem substituti, in substitutione autem non sint expressæ partes: plerunque credendum est ex eisdem partibus substitutos esse, ex quibus instituti sunt: ex disparibus partibus substitutos esse, quod sint instituti ex disparibus partibus. & ita in hac specie dicimus, plerunque credendum esse, neque esse opus alia probatione, mutuam substitutionem fecisse eum in fideicommisso; licet non sit scripta, cum mutuam fecerit substitutionem in hereditate impuberis eisdem personis delata, hæc coniectura sufficit, manifestam voluntatem reddit: nihil ergo opus est tabulis, nec moror *l. iubemus, C. de testam.* quæ exigit testes, quoniam vt Accurs. ait, lex illa loquitur de institutionibus, non de fideicommissis. fideicommissa coniecturis probantur, institutiones coniecturis non probantur, tabulis non probantur sine testibus legitimis. nec moueri non debemus *l. vlt. C. de iur. cod.* quæ in codicillis nunc exigit quinque testes rogatos vel fortuitos, quoniam ea lex loquitur de codicillis vicem testamenti exhibentibus: vt loquitur lex *ab intestato, sup. de iur. cod.* de nudis fideicommissis non loquitur quæ sustinentur breui scripto, breui epistola, coniectura non incerta, non imperfecta, imo & nutu solo, *l. nutu, lib. 3.* moueri non etiam debemus *l. vlt. de fideicomm.* quæ perturbauit Accurs. hic: nam ea lex loquitur de fideicommissario qui nititur testibus non coniecturis: ab eo fine, fideicommissario qui nititur testibus nos exigimus numerum testium legibus constitutum, idoneos testes exigimus, hanc viam probationis ab eligente nimiam subtilitatẽ exigimus. Producat igitur idoneos testes, sed hac via omissa certare licet cõiecturis, & nihil opus est testibus vbi sufficiunt coniecturę, & ita Ioannes recte explicat *d. l. vlt.* & hac Ioannis opinione excepta cætera vera esse non puto, casus duos mendaces esse confirmo.

Ad L. LXV. Peculium.

Peculium legatum augeri & minui potest, &c.

CErtum est, legatum prædij augeri & minui posse viuo testatore, vel etiam antequam deferatur legatum augeri, veluti alluuione, minui, etiam alluuione. Igitur legatum prædij augmentum, & deminutionem recipit, legatum gregis vt dixi *l. 10.* hic: hæc lex ostendit legatum peculij augeri, & minui posse: nam peculium accessionem etiam, & decessionem recipit, id testator auget, minuitve suo arbitratu quamdiu viuit, atque ita fit vt vel plenius, vel exiguius reddatur legatum, *§. si peculium, de legat. l. 4. sup. de pecul.* hic, inquit, legatum familiæ augeri, & minui potest, si quis legauerit familiam vrbanam, & quosdam ex eius seruis ad opus rusticum transtulerit: minuitur legatum familiæ vrbanæ, vel si legauerit familiam omnem & familiæ suæ adiunxerit alios seruos suos qui erant in artificio, non in familia, augetur legatum familiæ, familia est quæ in officio, vel ministerio est: in ministerio, veluti quæ ministrant mensis. in officio veluti obsonato-

A res, & tonsores, vestiarij. hi qui sunt in artificio, non sunt in familia, veluti textores, aut fullones qui inde sibi peculium parant. hi sunt in artificio, non in familia, non in officio vel ministerio. & inde dubitatum fuit olim coquus esset in artificio, an ministerio, lecticarius esset in artificio, an ministerio, & ad id pertinet *l. legatus §. 1. & §. 2. lib. 3.* Et proprie ei legi conuenit quod Liu. scribit lib. 39. de coquo. Quod *ministerium,* inquit, *erat, ars haberi cœpta,* & sane ita accipimus lecticarium & coquum esse in artificio, nisi soli domino det operam. Sequitur augeri etiam vel minui legatum lecticariorum vel pedissequorum, vt si lecticarios suos legauerit, & viuus eos transtulerit ad aliud officium, minuitur legatum, consistit in reliquis. idem dicendum in pedissequis, lecticarios plerunque
B habebant octo *l. 5. §. vlt. lib. 1.* quod erat octophorum, vel sex, quod erat exaphorum: pedissequorum autem iustus numerus erat decem, Iuuenal. *respicit hoc primum qui litigat, an tibi deni sint comites, octo hominis.* i. lecticarij, decem comites, id est, pedissequi: Nam comitum appellatione continentur pædagogi & clientes, *l. item apud §. comitem, inf. de iniur. pædagogi,* illo loco. i. pedissequi, *pædagogiani pueri* apud Am. Marcell. lib. 26. & 30. Sic igitur dum ait comitum appellatione contineri pædagogos, id est, pedissequos, iustus numerus æstimabatur esse decem: deinde forsitan in *l. pen. inf. de op. leg.* decem serui legantur, id est, iustus comitatus, iusta pædagogia, sicut cum octo lecticarij legantur, octophorum legatur. Summa igitur est, legatum familiæ vniuersæ vel certæ, legatum lecticariorum, legatum pedissequorum augmentum & deminu-
C tionem recipere. idem possis statuere de omnibus legatis, §. 1. exposui in l. 49.

Ad §. vltim.

Si tamen Titio ex parte herede instituto, &c.

HEic ostenditur, seruo legato post mortem legatarij eodem testamento directam libertatem adscribi posse, quod est notandum valde, & vtrumque valebit legatum, valebit ab adita hereditate vsque ad mortem legatarij. *libertas competit,* inquit, quod verbum pertinet tantum ad directam: nam fideicommissaria nunquam dicetur competere, sed præstari: libertas, inquam, cõpetit à mor-
D te legatarij: hic videtur legari ad tempus quod est contra regulam iuris, *l. nemo potest, sup. lib. 1.* sed hic etiam non legatur ad tempus nominatim, intelligitur tamen legatum esse ad tempus, quoad vixerit legatarius, & sustinebitur vel fauore libertatis: hic legatarius potietur seruo quamdiu viuet. mortuo legatario seruus erit libertus Orcinus, non libertus legatarij. Idem erit si moriente legatario liber esse iussus sit. nihil igitur refert. Idem dicendum est si heres aliquis scribatur ex parte, & ei seruus prælegetur, eidemque seruo libertas directa post mortem heredis eiusdem quæ prælegatari; Nam & hoc casu vtrumque effectum habebit prælegatum, & libertus; licet heres non extiterit ex eo testamento, & contentus fuerit prælegato, quod procedere in hereditate probat *l. si seruus communis, & seq. de vulg. subst.* quæ docet seruum
E legatum posse substitui filio impuberi pupillariter, cum libertate directa post mortem legatarij: nam & hic vtrumque valebit legatum vsque ad mortem legatarij, & ab eo tempore libertas, & substitutio pupillaris. Obstat *l. si post mortem §. vlt. lib. 1.* vbi aperte ait inutile esse legatum si seruus legetur, & post mortem legatarij liber esse iubeatur directo. inutile est legatum, vtilis libertas, quoniam certum est moriturum legatarium. hic dicimus *vtrumque esse vtile.* animaduertendum in eo §. vlt. tres poni casus, ex quorum comparatione sensus auctoris colligendus est. Primus casus est: legauit seruum pure, libertatem ei dedit sub conditione. legatum etiam est conditionale, id est, videtur relictum legatum sub contraria conditione, & ideo vtrumque pendet. Secundus casus hic est. legauit seruum,

pure libertatem ei directam dedit ex die certo. Legatum est inutile, quia diem libertatis venturum certum est. Tertius casus est: legauit seruum, libertatem ei dedit post mortem legatarii. hoc etiam legatum est inutile, quoniam legatarium moriturum certum est, quamuis prior ne moriturus sit seruo, certum non sit. Ergo primo casu pendet legatum, sicut libertas, secundo & tertio casu non pendet legatum, sed iudicatur esse inutile, quod pugnat cum hac l. verum non dicitur ideo esse inutile quod non fruatur eo legatarius interim, sed quod præmatura sit libertas, si vixerit seruus, qui deinceps libertatis certus est, mors legatarii certa est. Quoniam igitur præualitura est libertas non moriente seruo, non dicemus legatum pendere, sed dicemus esse inutile, quod non sit remansurum apud legatarium. interim eo potietur legatarius, vt omnino scribitur, voluntate defuncti qua voluit vtrumque competere.

Ad L. Mæuius LXVI.

Mæuius fundum mihi ac Titio sub conditione legauit. &c.

INitium huius l. pertinet ad quandam constitutionem D. Pii, cuius sententia hæc est: si eadem res bis eodem testamento eidem ab eodem herede legetur, semel tantum debetur sine vlla distinctione legatorum aut fideicommissorum, nec vlterius oneratur heres, *l. plane* §. 1. *lib.* 1. Et ideo si legatarius rem vel æstimationem litis semel consequutus fuerit, nihil ei amplius ex eo testamento debetur. Idemque in stipulatione iuris est: Nam qui bis eandem rem promittit, amplius quam semel non tenetur, *l. 18. inf. de verb. oblig.* sed constitutionis vel summæ eius singula verba excutienda sunt. Ait, *eidem.* quid si diuersis separatim eandem rem legauerim? hoc exposui *in leg.* 13. *sup.* si per damnationem legauerim, singulis solidum debetur. si per vindicationem singulis, partes debentur: ait, *ab eodem herede.* quid si à diuersis heredibus eidem eadem res legetur. explicaui in *l. 44. sup.* si per vindicationem, semel tantum deberi, & huc pertinet species §. *eum qui*, hic: quæ species exponitur eodem modo in *l. si tibi homo* §. 1. *sup. lib.* 1. Et vterque locus est de legato vindicationis, quod in *l. si tibi* §. 1. indicat verbum *vindicare*, in §. *eum dominium quærere.* Et sane aliud est in legato damnationis vt exposui in *d. l. 44.* Cæterum species §. *eum*, hæc est. Quidam mihi legauit fundum Titianum ab vno ex heredibus puta, à Mæuio: deinde codicillis eandem rem mihi legauit ab omnibus heredibus: atque ita eamdem rem quodammodo mihi à diuersis legauit, primum ab vno tantum, deinde, ab omnibus. post mortem eius apertis tabulis, nondum apertis codicillis, ego egi cum Mæuio, & abstuli æstimationem litis, id est, æstimationem fundi legati, quod de industria ponit Iureconsultus: nam si iam rem vindicassem, extingueretur legatum relictum codicillis, quoniam duæ causæ lucratiuæ in eandem rem concurrere non possunt. sed cum primum non rem abstuli, sed æstimationem tantum. quæritur an & ex codicillis rem ipsam vindicare possim, & respondetur non posse, quoniam semel tantum debetur, cum genere vindicationis legatum est. Et *eum qui pluribus speciebus iuris* vteretur, id est testamenti & codicillorum iure, qui vtroque iure legatum defert legatario, eiusdem scilicet rei, non videri sæpius legare, sed sæpius loqui, inculcare legatum, non duplicare. Propterea ait constitutio Pii *eadem res.* i. idem corpus. in quantitate legata bis aut ter, voluntatis quæstio erit. in corpore legato sæpius non admittitur quæstio voluntatis. corporis natura est hæc, vt multiplicari non possit: quantitas duplicari & multiplicari potest volente testatore: & hoc si noluisse testatorem legatarius vel fideicommissarius probauerit, id est, si probauerit testatorem, qui sæpius eandem summam legauerit, voluisse legatum multiplicare, eadem quãtitas sæpius debetur, *d. l. plane* §. *sed si non corpus, sup lib* 1. probationem volũtatis à legatario exigimus. Alioquin semel tantum debebitur etiam quantitas, & quantitatis no-

A men in hoc proposito significat ea omnia quæ pondere, numero vel mensura constant, *d.* §. *sed si non corpus.* Ait, *eodem testamento.* quod si diuersis testamentis, diuersorum scilicet, vnius enim non possunt esse, vt si tuo testamento, & testamento Titii eadem res mihi legetur, bis petere possum legatum, ex vno testamento rem, ex altero æstimationem, *d. l. plane* §. 1. Quod ita est accipiendum, vt si ex testamento vno consecutus fuero æstimationem, recte petam rem ex altero: contra si ex vno testamento rem consequutus fuero primum, postea nihil petam ex altero, quoniam duæ causæ lucratiuæ in eandem rem concurrere non possunt, §. *si res aliena, de legat. l. omnes, inf. de oblig. & act.* legati causa lucratiua est ex vtroque testamento. Quod si eadem res mihi legata sit ex tuo testamento, & ex testa-
B mento heredis tui, an bis petere possum? voluntatis quæstio est, vt ait hic eleganter, id est, quod senserit heres, videndum est, exquirendum est, si hoc probauero, voluisse heredem, vt bis mihi eadem res deberetur, bis petere possum hoc ordine: primum æstimationem ex vno testamento, deinde rem ex altero, non contra. ego probare debeo voluntatem heredis hanc fuisse, alioquin semel duntaxat mihi debebitur ex testamento tuo, ex testamento heredis tui nihil debebitur. quoniam quod testamento suo heres tuus eandem rem mihi adscripsit, est inutile: debitor enim quod debet, inutiliter legat, si non plus sit in legato, quàm in debito, *l. si debitor, l. legati* §. *vlt. inf. de lib. leg.* quod & hic proponitur; si plus sit in legato heredis tui, vtile erit legatum: vt si tu mihi sub conditione rem legaueris, heres tuus pure eandem rem, pendente conditione da-
C ta testamento tuo vtile erit legatum heredis tui: verum si ex testamento heredis tui rem consequutus fuero, postea existente conditione nihil petam ex testamento tuo, propter eandem regulam, quæ vetat duas lucratiuas causas in eandem rem concurrere: sin vero ex testamento heredis tui primum æstimationem consecutus fuero, postea existente conditione, ipso quidem iure mihi actio competit ex testamento tuo, sed repellar exceptione doli, quia repræsentare tantum legatum voluisse præsumitur heres tuus, non duplicare, quæ est sententia *l. huiusmodi* §. 1. *sup. lib.* 1. legatarius debet contrariam voluntatem heredis probare, admittetur contrariæ voluntatis probatio, & exigitur à legatario. Si plus non sit in legato, quam in debito, inutile legatum est. vt si quod testator mihi legauit pure,
D heres eius mihi etiam leget pure, vel si quod legauit testator sub conditione, heres eius mihi leget sub eadem conditione: ex testamento primo duntaxat mihi actio competit, nisi legatarius probauerit id sensisse heredem, vt mihi bis eadem res deberetur ex vtroque testamento. His cognitis, species est: Mæuius mihi & Titio legauit fundum sub conditione coniunctim per damnationem. existente conditione singulis partes debentur, vt docui sæpe sup. si per vindicationem concursu faciemus partes: pone igitur sic speciem vt ex hoc legato singulis pars debeatur, mihi pars, Titio pars, quod facilius pones in legato damnationis coniunctim relicto, & facillime si dixeris adscriptas partes, & esse tantum verbis coniunctos: vt siue Mæuius legauit mihi à Titio fundum sub conditione, ex quo legato singulis partes debentur, heres Mæuii antequam existe-
E ret conditio legati mihi eundem fundum legauit sub eadem conditione, postea extitit conditio: quæritur an eandem partem ex vtroque testamento petere possum? an bis eadem portio debeatur ex vtoque testamento, *voluntatis quæstio est*, inquit, id est, quod voluerit heres quærendum est, & sane bis debebitur eadem portio, si hoc heredem voluisse legatarius probauerit: legatarius probare debet, alioquin incredibile est hoc eum voluisse: ait *incredibile*: Nam incredibile videtur id egisse heredem, vt eadem portio bis ei debeatur. At incredibile non admittit voluntatis quæstionem, non recipit quæstionem, litem, materiam, vt rhetoribus quibusdam placet, qui inter ἀσύστατα, id est, quæ quæstionem non admittunt, numerant ἀπίθανα. i. incredibilia: sed verius incredibilia sunt κακόσχετα, vt eleganter Curius Fortunatianus. Et eleganter ait, quæstio-

nem admittere incredibilia: nam incredibilia dicimus non A quæ credi non possunt, sed quæ minus probabilia minusque verisimilia sunt. itaque hic opponitur incredibile verisimili. igitur aduersus id quod est incredibile probatio admittitur, id quod est incredibile materiam & quæstionem recipit, vt incredibile est, obsessos aliquos misisse legatos, non tamen male quæritur an miserint, quoniam potest fieri vt per aliquam partem ciuitatis legatos miserint: & sic in hac specie, licet sit incredibile hoc voluisse heredem, vt bis eadem portio eidem deberetur, tamen contraria probatio legatarij pecipitur, modo sit manifestissima: Nam aduersus incredibilia opponi debent probationes apertissimæ, *l. vlt. sup. quod met. cau. l. generaliter §. si petitum, de fideicommiss. lib.* deficiente probatione legatarij semel tantum ea portio ei debebitur: legatum autem relictum testamento heredis an erit inutile, non vtique in hac B specie, licet de eadem re sit, quia cum heres legauerit fundum, vel simpliciter partem fundi; nihil enim refert, vt recte Bart. hoc loco, & comprobat §. *1. hic*, heres videtur de altera parte cogitasse quæ non fuerat legata primo testamento. Denique videtur sensisse de altera parte non legata, alioquin inutiliter legauerit, quod quantum potest, debemus vitare ne constituamus. Hac igitur ratione ego fundi partem feram ex testamento tuo, & altera parte æstimationem ex testamento heredis tui, non eadem pars mihi debebitur ex vtroque testamento, sed ex vno debebitur vna, ex altero debebitur altera vel æstimatio, pars alia Titio collegatario meo debebitur ex testamento tuo, §. eum explicui in l. 44. & initio huius recitationis, & §. *pen.* in *l. 65.* & ad §. *in fundo*, & §. *vlt.* hæc tamen adnotare paucula oportet ad D. §. *in fundo.* In eo §. proponitur heredem C in fundo legato sepelisse mortuum, & ideo locum fieri religiosum, ergo alienari, vt lex ait, nominatim. mortui illatio alienatio est loci, sicut dedicatio, *l. vlt. inf. de litig. l. ab agnato, sup. de curat. fur.* Quid igitur fiet, an legatario eripietur locus ille facto heredis, alienatur facto heredis, dum heres in eum locum mortuum infert. imo non peribit locus ille legatario, sed præstabitur ei pretium loci ab herede, habita ratione totius fundi, quanti fuit ante sepulturam, & soluto fundo legatario vti est, supererit legatario actio ex testamento, quoniam deest aliquid legato, nempe locus ille quem religio occupauit, *l. etiam, inf. de solut. l. huiusmodi, §. ædes, sup. lib. 1.* huic disputationi obstat quod dicit, heredem in fundo legato locum religio- D sum facere non posse, illationem mortui locum non facere religiosum si heres intulerit mortuum in fundum legatum, *l. si fundum sup. de condit. & demonst. l. si locus, sup. de religios.* verum hoc est generaliter, heredem non posse locum religiosum facere in fundo legato, sicut non potest seruitutem imponere fundo legato, aut qualibet alia ratione minuere legatum, pleraque sunt generaliter vera, quæ specialiter sunt falsa. & hoc est si heres scilicet non quemlibet intulerit, sed testatorem cum alio loco non posset condere reliquias testatoris tam opportune, hoc casu fiet religiosus, *l. 4. sup. de religios.* sed heres tenebitur legatario ad pretium eius loci: & hoc quidem si intulerit suo arbitrio: nam si intulerit in eum locum testatorem iudicio testatoris, qui eum sibi locum destinarat. i. designarat in E fundo legato, heres non tenebitur ad pretium loci, *l. quid ergo §. sed si mortem, sup. lib. 1.* Itaque recte Accurs. ad hæc verba §. *in fundo si heres sepelierit*: subdit, *suo arbitrio, non testatoris*: & subdere oportet testatorem ipsum non extraneum. alioquin locus non alienatur. Mouetur tamen Accurs. male aduersus hunc §. *l. 63.* quod his detur actio ex testamento legatariis nomine loci alienati religionis causa. in *l. 63.* detur actio in factum nomine legati consumpti in funus testatoris frustra his commouetur; nam & in *l. 63.* actio in factum est actio ex testamento vtilis in factum: & ad rem ipsam legatam directa est actio ex testamento.

Ad §. Duorum.

1. §. *Duorum testamentis pars fundi, quæ Mauius ex Titio legata est, &c.*

Cum disputatione instituta ab initio legis conuenit, si eadem res mihi legetur duorum testamentis, bis petere possum, *l. plane §. 1. lib. 1.* Et nihil interest propria res testatoris fuerit, an aliena: nam vtraque in specie legati venire potest: sed si rem nactus fuerit ex vno testamento, perimitur altera actio, quia duæ causa lucratiuæ in eandem rem concurrere non possunt: contra si prius æstimationem consequutus fuero ex vno testamento, non rem, superest petitio ex altero testamento: in hoc solummodo, hocque solo casu bis petere possum. His cognitis finge: duo testatores eiusdem fundi qui alienus erat partem mihi legauerunt, fundus ille alienus non erat proprius vnius domini, sed communis pro indiuiso inter duos Titium & Mæuium, & testatores qui non erant domini eius fundi mihi non totum eum fundum, vt dixi, sed partem legauerunt. videndum & distinguendum est, vt præcipitur hoc §. qua forma mihi partem legauerit. Aut eam mihi legauerunt cum finitione certa, quam Græci vocant προσδιορισμὸν, puta hoc modo, partem quæ Mæuij est, & hoc casu si ex vno testamento eam partem consecutus fuero per heredem redemptam à Mæuio, nihil petam ex alterius testamento, quoniam duæ causæ lucratiuæ in eandem rem concurrere non possunt. acquisita re ex vnius legati causa, obligatio alterius legati perimitur *l. non quocunque sup. lib.* sed si forte rem acquisitam ex vnius legati causa mox alteri heredi alienauero, an restituitur obligatio, vt hic loquitur, an reuocatur obligatio siue actio? actio semel extincta non restituitur, *l. qui res §. aream, de solut.* alioquin subinde renascerentur lites. Et vt si mihi legetur res quæ mea est testamenti tempore, inutile legatum est, licet postea eam amisero, vel alienauero, ex regula Catoniana, vt dixi, *l. 1. sup.* Ita si res non mea mihi legetur quæ postea fiat mea, inutile legatum redditur, nec conualescit rursus eadem re abalienata. Sequitur altera pars distinctionis. Aut illi duo testatores sine finitione certi hominis simpliciter eiusdem fundi partem mihi legauerunt, nec finierunt partem hoc modo, *partem quæ Mæuij est*, sed simpliciter ἀορίστως, partem legauerunt. hoc casu singuli non videntur legasse eandem partem, quia quam quisque legauerit incertum est; fundus enim erat communis pro indiuiso inter Mæuium & Titium, & rei communis pro indiuiso qui partem nominat, incertam nominat, quoniam partes pro indiuiso non sunt, sed intelliguntur, & finire quidem possis partem pro indiuiso, si dixeris partem quæ Mæuij est, partem quæ Titij est, quæ finitio certam eam aliquatenus efficit, vt possideri & vsucapi possit, *l. locus, inf. de acq. poss.* eam demonstrare partem pro indiuiso, vel cernere non possis: eam quoque per omnia certam efficere non possis, nisi diuiseris, diuisio facit vt omnino sit certa quæ erat incerta, vt cernatur quæ non cernebatur. Et hoc est quod ait hic, *neque plures in vno fundo dominium iuris intellectu non diuisionem corporum obtinent.* Legendum, *namque plures.* Flor. habent, *neque*, atque ita Accurs. & Bart. Dilucidius tamen & rectius Haloander, & Alciatus, *namque.* & confirmat *l. 5. inf. de stipul. seru.* Ergo ait, *namque plures in vno fundo dominium iuris intellectu*, id est, in vno fundo communi pro indiuiso partes dominij intelliguntur secundum ius quod dominorum vtrique competit, nondum tamen sunt, nondum sub sensum cadunt διὰ τὸ ἀόριστον, vt Græci interpretes aiunt: ex quo efficitur, vt si duo testatores fundi alieni, qui communis erat pro indiuiso inter duos, partem mihi legauerint simpliciter, id est, ἀορίστως, & ex vnius testamento partem vnicam consecutus fuero, liceat mihi alteram persequi ex alterius testamento, quasi non eadem re vtroque testamento legata: & vt, si partem acceptam ab vnius herede alienauero, alterius heres eiu,

partis solutione fungi possit, quoniam eadem pars certa non est, eadem est intellectu, eadem non est sensu, eadem non est corpore; ergo non eadem res, quæ non est eadem corpore, non est eadem res. Res autem in regula de duabus causis lucratiuis accipitur pro corpore. Hac distinctione partis pro indiuiso definitæ ex persona domini & partis indefinitæ exposita, Papinianus in hoc §. *deinde*, ostendit non idem responderi in homine generaliter legato duorum testamentis, quod in parte fundi indistincte legata: Nam si duorum testamentis homo legetur mihi generaliter, & ex vnius testamento Stichum consequutus fuero, recte petam ex alterius testamento seruum mihi dare: sed dabitur alius non hic ipse Stichus, quem iam ex vnius testamento acquisiuit, licet mox eum, alteri heredi alienauerim, hic idem rursus soluitur frustra: & hoc non tantum propter regulam de duabus causis lucratiuis, vt non possint concurrere in eandem rem, sed etiam propter aliam regulam quantum ad Stichum attinet, quoniam Sticho meo facto res in eam causam recidit à qua incipere non posset, & hac posteriori ratione, si hominem generaliter stipulatus à duobus separatim ex causa non lucratiua ab vno Stichum accipere, ab altero idem Stichus aliquo modo eius factus frustra soluitur, & alius homo soluendus erit quam Stichus. Atque ita idem iuris erit in stipulationibus quod in legatis, quod Papin. significat his verbis *eadem res*. in legatis proximior hæc est, quoniam duæ causæ lucratiuæ, &c. remotior hæc, quia res in eam causam incidit à qua incipere non potest. In stipulationib. autem si interponatur ex causa lucratiua, hæc proxima ratio est, & vnica, quia res in eam causam recidit, &c. Et ideo par ratio sicut legato hominis: nam continetur seruus qui testamenti tempore erat legatarij, licet postea eius esse desierit, in stipulationib. hominis non continetur seruus quia testamenti tempore erat legatarij, licet postea eius esse desierit: ita stipulatione hominis non continentur seruus qui tuus erat stipulatoris. Et eadem est ratio eius qui tuus erat legatarij vel stipulatoris. verum huic sententiæ obstat *l. qui decem, §. Stich. inf. de solut.* In eo §. tres proponuntur species, & in omnibus idem ius est, nisi quod in tertia specie adhibetur distinctio quædam. Prima species ponitur initio §. secunda illo loco. *sed ei qui hominem. &c.* Tertia incipit ab illis verbis, *fingamus, &c.* Huic loco proprie conuenit tantum secunda, & ideo eam tantum tractabo. Quidam stipulatus est hominem generaliter, ait, *si ei qui hominem, stipulatus est vnum etiam ex his, &c. Tunc*, id est, stipulationis tempore quod nos negamus, & mox eadem lex negat, dum subiicit *vi quidem ipsa ex his dari stipulatus esset, qui eius non erat*. Ex his verbis efficitur eius datione promissionem non liberari, itaque vna clausula subruit alteram, & certum est in eo esse legendum: *nam vnum. sed ei qui hominem dari stipulatus est, non etiam ex his qui tunc stipulatoris erant*. Respondet postea, *vi quidem ipsa*, & hic, ex his dari stipulatus esset, *quia eius non erat. & hic*. id est, nedum is de quo actum est in prima specie qui stipulatus erat Stichum, aut Pamphilum, ex quibus si Pamphilus eius fuerit, neque obligatio, neque solutio in Pamphilo consistit. Et quod in prima specie dicit de alternata obligatione, idem esse de generali, in secunda specie admittit, & ita in tertia specie huius §. quæstionem hic format, *num mortuis, &c.* Obstat etiam his quæ dixi, *l. si quis duos, de solut. inf.* Quidam promisit duos homines generaliter, & soluit vnum, puta Stichum. debet adhuc alium. priusquam alium solueret, dominium Stichi, quem soluerat, ad eum rediit aliquo modo, an hunc eundem Stichum iterum soluere potest pro altero homine quem debet, an dando hunc eundem Stichum qui factus stipulatoris fuit semel, liberabitur? respondet, liberari. nos diximus, quod sicut seruo generaliter promisso seruus qui tuus erat, stipulatori. non soluitur recte ita seruus qui tuus non erat stipulatoris, si postea factus sit stipulatoris non soluitur recte, id est, qui eum soluit, non liberatur. & loquimur de eo seruo quem stipulator postea

A acquisiuit ab extraneo, *l. si quis duos* loquitur de eo seruo quem stipulator acquisiuit à promissore, id est, facto, & solutione promissoris. hic vtique ab eodem ad eundem facilius recurrit & commeat. Non est omittenda ratio differentiæ quam subiicit Papinian. in hoc §. inter hominem generaliter legatum, & partem fundi simpliciter legatam, cum & *generaliter* sit *simpliciter, l. si domus, sup. lib.* 1. Cur regula de duabus causis lucratiuis habet locum in homine, non in parte, quia scilicet eadem res non est, & regula est de eadem re. Eadem res non est si partem pro indiuiso quam indistincte accepi ab vno, mox eandem accipiam ab altero, quoniam etsi eadem sit cogitatione, tamen eadem non est corpore, eadem non est sensibus nostris, quæ finita & circumscripta non est. idcirco eadem pars de-

B nuo dum soluitur mihi, non videtur ea ipsa, quæ mea fuit, mihi solui: idem tamen est Stichus semper qui soluitur, quoniam per se certa est finitio & circumscriptio hominis. Qua ratione etiam homine generaliter legato legatum valet, licet nullus sit homo in bonis, quia quid sit in legato certum est, fundo tamen generaliter legato, legatum non valet, si nullus sit fundus in hereditate, quoniam fundi finitio non est certa, & cespes, vt interpretes aiunt, recte fundus dici potest destinatione nostra, vt dixi *l. 12.* & propterea, vt ait hoc loco, hominis generaliter appellatio singulos homines complectitur. hominis generalis appellationem vocat compendium Porphyrius, genus est veluti totum quoddam & complexio compendiaria. Igitur hominis est generalis appellatio singulos homines complectens, licet sit vnum legatum, sicut chori appellatio singu-

C los cantores continet, vnum tamen est legatum, *l. si choros, lib. 3.* hominis proprietates eædem sunt in singulis, & ideo hominis appellatio generalis singulos homines complectitur, partis appellatio generalis & simplex, singulas partes non complectitur, quoniam nec singulæ partes eædem. Vnde qui partem soluit in vniuersum, omnem partem non soluit, & non perimit petitionem alterius partis: qui Stichum soluit, hominem soluit in vniuerso, & perimit alteram actionem, id est, altera actione hic Stichus, idem vel peti vel solui non potest.

Ad §. vltim.

§. vlt. *A municipibus heredibus scriptis, &c.*

D Finis legis est apertus: municipes hodie instituti heredes possunt. municipia, ciuitates ex Senatusconsultis olim non poterant, quoniam sunt incerta corpora. ab eis autem heredibus institutis potest legari proprietas deducto vsufructu, ita vt vsusfructus resideat apud heredes. dicitur hereditas iacens fungi vice personæ, sicut municipium, *l. mortuo, inf de fideiuss.* sed municipium magis certe propiusque accedit ad personam quam hereditas iacens: nam hereditas iacens non est capax vsusfructus: & ob id seruo hereditario inutiliter legatur vsusfr. quoniam hereditas quæ est domina eius serui, nullam habet personam *l. vsusfr. de stip. ser. l. hered. inf. de acquir. rer. dom.* At relinquitur recte municipibus. hi igitur personam aliquam verius repræsentant, quam hereditas. Verum videtur esse

E inutile relinquere vsumfructum municipibus, quia si dicas, relinqui recte, inutilem reddas proprietatem semper abscedente vsufructu: manebit enim ciuitas semper, quod remouet Iureconsultus: Nam & vsusfructus ciuitati relictus finem capit, atque ita potest recurrere ad proprietatem. finitur non vtendo spatio centum annorum. finitur etiam quasi morte funditus deleto & euerso municipio. Itaque recte à municipio herede instituto proprietatem legabis deducto vsufructu, nec erit legatum omnino inutile, cum municipibus vsusfr. legari possit.

Ad L. Vnum ex familia. LXVII.

Vnum ex familia, propter fideicommissum, &c.

Titius

Titius ab herede suo fideicom. reliquit his verb. rogo te heres, cum morieris, fundum illum restituere vni ex familia cui volueris, eam que produxit vsq; ad mortem heredis, quod magnum pondus habet: Nam interest produxerit ita electionem, an non: nam si sic dixerit vni ex familia cui volueris, nec adiecerit, cum morieris, semel duntaxat eligere heres potest, *l. 17. §. vlt. hic.* sed si adiecerit cum morieris, subinde mutare sententiam heres potest, §. *1. & §. rogo, inf.* nam quicquid in mortem alterius confertur eius arbitrium ambulat cursum deorsum tota vita: atq; ita liberum est heredi spatium tota vita ad eligendum, & nouissima demum electio valet. i. is præfertur in fideicom. quem vltimum, non quem primum elegerit. Idem iuris est si Titius non dixerit, *cum morieris heres*, sed *cum volueris, quandoque volueris*, *l. cum pater, §. rogo, inf. hic.* Eadem B enim vis est horum verborum *cum volueris, & cum morieris*. Eadem quoq; vis est si dixerit: rogo te heres vt vni ex familia cui volueris fundum illum relinquas § *sed si fundum, inf.* cum in eo interdicto Prætor ita dixisset, *quas tabul. L. Titius reliquisse dicetur*, Vlp. ait eis verbis demonstrari interdictum pertinere ad mortui non ad viui tabulas, somniat Bart. hic cum ad eandem adducit *l. verbum relinquendi inf. de verb. sig.* Nam in eo titulo nulla est *l. verb reling.* nulla alia de verbo relinquendi: sed verum est relinquere esse proprie morientium, & veluti necessitate quadam coactorum. Nam & testam. non tam sponte damus, quam fatis cogentibus posteritati reliquimus. Quo sensu eleganter Iliad. 2. de sceptro Agamemnonis, vt per manus ab alio in alium transierit, rem ita enarrat fere. Vulcanus sceptrum fabricauit, & Ioui dedit, Atreus moriens reliquit Thyesti, C Thyestes reliquit Agamemnoni. cur in aliis dicit δῶκε, in Atreo, θνῄσκων ἔλιπεν. quia scilicet alii vltro dederunt, Atreus cum haberet filium impub. Agamemnonem, & fratrem Thyestem, quod filius non esset aptus sceptro tenendo, coactus est fratrem inimicum charissimo filio præferre, addito eo vt Agamemnone maiori facto restitueret: hic igitur & in hoc proposito cum testator dixit, rogo te vt fundum vni ex familia cui volueris relinquas, rogo te vt fundum vni ex familia cui volueris restituas, ponendum est illud esse commune vtroq; casu, vt siue adiecerit cum morieris, siue non, nemine electo omnes vocentur qui sunt ex familia testatoris. Ac primum si ita dixerit, *vni ex familia cui volueris*, nec adiecit *cum morieris*, si statim non heres eligat, quod quidem accipitur cum moderatione alicuius D temporis, omnes ad fideicomm. vocantur, vt dixi in *d. l. 17. §. vlt.* Deinde si adiecerit cum morieris hoc modo, *rogo fundum cum morieris vni ex familia quem elegeris, restituas*, si decesserit, nemine electo, omnes qui sunt ex familia, ad fideicommiss. vocantur, §. *sed si vno, inf.* quoniam duplex videtur esse fideicommiss. purum & conditionale, perinde atq; si ita dixisset *vni quem moriens elegeris vel si non elegeris, omnib.* qua de causa in §. *si de Falc.* ait, vnius, electione cæteros conditione defici, quia conditionale videtur fideicom. Eligit autem heredes libere quem vult ex familia testatoris proximiorem, vel vlteriorem, & vnius electio exludit cæteros, & ita secundum *d. §. si de Falc.* accipi oportet quod proponitur initio legis, vt scilicet vnum eligi sufficiat, cuiuscumque gradus sit ad excludendos cæteros, qui sunt ex eadem familia. non eligente herede ipso E iure omnes qui sunt ex familia ad fideicommiss. inuitantur, non obseruata gradus prærogatiua, non obseruato ordine graduum. Sed si huic quamplurimi ex eodem nomine, & familia, ne in plures partes scissum fideic. reddatur inutile, æquius est rem ita temperari, vt proximiores tantum admittantur, *l. 32. sup. hic, l. peto §. fratre, inf. hic*: sicut si generaliter ab herede petierit ne fundum alienaret extra familiam: Nam & hoc casu heres eligit quem vult etiam vlteriorem, §. *sed si fundum, inf. l. pater filium, inf. ad leg. Falc. l. fil. inst. §. cum pater. sup. lib. 1.* & nemine electo, omnes sequentur gradatim, *d. §. fideic.* & illi sententiæ propositæ initio huius legis subiicitur hæc quæstio, an heres rogatus restituere fundum cum moreretur vni ex familia quem elegerit suo testamento, fundum leget vtiliter: & respondetur, legare inutiliter, quoniam ei quem elegerit heres, cœpit debere fundum ex primo testamento, debitor autem creditori quod debet non iure legat, *l. prox. sup.* Dices forte, hoc casu debitorem non legare creditori: quoniam non statim heres ita obligatur ei quem elegerit, vt non possit se absoluere cum voluerit mutata voluntate & alio electo. dicam vero heredem ex testamento Titii obligari ei, quem elegerit, quamdiu non mutauerit voluntatem, & si forte mutauerit, desinere obligari: neque tamen ex testamento heredis legatario superesse electionem: quoniam mutata electione extinguitur legatum ex vtroque testamento, & maxime legatum posterioris testamenti, quod nihil aliud fuit quam electio, vel electionis repetitio superuacanea. & rursus mutata electione heres obligari incipit ei qui nouissimo loco electus est. ambulat electio ambulante voluntate heredis, vel si heres neminem elegerit, heres heredis obligatur omnibus qui sunt ex familia. Denique vel non facta electione omnes intelliguntur creditores fuisse: vel facta electione is intelligitur creditor fuisse qui nouissimo loco electus est. Priori casu heres heredis omnibus non iure legauit. posteriori heres electo legauit non iure, quia debitor creditori non iure legat. Inde quæritur, an heres rogatus restituere vni ex familia duos vel tres, vel omnes eligere possit, & constat posse, §. *si de Falcid. inf. satis erit*, inquit, *vni reliquisse*: sensus hic est posse omnibus relinqui, vel multis, sufficere vni relinqui, atque ideo sicut in hoc genere fideicommissi conditionem subintelligimus, puta; vt si neminem elegerit, omnes veniant: ita non male subintelligimus vt vni cui volet, vel quibus volet restituat. Atque ita huius legati formula extenditur. in §. *sed, & si fundum*. nec dubitandum, quin, quod heres potest facere in eligendo, vt omnes veniant non eligendo consequi possit: non est dubitandum quin vt partem fundi §. *si duos, inf.* ita totum fundum duobus, vel omnibus ex familia assignare, & adscribere possit, etiamsi figura verborum fideicommissum vni relictum sit ex familia: sed ea verba ita accipiuntur vt restituat vel vni ex familia. Idem est sensus horum verborum, *peto ne fundus de familia mea exeat*: nam vnum, vel quosdam, vel omnes heres eligere potest, & è contrario si dixerit, *quibus, voluerit*, vni relinqui sufficit, *l. 24. sup.* Et ita recte Bart. Nouus quidam interpres dissensit male. in testamentis sunt pleraque quæ subaudiuntur & excusant facile: nam & testamenta breuitatem amant, *l. 1. si cum in testamento §. l. l. si ita qui heres, sup. de heredidatem. inst.* Iuuenal. *satyr. 1.*

Signator falso qui se lautum atque beatum
Exiguis tabulis & gemma fecerat vda.

Igitur si heres omnes qui erant ex familia elegerit, omnes creditores fuisse intelliguntur, & eis fundus testamento heredis inutiliter legabitur, qui debetur ex testamento Titii: vel si heres omnes eos sibi heredes scripserit, & interueniat Falcidia in testamento, heredes in ære alieno deducent fundum illum, *l. pater filium, inf. ad leg. Falcid.* nec quicquam mutat, quod heres vnum, vel quosdam eligere potuit, vnumque præferre alteri: neque enim ideo videtur beneficium dedisse, vel eis quos elegerit, quia necessario vel hunc, vel illum, vel quosdam eligere, vel omnibus relinquere debuit, & quod necessitate fit, non est beneficium, *l. rem legatam, inf. de adimend. legat.* Qua de causa & si heres ei quem elegerit eundem fundum legauerit, & in testamento heredis interueniat Falcidia, ex eo legato non deducetur Falcidia, quia legatum non est, quod necessario relinquitur. necessaria electio proprie liberalitatis beneficium non est. legatum est in genere liberalitatis, necessitas obligationem significat, vt obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, vt in §. *1. de fideic. hered. l. contractus, inf. de obl. & act.* cuius vinculi ius exprimitur his verbis, *quo necessitate &c.* vt in *l. in vendentis, C. de contrah. empt.* Nulla est

obligatio quæ non adstringit necessitate contrahentes, & in *l. pater filium, inf. ad leg. Falcid. in ære alieno habuit fundum: quippe necessitate obstrictus fuit &c.* Et ob id Iurisconsulti qui dictant formulas stipulationis dicuntur nodosi & catenas addere. Horat. *adde Cicutæ nodosi tabulas, centum adde catenas,* igitur cum ait *vnum ex familia, &c. debet*, id est, cogitur, & vt apertius est expressum in §. 8. *de Falcid. omnimodo debet:* nam etsi decesserit priusquam eligat heres eius, fundum reddere compellitur. fundus ille quidem est in legato, sed ex testamento Titii, non ex testamento heredis Titii, licet repetitum sit testamento heredis Titii: nam hoc inane est. Et ideo si in testamento heredis Titii interueniat Falcidia, in Testamento Titii non interueniat, fundus ratione legis Falcidiæ non minuetur. Contra si lex Falcidia interueniat in testamento Titii, etiamsi cesset in herede Titii, quo idem fundus legatus est, frustra tamen fundus minuetur per l. Falcidiam, quia perinde est, atque si nominatim relictus fuisset fundus in testamento eis quos elegit heres: declarat aperte §. *si Falcidia* legatum esse in beneficio, & liberalitate, vnde sequuntur multa: primum non posse rogando obligari eum cui nihil dederis, quoniam de suo quemque, non de alieno largiri oportet, *l. 6. §. vlt. inf. lib. 3.* Deinde turpia legata pro non scriptis esse, quasi conuitio oneratur legatum, & λοιδορίαν ἔχοντα, veluti si dixerit: *illi quo ingluuiem suam satiaret, sua lego, l. turpia, sup. lib. 1.* quia non est beneficium quod contumeliose relinquitur. contrarium hoc est honori. ergo & legato: legatum enim est honor: denique id tantum est legatum quod honorifice relinquitur, & liberaliter: item ex eo sequitur non esse legatum quod necessario relinquitur.

Ad §. Sed si vno.

PErsequitur speciem quam proposuerat. Titius fundum heredem suum cum moreretur vni ex familia qui vellet dare iussit, vel rogauit. heres non obtemperauit voluntati testatoris: nam vnum quidem ex familia Titii sibi heredem scripsit, sed fundum illum extraneo legauit. hoc casu omnes qui sunt ex familia Titii, ex testamento Titii fideicommissum petere possunt, in quibus numerabitur etiam heres scriptus qui est ex eadem familia, & cæteris partem faciet, non quidem ipso iure, quia ex primo testamento descendens obligatio quoad heredis scripti personam attinet, confusa est, & à seipso petere non potest, sed partem faciet cæteris gentilibus suis compensationis iure opposita doli exceptione aduersus petitionem cæterorum, confusio obligationem ciuilem tollit, rerum compensationem, deductionem, retentionem, reputationem tollit, obligationem naturalem non tollit, *l. debitor, inf. ad Trebell.* Ergo neque compensationem, quia etiam naturalis obligatio in compensationem venit, *l. etiam, supra de compensat.* Reputat heres etiam post aditionem, & confusionem legatariis, & fideicommissariis id quod sibi defunctus debuit in ponenda ratione legis Falcidiæ, *l. 6. C. ad leg. Falcid.* Reputabit etiam in hac specie heres heredis cæteris fideicommissariis qui sunt ex eadem familia pro virili portione, quod ex eiusdem fideicommissi causa Titii testamento relicti sibi heres Titii debuisse intelligitur, id est, retinebit sibi virilem portionem fundi, vt restituat legatario, *l. Si rem tuam, inf. eod.* Reliquum restituet cæteris, an etiam tenebitur extraneo legati nomine? Sic sane, si modo heres Titii sciens fundum debitum ex causa fideicommissi cum extraneo legauerit: nam tum heres heredis extraneo tenebitur, vel ad æstimationem: constat enim à sciente, & rem alienam & rem alii debitam, & rem alii pignori obligatam vtiliter legari. Igitur heres heredis extraneo tenebitur etiam ex legati causa, tenebitur extraneo ad æstimationem familiæ, ad rem ipsam admissa pensatione virilis portionis. extraneo tenebitur quasi legatario fami-

A liæ, quasi creditoribus. priores autem sunt, & potiores creditores legatariis, *l. 1. C. de bon. auct. iud. possid.* Et ideo rem primum ferent eiusdem familiæ viri quasi creditores, deinde legatarius æstimationem accipiet. illud sane æquitas exigit valde quod dictum est supra, vt in hac specie heres heredis numeret personam suam in partibus faciendis cæteris gentilibus suis, quia par est scripti & cæterorum causa: omnes enim sunt ex familia Titii, & vocantur cæteri ad fideicommissum, quoniam extitit conditio fideicommissi fundo in extraneum collato. Eadem ratio in persona heredis scripti tantum pensationem inducit, pro virili portione scilicet. quomodo tacitam pensationem? Imo non tacitam, cum facto opus sit, id est, exceptioni doli. inducitur compensatio posita exceptione do-B li, non iure ipso, quoniam quod ad heredis scripti personam attinet, confusione, siue aditione sublata est obligatio, & petitio fideicommissi. superest exceptio, per quam pensationem inducit virilis portionis, cæteris petentibus, & in tractatu de compensationibus hæc rata sunt. Debiti cuius petitio efficax est, compensationem fieri ipso iure, vt Iustin. definit, & fuerat etiam ante Iustinian. receptum in omnibus iudiciis, *l. posteaquam, de compens. sup.* Dico efficax; nam actio quæ perimitur per exceptionem, in compensationem non venit, quia non est efficax, *l. quæcunque, eod.* Debiti autem cuius retentio est, non petitio, vt in hac specie, compensationem fieri ratione exceptionis doli non ipso iure, ait hoc loco, *ratione exceptionis doli*, vt in *l. 12. inf. ad leg. Falcid. l. peto §. fratre, inf. eod.* C ratione, id est, beneficio, sicut in *l. 5. C. de rer. permut. Conditionis*, sic legendum, *ratione, non, conditionis*, & ita legendum in *l. hereditas, sup. de petit. hered. impensat. ratione doli exceptionis retenturum, &c.* Ergo in inducenda pensatione virilis portionis, exceptione doli opus est, facto opus est, dicto opus est. Quid igitur vocat tacitam pensationem? eam scilicet quæ fit tacito iure, non recto iure. Tacitum ius est æquitas, directum ius, ὀρθὸς νόμος, Sophocli in Aiace Mastigophoro, id est, ius scriptum, proprie vocamus iustum, siue δίκαιον. quod rectum dicimus siue scriptum, proprie appellamus legitimum, & νόμιμον. vt legitimum est, perduellionem vltimo supplicio affici, quoniam ita lex scripta est, iustum est, vt quæ struxerat perduellis in principem, & pœnam eandem ipse subeat: hæc enim est communis æquitatis sententia, & ita iustum D à legitimo distingui oportet, rectum à tacito. Fiet etiam in hac specie compensatio δικαία, non νομίμη. & ideo exceptione opus est. Recte autem ponit vnum ex familia heredem institutum & ab herede Titii fundum extraneo legatum: alioquin si vno ex familia herede instituto, heres Titii fundum extraneo non legasset, cæteri excluderentur, *l. filiusfamilias §. cum pater, sup. libro 1.* quoniam penes vnum ex familia fundum remanere satius est. Remanere porro apud heredem scriptum, quoniam est ex familia, & fundus est legatus extraneo: & ideo ita ponenda species, vt vniuersa familia vocaretur ad fideicommissum fundo in exterum collato. Eadem autem æquitas compensationis interuenit in specie §. *si duos.* Finge, heres rogatus vni ex familia fundum resti-E tuere, duos ex familia testatoris heredes sibi scripsit ex disparibus partibus, quod notandum, & fundi illius partem tantum extraneo legauit. pro dodrante satisfecit voluntati Titii testatoris primi, quoniam dodrans fundi est in familia penes duos heredes qui sunt ex familia, nec legatus est extero: Pro quadrante autem fundi non satisfecit voluntati Titii, quoniam quadrantem extraneo legauit; quo fit, vt omnibus qui sunt ex familia, fideicommissi petitio competat pro quadrante, non etiam pro dodrante fundi: nam duobus qui sunt ex familia, dodrans relictus est diuidendus pro hereditariis portionibus, qui etiam dodrans si alteri horum heredum fuisset prælegatus, cęteris fideicommissi persecutio pro dodrante non competeret. vnde si duobus heredibus scriptis qui sunt ex familia Titii, heres Titii illius fundi quadrantem extra-

neo legauerit, cæteri qui sunt in familia quadrantem fundi duntaxat petent: sed etiam in partibus faciendis numerabuntur duo illi heredes scripti, cum sint ex eadem familia, atque ita res procedit omnino: singuli heredes scripti ex fundi quadrãte retinebunt sibi viriles portiones; reliquum autem cæteri qui non sunt heredes scripti ab heredibus scriptis recipient, idque diuident pro virilibus portionibus, quoniam prior testator omnes ad viriles vocasse videtur, *l. cum pater* §. *hereditatem*, *&* §. *Lucius*, *hic*. Necesse est autem vt legamus verba posteriora. *Pro altera vero parte*, id est, pro quarta parte fundi extero legata. *virilem qui sunt de familia petent*, id est qui sunt de familia, non tamen sunt heredes heredis fideicommisso onerati. Sequitur, *Admissa propter heredes*, vt Flor. id est, cæteri qui non sunt heredes scripti petent fundi quartam partem, verum opposita exceptione doli illi duo heredes scripti qui sunt ex eadem familia cæteris partem facient in ea parte quarta quam petent. At quoniam Azo & Hugolinus insistunt in verbis quæ sunt initio, *Pro his quidem portionibus*, mihi necesse est in eis paulum commorari. Ea verba illi sic accipi posse interpretantur, ac si palam diceret Papinianus, in specie proposita illos duos heredes dodrantem in eo fundo retinere iure hereditario, quod est falsum: nam in hereditate heredis primo testamento instituti fundus ille non est; & ideo iure legati primo testamento relicti, illi duo heredes dodrantem retinent non iure hereditario, & consequenter si interuenerit Falcidia in posteriori testamento, eum dodrantem non imputabit in Falcidiam, quoniam non capitur iure hereditario, idque exprimitur in *l. 4. inf. ad leg. Falcid.* nam vt titulo legati debitor creditori frustra legat, ita titulo hereditatis à debitore creditori frustra legatur. Quid igitur dicemus? illos duos heredes dodrantem retinere iure legati primo testamento relicti, dodrantem retinere ex primo testamento, non ex secundo beneficio prioris testatoris, necessitate posterioris, & alium esse sensum illorum verborum, *Pro his quidem portionibus*, *&c.* nimirum duos illos heredes quasi electos ab herede Titii per institutionis scripturam secundum modum institutionis dodrantem illius fundi inter se diuidere pro hereditariis portionibus, non pro virilibus. Quadrantem autem extraneo legatum omnes qui sunt ex familia heredes, & non heredes inter se diuidere pro virilibus portionibus. ambigua erat oratio hæc, *pro his quidem portionibus*, sed omnis ambiguitas soluenda est discrimine veri, & falsi, eaque est dirimendarum ambiguitatum certa regula. vt si quis dicat: constat filium in potestate habere patrem. vtrum dicat explicare facillimum est: nam vel hoc dicit, patrem esse in potestate filii, vel filium esse in potestate patris. sed hoc verum est, illud falsum. illud non est omittendum tam in hoc §. quam in præcedentis §. specie, ponendum esse fundum de quo quæritur, vel fundi partem extraneo legatam, ab herede heredis legatario traditam non fuisse: alioquin facta traditione, non tantum in heredem heredis, sed etiam in legatarium fideicommissi persecutio est, & in rem missio, *l. qui solidum* §. *vlt. inf. hic. l. pater* §. 1. *lib. 3. l. si quando* §. *heres*, *lib.* 1. & est in vtrumque, etiam in legatarium fideicommissi persecutio, cæteris tantum, non etiam heredi cui tradidit, licet ex eadem familia sit, quoniam fideicommissi persecutionem absorpsit confusio, siue aditio. nullam etiam habet condictionem certi, vel incerti ratione retentionis, *arg. l. peto*, §. *fratre*, *inf.* quia retentionem habuit aduersus cæteros tantum qui erant ex eadem familia pro virili portione, non aduersus legatarium extraneum, ne sit obstrictus vel ad æstimationem.

Ad §. Sed et si, & ad §. Rogo.

Quæ hactenus dicta sunt de fideicommisso fundi relicto vni ex familia eadem, vt monuimus sæpius, locum habent in fideicommisso hereditatis ita relicto; *peto ne fundus de familia exeat.* aut: *veto fundum exire de familia.* Et nunc in §. *Sed et si* inter ea duo genera fideicommissorum hoc tantum discriminis esse ostenditur, quod fundo relicto, & tradito vni ex familia, ab eo possit in extraneum transferri, nec perpetuo in familia remanere debeat. fundo autem relicto familiæ, vel herede rogato, ne fundus de familia exeat, ab eo qui primum ceperit fundum ab herede, in extraneum transferri non posse, sed reseruari aliis, qui sunt ex eadem familia. qua de causa is cui primo loco fundus præstatur, cauet heredi se cum morietur eum fundum cum effectu, id est, re ipsa in familia relicturum, vel heredi redditurum: nam cæteris aduersus heredem competit fideicommissi petitio, fundo quandocunque in extraneum collato, *l. peto* §. *fratre*, *inf. h. t.* Et ideo heredi cauetur de indemnitate. heredi cauet is qui primus eligitur, fundum in familia relictum iri, vel post mortem eius heredi redditurum. Sequitur alia differentia. si heres rogatus sit vni ex familia fundum restituere, & suo testamento eundem fundum vni ex familia legauerit, inutile est legatum, quia debitor creditori legat; & consequenter inutile est fideicommissum, si quod ab eo reliquerit, puta, vt eum fundum extero restituat, *l. 7.* §. *vlt. lib. 3.* vno tantum casu, vt proponitur in hoc §. hoc fideicommisso iure onerari potest, puta si præter fundum eidem tantum legauerit & rogatus sit: fundum extero restituere: hoc enim legato agnito, & fundum extero restituere compellitur, & valet fideicommissum, neque ob eam causam vllo modo heres heredis oneratur: nam onerabitur tantum vt præstet fundum, & cætera quæ legata sunt, deinde hic legatarius onerabitur fideicommisso quo fundus extero relictus est. heres heredis vna tantum præstatione legati oneratur. verum non ita res procedit, si petierit ab herede ne fundus de familia exiret, & heres vnum ex familia elegerit, eique fundum adscripserit, & præter fundum alia quædam quæ fundi pretium efficiunt, atque ita eum rogauerit fundum extero restituere: hoc enim casu heres heredis ab eo non exiget solitam cautionem, fundum in familia relictum iri, ne faciat contra voluntatem testatoris, qui noluit fundum in extraneum transire, & tamen eo qui electus est mortuo, aduersus heredem heredis sequentibus qui sunt ex eadem familia fideicommissi petitio competet. hoc fiet aduersus heredem heredis, cæteris fit fideicommissi petitio, mortuo eo qui primo loco electus est, & tamen non fit cautionis exactio: atque ita oneratur heres heredis duplici præstatione. illa cautio exigitur ab eo qui fundum extero restituere rogatus non est, non ab eo qui rogatus est: esset enim absurdum si heres qui omne obsequium debet defuncto, exigeret cautionem à legatario de fundo non restituendo extero ex fideicommissi causa testamento præscripti. Proinde hoc casu propter sequens fideicommissum heres heredis onerabitur. priore casu heres heredis propter sequens fideicommissum non onerabitur, & hæc est differentia: & ita posteriorem partem huius §. recte Azo interpretatur, vt Accursius refert illo loco, *&* *ideo si electo.* cæterum quod ad priorem partem attinet, dubitat Accursius, an si heres rogatus vni ex familia fundum restituere vnum ex familia sibi heredem scripserit, & ab eo fundum legauerit, eiusque fidei commiserit fundum extraneo restituere, heres heredis familiæ teneatur, vt est dictum in §. *sed si vno.* Si tamen heres rogatus vni ex familia fundum restituere, vni ex familia eum fundum legauerit, & alia quædam, atque ita iure eum rogauerit fundum extero restituere, heres heredis non tenetur familiæ. Cur tam varie? vtroque casu tenetur extraneo, à primo casu heres heredis extraneo tenetur in solidum vel ad æstimationem, si sciens heres prioris testatoris fundum extero legauerit. si ignorans, heres heredis tenetur extraneo pro portione sua virili quam reputat & subducit cæteris qui sunt ex eadem familia, & ita Bart. recte in §. *si rem*, *inf.* & ita Accurs. etiam recte in *d.* §. *sed &* *si*, sed est ibi glossa corrupta in illo loco, *doli exceptionis*,

vbi ita ſcripſit Accurſius : heres legatus pro ſua parte infringere legatum non poteſt, recte, etiamſi ignorans legauerit : nam ſi ſciens legauerit, in ſolidum tenetur in virilem ſuam partem, & in æſtimationem reliqui. Eſt etiam hic §. dum ſuperiorem quæſtionem proponit Accurſius deprauatus *in expedito fore*, legendum, & *habere*, nec tamen extraneus fundum ſibi relictum petere poteſt & habere. recte fundum habere : nam æſtimationem poteſt. Deinde ſequitur recte, *imo & cæteri de familia petent*. Verum vt dubitationem Accurſ. tollamus, cur priore caſu ſup. expoſito heres heredis familiæ tenetur, poſteriori caſu, non tenetur, ratio facilis. Sic ſtatuamus : herede inſtituto vno de familia, & fundo extraneo legato, cæteri qui ſunt de familia conditione fideicommiſſi non deficiunt. imo extitiſſe videtur conditio fideicommiſſi, quoniam nemini B ex familia fundus relictus eſt : nec enim relictus videtur heredi inſtituto, quia relictus fuit in legatis, non in hereditate : legata delibant hereditatem, legata ſeparata ſunt ab hereditate. fundo autem legato vni ex familia, etiamſi rogatus ſit eum fundum extero reſtituere, cum pleraque alia cepiſſet ex eodem teſtamento, cæteri qui ſunt eiuſdem familiæ conditione deficiunt, quia verum eſt fundum eſſe relictum vni ex familia titulo legati. Accurſ. in contextu legit male *propterea*, pro, *præterea*, quo etiam loco Flor. mutili ſunt vno verſiculo. Deinde in §. *rogo*, id quod dictum eſt de fideicommiſſo relicto vni ex familia cum morietur heres, oſtenditur, locum etiam habere in fideicommiſſo relicto vni ex libertis, vni ex familia libertorum, non vni ex familia generaliter : Nam hoc etiam caſu electio heredis erit ambulatoria vſque ad ſupremum vitæ exitum, quia hæc verba *cum morieris*, ad mortem perducunt. Ex ſententia autem defuncti nemine electo omnes venient, vt dixi *l. 17. §. vlt.* atque ita vt ait in hoc §. quod vni ex libertis datum eſt, ex figura verborum ſcilicet ita interpretandum, & delendus Accurſius, omnes liberti petent ex ſententia teſtatoris, non ex verbis, & petent ab herede heredis, quoniam in fideicommiſſis hæc verba, *cum morietur*, tempus etiam quod erit poſt mortem heredis complectitur, & nihil intereſt in fideicommiſſis dixerit quis, *cum morietur*, an poſt mortem heredis : cum tamen in legatis & in inſtitutionibus multum interſit, & hanc interpretationem adhiberi in fideicommiſſis oſtendit lex *151. §. ſi filio, lib. 3.* qui §. etiam probat relinquendi ſignificationem à nobis ſupra expoſitam, quod notandum : nam vulgo neſciunt de relinquendi verbo niſi *leg. 1. inf. de tab. exhib.* Sed eſt æque euidens locus in hac *l. §. ſed etſi, & d. l. 11. §. ſi filio.* Denique in ſpecie propoſita vnius tantum libertus veniet ad fideicommiſſum, ſi neminem elegerit heres, ſi is ſolus ſemper fuerit moriente herede, nec eligente. Itaque ſi moriente herede nemine electo plures liberti ſuperſint, viriles portiones inter ſe facient, §. *ſi duobus, ſup. l. cum pater §. hereditatem, hic.* ſi vnus tantum ſuperfuerit, is totum fundum capiet, & ita proponitur in hoc §. *rogo.* Verum obſtat valde *l. pater §. filiam, inf. lib. 3.* quæ oſtendit ad vnum libertum qui ſupereſt virilem tantum portionem pertinere, non totum fundum. Species eſt : filiam heredem ſcripſit, & ita cauit, *veto ædificium de nomine meo exire.* de nomine teſtatoris ſunt etiam liberti noſtri : & ideo adiecit, *ſed ad vernas quos hoc teſtamento nominaui pertinere volo. nominaui*, id eſt, manumiſi, & *pertinere* volo poſt mortem filiæ : mortua eſt filia, mortui etiam ſunt legatarii vernæ, id eſt, fideicommiſſarii, qui priores mortui ſunt. non dicit, neque puto ex eo ſumendam eſſe diſpoſitionem, quia ſi quis viuere diceret defuncto primum legatario, vernas, deinde filiæ vnum tantum ſuperfuiſſe vernam libertum, quæritur, an ad vnum illum libertum qui remanſit totum fideicommiſſum pertineat ? Reſpondet Sceuola, virilem tantum partem pertinere. ſic reſpondeo in ſpecie huius §. legauit vni ex libertis, & ideo ſi vnus ſcilicet ſuperfuerit, moriente herede totum capit : in ſpecie §. *filiam*, legauit libertis omnibus, aut vernis, & adiecit, *quos hoc teſtamento nominaui.* nominaui,

A in danda libertate ſcilicet, quæ danda erat nominatim, §. *libertus, Inſt. de legat.* ex *l.* ſcilicet *Caninia*, Paulus 4. *Sent. tit. vlt.* Ergo teſtator retulit ad nomina vernarum in teſtamento expreſſa, atque ita nominaſſe omnes videtur, & ob id ſicut per damnationem ei legaſſet ; nam fideicommiſſum comparatur huic legato. ſemper ſinguli ab initio viriles partes habent, & inter eos non verſatur ius adſcreſcendi. vnde ſi moriente filia vnus tantum ſuperfuerit, non poterit capere niſi virilem partem. hoc probatur magis quam ſententia Accurſ. in *l. virilis, de verb. ſignif.*

Ad §. Si rem.

§. 8. Si rem tuam, quam exiſtimabam meam, te herede inſtituto, Titio legem, non eſt Neratij Priſci ſententiæ, nec conſtitutioni locus : qua cauetur, non cogendum præſtare legatum heredem. nam ſuccurſum eſt heredibus, ne cogerentur redimere, quod teſtator ſuum exiſtimans reliquit. Sunt enim magis in legandis ſuis rebus, quam in alienis comparandis, & onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac ſpecie non euenit, cum dominium rei ſit apud heredem.

OStenditur, differentiam eſſe inter legatum rei alienæ, & legatum rei heredis propriæ. loquimur de aliena re. Si quis ſciens rem alienam legauerit, legatum valet, & præſtanda eſt res aliena redempta, vel eius æſti-

C matio. Si exiſtimans ſuam eſſe, ignorans alienam eſſe eam legauerit, non valet legatum, legatario nihil debet heres, quoniam ſi ſciuiſſet eſſe alienam, forſan eam non legaſſet, quia difficilius quiſque rem alienam legat, & hoc eſſe ex Conſtitut. D. Pii, ait §. *non ſolum, de legat.* cui conſtitutioni huic loco præfert ſententiam Neratii Priſci, quod ſcilicet ſecundum Neratii ſententiam ita D. Pius conſtituerat, vt in *l. 7. inf. de cond. & demonſt.* narratur ſententiam Neratii fuiſſe comprobatam conſtitutione D. Pii de cautione Muciana, & in *l. Fulcinius §. item videamus, inf. quibus ex cauſ. in poſſ.* ſententiam Neratii de vendendis bonis eius qui latitat aduerſus actionem in rem, quod eſt notandum : nam venduntur bona eius qui latitat aduerſus actionem in perſonam, & refertur

D fuiſſe hoc comprobatum ab Hadriano. Floruit autem Traiani temporibus, *l. vlt. inf. ſi quis a par. man.* hic vero & in *l. 2. ſup. de vulg. ſubſt.* refertur, ſententiam Iuliani fuiſſe comprobatam conſtit. Antonini, & in §. *pen.* hic *quam ſententiam optimus quoque Imp.* ſententiam intelligit receptam inter auctores iuris. Aliæ ſunt ſententiæ, aliæ opiniones, & ideo alii ſunt ſententiarum libri, alii opinionum : ſicut & iudicum aliæ ſententiæ, aliæ opiniones, quas mittunt ad principem *l. 6. infr. de interd. & releg.* & Philoſophorum aliud eſt ἐπιστήμη, aliud δόξα, Alcinous in lib. περὶ Πλάτωνος δογμάτων. Conſtituit multa alia & D. Pius, vt de legato pœnę apud Capitol. &, legem Falcid. pertinere ad fideicommiſſa ab inteſtato relicta *l. fil. infra, ad leg. Falcid.* & hoc quod dixi de legato rei alienæ. ſed huic conſtitutioni non eſt locus in legato rei heredis

E propriæ. Nam ſi rem alienam exiſtimans ſuam eſſe, legauerit, legatum non debetur, ſi rem heredis exiſtimans ſuam eſſe legauerit, legatum debetur : facilius legamus noſtra quam aliena, facilius item rem heredis noſtri quam rem alienam : quia & facilior eſt heredi præſtatio rei ſuæ, quam alienæ, cum rem ſuam in promptu habeat, & alienam mercari neceſſe habeat. Et ob id maxime heres omnimodo tenetur ſine vlla diſtinctione rem propriam præſtare legatario, ſiue errauerit teſtator, ſiue non : rem alienam præſtare non cogitur ſi teſtator errauerit : & ita quoque olim facilius legabantur res heredis propriæ quam alienæ ; ſinendi modo legabatur res heredis propria, non etiam aliena : per vindicationem neutra res legabatur. Nam per vindicationem legabatur ea res quæ vtroque

tempore erat testatoris, *l. Stichus seruus, inf. de man. testam.* Per damnationem aut per fideicommissum omnis res legabatur, res propria testatoris vtroque tempore, res propria testatoris altero tempore, *l. vlt. inf. de opt. leg.* res heredis res aliena non est, §. pen. exposui l. 37. sup.

Ad §. vltim. & l. LXVIII.

§. 10. *Item Marcus Imperator rescripsit: verba quib. testator ita cauerat, non dubitare se, quodcunque vxor eius cepisset, liberis suis reddituram, pro fideicomm. accipienda: quod rescriptum summam habet vtilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum, decipiat patrem, qui melius de matre praesumpserat: & ideo princeps prouidentissimus, & iuris religiosissimus, cum fideicommissi verba cessare animaduerteret, cum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.*

L. 68. *Sequens quaestio est, an etiam, quae viuus per donationem in vxorem contulit, in fideicommissi petitionem veniant. respondit, ea extra causam bonorum defuncti computari debere: & propterea fideicommisso non contineri, quia ea habitura esset, etiam alio herede existente. Plane nominatim maritus vxoris fidei committere potest, vt & ea restituat.*

DVae sunt quaestiones: Prima est, an haec verba, *non dubito*, fideicommissum faciant *commendo* & *relinquo*, per se sola fideicommissum non faciunt. Paul. 4. *Sent. tit. 1.* nisi scilicet alio adminiculo fulciantur, veluti verbo legati, vt in *l. Lucius §. filium, inf. ad Trebell.* vbi dixit *relinquo*, & est fideicommissum, *quo legato scio eum esse contentum:* declarauit igitur palam se velle legare & fideicommittere, nisi aliud doceat probatio contrariae voluntatis, vel certa coniectura, vt dixi, *l. 34 §. vlt sup.* & sic haec verba, *non dubito*, nullam fideicommissi actionem pariunt, nisi appareat aliam fuisse voluntatem defuncti, vt in specie hic proposita, quae est talis: vir vxorem heredem instituit ex asse, quod potuit iure existentibus communibus liberis, vt ponitur hic. forte liberi cum impuberes essent, eos pater exheredauit, alioquin nullum esset testamentum, & exheredauit bona mente. vt interim mater bona tueretur & administraret. Haec exheredatio consilio consistit, quamuis actione deficiatur: deinde subiecit testator, *non dubito vxorte quaecunque ex bonis meis ceperis, liberis communibus redderituram, cum pubuerint.* haec verba non sunt precaria. ergo non sunt fideicommissi verba. Imperator tamen Marcus haec verba accepit pro fideicommisso, & vxorem fuisse institutam, vt posuimus, constat ex *l. seq.* Marcus, inquit, prudentissimus & iuris religiosissimus. prudentissimusque Philosophus fuit iuris religiosissimus, id est, obseruantissimus, & studiosissimus aequi, vt in constitutione Iustinian. praeposita Institutionibus, quia & hic Imperator IC. fuit edoctus à Volusio: & haec constitutio Marci summam vtilitatem habet, id est rationem, & aequitatem summam, *l. 4. §. vlt. inf. de verbor. obl.* quod dicitur fieri vtilitatis causa in *l. 2. inf. de praet stip.* dicitur fieri summa ratione. summa ratio est vtilitas, vtilitas metropolis boni & aequi, vtilitatis autem ratio in hac specie haec est elegantissima, ne honor bene transacti matrimonii, id est, sine querela vsque ad supremum vitae exitum, & ne fides communium liberorum decipiat patrem, qui meliorem opinionem de vxore animo praesumpserat. inhumanum est ab vxore decipi maritum, maxime collata sententia sua in liberos communes, quibus scripsit se non dubitare vxorem omnia bona sua redditura m. Ei est similis vtilitas in *l. Pamphilo, inf. lib. 3.* vbi citatur eadem constitutio Marci patris. Pamphilo liberto quidam legauit, deinde sic scripsit: *scio quaecunque tibi Pamphile relinquo, ea etiam ad filios meos peruentura, cum affectionem tuam circa illos bene prospectam habeam.* haec verba vim fideicommissi habent, quia inhumanum est à liberto patronum decipi, qui melius de eo praesumpserat: & sic etiam inhumanum est, ab vxore maritum decipi, & iusta interpretatio fideicommissi: huic sententiae

A Accurs. opponit multa & potissimum *l. generali, inf. de vsusfr. leg.* Patronus liberto suo reliquit vsumfructum fundi, & adiecit, *eius fundi etiam proprietatem puto te consecuturum, si non contenderis cum herede meo: sed potius concordaneris, sed & tu heres omnia fac vt amici sitis: hoc enim nobis expedit.* Quaeritur an liberto etiam videatur legata proprietas fundi. respondet legatam non videri: & ratio est euidens, quia ibi dixit, *puto.* hic non dixit *puto.* dixit, *non dubito*, id est, scio & certus sum, vt in *l. Pamphilo.* sententia defuncti fideicommissum facit, non opinio. *Puto*, est opinantis: dicimus enim *puto* non quasi certi, sed quasi existimantes, *scio*, vel *non dubito*, certam sententiam exprimunt, *l. & eo modo, sup. lib. 1.* Et ob id Apollonius ille dum omnia veluti ex oraculis enunciabat, vti semper solebat his verbis, *scio*, *scire oportet, censeo*, vt Philostratus scribit lib. 1. cap. 13. Opponit etiam Accurs. *l. testatorem*, alias, *Iulianus §. 1. lib. 3.* Filium heredem scripsit testator in agris suis is testator solebat vti opera libertorum suorum & filio herede instituto his libertis per quos agros suos colebat, ita cauit: *liberti curate agros meos attente, ita fiet vt filius meus filios vestros vobis condonet*, id est, vt filios vestros liberet: an ex his verbis fideicommissum peti potest, minime: ratio haec est, quia consilium potius est, id est, patronus consuluisse videtur libertis, vt diligentia sua pararent filiis suis libertatem: consilia & commendationes defunctorum non obligant, *l. cum pater §. mando hic l. generaliter § si petitum inf. de fideic. libertat.* vt sententia separatur ab opinionib. ita consilia & commendationes à praeceptis: & omnino in testamentis haec sunt distinguenda semper, institutiones, legata, fideicommissa, tutelae, libertates, assignationes libertorum, iniunctiones, praecepta, consilia, commendationes, confirmationes eorum quae egerunt inter viuos. opponitur etiam superiori sententiae *l. pater § pen. inf. lib 3.* pater filios heredes scripsit, voluit ne praedia hereditaria alienarent, & vt ea conseruarent successioni, vtque de eo sibi inuicem cauerent mutuis cautionibus interpositis. Quaeritur, an ea praedia videantur inuicem relicta per fideicommissum? respondet, de fideicommisso nihil proponi. cur ita? quia vt ait Bart. cum dixit vt conseruarent praedia, successionem incertae personae constituisse videtur, vel potius vt ipse sentio, quia dixit, vt de eo sibi inuicem cauerent. itaque noluit ex fideicommisso eos inuicem obligare, sed ex cautione conuentionali, ex stipulatione mutua, quae inspectio est in *l. Balista, inf. ad Trebell.* quam alias exposuimus. Secunda quaestio quae pertinet ad speciem propositam haec est quae proponitur in *l. 68.* Mater in specie proposita ex fideicommissi liberis restituere debet quaecunque ex hereditate mariti percepit. Quaeritur, an etiam ea restituere debeat res sibi donatas à marito constante matrimonio? sic fine, si sunt hereditatis, vnde inspectio eius rei in eo consistit, vt sciamus an res illae quae sunt in hereditate vxoris, quas maritus contulit constante matrimonio, veniant in fideicommissum illud hereditatis: loquimur de bonis non iure donatis vxori, vt recte Accurs. vt plerumque donatio non valet inter virum & vxorem. Res igitur illae manente matrimonio non iure donatae erant vxori: donatio iure non valebat, sed ex Senatusconsulto siue ex oratione Antonini donatio conualescit & confirmatur morte, si maritus in ea voluntate perseuerans decesserit, si donationem non reuocauerit, *l. cum hic status, de donat. int. vir. & vxor. l. 1. §. 1. inf. de dote praeleg.* Ea ergo donatio collata in vxorem fuit confirmata morte mariti, quia non mutauit factum, maritus non reuocauit donationem: haec donatio quae morte confirmatur, comparatur fideicommissis: nam ex ea deducitur Falcidia, alio herede instituto, & oneatro legatis, quasi scilicet videatur tacite testamento relinqui, *d. l. cum hic status, de donat. inter vir. & vx. & l. 12. C. ad l. Falcid.* & etiamsi vxor nihil praeterea ceperit ex bonis mariti, alio herede instituto, & fideicommissum ab ea relinqui potest, vt eas res restituat. in hac *l. in fin.* notanda sunt verba, *plane nominatim maritus vxoris fidei committere potest*, vt ea restituat, quae donauit scilicet, hoc

est verissimum duplici ratione: nam ab his omnibus qui mortis causa aliquid capiunt generaliter fideicommissum relinqui potest, id est, quibus capiendi occasio obuenit propter mortem alterius, *l. 1. §. sciendum, inf. lib. 3.* Res donatas capiendi occasio obuenit vxori morte mariti, quia donatio conualescit morte: ergo ab ea fideicommissum relinqui potest. Et alia ratio, quia qui viui reuocare, & adimere possunt, & per fideicommissum adimere possunt, *l. quidam, test. §. vlt. sup. lib. 1.* Donationem maritus potuit reuocare pœnitentia, poterit ergo & per fideicommissum adimere. Denique vxor nominatim fideicommisso onerari potest, vt eas res restituat, etiamsi nihil præterea ceperit morte mariti, non tamen in omnibus mortis causa capionibus Falcidia locum habet. mortis causa capio accipitur generaliter, & specialiter. generaliter complectitur institutiones, legata, fideicommissa, & mortis causa donationes, sed proprie cum dicis mortis causa capionem, non id dicis, quod habet nomen proprium, sed id quod vacat nomine proprio, & quod datur, & capitur conditionis implendæ causa, veluti quod heredi, vel extraneo dat statuliber, vel legatarius conditionis implendæ causa, cum ita legatum est, *si heredi decem dederit, lego fundum illum*, heres quo iure capit? non fideicommissi, non legati, non institutionis, sed mortis causa capionis: sic etiam pecunia quæ datur, vt non adeat, vel vt adeat. Dos recepticia est mortis causa capio quam extraneus in casum mortis vxoris à marito stipulatur, in mortis causa capionibus quæ habet nomen proprium, locum habet Falcidia, in legatis ex lege Falcidia, in fideicommissis à testatore relictis, ex senatusconsulto Pegasiano: in fideicommissis ab intestato, ex constitutione Pii, in donationibus mortis causa, ex Seuer. In aliis mortis causa capionibus, quæ nomine proprio vacant, cessat Falcidia, *l. 1. §. si ita legatum, & l. Acceptis, inf. ad leg. Falcid.* Ergo donationem inter virum & vxorem morte confirmatam, cum ex ea deducatur Falcidia, dicere debemus fungi partibus fideicommissi potius, quam mortis causa capionis, quæ sic dicitur proprie: nam in mortis causa capione cessat Falcidia: in donatione coniugali cessat Falcidia, vt ait *d. l. 12. C. ad leg. Falcid.* Nec obstat quod dicitur, eam donationem morte confirmatam retro agi, in *l. omnes C. de donat. int. vir. & vx.* quod etiam ante Iustinianum obtinuit: nam retro agitur, quod ad emolumentum attinet, non quod ad cætera attinet. sic etiam mortis causa donatio collata in coniugem quæ nunquam fuit prohibita, retro agitur quod ad emolumenta attinet, *l. sed interim §. 1. inf. de donat. inter vir. & vx. l. si mortis, inf. de don. ca. mortis*, non quoad cætera: nam Falcidia in ea locum habet, quasi vires accipiat ex morte. & illo argumento motus quidam falso scripsit donationem coniugalem retrotrahi: nam hæc non sunt pugnantia, & retrotrahitur quoad emolumenta, & in cæteris non retrotrahitur. Recte ait, ab vxore nominatim posse fideicommissum relinqui vt res sibi donatas restituat nominatim, id est, specialiter: alioquin res vxori donatæ, fideicommisso hereditatis non continentur, si sit heres instituta à marito, & rogata restituere hereditatem: in fideicommissum hereditatis non cadent res illæ donatæ vxori. in §. *vlt. sup.* fuit fideicommissaria hereditas. i. vxor heres instituta ex asse rogata est hereditatem restituere liberis communibus. extra causam autem bonorum, id est, extra hereditatem, vt ait *l. 68.* sunt res illæ donatæ vxori constante matrimonio. ergo eas res non cogitur restituere filiis communibus. Cur non sunt hereditatis? cur censentur esse extra hereditatem? quia scilicet, etiam alio herede instituto eas res omnimodo vxor erat habitura beneficio Senatusc. quo donatio confirmatur morte. non ergo habet eas iure hereditatis, cum etiamsi non sit heres habeat, vel habitura sit, & ob id non veniunt in fideicommissum hereditatis. Denique eas capit non iure hereditario, sed beneficio Senatusconsulti, confirmationis beneficio. Atque ita etiam si maritus alio herede instituto eas res legasset vxori legati verbis, mulier eas non haberet, iure legati, post Senatusconsultum, *l. 1. ex verbis, C. de donat. int. vi. & vx.* legatum earum rerum confirmatio est potius donationis, quam legatum. Iure antiquo eas haberet iure legati, & ita secundum ius antiquum est accipienda *l. si quando, sup. lib. 1.* Nam est Africani, cuius ætate nondum prodierat Senatusconsultum illud, quod fuit factum auctore Antonino Caracalla. Ex his sequitur, donationem illam coniugalem non in omnibus fungi partibus fideicommissi: Nam in legatis, & fideicommissis, aliud est: legatum enim, & fideicommissum heredi relictum venit in fideicommissum hereditatis: nam si heres institutus si ex asse, inutile est legatum, & res legato comprehensa iure hereditario capitur, & ideo venit in fideicommissum hereditatis. Si sit heres institutus ex parte, & ei res sit quædam legata, aut relicta

B per fideicommissum, rei partem à coherede capit iure legati, & hæc non continetur fideicommisso hereditatis: partem autem aliam ex sua persona capit iure hereditario, & hæc continetur fideicommisso hereditatis, *l. in fideicommissariam §. vlt. inf. ad Trebell. l. cum virum, C. de fideic.* Res autem illæ quæ donatæ sunt vxori, siue vxor sit heres instituta ex asse, vel ex parte, in fideicommissariam hereditatis restitutionem non veniunt, quia & citra hereditatem mulier eas habuisset. Dixit legata, vel fideicommissa, vel prælegata heredi relicta, quatenus iure hereditario capiuntur, in fideicommissum hereditatis venire, videlicet cum rogatus est restituere hereditatem, vel portionem hereditariam. sed si heres ex parte rogatus sit restituere suam portionem, nec adiectum sit hereditariam, vt in hac specie: Si pater filios heredes scripserit, & omnia bona inter eos diuiserit præceptionibus vice mutua relictis,

C & vnum rogauerit portionem restituere simpliciter, hic restituet non tantum quod in re legata habet iure hereditario, sed totam rem prælegatam, quia præceptiones illæ obtinent vicem portionum, & eas pater fecit filiis quasi portiones, *l. 3. §. quidam, inf. ad Trebell.* sed cum rogatus est heres restituere hereditatem, vt est species proposita, vel portionem hereditariam, id tantum quod in legatis, vel prælegatis habet, iure hereditario venit in fideic. hereditatis. Obstat *l. filium, C. fam. herc. l. Titia, inf. ad l. Falcid.* quæ leges docent, prælegatum relictum coheredi rogato restituere portionem hereditatis, pro qua parte capitur iure hereditario non venire in fideic. sed imputari in Falcid. hoc non obstat, sed vtrumq; est verum, venire in fideic. hereditatis, cessante Falcidia, & si coactus adierit, vel si militis testamentum fuerit, imputare autem interueniente

D Falcidia & in specie *l. 3. §. cum Pollidius de vsur.* non est dicendum cum Accurs. cessare Falcidiam, & ideo in ea specie §. *cum Pollibius heres* institutus ex asse, & rogatus restituere fundum quem retinere iussus est, quemque prælegatum dicit, ac si retentio sit prælegatio, quod notandum, reputabit in Falcidiam, & in specie *d. l. Titia, inf. ad leg. Falcid.* si heres institutus sit ex tertia parte, & ei sit prælegatus fundus, & rogatus sit absolute restituere tertiam partem hereditatis sibi adscriptam, & inducatur Falcid. contra voluntatem testatoris qui absolute eum velit restituere totam partem: sed voluntas non est impedimento legi Falcid. igitur si ita inducatur Falcidia, etiam refragante testatore, heres imputabit in Falcid. tertiam partem fundi præ-

E legati, quam capit iure hereditario. verum ex iudicio testatoris inducetur Falc. vt si ipsemet testator rogauerit heredem restituere tertiam partem hereditatis, retenta quarta, quia in ratione legis Falc. non quantum quis habeat ex hereditate, sed quantum ex iudicio defuncti, hereditario tamen iure habeat, est maxime videndum, vt id solum imputetur in Falc. *l. quod autem. inf. ad leg. Falc. mulier §. si heres, inf. ad Treb.* & verius esse comperi nihil distare hac in re Falc. à Trebellianica. Et cum hic heres iussus sit retinere quartam tertię portionis hereditariæ, ideo ex fundo prælegato retinebit vnciam tantum, quæ est quarta pars tertiæ partis fundi iure hereditario perceptę, & duodecima totius fundi. eandem vnciam quam retinet ex iudicio defuncti, qui vt retineret quartam cauit, eam solum imputabit

in Falcidiam, quia id solum retinere iussus est. eo non dicto imputabit in Falcidam fundi quatuor vncias. Ad summam, hæc sic habent: legata heredi relicta rogato restituere hereditati quatenus capiuntur, iure hereditario, vel restitui fideicommissario vniuersali, vel si retineantur, imputantur in Falcid. vnde quæ res, cur repudiata hereditate heres si legatum relictum retineat, cur non videatur etiam repudiasse partem quam habet in legato iure hereditario, *l. qui filiabus §. vlt. & seq. sup. lib. 1. qui solidam, hic, l. qui responso, C. de legat.* Cur etiam ablata hereditate à fisco quasi indigno heres retinet legatum sibi relictum, nec fiscus eripit partem hereditariã quam habuit in eo legato? *l. eum qui §. vlt. de his quæ vt indig.* in omissa hereditate, hæc est ratio, quia cessat tum ratio iuris, cum repudiauit, legatum heredi à semetipso inutiliter relinquitur, quia non potest idem sibi debere: repudiata hereditate cessat hæc ratio: iam enim non est idem heres, & legatarius: & ideo tum rem prælegatam totam capiet iure prælegati in ablata hereditate, quia etsi ablata hereditate à fisco heres maneat qui semel extitit, *l. ex facto §. vlt. sup. de vulg. & pup.* & ideo non possit reddi ratio, quæ est reddita sup. tamen optimum est, interpretatione ius fiscale coerceri & coangustari, in *l. non dubito, de iur. fisc.* vt fiscus capiat quod palam adscriptum est hereditatis titulo, non quod titulo legati, quod licet ratione iuris non possit totum capere iure legati, sed partim iure hereditario, partim iure legati, tamen voluntas testatoris fuit vniformis, vt totum caperet iure legati, & hæc voluntas potior erit fisco. Denique fiscus auferet tantum hereditatem, ex legato nihil auferet, *d. l. eum qui.*

Ad L. Peto. LXIX.

Peto Luci Titi contentus sis centum aureis: *fideicommissum valere placuit, &c.*

Initium legis est de verbis fideicommissorum. fideicommissorum verba & inflexa dicuntur, & fideicommissaria, & παρακλητικά. & precaria, precatiua, precantia. *Concipit illa preces, & verba precantia dicit.* Igitur fideicommissorum verba sunt preces, quę ad eum diriguntur, à quo fideicommissum reliquit. At ex constitutionibus, etiamsi defunctus non loquatur cum eo, à quo fideicommissum reliquit, sed cum eo tantum cui reliquit, vtile fideicommissum est. Nemo rogatur fideicommissum tamen consistit: vt si ita dixerit: *Peto contentus sis illa re, volo Gai Seirem illam tibi præstari,* & ita Paulus 4. *Sentent. tit. 1.* & probat *l. xv. §. si quis ita, lib. 3.* & præter hanc legem 69. *in hoc tit. l. miles, inf.* miles, vel paganus, ad sororem scripsit epistolam obsignatam, quam voluit aperiri & resignari post mortem suam. in ea epistola ita scripserat: *Sorori salutem. sciat velim me tibi donare aureos quingentos.* his verbis neminem rogat, quia cum eo tantum loquitur cui reliquit: & tamen placet fideicommissum deberi sorori. Et generaliter ait eadem lex, fideicommissum consistere, etiamsi defunctus cum eo loquatur, non cum eo qui oneratur precaria voluntate: legerem, *vt si defunctus cum eo loquatur,* non, *ac si defunctus,* & ita Græci. Ad hæc vtile fideicommissum est, etiamsi quis neque cum eo loquatur à quo relinquit fideicom. neque cum eo cui relinquit, sed cum extraneo quodam. non esse inanem supremam voluntatem expositam extraneo non onerato, vel honorato, *l. cum pater §. donationis hoc tit.* Pater ad filium scripsit epistolam codicillarem, eamque filio nesciente commendauit depositam apud ædituum. notum illud est, solitos veteres deponere pecunias suas, vel suorum apud ædituum, & inde illud Plauti in Aulul. vt lecta ab aliis testimonia prætermittam, *hoc mihi factu optimum est, vt te referam olla ad fidei fanum.* i. vt te deponam pecuniæ olla, & non tantum apud ædituum, sed etiam apud Pontificem maximum. In litibus deponere solebant certum numerum assium lege

A l. Papinij trib. plebis statutum. Varro, & Festus, quæ depositio pecuniæ sacramentum appellabatur, & sacrum cum in omni deposito sit religio quædam, etiam id quod deponitur apud priuatum, dicitur sacrum depositum. Iuuenal. *sacrum tibi quod non reddat amicus depositum.* Qua de causa etiam actio depositi, quæ est bonæ fidei ampliorem fidem exigit, quam cæteræ actiones bonæ fidei: Nam actio depositi est famosa, si non agnoscat bonam fidem. i. si non reddat depositum reposcenti. Cæteræ actiones bonæ fidei non infamant. Depositi ratio priuilegiariis creditoribus anteponitur. Chirographo depositi non potest opponi exceptio non acceptæ rei, vel non numeratæ pecuniæ. actioni depositi non potest obiici compensatio, quæ omnia sunt singularia. Et ad summam, sicut omnes actiones strictæ non eodem iure censentur, id est, non pari iure

B stricto, vt actio ex testamento, in qua veniunt vsuræ, quæ non veniunt in aliis actionibus strictis, & condictio indebiti, vel sine causa, quæ datur ex bono & æquo, & quibus ignorans non tenetur, qui tamen tenetur condictione ex stipulatu, & stipulatio dotis, quæ nulla est ipso iure dolo dante causam stipulationi. Alia stipulatio valet etiamsi ex dolo alterutrius contrahentium initium sumpserit. Porro eodem modo actiones bonæ fidei non eodem iure censentur, sed aliæ aliis ampliorem fidem exigunt, vt sacrum depositum. Solebant etiam, apud ædituum deponere instrumenta, tabulas testamenti, codicillos, & obsignare, vt in specie §. *donationis.* Mater deposuit epistolam donationis prædiorum apud ædituum, vt *l. locum §. tabula, l. vlt.*

C *D. de tab. exhib.* Idque idem poëta illo loco, *Te solitum falsas signare tabellas. In templis.* Ex eadem epistola quam mater deposuit apud ædituum filio donabat prædia quædam, neque vllum aliud erat verbum precarium in ea epistola. Donare verbum est directum, non precarium, vt dixi *l. 95. sup.* sed ex sententia dicentis, ad fideicommissum trahi potest, etiamsi nullum aliud in epistola sit verbum precarium, vt in specie *d. §. si donationis.* Si postea mater ad ædituum literas miserit tales: Instrumentum quod penes te deposui post mortem, eam filio dari volo, donatio prædiorum accipitur pro fideicommisso propter posteriores literas: nec quicquam refert, quod mater ad ædituum literis missis precariam voluntatem declarauerit: satis enim est intelligi in quem eam voluntatem contulerit, & sane intelligitur contulisse in filium: nihil igi-

D tur refert cum quo locuta est, modo constet cui relinquere voluerit. & hoc est quod ait in eo §. non enim quæri oportet cum quo *de supremis* quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur: vbi *superius* absolute, eodem sensu vsurpat quo Græci τὰς τελευταίας. Igitur filius fideicommissum petet ab heredibus institutis testamento matris, licet neque cum eis, neque cum filio, sed cum extraneo mater locuta sit, id est, cum ædituo. Ait in eo §. cum pluribus heredibus intestato diem suum obiisset, legendum. *Cum pluribus heredibus institutis diem suum obiisset,* vt in exemplaribus scriptis inueni recte: nam ab intestato matri ipse filius heres extitit Senatusconsulto Orfitiano, sed quia testamento illa sibi alios heredes fecit, ab eis petit fideicommissum prædiorum. Eadem est ratio le-

E gis *cum quis §. Seiam, inf. lib. 3.* Quidam Seiam & Mæuium liberto, suos heredes instituit, & Mæuio in primum casum substituit Sempronium pupillum suum, quod notandum recte dici, pupillus meus, pupillus Titij, pupillus Sempronij. Cornutus in illud Pers. *Magni pupille Pericli. Tutores dicunt pupillos suos quorum tutelam gerunt.* Eodem testamento codicillos confirmauit, quos erat facturus his verbis: *Quæ postea codicillis scripsero, rata esse volo.* Deinde codicillos scripsit ad Seiam tantum libertam, non ad Mæuium, & codicillis vetuit Mæuium accipere portionem hereditatis testamento adscriptam, & in eius locum declarauit se Publium Sempronium pupillum suum heredem esse velle primo gradu, & eisdem codicillis Męuio fideicommissi nomine reliquit vini vetusti lagunos centum quinquaginta. Lagunos Flor. cum y more Græ-

corum, qui dicunt λαγῶια & λαγῶος, Poll. lib. 10. cap. 20. Marco Vlpio Augusti liberto, * * *. i. declarauit causam adeptę hereditatis, & modum fideicommissi derelicti Męuio. Igitur mutatam esse voluntatem testatoris apparet, tum ex elogio, cum ex prohibitione illa, sed tamen Męuio non videtur adempta hereditas iure, quia vt dari, ita etiam adimi hereditas non potest, etiamsi sint infirmati voluntate superiori. scripturam codicillorum accipiemus pro fideicommisso, id est, non pro ademptione directa, quę non potest scribi codicillis, sed pro ademptione fideicommissaria: & ideo, & fideicommissum portionis hereditatis Sempronius pupillus testatoris petet à Mæuio, quamuis de vtroque sermo directus sit ad Seiam, non ad horum alterum, vel ad vtrumque. nihil agitur refert ad quem fiant codicilli. satis est intelligi quid voluerit qui fecit. Summa hęc est: fideicommissum valere si quis cum eo loquatur cui relinquitur fideicommissum, non cum eo à quo relinquit, vel etiam si cum Mæuio loquatur, sed cum extraneo. Et ex hac sententia hoc loco Papinianus colligit, multo magis valere fideicommissum, si quis cum eo solo loquatur à quo fideicommissum reliquit, licet palam non edicat cui vel quibus relinquat, vt si cum herede instituto ex parte puta Lucio Titio ita loquatur, *Peto Luci Titi, vt pro tua parte contentus sis centum aureis*, & nihil dicat prætérea, his verbis videtur L. Titium rogasse vt suam partem restituat coheredib. suis, retentis centum aureis, quos imputabit in Falcidiam, & si quid desit Falcidię, id in supplementum deducet, *l. filium, C. fam. ercisc.* Et ait hic, *retinente, siue præcipiente.* Differentia est inter retinere & pręcipere, vt in *l. in quartam, inf. ad leg. Falcid.* Retentio est facti, id est, exceptio desideratur præceptio est iuris, sed siue retinere, siue præcipere iussus sit centum aureos, solidam eam pecuniam imputabit in Falcidiam, quia totam eam pecuniam videtur sumere ex sua portione: ergo iure hereditario, *l. cum pater, in princ. hic* quod non ita procederet in corporibus. Idem erit etsi cum herede instituto ex asse defunctus, ita loquatur, pro hereditate quam tibi reliqui quę ad fratrem meum iure legitimo rediret contentus sis aureis centum: nam his etiam verbis videtur rogatus vt fratri legitimo heredis testatoris hereditatem restituat, retentis centum aureis, & ait *quæ ad fratrem iure legitimo rediret.* legitima hereditas proprie dicitur redire: nam ad familiam eandem recurrit subinde: Et ob id recte Placentinus emendabat regulam, *l. Quo tutela, de regul. iur.* vt substitueret, *quo hereditas redit, eo & tutela peruenit*, atque ita etiam Græci legunt, Harmenopulus duobus locis. Porro aduersus hanc l. Accurs. opponit legem, *filiusfam. §. diui, sup. l. 1. in eo. §.* generaliter definitur nudum pręceptum testatoris nullius esse momenti. Quid est nudum præceptum? Est cum non apparet cuius gratia tale pręceptum dederit. vt si ita dixerit: *veto ne alienes fundum meum*, est præceptum & nullius momenti. verum si dicat, *veto ne alienes fundum extra familiam*, non est nudum pręceptum, quia hoc præcipisse videtur respectu familiæ, vt familia prospiceret, atque tum illud præceptum habetur pro fideicommis. relicto familiæ. alioquin nuda præcepta nullius sunt momenti: sed an pręcepta posita in hac l. sunt nuda, cum petit ab herede vt contentus sit centum aureis? Non: nam apparet cuius gratia id petierit, coheredum scil. gratia, vel fratris legitimi heredis: & ideo non est nuda petitio. Opponitur etiam *l. cum pater §. pater qui filio inf. hic*, Patri est filius maior 25. &, duę filię impuberes. filium heredem scribit ex semisse, filias ex alio semisse, & filium filiabus tutorem dat. deinde ita cauit: *Fili contentus sis pro tua portione ducentis aureis, & vos filiæ pro semisse vestro ducentis aureis*, vel: *vos filiæ contentæ sitis pro vestris quadrantibus centenis aureis singulæ.* Quæritur, an videatur vice mutua fideicom. relictum, quod ex h. l. videretur dicendum, in qua hęc verba *peto contentus sis*, fideicommiss. faciunt. sed id negatur in *d. §. pater qui filio*, optima ratione, quia si dixeris esse mutuum fideicommiss. nulla erit vtilitas fideicommissi mutui, quia

A filius dabit semissem retentis ducentis, & vicissim filiæ dabunt semissem retentis ducentis: frustra igitur induxeris fideic. & melius est interpretari illis verbis patrem fecisse tantum æstimationem sui patrimonii, vt solent, inquit, patresf. frugi, qui diligenter rationes scribunt, & totius vitæ suæ, & totius patrimonii. Igitur videtur æstimasse pater suum patrimonium quadringentis aureis & sic dixisse filio: contentus sis tuo semisse, qui est ducentorum, & vos filiæ contentæ sitis vestro semisse. Et hæc æstimatio nihil facit; nihil officit veritati. i. siue plus inueniatur in bonis, siue minus, ea æstimatio in ponenda ratione legis Falc. & in reddendis rationib. tutelæ demonstrabitur, non ea quam demonstrauit pater fortasse ὡ παχεῖ, pingui Minerua. itaque ea æstimatio nihil officit veritati, *15. §. vlt. inf. ad leg. Falcid. l. si fundum, §. si libertus, sup. l. 1. C. arbit. tut.* &

B ideo si frater ille qui est tutor datus sororibus, conueniatur actione tutelæ finita tutela, & ab eo exigatur ratio amplioris matrimonii quam ducentorum, licet pater semissem filiorum ducentis ęstimauerit, tamen non demonstrate æstimationis rationem reddet, non strictæ & bonæ fidei rationes, id est, actione tutelæ non poterit excludere exceptionem dictæ æstimationis à patre, verum ideo non inducitur ibi fideicommissum, quia inutiliter & inaniter induceretur, & longe est alia ratio casus propositi in *l. 69.*

Ad §. Prædium.

1. ¶. *Prædium, quod nomine familiæ relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneunt: tamdiu emptor retinere debet quandiu debitor haberet bonis*

C *non venditis: post mortem eius non habiturus, quod exter heres præstare cogeretur.*

PAragraph. *prædium, & §. vlt.* sunt de prohibita alienatione. §. *mater* est de fideicommiss. relicto à tutore & curatore qui nihil ex testamento accepit. Species §. *Prædium* hæc est. Quidam filium heredem instituit, aut fratrem vel alium qui erat ex familia, & vetuit prędium alienari extra familiam, vel quod idem est, prædium reliquit nomine familiæ, legendum est *nomini familiæ*, vt Haloander. post mortem testatoris hęredis bona venierunt vrgentibus creditoribus ipsius heredis, inter quæ bona erat prædium illud quod cum cæteris bonis creditores vendiderunt. à testatore alienatio voluntaria prohibita videtur: &

D ideo si heres prædium sua sponte alienauerit, statim familiæ fideicommissi persecutio competit. sed hic non fuit alienatio voluntaria, fuit necessaria possidentibus bona heredis ex edicto creditoribus & distrahentibus. an etiam alienatio necessaria videtur prohiberi, vel an potest prohiberi à testatore? Sane prohibitio testatoris non potest esse fraudi creditoribus testatoris: & ideo si propter creditores testatoris bona heredis venierunt, vel si prædium illud creditores testatoris iure pignoris vendiderunt, alienatio valet, *l. filiusfam. §. diui. sup. lib. 1. l. qui solidum §. vlt. hic* Et hoc casu nunquam familię competet fideicommissi persecutio, quamuis prędium transierit in extraneum: imo etiam si heres ipse vltro prædium illud vendiderit, creditorum testatoris dimittendorum causa, cum scilicet non esset

E aliud in hereditate vnde debitum exsolui posset, quia vendidit ob æs alienum testatoris, non tam libenter quam necessario creditorum testatoris absoluendorum causa, alienatio tenebit, & familiæ nullo vnquam tempore dabitur fideicommissi persecutio, *l. pater, §. 1. inf. lib. 3.* sed finge, non propter creditores testatoris venisse heredis bona, sed propter creditores ipsius heredis, quæ est species ipsius §. Si bona heredis venierint non propter creditores testatoris, sed propter creditores heredis, interim viuo herede alienatio tenebit, quia de bonis non venditis ipse heres quamdiu vixisset, prædium tenuisset solus, verum sicut bonis non venditis herede illo mortuo & extraneo herede relicto familiæ fideicommissi persecutio competeret: ita bonis venditis, & eo postea mortuo familiæ fideicommissi persecutio competet tam aduersus heredem heredis, quam

aduersus emptorem, quia propter debita heredis alienatio facta est, non propter debita testatoris. Cæterum quamdiu viuet ille heres, cuius creditores bona vendiderunt, & prædium illud, fideicommissarij nihil petent. post mortem eius petent ab herede heredis, vel ab emptore, & persequentur fideicommissum prædij. Quid si heres hic prioris testatoris, cuius creditores bona possederunt & vendiderunt, reliquerit heredem vnum ex familia, an eo mortuo cæteri qui sunt ex familia reuocabunt venditionem? Sic sane. hoc casu cæteris erit fideicommissi persecutio, quasi existente conditione fideicommissi, quia per heredem factum videtur, vt abiret prædium extra familiam, & factum quidem eius quamdiu viuet, sustinebitur: eo mortuo infirmabitur, argumento *l. 67. §. sed si vno, sup.* Et ex tribus interpretationibus relatis hic ab Accursio ad hæc verba, *quod exter heres præstare,* prima vt mihi videtur, recto calamo, cæteræ transuerso signandæ sunt. legenda verba §. ait, *quamdiu debitor,* id est, heres. ergo venierunt propter creditores heredis, non propter creditores testatoris: nam si venissent propter creditores testatoris, ineptum esset fideicommissum.

Ad §. Mater.

2. §. Mater, filio impubere herede instituto, tutorem eidem adscripsit, eiusque fidei commisit, vt si filius suus intra quatuordecim annos decessisset, restitueret hereditatem Sempronio: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit: nam etsi pater non iure facto testamento, tutoris fidei commiserit: aeque præstabitur: quemadmodum si iure testamentum factum fuisset. sufficit enim, vt ab impubere datum fideicommissum videatur, ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore impuberis, vel minoris annis debet probari. Nec interest, tutor recte datus viuo patre moriatur, vel aliquo priuilegio excusetur, vel tutor esse non possit propter ætatem, cui tutor fuerat datus. quibus certe casibus fideicommissum non intercidit, quod à pupillo datum videtur. Hac denique ratione placuit, à tutore, qui nihil accepit, fideicommissum pupillo relinqui non posse: quoniam quod ab eo relinquitur extero, non ipsius proprio, sed pupilli iure debeatur.

SCiendum est, matrem filio iure tutorem dare non posse, quia nec pater potest, si non habeat filium in potestate, sed datus à matre tutor decreto prætoris vel præsidis confirmatur ex inquisitione, modo datus sit filio heredi instituto, *l. pater, sup. de testam. tut.* non instituto tutor datus à matre, nullo modo confirmatur, & in *l. 4. C. de testam. tut.* abundat negatio perspicue, vt alias docui. ait l. matrem testamento filiis suis tutorem dare non posse, nisi eos heredes instituerit: sequitur, *quando autem eos heredes non instituerit,* legendum affirmatiue, *quando eos heredes instituerit.* solet ex voluntate defuncti tutor datus à præsidibus confirmari, vt in *d. l. pater* declaratur. sed si non instituerit, sane nunquam solet confirmari. Idem est in matre quod in extraneo. tutor datus non confirmatur nisi datus sit instituto, *l. si patronus, sup. de confirm. tut.* Et sequitur in *d. l. 4. nullo ex his interueniente,* id est, neutro, vel hoc tantum, aut illo interueniente, id est, institutione non interueniente confirmationem non sequi: institutione interueniente confirmationem omnino desiderari, alioquin tutorem datum à matre qui his duobus deficientibus, res pupillares administrarit, non teneri tutelæ, sed protutelæ: & hæc est sententia *l. 4.* hac vero in re multum distat pater à matre: nam tutor datus à patre filio emancipato suscepto ex iustis nuptiis (aliud enim in naturali) etiamsi datus non sit filio heredi instituto, vt si datus sit exheredato confirmatur à magistratu, & quidem ἁπλῶς, vt ait *l. 1. sup. de confirm. tut.* id est, sine inquisitione. à patre tutor datur

A personæ, à matre rei potius quam personæ, bonis potius, id est, à patre etiam exheredato, cui nihil relinquitur, à matre soli instituto; atque ita non tam personæ quam bonis, quasi scilicet cura personæ magis conueniat patri quam matri, & iudicium patris confirmatur sine inquisitione, matris habita inquisitione, an is quem elegit mater sit frugi, an amet liberos, *l. vlt. in fi. sup. qui petant tut.* Ex his intelligetur merito notari Accursium, qui censet, etiam tutorem datum à matre filio heredi instituto, sine inquisitione confirmari. imo vero nunquam sequimur iudicium mulierum sine inquisitione. Sciendum est etiam, à tutore dato heredi instituto, vel etiam pupillo legatario, etiamsi tutor nihil capiet ex testamento, fideicommissum relinqui posse, quia videtur relinqui à pupillo, qui ex testamento

B capit, *l. etiam, C. de fideicom.* tutor pupilli loco habetur, & fideicommissum ab eo relictum pupilli iure valet, id est, ex persona pupilli, non ex persona tutoris: & ideo si à tutore qui nihil accipit ex testamento fideicommissum relinquatur ipsi pupillo, inutile est fideicommissum, quia pupillo à semetipso relictum videtur: sed si extraneo relinquatur fideicommissum ab eodem tutore, vtile est fideicommissum, & debetur à pupillo, etiamsi tutor iure datus non sit, vt demonstratur hoc §. quod & his exemplis demonstratur: vt si pater non iure facto testamento, non solemni testamento, filio heredi instituto tutorem dederit, quo modo tutor iure non est datus, quia iniusto testamento est datus, & si ab eo tutore fideicommissum Titio reliquerit adiecta in testamento clausula codicillari, vt Rogerius supplet recte: puta, vt si non valeat iure testamenti

C voluntas eius, valeat codicillorum iure, quasi factorum ab intestato: hoc casu tutor datus testamento confirmabitur quasi ab intestato, & præferetur legitimo tutori, *l. 3. sup. de confirm. tut.* & fideicommissum ab intestato pupillus debebit propter clausulam codicillarem. relictum est à tutore non iure dato, valet tamen, quia à pupillo relictum videtur: sed aliud esset si pater dedisset tutorem filio exheredato, & ei nihil reliquisset: nam certum est, vt ab exheredato, ita etiam à substituto exheredati, vel à tutore exheredati fideicommissum relinqui non posse. Eodem vero modo si mater filio heredi instituto tutorem dederit, quod non fit iure, & ab eo tutore fideicommissum reliquerit, decreto quidem prætoris tutor confirmabitur ex inquisitione, vt dixi supra, & ex testamento fideicom-

D missum Titio pupillus debebit, quia à pupillo fideicommissum relictum videtur. & similiter si à curatore dato impuberi vel minori 25. annis, fideicommissum relinquatur, vtile erit fideicommissum, licet curator testamento iure non detur. Tutor à patre filiofamilias iure datur, curator à patre filiofamilias iure non datur testamento, vel puberi, vel impuberi, quia de tutela lex loquitur, non de cura, id est, lex 12. tabularum permittit patri tutoris dationem, non curatoris dationem, & à verbis legis non recedimus, nec damus patri plus quam lege permissum sit, non damus curatoris dationem. Denique curator testamento non iure datur, fideicommissum tamen ab eo relinqui potest: quia relinqui videtur à pupillo, vel ab adolescente, & debetur siue curator ille confirmetur siue non à codicillis, §. *qui*

E *Sempronium de vsufr.* sicut etiam superioribus casibus, etiamsi tutor datus à matre vel à patre non iusto testamento non confirmetur, pupillus fideicommissum debebit. & in summa fideicommissum relictum à tutore vel curatore, etiamsi iure datus non sit, vel etiamsi confirmatus non sit à pupillo, vel minore, debetur quasi ab eo relictum: eademque ratione à tutore iure dato relictum fideicommissum pupillus debet, etiamsi tutor non fuerit, vel mox desierit esse morte, vel excusatione, vel pubertate pupilli. eadem ratione, id est, quia hæc fideicommissa à pupillo relinqui videntur, & valent non proprio iure tutoris, sed pupilli iure. Melior est quæstio §. vltimi de prohibita alienatione.

Ad §. vlt.

3. §. Fratre herede instituto, petit, ne domus alienaretur, sed vt in familia relinqueretur. si non paruerit heres voluntati, sed domum alienauerit, vel extero herede instituto decesserit: omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo, si non sint eiusdem gradus? ita res temperari debet, vt proximus quisq; eo primo loco videatur inuitatus, nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet. sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cauere, se familiæ domum restituturum. Quod si cautio non fuerit ab eo qui primo loco admissus est, desiderata: nulla quidem eo nomine nascetur condictio: sed si domus ad exterum quandoque peruenerit, fideicommissi petitio familiæ competit. Cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto iuste desiderari: quamuis nemo alius vlterior ex familia supersit.

4. §. Si quidem sint postea emancipati, tractari potest, an hi quoque recte fideicommissum petant. & puto, recte petituros: quoniam familiæ appellatione personæ quoque hæ demonstratæ intelliguntur.

QVidam fratrem heredem scripsit, & vetuit fundum alienare extra familiam. frater non paruit voluntati testatoris: nam cum fundum extraneo vendidit, vel instituto herede extraneo decessit: prohibita alienatione, videtur etiam prohibita institutio heredis extranei; nisi specialiter testator prohibitionem coarctauerit ad tempus vitæ heredis, vt in *l. pater §. fundum, inf. lib. 3.* Item frater non obtemperauit voluntati testatoris, quia extraneum sibi heredem fecit, vel fundum vendidit extraneo: hoc casu omnibus qui sunt ex ea familia fideicommissi persecutio competit cuiuscunque gradus sint: quod erit incommodum si sint plurimi: nam si omnes admiseris, & fundum in minutas partes diuiseris, fideicommissum inutile feceris. minutiarum nulla vtilitas. Itaque melius est ita rem temperare, vt proximiores primum veniant, deinde sequentes, quod etiam proditum est in *l. vlt. inf.* Sed qui primo loco veniunt, proximiores scilicet, cauere debent se cum morientur in familia eum fundum relicturos: Cui autem cauere debent? non seruo publico, non familiæ vt interpretes aiunt, sed heredi instituto à quo fundum accipiunt, *l. 67. §. sed & si fundum. supra,* quia heredis instituti interest fundum familiæ restitui, quia fundo in exterum collato fideicommissi petitio est: recte ergo stipulatur alteri fundum restitui, id est, familiæ, quia interest eius familiæ restitui ne teneatur, & exigit heres hanc cautionem opposita exceptione doli mali aduersus petitionem fideicommissi. Item exigit eam cautionem etiam ab eo qui solus superest ex familia, quod mirum videtur. sed hæc ideo, quia alii subnasci possunt, liberis ex eo vel ex herede instituto progenitis. Sed quid si heres non exacta hac cautione fundum proximiori præstiterit, an dicemus condictionem cautionis competere, id est, condictionem indebiti incerti, vt *l. 5. §. 1. sup. de vsufr. ear. rer. quæ vsu cons. l. 1. §. si legatarius, inf. ad l. g. Falcid. l. heres, inf. ad Trebell.* Et ait, hoc loco nullam condictionem competere. nullam, id est, nec certi, nec incerti, quamuis scilicet alias omissæ cautionis condictio sit. causa hæc est, quia fundo in exterum collato certissimum est etiam aduersus extraneum familiæ fideicommissi petitionem competere. & ideo non magni interest cautionem condici, quæ fuit sententia Accursii à quo discessit Bartolus propter *d. l. 5. §. 1.* Sed aduertere debuit Bartolus in specie *d. l. 5. §. 1.* si pecuniæ legatus sit vsufructus, & heres legatario pecuniam dederit non exacta cautione, quæ debuit exigi ex Senatusconsulto, quo pecuniæ & omnium rerum vsumfructum constitui posse introductum est, de restituenda tanta pecunia mortuo legatario vel capite deminuto, hoc casu controuersum erat, an finito vsufructu esset condi-

A ctio pecuniæ, certum erat esse condictionem cautionis omissæ. Denique controuersum erat, an esset condictio certi. certum erat esse condictionem incerti, id est. cautionis omissæ, & ideo ait in hoc §. constat esse condictionem cautionis. de condictione quantitatis ambigebatur. Quod si non dubitassent quicquam in danda condictione quantitatis, sane non esset condictio cautionis, vt & in specie proposita dicimus, non esse condictionem cautionis omissæ, quod scilicet non magni intersit eam interponi, quia fundo alienato extra familiam, certum est familiæ competere fideicommissi persecutionem, non tantum aduersus heredem heredis, sed etiam aduersus extraneum. Est igitur familiæ atque heredi heredis consultum omnimodo aduersus extraneum. Vltimo loco docet in hoc §. existente conditione fideicommissi ad fideicommissum cum

B cæteris inuitari etiam eos qui fuerunt ex familia mortis testatoris tempore, licet postea esse desierint ex familia per emancipationem: emancipatione mutatur familia: est enim emancipatio capitis deminutio, sed ius fideicommissi familiæ relicti non amittitur: quid enim si quis fundum prohibitus alienare extra familiam, postea filios suos emanciparit, deinde fundum extero vendiderit, atque ita filios data opera prius emancipauerit, ne quasi familiares accipiant fundum? venient ad fideicommissum, *l. cum pater §. filiusfam. sup. lib. 1.* satis est mortis tempore fuisse in familia, *l. 32. §. vlt. sup.* interpretes male spectant tempus testamenti: ideoque hic, *si quidem sint postea emancipati,* id est, post mortem testatoris.

C

Ad L. Imperator. LXX.

Imperator Antoninus rescripsit, legatarium, si nihil ex legato accepit, ei, cui debet fideicommissum actionibus suis posse cedere, nec id cogendum soluere. Quid ergo, si non totum, sed partem legati relicti restituere rogatus, abstinuit eo? vtrum actionibus suis in totum cogetur cedere, an vero non nisi ad eam quantitatem, quæ fideicommisso continetur? quod ratio suadet. Sed & si legatum perceperit: non amplius ex causa fideicommissi cogendus erit soluere, quam recepit.

1. §. Si centum legatis, duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse. si autem post tempus fi-

D *deicommissum relictum sit, vsurarum duntaxat additamentum admittetur. nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut pœnam stipulationis imminentem euasit. Hæc ita, si quantitas cum quantitate conferatur. enimuero si, pecunia accepta, rogatus sit rem propriam, quamquam maioris pretii est, restituere: non est audiendus legatarius legato percepto, si velit computare: nec enim æquitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.*

2. §. Cum quidam, filio suo ex parte herede instituto, patruum eius coheredem ei dedisset, & ab eo petisset, vt filium suum pro virili portione filiis suis coheredem faceret: si quidem minus esset in virili portione, quam fratris hereditas ha-

E *bait: nihil amplius peti posse. quod si plus: etiam fructuum, quos patruus percepit, vel, cum percipere potuerit, dolo non cepit, habendam esse rationem, responsum est, non secus quam si, centum millibus legatis, rogetur, post tempus maiorem quantitatem restituere.*

3. §. Cum autem rogatus, quidquid ex hereditate superèrit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat: deminuisse, quæ vendidit. non videtur.

EX hac lege discemus multa. Certum est, à legatario fideicommissum relinqui posse, quæ est species huius legis, videlicet de fideicommisso relicto à legatario, & docet lex hac in re ita distinguendum: Aut legatarius accepit

legatum, aut non. si legatarius non accepit legatum, id est, si omisit legatum, & vt ait, si abstinuit legato, quod Accursius male. Hoc casu legatarius qui nihil accepit, fideicommissario non tenetur, nisi in hoc tantum vt cedat fideicommissario actionibus suis, vel cui fideicommissarius voluerit, *l. si filius* §. *vlt. inf. de fideicommiss. libert.* alioquin si non cesserit actiones fideicommissario, fideicommissum intercidit, quia omissum legatum apud heredem remanet sine onere fideicommissi, vt dixi *l. 2. sup.* & ideo ne pereat fideicommissum, qui non vult amplecti legatum, saltem debet cedere suam actionem fideicommissario, quod potest facere sine damno suo. Sed an cogitur cedere? Accursius abrupte omittentem legatarium cogi negat, quod est contra *d. l. si filius* §. *vlt.* contra *l. 8. inf. lib. 3.* contra hanc legem, quæ paulo post principium ait, *cogetur cedere*, principio tamen ait, *posse cedere*. verum id verbum satis aperte ita demonstratur accipiendum esse, vt si nolit soluere fideicommissum, possit cedere actionem: cessionem pro solutione esse iustam: sed si nec soluere, nec cedere velit, saltem cedere cogatur, & *potest* significat sæpe *debet*, siue *oportet*, vt in Sententiis Pauli, *Testamento serui nominatim manumitti possunt*, id est *debet* ex lege Caninia Cicero 2. ad Atticum: *Orbis hic in Repub. conuersus est citius omnino quam potuit*, & 23. *Quod perfectum esse potuit*, & pro domo sua: *Senatus aliquid consilij capere potuit*, id est, *debuit*. Quod si legatarius non totum legatum rogatus sit restituere fideicommissario, & omittat legatum: similiter partis actionem cogitur cedere fideicommissario, vt ait hic, quod est notandum: nam ita fit vt scindat actionem legati propter fideicommissarium; quam ipse si ageret non posset scindere, sicut & alias incapax propter fideicommissarium capit, & hæc de legatario qui non accepit legatum. De eo dicamus qui accepit & agnouit legatum. hoc casu legatarius cedendo actionem fideicommissario, non liberatur, sed omnino cogitur soluere fideicommissario suo, pro modo legati. quod ita declarat lex, vt si legatarius centum legatis, ducenta rogatus sit restituere, ad summam legati, videbitur fideicommissum constituisse: sic est scriptum Florent. *Constituisse* pro *constitisse*, vt in *l. adulter* §. *vlt. inf. ad l. Iul. de adult. l. non est dubium, inf. de custod. reor.* & in Iugurthino Salustij: *Agmen constituit*, id est, *constitit*, & è contrario consistere pro constituere. Virgil.

Et per te possent vitam consistere tutam.

Igitur is, cui sunt centum legata, si rogetur restituere ducenta, in centum tenetur; fideicommissum constituit ad summam legati, atque ita legatarius oneratus fideicommisso, computare debet quantum sit in legato, & quantum sit in fideicommisso, ne supra modum legati fideicommissario soluat, quia eatenus tenetur quatenus ad eum peruenit ex legato, non vltra. Cæterum legatarius præter id quod est in quantitate legati, computare etiam debet vtilitatem medij temporis, quod interusurium dicitur, *l. debitor, inf. hic*, & *vsurarum additamentum, hic*, videlicet si fideicommissum relictum sit ex die. si post tempus rogatus sit restituere, computabit quantum sit in legato & quantum sit in interusurio, id est, computabit pecuniam legatam & vsuras medij temporis, & pro modo vtriusque fideicommissum præstabit. vtilitas vsurarum circa legatum pecuniæ consistit & auget fideicommissum. vtilitas alia si qua accidat, vel si quam commentemur extra legatum, non auget modum fideicommissi: vt si ex pecunia legata medio tempore negotiatus legatarius vberrimum quæstum fecerit, vel etiam si ex ea pecunia legatarius se liberauerit imminēte graui pœna. huius quæstus ratio non habetur, vt fideicommissario amplius obligetur: quia hæc vtilitas est ex accidenti, non ex re ipsa legata, vel circa rem ipsam, & ita etiam in contractibus æstimando quanti intersit, contrahentium vtilitatem quæ in re ipsa, vel circa rem ipsam consistit, spectamus, non eam quæ extra rem accidit, *l. si sterilis* §. *cum per venditorem, inf. de act. empt.* cuius species explicanda est. si venditor moram fecerit in tradendo fundo vendito, damnabitur quanti fundus hodie pluris est, &

A quanti sunt fructus fundi medio tempore percepti vel percipiendi, quos scilicet ipse non percepit dolo malo, aut culpa sua, *l. venditori, sup. de hered. vend.* vel etiam si venditor vini in tradendo vino moram fecerit, damnabitur quanti vinum hodie pluris est, quam fuerit contractus tempore, non etiam damnabitur quantum ex vino, mora non facta, emptor negotiari potuit: Atque ita damnabitur quanti interest in re ipsa, vel circa rem, quod Græci vocant, τὸ διαφέρον ἐν αὐτῷ τῷ πράγματι, non damnabitur quanti interest extra rem, quod etiam in emptore ita procedit, *l. vlt. sup. de peric. & com. rei vend.* si emptor moram fecerit in soluendo pretio, damnabitur vt præstet pretium, & præstet interusurium, seu vsuras medij temporis, non tamen præstabit omne quod venditor mora non facta

B consequi potuisset, si in tempore pecunia illi soluta fuisset, vt si venditor negotiator fuerit, & pretio soluto ex mercibus plus quam ex vsuris quærere potuerit. huius vtilitatis ratio non habebitur, quoniam remotior est à re, qua de agitur. Idem omnino sequemur in legatis, id est, legatarium obligabimus fideicommissario, cui relictum est fideicommissum ex die, pro modo sortis legatæ, atque etiam vtilitatis medij temporis, non etiam pro modo extrariæ vtilitatis, vt si negotiatus fuerit interim, & magnos fecerit quæstus legatarius, id non reputabitur ei: hæc quidem locum habent, si tam legatum quam fideicommissum pecuniarium sit, vt subiicitur hic. imo vero hæc etiam locum habent, vt ostenditur in §. *vlt.* si heres sit institutus ex quadrante, & rogatus sit alium heredem recipere inter suos filios pro virili portione: quibus verbis videtur oneratus fi-

C deicommisso restituendorum suorum bonorum Titio pro portione virili cum filiis suis ex Senatusconsulto, *l. ex facto, ad Trebell.* & huic fideicommisso obligatur non tantum pro modo quadrantis accepti, sed etiam computatis fructibus medij temporis, cum erat fideicommissum ex die, id est, fructibus medio tempore perceptis, vel percipiendis, si dolo non percepit, extraria vtilitas insuper habebitur: sed non erit dicendum, vt scilicet legatarius eatenus obligetur fideicommissario, quatenus ad eum peruenit ex legato, vel ex vtilitate cohærente rei legatæ: id, inquam non sequemur, si legatum sit pecuniarium quod accepit legatarius: in fideicommisso autem quo oneratus est si sit res legatarij propria: nam legatarius accepto legato cogetur rem propriam fideicommissario præstare, licet ea

D res pluris æstimetur, quam sit in legato, quoniam ipse est verus æstimator rei suæ, & pluris eam æstimasse non videtur, dum accipiendo legatum se fideicommisso alligauit: & ideo non audietur legatarius, si pecuniam acceptam ex legati causa paratus sit fideicommissario præstare: sed omnino cogetur rem suam præstare: nam est quidem pluris, sed ipse eam pluris fecisse non videtur, dum amplexus est legatum cui erat adnexum onus præstandæ rei suæ. Eadem est ratio *l. sed & si non seruus, inf. ad leg. Falcid.* & *l. cum pater* §. *mensa, inf. hic* & *l. plane* §. *si cui, sup. lib. 1.* Minori tamen 25. annis succurretur per restitutionem offerenti pecuniam legatam, *l. si minor, sup. de min.* Item si legatarius hic rogatus sit restituere rem alienam, non suam, cuius æstimatio non est in eius potestate, vt rei propriæ hic, accepto legato, & eo postea deminuto per legem Falcidiam,

E non cogetur rem alienam præstare æstimatam vel redemptam, & auditur si offerat quicquid accepit ex legato, *l. 6. de fideicommiss. libert. inf.* Et hic vltimo loco adnotatur heredem rogatum restituere quicquid ex hereditate superfuerit, interim posse deminuere ex tacita voluntate testatoris; bona fide tamen non interuertendi fideicommissi studio, *l. Titius, l. deducta* §. *vlt. mulier* §. *vlt. l. Imperator, inf. ad Trebell.* & *ex Nouel. 108.* deminuet vsque ad dodrantem. quadrantem seruabit fideicommissario, imo & ex quadrante deminuet iusta ex causa. Cæterum non videtur deminuisse hic heres, si res hereditarias vendidit, & ex pecunia alias res comparauit, vel si rem hereditariam cum re aliena permutauit: & ideo reparatæ res permutatæ cadēt in fideicommissum: deminuisse non videtur qui res vendi-

dit si ex pretio earum proprios creditores dimisit: nihil enim videtur consumpsisse, cum id conuertit in rem suam, & ideo ea quoque pecunia in fideicõmissum veniet, §. *vlt. hic. & duab. legibus seq.* Hanc sententiam Papinianus vsurpat in alia specie in *l. pater, inf. de adim. leg.* Vnde etiam paulatim & vere tentari potest, pecuniam retectam ex venditione rerum hereditariarum si extet & non sit consumpta veniente die fideicommissi, cadere in fideicommissum: nec enim est absumptum quod extat, quod ad mores Galliæ trahi posset: plerisque locis inter virum & vxorem communes esse res mobiles, res quoque immobiles quæsitas constante matrimonio, res autem immobiles proprias quas quisque habet ante matrimonium non venire in communionem: nunc maritus res proprias vendidit, & ex ea pecunia alia prædia comparauit, an comparata prædia venient in communionem quasi quæsita constante matrimonio? sequentur conditionem suorum prædiorum, nec videntur propria prædia absumpta, & paulatim videntur retineri, si vel pecunia extet.

Ad L. Si quod ex Pamphila. LXXIII.

Si quod ex Pamphila nascetur, legatum mihi fuerit, & ego Pamphilam emam, eaque apud me sit enixa: ratione summa responsum est, non ex causa lucratiua partum intelligi meum factum: ideoque petendum ex testamento: tanquam istum emissem. vt scilicet pretij contributione facta, consequar tantum, quanti puerum, deducta matris æstimatione, constitisse mihi iudex in causa legati datus æstimauerit.

HÆc lex pertinet ad vulgarem regulam, duas causas lucratiuas in eandem rem concurrere non posse. Species est. Quidam mihi legauit quod ex Pamphila nascetur, quod legatum valet: nam etiam ea quæ futura sunt legari possunt per damnationem, hodie quolibet modo, *l. etiam, inf. lib. 3.* veluti insula quæ nascetur in mari vel in flumine, aut fructus qui nascentur ex illo fundo, aut partus qui nascentur ex ancilla illa. Hic igitur legauit quod ex Pamphila nasceretur. ego Pamphilam prægnantem emi, eaque apud me enixa est puerum, an puerum habeo ex causa lucratiua? si puerum habeo ex causa lucratiua, non est legati petitio: & respondetur me puerum non habere ex causa lucratiua, quoniam scilicet matrem prægnantem emendo, & partum emisse videor: & ob id euicto partu tantum ex empto est actio mihi aduersus venditorem in id quod interest, & ita respondet Iulianus in *l. non quecunque §. Iulianus lib. 1. l. venditor, sup de euict.* de quo Papin. sentit. hic, dum ait, *Summa ratione responsum est,* à Iuliano scilicet. Vernarum causa est lucratiua, emptorum autem causa non est lucratiua emptus videtur partus, igitur partus causa non est lucratiua. Vernæ sunt non qui domi editi sunt, sed qui domi & concepti & editi sunt, qui vernaculi dicuntur & οἰκογενεῖς, & vtramque appellationem coniunxit Marcus Imperator in libris suis, τῶν ὡς ἑαυτῶν, οἰκογενὴς [illegible], sed vernaculi vt dicantur necesse est vt sint domi concepti & editi: hic de quo agitur, non est verna, atque adeo eius causa non est lucratiua, verum ei quod dicimus partum matris emptione contineri, & euicto partu esse actionem ex empto contra venditionem, obstat *l. si prægnans, sup de euict.* quæ ait, vendita ancilla prægnante & tradita, ac postea euicto partu venditorem non posse conueniri de euictione, quia, inquit, partus venditus non est. Idemque in *l. seq.* ostendit procedere in vacca si venierit, & fœtus euincatur: neque enim eo nomine erit de euictione actio aduersus venditorem, quoniam neque pars rei venditæ euincitur, neque vsusfructus: Nam fœtus quidem est in vsufructu, sed non quasi ius, sed quasi corpus, & fructus duo significat, *ius vtendi fruendi*, qui & vsusfructus dicitur, & corpus, veluti vinum, oleum, & similia. fructus hi si euincantur, non est actio de euictione, id est, si corpora fructuum euincantur: sed si ius fructuum

A euincatur, est actio de euictione. euicto partu non euincitur rei pars principaliter venditæ. Subijcit in *d. l. si prægnans*, non esse actionem de euictione, *quoniam partus venditus non est.* Accursius recte sentit, idque declarat in l. quæ sequitur, eam *l. si prægnans*, non esse accipiendam de duplo, sed de actione stipulationis duplæ, hæc actio non est euicto partu, illa est. Et quod ait, *quoniam partus venditus non est*, id ita acccipiendum, vt quod dicitur in *l. 4. inf. de penu legata*, penu legata vasa penuaria sequi quidem legatum, sed non esse legata, proprie scilicet, siue directo, quia scilicet accessiones potius sunt penus legatæ, & ita certe partus accessiones potius sunt ancillæ venditæ; quarum tamen nomine si euincantur, est actio ex empto in id quod interest, *l. euicta, sup. de euict.* non actio ex stipulatu de dupla, *l. ex empto §. si quis rem, sup. de act emp.* Et ita B ancilla prægnante precario rogata partus accessionis iure in precarium venit, *l. 10. inf. de precar.* & ancilla prægnante furto ablata, furtum etiam fit partus, *l. ancilla, C. de furt.* non tam proprio iure quam accessionis, & vt maxime posueris, quod vtique tamen non est concludendum hominem homini non accedere, tamen eum qui erat in vtero venditionis tempore dici non fuisse hominem, *l. 9. inf. ad leg. Falcid.* Nam in omni parte iuris sequimur Stoicos, & id quod est in vtero iudicamus non esse animal: ἢ ζῶον τὸ κατὰ γαστρός, & apud Plutarchum *de placit. Philosoph.* ἢ τὸ ἔμβρυον ζῶον, & Lysiæ oratio cuius meminit Theon. Verum, vt dixi, quia partus accessio est matris, videor & ipse qui emi matrem prægnantem, partum habere ex causa emptionis, non ex causa lucratiua, & ideo superest mihi actio ex C testamento legati nomine, vt consequar pretium partus: quod mihi abesse intelligitur. Iudex autem datus in causa legati contributionem, id est, computationem faciet pretij vtriusque, matris & partus, & deducto pretio matris heredem, à quo legatum est quod ex Pamphila nasceretur, condemnabit legatario in pretium partus. Notandum est quod ait de iudice dato in causa legati. dabatur iudex in causa legati, quoniam iure ordinario legata petebantur; iuris autem ordinarij à magistratu dari iudicem pedaneum in singulis causis, in causa fideicommissi, non dabatur iudex, quia fideicommissorum non erat actio ordinaria, *l. pecunia, inf. de verb. signif.*

D Ad L. LXXIV. Titio centum.

Titio centum aureos heres præsens dato. *deinde pretulit diem legatorum. non est verum, quod Alfenus retulit, centum præsenti deberi, quia diem proprium habuerunt.*

PErtinet ad vulgarem clausulam quæ apponi solet in testamentis, vt legata pecuniaria soluantur annua, bima, trima die, *quas pecunias legaui, eas heres meus annua, bima, trima die dato, l. cum vulgari, de dote præleg. l. talis, sup. lib. 1.* sed ea clausula pertinet tantum ad pura legata, quæ diem proprium non habent: ea ex illa clausula soluentur tribus pensionibus. non pertinet autem ea clausula ad ea legata quæ diem proprium habent, vt si quis E iusserit dari Titio post mensem quam mortuus esset, vtique dandum ei erit post mensem, nec pensionibus tribus diuidetur legatum, vt si ita legauerit quando erit annorum xx. Item non continentur conditionalia legata: nam hæc diem proprium habent, licet incertum: & conditio nihil aliud est quam dies incertus & contra. Vnde paulatim etiam admittendum est, illam clausulam non pertinere ad præsentia legata, id est, quæ testator nominatim repræsentari iussit: nam hæc quoque diem suum habent, *l. liber §. decem, inf. de verb. oblig.* & hoc distant legata pura à præsentibus: nam legata pura diem proprium non habent, qui adscriptus sit: vt si ita dixerit, *lego Titio centum*, præsens est legatum. præsentia legata diem proprium habent, vt si ita dixerit. *lego Titio centum, præsentia*, quæ adiecto quantum ad effectum legati,

legati, est superuacua: nam quod pure relinquitur, præsens debetur: sed vtilis est hæc adiectio *præsentia*. vt ex eo liqueat, testatorem noluisse comprehendere vulgari clausula, & productionem legatorum adiecit nempe *præsentia*, vt ostenderet se hoc legatum nolle præstari tribus pensionibus. ergo illa clausula non pertinet ad præsentia legata, quoniam diem proprium habent, & ita Labeo & Seruius, *d. l. talis*. Alphenus Varus dissentiebat, qui reprehenditur in hac l. nam hic, vt alias demonstraui, deest negatio, & omnis sententia legis hæc est. Testator ita dixit: *Titio 100. heres præsens dato*. Sic Florent. non male: nam vt Græci παρὼν, dicunt absolute & impersonaliter, ita absolute dixit hic, *præsens*: Deinde testator protrahit diem legatorum vulgari clausula: Sequitur: *non est verum quod Alphenus retulit centum præsenti die deberi*. deest negatio, *centum præsenti die non deberi*, id est, prorogationem diei legatorum pertinere etiam ad legata præsentia: & ideo legata præsenti die non deberi, si postea protulit diem legatorum: & reprehenditur optima ratione, *quoniam diem proprium habuerunt*. Cur non est vera sententia Alpheni, *centum præsenti die non deberi*, id est, clausulam vulgarem comprehendere legatum illud centum aureorum? quia scilicet diem proprium habuerunt, & ea clausula non pertinet ad ea quæ diem proprium habent. Florent. *præsenti*, absolute, vt in *l. 1. §. si legata, inf. si cui plusquam per l. Falcid. dummodo ea quæ præsenti die relicta sint*, vt in *l. 11. inf. de cond. & demonst.* Non est addendum *die*. reprehenditur sæpe in his libris, an is qui ex furore factus est Iureconsultus, sicut Hero ex furore factus est Philosophus, vt Theon scribit? hoc tenendum manifesto; hic enim refertur sententia Celsi & coarguitur nullam esse reprehensionem, nisi dixit Celsus 100. præsenti non deberi: nam si dixit centum deberi, vera est sententia Alpheni, quæ tribuitur Labeoni & Seruio in *d. l. talis*, quod scilicet dissentirent alij.

Ad L. LXXV. Miles.

Miles ad sororem epistulam, quam post mortem suam aperiri mandauit, talem scripsit: Scire te volo, donare me tibi aureos octingentos. fideicommissum deberi sorori constitit. nec aliud probandum in cuiuslibet suprema voluntate. placet enim, consistere fideicommissum, ac si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur.

1. §. Pro parte heres institutus, cui præceptiones erant relictæ, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem, vita decessit partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit. præceptionum autem portiones, quæ pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti.

INitium exposui in l. 69. finis vt intelligatur, sciendum est, prælegatum relictum heredi instituto ex parte, reum à coheredibus suis pro parte coheredum capere iure legati, partem à semetipso iure hereditario; sed si repudiet siue omittat hereditatem, totum legatum capit à coheredibus iure legati, vt dixi in *l. 34. §. 1. & l. 68. sup.* Sciendum etiam est, hereditatem non aditam non transmitti ad heredes, quod & iure nouo procedit, & ita semper ius fuit, *l. 1. C. Theod. de legit. hered.* quod etiam Iustinian. ait in *l. vnica §. in nouissimo, C. de cad. toll.* nec veteres patiebantur, nisi scilicet heredes scriptus sit ex liberis ex Constitut. Theodosij: nam scripti liberi etiam emancipati non aditam hereditatem transmittunt ad heredes suos, *l. 1. C. de his qui ante ap. tab.* Legatum autem transmittitur ad heredem, etiamsi nondum agnitum sit, modo legatarius decesserit post diem legati cedentem. His præmissis finge; tres sunt heredes instituti ex æquis partibus, Primus, Secundus, Tertius. Primo per præceptionem certæ res datæ sunt. eidem Primo substituti sunt coheredes vulgariter, hic Primus non adita hereditate post diem legatorum cedentem vita decessit,

A hereditatem non transmisit ad heredes suos quam non adierat: ideoque substitutio pertinet ad coheredes, qui etiam non facta substitutione in locum partemque eius venirent iure adcrescendi: qua de causa & hæc substitutio in omnibus imitatur ius adcrescendi: obuenit enim inuitis, cum tamen alias ex substitutione non cogatur adire, *l. 6. C. de impub. & aliis subst. l. si quis heres institutus, sup. de acquir. hered.* & obuenit coheredibus sine noua aditione, cum tamen substitutione alias adiri oporteat perinde ac institutione, & transmittitur suis spes in heredem, cum tamen alias non transmittatur, antequam extiterit substitutionis conditio. Verum de hereditate non agitur, de prælegato quæritur, an Primus prælegatum transmiserit ad heredes

B suos: ait Papinianus, non totum transmisisse, sed partes tantum quas à coheredibus accepit iure legati, quia dies legatorum cesserat, antequam moreretur Primus, portiones quas possedit pro legato, non omnia quæ possedit pro herede, quæ sententia pugnat cum his quę proposui initio: nam diximus, heredem omittentem retinere totum prælegatum, etiam pro parte ex qua institutus est. pugnat hic §. cum *l. qui filiabus & seq. sup. lib. 1.* Verior solutio hæc est, *l. qui filiabus, & seq.* loquitur de eo qui abstinuit hereditate, vel qui omisit hereditatem. Hic totum prælegatum retinet, atque adeo transmittit in heredem. Hic §. *vlt.* loquitur non de eo qui repudiauit, sed de eo qui deliberans & consultans de adeunda hereditate, aut non, vita decessit. hic heres nondum separauerat hereditatem à legato, nondum sibi lega-

C tum retinuerat, spreta hereditate, quoniam deliberantem mors oppressit, & ideo etiam totum legatum non transmittit, sed partes tantum quæ ex persona coheredum constiterunt iure legati mero. pars hereditaria ad substitutos coheredes pertinet, & ita Accursius recte in *l. filio, sup. lib. 1.* quæ secundum solutionem facit, & Bartolus probat. Prima solutio hæc erat. in *l. qui filiabus*, loquitur de coherede non substituto, hic de coherede substituto, & inde ita statuit: iure substitutionis ad substitutum pertinere etiam præceptionis partem hereditariam, iure adcrescendi ad coheredem non substitutum, non pertinere præceptionis partem hereditariam, quod falsum est: nam substitutio in omnibus imitatur ius adcrescendi, & refellitur *l. Sextiam, inf. lib. 3.* vbi coheres coheredi fuit sub-

D stitutus, & tamen ait, substitutum nullo modo substitutum videri, repudiante scilicet coherede, nisi coheres deliberans decesserit, atque ita substituto locum fecerit. Vltima solutio differentiam facit inter suum heredem & extraneum, quæ etiam refellitur *l. quæsitum, §. duob. sup. lib. 1.* Vbi in extraneo repudiante idem decernitur, quod in suo abstinente, *d. l. qui filiabus §. vlt.*

Ad L. Cum filius. LXXVI.

Cum filius diuisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita varia sententia iudicium exstitissent: heredem, qui filium vicerat, pro partibus quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum præceptiones sibi datas, non magis quam cæteros legatarios actiones constitit. sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset, quod non erit trahendum ad seruitutes, quæ pro parte minui non possunt. plane petetur integra seruitus ab eo, qui filium vicit; partis autem æstimatio præstituitur; aut si paratus erit filius pretio accepto seruitutem præbere, doli summouebitur exceptione legatarius, si non offerat partis æstimationem: exemplo scilicet legis Falcidiæ.

E LEgendum initio vt Florent. *Cum filius diuisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variæ S. extitissent.* filius exheredatus de inofficioso testamento matris querelam pertulit, id est, per-

egit, sed non omnino pertulit, quoniam variæ sententiæ iudicum extiterunt, alius vicit, alius victus est. *perferre* est vincere, *l. dominus, sup. de vsufruct. l. filio §. vlt. sup. de inoffic. test.* Igitur ponamus speciem totam: mater sibi tres heredes scripsit Primum, Secundum, & Tertium. Primo per præceptionem certas species dedit, filium suum exheredauit, aut, quod idem est, præteriuit. præteritio matris exheredatio est: Filius egit querela inofficiosi testamenti matris aduersus heredes scriptos apud Centumuiros : est enim querela inofficiosi testamenti Centumuirale iudicium, *l. Titia, l. qui repudiantis sup. de inoffic. testam. hasta iudicium* Valerius vocat, significans querelam inofficiosi testamenti, *lib. 7. cap.* hoc centumuirale iudicium vel huic simile quoduis, diuiditur in tribunalia quatuor, *Quintil. lib. 12. cap. 5.* Vbi loquens de centumuiralibus iudiciis: *Certe,* inquit, *cum in Basilica Iulia diceret primo tribunali, quatuor autem iudicia, vt moris est, cogerentur.* Et post, *laudatum quoque ex quatuor tribunalibus memini.* Sunt igitur centumuirorum tribunalia quatuor iudicia, consilia, hastæ quatuor: & ideo querela inofficiosi testamenti appellatur *quadruplex iudicium, Plin. 6. epist. 6.* & hoc loco diuersis tribunalibus intelligit centumuirorum tribunalia, iudicia, consilia duplicia & quadruplicia, idem Quintil. *lib. 5. cap. 2.* significat, bis de eadem causa pronunciari in reis. *deportatis,* inquit, *de assertione secunda, & in partibus centumuiralibus quæ in duas hastas diuisæ sunt, & lib. 11. cap. 1.* si apud alios iudices agetur, vt in assertione secunda, aut in centumuiralibus iudicis duplicibus, primum reorum iudicium iterabatur & repetebatur. Sulpitius Seuerus *libr. 2. hist. sacra, Trichilianum gemino iudicio auditum conuictumque maleficij,* & paulo post: *iterare iudicium necesse erat,* quod confirmat *l. 2. C. de cust. reorum,* & ita olim Athenis vt Tul. scribit *primo de orat.* primis sententiis statuebant iudices damnarent an absoluerent reum. deinde legibus iterum sententiam ferebant, atque ita in reis erat duplex iudicium. assertionem quoque sæpius repeti solitam ostendit *l. 1. C. de assert. toll.* hic etiam diuisis hastis de eiusdem testamenti causa centumuiri iudicabant. Atque ita in proposita specie filius exheredatus diuisis hastis egit de inofficioso testamento matris, & vt de quadam Actia Variola scribit Plin. *6. epist.* quæ egerat quadruplici iudicio exheredata à patre, id est, querela inoffic. testamenti apud tribunalia centumuirorum quatuor, duobus consiliis vicisse, eum totidem victum fuisse. Ita in hac specie, vt hic proponitur, filius exheredatus vno vel duobus tribunalibus victus est à Primo, aliis ipse vicit cæteros heredes scriptos, quod plerunque euenire solet, vt ait *l. circa sup. de inoff. test.* & confirmat *l. nam & si §. vlt. eod. l. cum cum duobus C. eod.* Interdum fieri solet, vt ait *l. si pars, eod.* vbi partes iudicantium appellat, quas Quintilianus partes centumuirales. hoc etiam loco, dum ait, *atque ita varia sententia iudicum extitissent,* vt plerunque euenire solet diuersis tribunalibus. vnde autem hic tam variæ sententiæ iudicum, quoniam in his iudiciis de inofficiosis testamentis meritorum fiebat comparatio exheredati & testatoris, & heredum scriptorum. qui melius erat meritus vincebat: atque ita pluribus heredibus scriptis comparatione facta meritorum fit plerunque vt filius vincat vno iudicio, vincatur altero, vt vincat vnum heredem, alium non vincat. si corpus vniuersum iudicantium spectes iidem aduersus heredes scriptos de eadem causa sunt iudices: & vero cum agit filius exheredatus de inoff. test. & plures sunt scripti, ratio postulat vt omnes scripti mittantur ad eundem iudicem, & mittuntur ad eundem iudicem! iidem sunt iudices si vniuersum corpus spectes, si tribunalia diuisa, sunt iudices & diuersi. hoc igitur modo agendo filius exheredatus de inofficioso victus est à Primo, Secundum, & Tertium vicit, atque ita pro parte Secundi & Tertij matrem fecit intestatam, qui est effectus querelæ, vt eum qui non decessit intestatus reddat intestatum, modo in totum, modo pro parte: vt filius exheredatus pro parte Secundi, & Secundus matrem reddat intestatam pro parte Primi, mater testata mansit, *d. l. circa, sup. de inoff test.* Idemque seruandum erit in prælegatis: nam Primus species sibi prælegatas pro parte coheredum non capiet, quibus exheredatis abstulit suas portiones, pro sua parte capiet: rescisso igitur testamento pro parte, ex causa inofficiosi testamenti, legata & prælegata infirmantur in totum; sed quid dicemus de libertatibus directis testamento matris datis? rescisso testamento in totum infirmantur etiam libertates, *l. Papinia. §. vlt. de inoff. testam.* quid si rescindatur pro parte vt in hac specie, an vt legata dicis manere pro parte & pro parte infirmari ac prælegata, ita dicemus libertates pro parte consistere? hoc non possumus dicere ita in libertate, quoniam nemo potest esse pro parte liber, pro parte seruus. Quid ergo dicemus, libertates intercidere? non. fauorabilius est dicere libertates in totum competere ex testamento, si vel vnus extiterit ex eo testamento, alij victi sint querela, *d. l. cum duobus, C. de inoff. testam. l. 6. inf. de collat. dot.* sicut dicis etiam substitutionem pupillarem omnimodo consistere, manente testamento principali pro parte, rescisso pro alia parte; hoc enim est fauorabilius pupillo, *l. Papin. §. sed nec impuberis, sup. de inoff. testam.* libertati non sunt similes seruitutes prædiorum legatæ testamento. rescisso testamento pro parte, dicimus pro parte infirmari, ea scilicet quæ diuisionem recipiunt. Idem non possis dicere in seruitutibus legatis, veluti via, aut itinere, pro parte eas consistere, pro parte non consistere, quoniam seruitutes indiuiduæ sunt. An igitur dices seruitutes integras deberi rescisso testamento pro parte, sicut dicis in totum libertatem competere? vtræque sunt indiuiduæ, & libertates seruis relictæ, & seruitutes prædiorum. sed in hoc est differentia, quod libertatibus directo datis testamento interueniente lege Glicia, id est, pro parte rescisso testamento per querelam, libertates non intercidunt, sed omnimodo competunt ex eo testamento. seruitutes autem legatæ intercidunt non oblata æstimatione partis, vel integræ petuntur ab herede scripto, qui filium vicit oblata æstimatione partis filij. Sic igitur distinguamus: is cui seruitus legata est illo testamento quod filius rescidit pro parte, aut non offert æstimationem partis: & hoc modo recte petet seruitutem ab herede scripto, quem non vicit filius exheredatus. à filio non potest petere, quia filius non est heres ex testamento, sed ab intestato, & ab intestato legata non debentur; sed petet seruitutem à Primo qui filium vicit in querela, eique præstabit æstimationem partis filij, qua ipse Primus redimet partem filij, si filius velit emere. nec enim cogetur, vel etiam si paratus sit filius accipere pretium suæ partis, vt legatario scriptus heres cedat integram seruitutem, heres scriptus qui vicit filium legatarium petentem integram seruitutem, excludet exceptione doli mali, si non offerat æstimationem partis filio parato accipere. id omne proponitur hic. Verum omnino male punctis distinguitur: Addit in fine *exemplo scilicet legis Falcidiæ.* quibus verbis demonstratur, idem obseruari interueniente Falcidia: nam si seruitutes sint legatæ, quæ non possunt diuidi, ergo nec per Falcidiam possunt diuidi, intercidunt seruitutes, vel si eas velit legatarius sibi præstare integras, debet offerri æstimationem quadrantis, vel intercidet seruitus legata, æstimatione quadrantis non oblata, *l. 7. inf. ad leg. Falc.* quam l. puto hic verbis huius legis esse complendam emendata inscriptione. hæc est ex *7. respons.* illa, ex *7. quæst.* videtur emendandum *7. respons.* idem comprobatur *l. pure §. 1. inf. de dol. except. l. si is qui quadring. inf. ad leg. Fal.* Idem seruabitur in fideicommissariis libertatibus: nam heres scriptus qui vicit filium, eas non præstabit, nisi seruus offerat æstimationem partis competentis filio ablatæ à cæteris heredibus, *l. iudicata, inf. de except. rei iudic.* & secundum hæc debet intelligi *l. pen. in fi. sup. de iure codicill.* quam Accurs. opponit huic l. in illo loco *d. l. pen. eorum tamen quæ pro parte, &c.* Species est: quidam qui vxorem ignorabat esse graui vtero, & putabat filium vnum

tantum habere, testamentum non fecit, sed codicillos scripsit ab intestato ad eum filium quem solum se habere existimabat, prægnantem esse vxorem nesciebat, codicillis ab eo filio reliquit fideicommissa quædam, reliquit fideicommissarias libertates, reliquit & seruitutes per fideicommissum. Deinde natus est postumus post mortem patris. agnatione postumi non rumpuntur codicilli, testamentum rumpitur, quoniam debuit heres exheredari, codicilli non rumpuntur, quoniam nec institui, nec exheredari potuit codicillis. præteritio postumi nullo vitio afficit codicillos, quid fiet de fideicommissis relictis codicillis, an solida fideicommissa præstabit filius qui solidum non capit? non. legata præstabit pro sua parte tantum, pro altera parte postumus non præstabit, quoniam ab eo non sunt relicta, & quia suo iure venit, non iudicio patris, vt frater, *l. cum pater §. cum existimaret, inf. hic.* & hoc dicimus de fideicommissis quæ diuidi possunt, vt pro parte consistant. Quid si fideicommissa quædam eis codicillis sint relicta, quæ diuisionem non recipiant? & ait *d. l. pen. eorum tamen quæ pro parte præstari non possunt, nihil præstandum.* ex his verbis colliges, ergo non præstabuntur fideicommissariæ libertates, quod falsum est. ergo non præstabuntur seruitutes legatæ per fideicommissum offerenti æstimationem partis. imo non ita est, neque ita accipienda sunt illa verba, sed primum ab illa sententia *eorum tamen, &c.* excipere oportet libertates. est fauor libertatis vt in *l. qui graui, & duabus seq. sup. de iure codic.* Itaque fideicommissarias libertates filius præstabit, seruos quibus relicta est libertas codicillis manumittet redemptis partibus à postumo. Postumus autem non cogitur manumittere, quia non est rogatus, & quia suo iure venit, tamen non iudicio patris, frater venit etiam iudicio patris, vt ex codicillis apparet ad eum scriptis, *l. 8. §. 1. inf. eod.* diuersa sunt suo iure & iudicio defuncti, *l. cum ab vno, hic.* Igitur primum ab illa sententia, *eorum tamen, &c.* excipienda est libertas fideicommissaria. deinde addenda est exceptio (vt Rogerus ait) vt non præstentur quæ pro parte præstari non possunt, veluti seruitutes, vt intercidant seruitutes, nisi fideicommissariis offerat æstimationem partis, æquitas admittit hanc interpretationem, quæ fuit sententia Rogerij, & hoc loco male Accurs. distinguit inter querelam & ruptionem. hic dicit testamentum fuisse rescissum querela. hoc falsum: nam ibi non fuit testamentum, fuere codicilli, & hi nec rupti agnatione postumi. Disputatio huius legis hodie vacat, quia ex nouuella Iustin. querela inofficio si testamenti institutionem solam rescindit, cetera omnia permanent, etiam in totum rescisso testaméto. Ante nouellam Iust. in totum rescisso testamento per querelam corruebant omnia, etiam libertates, & tabulę pupillares. rescisso autem testamento pro parte minuebantur legata etiam seruitutum, quia præstanda erat ęstimatio partis, libertates omnimodo competebant, tabulę pupillares valebant.

Ad §. 1.

1. §. Lucio Sempronio lego omnem hereditatem Publij Mæuij. *Sempronius ea demum onera suscipiet, quæ Mæuianæ hereditatis fuerunt, & in diem mortis eius, qui heres Mæuij exstitit, perseuerauerunt, sicut vice mutua præstabuntur actiones, quæ præstari potuerunt.*

2. §. *Dominus, herede fructuario scripto, fundum sub conditione legauit: voluntatis ratio non patitur vt heres ex causa fructus emolumentum retineat. diuersum in ceteris prædiorum seruitutibus, quas heres habuit, responsum est. quoniam fructus portionis instar obtinet.*

IN hoc §. hæc species proponitur. Ego legaui Sempronio omnem hereditatem Mæuij, id est, quæ mihi obuenerat morte. Mæuij hereditatis nomine continentur etiam onera, *l. 8. §. vlt. sup.* Est enim nomen iuris, & ideo ex hoc legato interpositis cautionibus Sempronius suscipiet omnia onera hereditatis Mæuianæ, & vicissim ei

A præstabuntur omnia commoda eius hereditatis, cedentur actiones, non transibunt in eum actiones nisi remedio cessionis, directæ scilicet: nam quod ait Accurs. defendi potest, tunc iure cessiones vtiles competere, quoniam plerunque vbi cedendæ sunt actiones directę, si non ceduntur vltro, competunt vtiles: vt si hereditas vendita sit emptori, competunt actiones directę, vel si non sunt cessę, competunt vtiles, si alieno nomine pecunia credita sit, si nomen emptum, legatum, donatum, pignoratum in dotem vel in solutum datum sit, *l. ex legato, C. de legat. l. Postquam C. de hered. vel act. ven. l. 2. C. de oblig. & act. l. 4. C. si certum pet.* non transibunt etiam onera in legatarium, nisi remedio cautionum, *l. qui concubinam §. cum ita, inf. lib. 3.* Quę quidem stipulationes interponentur ad exem-

B plum stipulationum partis, & pro parte, quę interponuntur inter heredes, vel legatarium partiarium, cui suę hereditatis partem legat, quem etiam onera sequuntur, interpositis illis stipulationibus, & commoda, factis cessionibus, & delegationibus. Sicut autem ex hoc legato actiones tantum præstantur legatario quæ præstari possunt, id est, quæ remanserunt, non quas ego recte pertuli, & exegi, ita legatarius suscipit tantum onera quæ in diem mortis meę perseuerauerint, non quibus ego iam perfunctus sum, quibusque hereditatem Męuianam liberaui, vt in specie legis pen. §. *quæ marito, inf. hic.* mater filios & alios quosdam heredes extraneos scripsit. filiis pręlegauit hereditatem, quę sibi obuenerat morte mariti sui, ita vt omne onus eius hereditatis filij sustinerent tam in præteritum, quam in futurum, nec non & id quo mater ipsa post mor-

C tem mariti ea bona onerasset, & vsus est his verbis: *filij præcipitote quicquid ad me ex hereditate Titij domini mei patris vestri ad me peruenit; ita tamen vt omne onus eius hereditatis, tam in præteritum, quam in futurum, nec non & si quid post mortem Titij domini mei agnoscatis,* vulgo additur male, *solui,* delendum est, quo carent Flor. *nec non si quid post mortem Titij domini mei,* id est, si quid oneris accesserit eius bonis post mortem mariti facto meo, vt id omne vos agnoscatis, id est, quod vel ipsa contraxi, vel maritus: subiicit deinde quęstionem ex hac specie his verbis. Primum obseruandum est, ita vt pronunciaui, esse scriptum Flor. quę scriptura est proprior vero, sed manifestum est verbum, *dedisset,* non suo loco esse positum, & suo loco reddendum esse hoc modo: *quæro, an si quid soluisset, de-*

D *disset post mortem mariti, cum ipsa fructus cepisset, ad onus eorum pertineret:* nam hęc solent efferri ἀσυνδέτως, vt in *l. nomen §. vlt. lib. 3.* vel, *resoluisset reddidisset, vt Varro,* neque est emendandus, quod Plautus dicat, *remsoluisset:* nam vtrumque est rectum, *remsoluere,* &, *resoluere.* si quid igitur soluisset, dedisset, vt si soluisset æs alienum, dedisset legata. Quæstio igitur hęc est, an onera quibus mater eam hereditatem alienauit, soluendo, dando, satisfaciendo filij agnoscere debeant, quoniam iussi sunt agnoscere pręterita onera, atque ita videretur dicendum. Id vero interest scire propter extraneos coheredes: nam si filij debent ea onera agnoscere quæ subiit mater iam & exoluit; compellentur filij reddere coheredib. extraneis quod mater soluit. sed Scęuola respondet, filiis ea tantum onera imposita videri, quibus nondum esset alienata hereditas, non e-

E tiam ea quibus eam hereditatem mater iam liberasset, maxime cum & ipse hereditatis eius fructus interim cepisset, nec filiis reseruasset. non videtur ergo eis ea onera imposuisse, quę ipsa iam exoluit, & cum quibus compensare debebat fructus, quos cepit, & filiis reseruauit, sed ea tantum onera tam præterita quam futura videtur filiis imposuisse quæ perseuerauerunt, non persoluta iam & perfuncta. Et ita in hoc §. cum legatur hereditas Mæuiana, videntur onera etiam imponitam præterita, quam futura quę remanserunt, non quibus ipse testator iam est perfunctus. Dixi, onera transire in hunc legatarium remedio stipulationum. dubitari potest, an non transeant ipso iure sine cautione ex SC. Trebell. in hac specie, si ego heredem institui & rogaui vt restitueret Sempronio heredi-

tatem Mæuianam, id eſt, quæ ad me peruenerat à Mæuio, an reſtituendo hanc hereditatem, perſoluendo fideicommiſſum in Sempronium transferunt actiones vniuerſæ actiuæ, & paſſiuæ, commoda & incommoda, id eſt, non opus eſt ſtipulationibus: nam deficit in hac ſpecie Senatuſconſultum Trebell. cum teſtator non ſuam hereditatem fidei heredis committit, ſed quod ex hereditate Męuij habuit, quaſi res certas quas à Mæuio habuit, vel etiam res quas in illa regione habuit, vel res Italicas, vel res prouinciales: Nam hoc genere fideicommiſſi reliquit vniuerſitatem quandam, ſed in omni fideicommiſſo quod id continet, id eſt, commoda & incommoda, non inducimus Trebellianum: alioquin id induceremus etiam in legato partitionis, quia iuris ſignificationem habet, cum iubetur heres partiri cum Titio: nam hic ſenſiſſe videtur teſtator, vt partiarius commoda omnia, iura omnia habeat, nec tamen inducemus Trebellianum: & ideo ſi quis rogetur reſtituere Mæuij hereditatem, in fideicommiſſum reſtituendo non tranſeunt actiones, *l. cogi* §. *ſed & ſi miles inf. ad Trebell.* qui §. oſtendit, aliud eſſe in milite quam in pagano: nam & miles poteſt ex certis rebus inſtituere heredem, quod paganus non poteſt. vnde conſequens eſt vt etiam miles poſſit verbis precariis heredem inſtituere in rebus certis, puta in hereditate Męuiana, in quibus conſequens eſt ſeparatim inducere debere Trebellianum, & ipſo iure tranſire actiones in fideicommiſſarium in teſtamento militis: ideoque ex *d.* §. *ſed et ſi miles*, in §. *ſed & ſi quis* qui præcedit, legendum eſt negative, *Cum placeat illud quod. Papin. ait ex Trebelliano tranſire actiones.* hoc eſt falſum, vt indicat §. *ſeq.* & omnino verum eſt non tranſire, vt & §. *ſed & ſi quis*, indicat: nam ex eo colligit heredem rogatum Sempronio reſtituere Mæuianam hereditatem, cum reſtituendo Mæuianam hereditatem, non teneatur actionibus, & oneribus hereditariis niſi interpoſitis ſtipulationibus, quod deficiat Trebellianum: ideo ſi hic heres ne alligetur oneribus, eam hereditatem ſuſpectam dicat, ſi totam hereditatem nolit adire, non cogetur adire ob hoc fideicommiſſariam, niſi paratus ſit fideicommiſſarius recipere totam hereditatem teſtatoris: eſt enim relicta ei hereditas Mæuiana, ſed non coget ſcriptum adire, niſi velit totum ſibi reſtitui. totum quidem reſtituetur, & tranſibunt actiones, Mæuiana non reſtituetur ex Treb. §. *dominus* expoſui in *l. 26. & 32.*

Ad §. heres meus.

3. §. Heres meus Titio dato, quod ex teſtamento Sempronij debetur mihi. *cum iure nouationis, quam legatarius idemque teſtator ante fecerat, legatum ex teſtamento non debeatur, placuit, falſam demonſtrationem legatario non obeſſe: nec in totum falſum videri, quod veritatis primordio adiuuaretur.*

SPecies hæc eſt. ego legaui Titio quod mihi debetur ex teſtamento Caij: ego vero iam heredem Caij liberaueram actione ex teſtamento, facta nouatione, id eſt, transfuſa actione ex teſtamento in ſtipulationem. Itaque iam mihi non debetur ex teſtamento, ſed ex ſtipulatione, quoniam nouationem feci, quod veteres faciebant plerunque ſacrorum liberandorum cauſa: nam certis caſibus legatarius obligabatur ſacris defuncti ſicut heres; ſed inuenta eſt ratio, qua liberaretur ſacris ilis caſibus, puta ſi legatarius heredem ſolueret per æs & libram, M. *Tull.* 2. *de legib.* ſi eum liberaſſet actione ex teſtamento facta nouatione: atque ita eodem loco res erat, ac ſi pecunia legata non fuiſſet, quæ debebatur ex ſtipulatione, non ex teſtamento. Sic igitur de hoc quod debebatur ex teſtamento, transfuſum erat in ſtipulationem. poſtea tamen legauit quod ſibi teſtamento debebatur. vtile eſt legatum, quoniam falſa demonſtratio non vitiat legatum: & præterea non omnino eſt falſa demonſtratio: nam inſpecta origine obligationis, eſt vera. cauſa enim fuit pecunia debita ex

A teſtamento. non poteſt videri in totum falſum, quod veritatis primordio adiuuatur, & idem manet hoc caſu debitor, idem creditor, cum tamen obligatio nouata eſt: perempta tamen obligatione omnimodo, veluti per acceptilationem, ſane legatario nihil deberetur, *l. ſi ſic* §. *1. ſup. lib.* 1. ſed hic obligatio manet, quamuis nouata ſit, & sic nouatione facta liberationis legatum non extinguitur, *l. vlt.* §. *vlt. inf. de liberat. leg.* quod tamen extinguitur omnimodo perempta obligatione, *l. ſi id quod, eod.*

Ad §. Seruus.

4. §. *Seruus pure manumiſſus, cui libertas propter impe-*
B *dimentum iuris poſt aditam hereditatem non competit, quod ſtatus eius extrinſecus ſuſpenditur, forte propter adulterij quæſtionem, ex eodem teſtamento neque legata, neque fideicommiſſa pure data ſperari poteſt: quia dies inutiliter cedit.*

SCiendum eſt, libertates teſtamento relictas cedere ab adita hereditate, itemque legata ſeruis manumiſſis data, *l. Iul. inf. de cond. & demonſt.* cum alias legata cedant à morte iure antiquo. at legata relicta manumiſſis non cedunt, antequam libertas competat, quæ non competit ante aditionem. ſimul igitur cedit libertas ab aditione, & legatum manumiſſo relictum? Finge; adita hereditate ſtatus ſerui extrinſecus ſuſpenditur, id eſt, extra cauſam teſtamenti ratione quadam iuris, quæ moratur libertatem, veluti propter adulterij quæſtionem, id eſt, accuſationem:
C nam ſecunda interpretatio Accurſij vera eſt. Sciendum eſt domina accuſata adulterij, ſeruos qui ſunt in ea familia non poſſe manumitti ex *l. Iul.* intra dies ſexaginta ab inſtituta accuſatione adulterij, ne quęſtione ſubducantur: nam ſi liberos feceris, quęſtionem ſubduxeris *l. proſpexit, qui & à quib. man. lib.* & ſic hac ratione huius ſerui ſuſpenſa eſt libertas, nec ceſſit ab adita hereditate, qua de cauſa ait, legata hic ſeruo relicta non deberi, quia dies eorum legatorum ceſſit inutiliter, & ideo ſperat fruſtra: Nam legata quæ die cedente legatorum inutilia inueniuntur, nunquam debentur *l. vlt. ſup. Communia præd.* hæc inuenta ſunt inutilia, quia die cedente, id eſt, aditionis tempore non erat liber, libertatem ex l. Iulia ſuſpenderat. Damnum itaque facit legatorum, nec ea vnquam
D conſequi poteſt: libertatem conſequetur poſt dies 60. neque obſtat *l. 1. C. de his qui ad libert.* quæ explicanda eſt ex *l. fratres, inf. de pœnis,* vbi refertur ſententia eius conſtitutionis, & ita reſtituenda inſcriptio: *Impp Antoninus & Verus,* qui ſunt duo fratres, & ſententia non eſt obſcura, nec Accurſio incognita, vt ſi ſeruus cui relinquitur libertas, & aliquid præterea nomine legati aut fideicommiſſi, ſit in vinculis pœnæ cauſa tempore aditæ hereditatis, nihil capiat ex teſtamento; quoniam is non poteſt peruenire ad libertatem, qui pœnę cauſa eſt in vinculis. ſed ſi beneficium teſtatoris eos apprehendat vinculis iam ſolutos, admittentur ad beneficia defuncti, non ſi dies cedit inutiliter, id eſt, ſi aditionis tempore pœna ſoluta non fuit. nihil obſtat *l pen. C. ad Syllan.* vbi male Accurſ. ſed apertiori ratione dicendum eſt, Syllaniano SC. caueri, vt occiſo te-
E ſtatore in ędibus ſuis hereditas non adeatur, antequam quęſtio habita ſit de familia. hęc cauſa ſuſpendit aditionem. ſuſpendit ergo & quęcunque cedunt ab aditione veluti libertates, & legata manumiſſis relicta: ſed poſtea adita hereditate hęc omnia competunt, recte, quia cedunt vtiliter ab aditione. & omnino ita eſt reſpondendum, ibi ſuſpenſa erat aditio, hic non fuit ſuſpenſa, ſed adiuit heres; ceſſere ergo legata inutiliter.

Ad §. Pater cum filia.

5. §. *Pater cum filia pro ſemiſſe herede inſtituta, ſic teſtamento locutus fuerat*: Peto, cum morieris, licet alios quoq;

alios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei: *necessitas quidem restituendi nepotibus viriles partes, praecedere videbatur, sed moderandae portionis, quam maiorem in vnius nepotis personam conferri arbitrum filiae datum.*

ILlud est elegans quod scribit Papinianus in hoc §. de patre qui filium heredem scripserat, & ita dixerat: filia peto cum morieris, licet alios filios susceperis Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei: nam ponendum est testatori fuisse nomen Sempronium, atque ita in antiquo testamento Cusp. Lucio legat quod nomen meum ferat. Porro illis verbis Sempronius testator primum necessitate videtur adstrinxisse filiam restituendi nepotibus: & quidem caeteris nepotibus restituet pro virilibus portionibus: nam videtur fecisse viriles portiones cum fideicommissum reliquit nepotibus, *l. cum pater* §. *hereditatem, inf. hic,* soli Sempronio nepoti maior pars debebitur arbitrio filiae, opponit necessitatem arbitrio: nam caeteris quasi ex praescripto necesse habet dare viriles singulis: de Sempronio ipsa arbitrabitur, vt volet, eumque moderabitur, vt aequum videbitur: recte Accurs. putat, arbitrium esse hic arbitrium boni viri: nam ait filiam moderaturam portionem. moderationis verbum arbitrium boni viri continet. qua de causa non arbitrante filia iudex arbitrabitur, ita vt hic secundum voluntatem defuncti plus ferat quam caeteri nepotes.

Ad §. non iure.

6. §. *Non iure tutori dato mater legauit, si consentiat, vt decreto praetoris confirmetur, & praetor non idoneum existimet: actio legati, non denegabitur.*

SCiendum est, tutorem datum testamento, cui legatum etiam relictum est, legatum amittere, si se excusauerit tutela, vel si remotus fuerit vt suspectus: nam hoc legatum tutori relinqui videtur remunerandae fidei & operae suae causa: Ideoque si deficiat onus tutelae, vel si remoueatur suo vitio, indignus etiam censetur legato. id tamen fiscus non aufert, sed remanet apud heredem, *l. tutor* §. *1. sup. de excusat. tut. l. 5.* §. *amittere, inf. de his quib. vt ind. l. pen. C. de legat.* Quanquam plerunque soleant ab indignis legata hereditatesque in fiscum transferri quę vocantur ereptitia, *l. vnica* §. *quae autem, C. de cad. toll.* ea quae indignis auferuntur, ait in fiscum, vel in alias personas transire. ergo non semper in fiscum, in fiscum regulariter, in alias personas, vt supra dicto & casu, in casu *l. si patroni* §. *qui fideicommissum, inf. ad Trebell. & l. si ab hostibus* §. *vlt. sup. sol. mat. & l. si ex voluntate, C. de donat. inter virum & vx.* est & alius casus in *Nou. 115. ca. 3.* Nunc hoc praemisso finge: tutor testamento non iure datus veluti à matre, vt hic proponitur. hoc est vnum vitium dandi tutoris, si is dederit quem non oportet, *l. 1. de confirm. tut.* eum autem dare oportet qui pupillum habeat in potestate: tutela enim iure patriae potestatis mandatur, *l. impuberi, sup. de administ. tut.* Ergo mater non iure dat tutorem. verum enimvero si mater dederit tutorem filio heredi instituto, Praetoris decreto confirmari potest tutor ex inquisitione, secundum ea quae dixi in *l. peto* §. *mater, sup.* Pone eidem tutori matrem legasse aliquid, & paratum quidem esse tutorem instituti à matre tutelam suscipere, & confirmationem Praetoris sequi, sed inquisitione habita Praetorem non idoneum iudicasse & confirmare noluisse, an repelletur à legato? minime, quia quantum potest iudicio matris paruit, & confirmari voluit, non se excusare. non est remotus à tutela vt suspectus, quoniam eam nondum susceperat vel attigerat. qui remouetur à tutela, amittit legatum, *l. quod autem, sup. de excusat. tut.* qui non confirmatur, si modo fuerit paratus tutelam suscipere, refragante Praetore, non amittit legatum: sunt & alia vitia dandi tutoris quae breui comprehensione traduntur *d. l. 1. sup de confir. tut. & l. 13.* Digest. §. *pen. sup. de excusa. tut.* & omnino sunt quatuor: si is dederit quem non oportet, vt si mater filio, si ei datus sit tutor cui non oportet, vt si pater dederit tutorem filiofam. adolescenti, nec enim datur adolescenti tutor, vel curator, vel vt ait *d. l. 1.* si pater dederit tutorem filio emancipato, vel filio naturali tantum; sed hoc casu est duplex vitium, est vitium in dante, quia non habet pupillum in potestate, est & vitium in eo cui datur, quoniam non est in potestate; sicut cum mater dat filio, duplex est vitium: est & vitium in loco, vt si tutor detur codicillis non confirmatis, id est, codicillis ab intestato factis: nam in codicillis ab intestato nihil directo scriptum valet: est & vitium in modo dandi, vt si tutorem dederit verbis precariis, & ita intelligenda *l. 1.* nam tutor omnimodo dandus est verbis directis, *tutor esto,* neque tutela potest flecti ad fideicommissum, vt in specie *l. peto* §. *mater,* cum pater non iusto testamento adiicit clausulam codicillarem, legata, & libertates valent iure fideicommissi, tutela nullo modo valet, caetera inflectuntur ad fideicommissum, tutela non inflectitur ad fideicommissum vsquam.

Ad §. Qui Mutianam.

Qui Mutianam cautionem alicuius non faciendi causa interposuit: si postea fecerit: fructus quoque legatorum quos principio promitti necesse est, restituere debet.

LEgata relicta sub conditione non faciendi, vt illi decem si Capitolium non ascenderit, lego, quae conditio sola morte legatarij finitur, & impletur: ea inquam legata repraesentantur viuo legatario, nec expectamus quoad moriatur legatarius remedio cautionis Mutianae, qua legatarius cauet heredi se legatum redditurum, si fecerit quod non fieri testator voluit, adscripta conditione non faciendi. cauet etiam se redditurum fructus medij temporis, vt Papinia. respondet hic, & idem etiam in libris definitionum quasi certum scripsit, *l. heres meus* §. *qui post, inf. de cond. & dem.* Et similiter si pecunia sit legata sub conditione non faciendi, legatarius cauet heredi, non tamen de reddenda pecunia, si fecerit, sed de reddendo interusurio *Nou. 22. cap. 10.* haec cautio Mutiana est satisdatio, dandus est fideiussor, *l. cum sub hac & l. hoc genus, inf. de cond. & dem.* vel est repromissio iuratoria, sine fideiussoribus cum hypotheca bonorum, *Nou. 12.* & ideò in *l. Titio fundus, inf. de cond. & dem.* cautio deficere dicitur non quae praestita non est, vt vult Accurs. quae non durat euersis facultatib. fideiussoris, vel mortuo fideiussore sine heredibus: & proprie haec cautio Mutiana locum habet in conditionibus quae morte legatarij sola implentur, & finiuntur, interdum sed minus proprie locum habet in his conditionibus quae morte alterius viuo legatario impleri possunt, & tunc dicitur velut Mutiana cautio, *l. cum tale, in princ. inf. de cond. & dem.* quod interponatur scilicet ad exemplum Mutianae, minus proprie, *d. l. cum tale & l. auia* §. *Titio, eod.* est de variis actionibus quae competunt legatorum nomine, non possunt autem esse nisi tres quae competant legatario legati nomine, ex testamento, quae est in personam, & actio in rem, & actio hypothecaria in res à testatore relictas, in bona testatoris omnia, non in bona heredis, si eam hypothecam ipse testator testamento constituerit, vel hodie etiam tacito iure ex constitutione Iustiniani citra hypothecam ipsam. rei legatae nomine duae sunt actiones, vna in personam, altera in rem: & hoc quidem verum est, si legatum relictum sit per vindicationem esse varias huiusmodi actiones, *l. si seruus* §. *cum homo, sup. lib. 1.* quae est accipienda de legato vindicationis, quia homine generaliter legato, electionem dat legatario, quod in legato vindicationis tantum obtinet: nam in legato damnationis heredis est electio: addatur *l. huiusmodi* §. *vlt. & seq. sup. lib. 1.* quae etiam leges palam loquuntur de vindicatione, & dant nominatim actionem ex testamento, & actionem in rem, & quod ait l. seq. quoniam defun-

ctus semel legatum ad eos peruenire voluit. hæc ratio conuenit tantum legato vindicationis, *l. si tibi homo §. 1. eod. l. si mihi, pure, hic*, vbi legendum, *voluerit*, scilicet testator, quæ ratio semper adnotat legatum vindicationis. Ergo ex his locis intelligimus legati per vindicationem esse actionem in rem, & actionem in personam, legati per damnationem non erat nisi actio in personam, ex constit. Iustin. est etiam vindicatio, *l. 1. C. Comm. de leg.* sed olim legati damnationis non erat nisi actio ex testamento, non vindicatio. Igitur hic §. vlt. qui loquitur de variis actionibus dandis nomine legati, est accipiendus de legato vindicationis, quod illa verba indicant, *legatum datum*. Proprie enim vindicationis legatum dari dicitur ab ipso testatore. legatum damnationis datur ab herede damnato dari. legatum vindicationis recta à testatore proficiscitur ad legatarium, & hoc legatum vindicationis, non tantum potest vindicari, sed etiam peti actione in personam. Nec nos mouet quod dicitur, neminem posse rem suam petere actione in personam. & sane videtur difficilis concursus harum actionum, vt rem petam quasi meam, & quasi mihi debitam non meam? sed hoc fit facile arbitrio agentis, quia si hic malit, legatum vindicationis, eodem loco habebit quo si esset legatum optimo iure, id est, per damnationem: sicut ex SC. Neroniano vt Vlp. in frag. ait, res aliena legata per vindicationem quod iure ciuili non valet, ex eo SC. eodem loco habetur, quo si optimo iure esset legata, id est, per damnationem, & confirmatur legatum SC. ac similiter mihi licebit eo genere rem legatam, aut vindicare, aut petere in personam quasi legatam damnationis modo, quasi meam, non quasi mihi debitam: verum vt ait Papin. legatarius vtraque actione experiri non potest: esset enim pugna quædam, si & ageret in rem, & in personam: non potest, inquam, experiri vtraque actione legatarius in solidum, vel pro parte, non solidum, quia defunctus semel duntaxat dari voluit: non partem legati vna actione, partem altera; quoniam legatum, quod vnum est, scindi non potest, nec vnum est legatum mistum ex vindicatione & damnatione. Regula est, legatum vnum scindi non posse, quæ prohibet non tantum diuisionem rei legatæ, si velit partem rei amplecti legatarius, partem spernat, sed etiam diuisionem actionis, licet propter fideicommissarium promittatur diuisio legatæ actionis, *l. Imperator, sup. hic.* Igitur legatarius vtraque actione simul experiri non potest, quia variæ actiones ei dantur, vt laxior sit agendi facultas. Cæterum vna eligenda est, quod & plerunque fit in omnibus concurrentibus actionibus, quæ rem persequuntur eandem, nisi plus sit in vna quam in altera. Neque obstat *l. 1. §. qua autem, quod legat.* Nam in specie eius paragraph. actor sub incerto egit duabus actionibus & sub protestatione, quæ vitium omne purgat, quæ absurditatem omnem purgat, & non est obscura species. Is qui rem sibi legatam occupauit non ex voluntate heredis, si eam possidet pro legato, tenetur interdicto, quod legat. vt reddat possessionem heredi, cuius retentione sibi seruet Falcidiam: vel si eam rem possidet pro herede, vel pro possessore, non tenetur interdicto quod legat, sed petitione hereditatis, vel interdicto, quorum bonorum. Finge: incertum est quo titulo possederit eam rem, quid faciet actor? sane vtramque actionem instituet actor, *sicut facere solemus*, inquit, *quoties, &c.* nam protestamur ex altera earum nos velle consequi, τὸ ἐπιβάλλον, τὸ ἄξιον, vtramque eligimus, & eodem modo in specie legis *contra, Cod. de inoff. testam.* dictat quis recte simul & querelam inofficiosi, & querelam iniusti testamenti, & protestatio vitium omne turbat.

Ad §. vlt.

8. §. *Variis actionibus legatorum simul legatarius vti non potest, quia legatum datum in partes diuidi non potest: non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus vti:*
A *sed vt laxior eis agendi facultas sit, ex vna interim, quæ fuerat electa, legatum petere.*

9. §. *Repetendorum legatorum facultas ex eo testamento solutorum danda est. quod irritum esse post memoriam defuncti damnatam apparuit: modo si à legatis solutis crimen perduellionis illatum est.*

IRritum fit testamentum damnatione, si viuus testator damnatur capite, & minuatur. irritum fit si damnetur post mortem suam memoria testatoris, veluti ex causa proditionis, *l. 6. §. Sed nec eor. de iniust. rupt.* proditionem appello, quod & tyrannidem, & ἀσέβειαν, Græci vocant, & nos rebellionem, & perduellionem, vtrumque nomen à bello deducentes, si quis prodiderit patriam, quod legis
B Iuliæ maiestatis grauissimum est caput. Alia capita legis Iuliæ leuiora sunt: nam ex aliis capitibus crimina morte extinguuntur, etiamsi in reatu decesserint post accusationem ante damnationem: ex capite perduellionis, crimen morte non extinguitur, sed mortuorum memoria damnatur, siue vt ait Mamertinus in Panegyrico ad Imper. Maxim. & Dioclet. interdicitur posteris nomen & fastis eximitur. Est elegans exemplum damnatæ memoriæ Carthaginensis Synodi cap. 84. Si Episcopus Græcum, id est, paganum, testamento scripserit, postposita ecclesia sua, eo decreto præcipitur, vt nomen eius aboleatur, & eradatur albo sacerdotum, vtque iudicetur extorris in Ecclesia post mortem, & vt eius testamentum irritum fiat. quod conuenit iure ciuili. damnatione memoriæ irritum testamentum fit: quid igitur fiet si ante damnationem memoriæ heres
C scriptus legata persoluerit, an dabitur condictio indebiti, & constat dari. Sed cui dabitur? fisco in quem cadunt bona damnati, irrito facto testamento, videlicet, si heres scriptus soluerit legata de hereditate, *l. 2. & 5. sup. de condic. indeb.* vel condictio indebiti dabitur heredi scripto, si legata soluerit de sua pecunia, vt Accurs. notat recte ex *l. quod si possessor, sup. de petit. her.* Sed diligenter distinguendum est vtrum heres scriptus de suo soluerit legata, non exacta cautione, euicta hereditate legata reddi, an instituta accusatione perduellionis, an post institutam accusationem: nam si soluerit de suo ante illatum crimen perduellionis, vel ipse condicit quod soluit de suo, vel id retinet ex hereditate quod de suo soluit, si hoc malit, & cedit fisco conditionem indebiti, quia non debet in damno versari qui soluit
D bona fide nondum mota controuersia hereditatis. verum si soluerit post accusationem institutam de suo, vel de hereditate, hoc casu dolo non caret: & ideo nec ipse condicit solutum, nec retinet ex hereditate id quod soluit, quinimo fisco tenetur eo nomine quasi dolo malo deminuerit hereditatem, quam post motam controuersiam debebat conseruare, *l. dolo, ad leg. Fal. l. hac autem §. vlt. inf. si cui plus quam per leg. Fal.*

Ad L. Cum pater LXXVII.

Cum pater filios eorumque matrem heredes instituisset: ita scripsit: Peto à te filia, vt acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis, & prædio Tusculano, partem hereditatis restituas matri tuæ: *respondi, prædium quidem*
E *hereditarium iudicio diuisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam.*

PErtinet hæc lex ad legem Falcidiam, cuius tractatio vbique horret spinis, & quidem statim prima quæstione complectemur explicationem legis *deducta, §. nummis, inf. ad Trebell.* atque etiam *l. filium, C. famil. ercisc.* quanquam eius speciem non sim explicaturus. Finge, pater filium & filiam, & eorum matrem sibi heredes instituit. filiam rogauit vt portionem hereditatis sibi adscriptam matri suæ restitueret acceptis aureis centum, & accepto prædio Tusculano, quæritur quo iure accipiat centum, quo iure prædium Tusculanum, iure hereditario, an iure legati? à semetipso, an à coheredibus? quod interest scire

propter legem Falcidiam: nam in Falcidiam imputantur ea quæ iure legati, aut fid icommissi à coheredibus accepit, *l. 15. §. pen l. quod autem, l. in quartam inf. ad leg. Falcid.* Et hac in re nihil distat Falc. quæ detrahitur ex legatis, vel fideicommissis rerum singularum à Falcid. quæ detrahitur ex fideicommissariis hereditatibus, quod festinaui iam prodere omnibus, atque ita explosa est vetus sententia quæ Falcidiam legatorum censebat esse alio iure quod ad imputationes attinet, quam Falcidiam hereditatis fideicommissariæ. Id autem placet secundum sententiam Iul. & Cels. vt ait *l. in ratione §. tametsi, inf. ad leg. Falcid.* comprobatam constitutione Adriani, *l. acceptis, eodem, l. deducta §. nummis, inf. ad Treb* id est, constitutione Diui Pii, qui & Adrianus propter adoptionem nuncupatus est, vt ait *dict. l. in quartam §. placet his omnibus*, vt sicut in Falc. imputatur ea quibus perceptis, vel deductis, vel retentis, heres rogatus est hereditatem restituere, quæ præcipere, deducere, vel retinere visus est, ita imputentur etiã ea quæ accipere iussus est, atque ita hæc quatuor verba paria sunt, hac in re *præcipere, retinere, deducere accipere*. Sed in his omnibus, vt hic demonstratur, & *d. §. nummis* attigi sup. *l. 66. & 69.* separanda est pecunia à prædiis: nam si pecuniam præcipere, deducere, retinere, vel accipere heres iubeatur, atque ita restituere suam portionem, totam eam pecuniam imputat in Falcidiam, quoniam totam eam pecuniam iure hereditario capere videtur, id est, ex hereditate eam sumere videtur, vel ex hereditatis portione sua: sed si prædium retinere, præcipere, vel accipere iussus sit, eius prædij partem suo iure capit quasi hereditariam, & hanc imputat in Falcidiam, partem à coheredibus consequitur iudicio diuisionis, vt ait hic, id est, actione familiæ ercisc. constat enim legata, vel prælegata heredi relicta venire in actionem familiæ ercisсundæ. & hanc partem quam à coheredibus accepit, quia iure hereditario non capit, sed legati iure, non imputat in Falcidiam. Atque ita magna est differentia inter pecuniam, & corpus, id est, prædium, qua accepta heres rogatus restituere portionem hereditatis, tota pecunia quam accipere iubetur, inest portioni hereditatis, quam restituere iubetur, licet in ea portione nulli sint nummi, qui ex ea confici possint, & in vsu est, vt tantum quis debeat habere in nummis, quantum ex suis rebus conficere potest, *l. 11. sup.* Totum autem prædium quod accipere iubetur, neque inest, neque inesse videtur suæ portioni hereditariæ, cum in ea non sit totum, sed commune sit inter omnes heredes. Et ideo pecuniam quidem hic heres vnico tantum iure accipit, nempe hereditario. totum prædium accipit diuerso iure, hereditario, & legati, hereditario pro sua parte, legati pro coheredum parte, *d. l. deducta §. nummis*. Retentiones, deductiones, præceptiones, acceptiones prædiorum pro partibus coheredum habentur pro legatis: Imo & si heres sit institutus ex asse, & rogatus restituere hereditatem retento prædio, prædium illud prælegatum dicitur, *l. 3. §. cum Pollidius sup. de vsuris.* Omnis igitur deductio, retentio, præcepto, acceptio prædij pro legato habetur: pecuniæ non item, quoniam pecuniam videtur retinere ex hereditate tota quæ retinetur, vel accipitur, vel præcipitur, vel deducitur; at prædij retentio, vel acceptio pro legato habetur: & in *l. filium, C. famil. ercisc.* quidam dum dicunt, filium habuisse fundum non iure legati, siue prælegati, sed ex retentione, non animaduertunt se idem confirmare & negare; nam & retentio pro legato est, & omnino ita est, nihil referre in ea *l. filium* pœnas filium fundum habuisse iure legati, vel prælegati, vel fideicommissi, vel retinere, deducere, p æcipere, aut accipere iussum: nam hæc omnia pro legatis habentur, & Græci 42. Basil. ad eam l. ponunt etiam filium rogatum restituere suam partem retinuisse eum fundum, παρακατασχεῖν τὸν ἀγρὸν τέλειον, καὶ ἀποκαθιστᾷ τὸ μέρος κληρονομίας. Atque ita quoquo modo ex his ponas, posita ea lex erit optime sub titulo familiæ ercisсundæ, quia illa omnia veniunt in hanc actionem, alioquin aliena est à titulo hoc, vt si ponas habuisse iure peculij. Proprie quidem legata heredi relicta separan-

A tur à retentionibus, præceptionibus, deductionibus, acceptionibus, *d. l. in quartam*, sed hoc quia propter retentiones, deductiones, præceptiones, acceptiones, quæ pro legatis habentur, potest & alio modo legari heredi per vindicationem, vel damnationem, vel per fideicommissum, *l. ab omnibus §. si Titio, sup. lib. 1. l. 1. §. quis, inf. quod legat.* Verum ad rem, licet, quantum ad rationem imputationis attinet, nihil intersit, vtrum rogetur heres portionem suam restituere extraneo, an coheredi: tamen cum coheredi rogatur restituere suam portionem, accepto prædio de communi, quamuis partem prædij quam à coherede accipit, & ideo non accipiat iure hereditario, non imputet in Falc. tamen, compensat eam cum Falcidia quam ex portione restituenda coheredi detrahere desiderat, *d. l. filium, l. Nezennius, l. filio, inf. ad leg. Falcid. heredi, inf. de*

B *his quib. vt ind. l. ex facto proponebatur, & l. qui non militabat, in princ. de hered. inst.* Ergo cum rogatur restituere coheredi partem prædij quam capit iure hereditario, imputare debet in Falcidiam partem quam capit à coherede iure legati, debet compensare cum rogatur restituere extraneo accepto prædio, à quo tamen nihil accepit iure legati, sed à coheredibus, partem prædij quam capit iure hereditario, sibi debet imputare in Falcidiam, partem alteram quam capit à coheredibus iure legati non potest compensare, quia eam non capit ab extraneo. Igitur hæc æquitas compensationis deficiente imputationis causa admittitur cum coheredi rogatur restituere suam portionem. Nam partem prædij, quam à coherede vicissim accipit, etsi non imputet; compensat tamen cum Falcidia. Igitur si ea

C pars expleat Falcidiam, nihil deducit iure Falcidiæ. si non expleat Falcidiam deducit in supplementum quod Falcidiæ deest, *d. l. filium.* Quid si ea pars superet Falcidiam, vt si pluris sit prædium quod accipit quam portio hereditatis quam restituit coheredi? & placet, coheredem cui restituitur portio coheredis in superfluo prædij, i. in eo quod pluris est sua portio prædij quam rogato dat, vt ait d. §. *prædiis*, videlicet si & aliis legatis sua portio onerata sit, ita vt interueniat Falcidia, Falcidiam eum in eo superfluo inducere posse, & hæc est sententia *d. l. deducta §. acceptis inf.* nam in principio §. posuit, tantum fuisse in portione hereditatis, quantum in eo, quod is qui eam portionem restituere rogatus est, accipere videtur: nam Flo. recte *acceptis centum*, centum hereditatem restituere rogatus. po-

D nit igitur tantum accepisse quantum restituit. in fine autem pluris fuit, quod acciperet, quam portio hereditatis, quam restituere iussus est: Et ideo in superfluo prædij coheres cui fit restitutio, si de aliis legatis oneratus sit, inducit Falcidiam.

Ad §. Eorum.

1. §. *Eorum quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoquo tempore potest. quod fideicommissum heredes, salua Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, præstabunt. Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiæ fungetur. Si tamen alimenta præstari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse respon-*

E *dendum erit ex defuncti voluntate, qui de maiore pecunia præstari non dubie voluit integra.*

SCiendum est, à donatario causa mortis posse fideicommissum relinqui, *l. ab eo, C. de fideic. l. cum hi §. idem erit, sup. de transact.* non à donatario inter viuos, nisi infirma sit donatio, quæ confirmanda sit morte, *l. 68. sup.* & vt ait in hoc §. à donatario causa mortis potest fideicommitti, *quoquo tempore*, id est, tam à viuo, quam à moriente, atque ita donatio causa mortis habetur instar legatorum: habetur etiam instar legatorum quod ad Falcidiam attinet ex constit. Seueri, *l. 5. C. ad leg. Falcid.* atque etiam in donationibus morte confirmatis, *l. 2. C. eod.* sciendum est etiam, heredem, vel quasi heredem solum vti Falcidia,

non legatarium, he partiarium quidem, vt si legatarius rogatus sit restituere legatum alteri supra dodrantem, vel totum legatum, non deducet Falcidiam. lex Falcidia lata est heredis causa, non legatarij. Igitur legatarius etiamsi partiarius sit, non vtitur Falcidia, *l. mulier §. vlt. inf. ad Treb.* Verum si legatarius à quo fideicommissum relictum est, patiatur Falc. id est, si eius legatum minuat Falcidia per heredem inducta, id quod passus est, imputabit legatario, atque ita minuetur fideicommissum. inducet autem Falcid. legatarius non ex sua persona, sed ex persona heredis, id est, vt heres minuit eius legatum, ita ipse minuet fideicommissum à se relictum: vt si sint legata viginti, & rogatus restituere quinque & Falcid. inducta ab herede detraxerit quartam viginti, id est, quinque integra, quinque non præstabit fideicommissario, sed reliquorum quindecim, quæ apud eum remanserunt, fideicommissario restituet quartam partem, *l. pœnales §. vlt. inf. ad leg. Falc. l. Plautius §. vlt. inf. de cond. & demonstr. l. facta § si Titius, inf. ad Trebell.* Idque plerumque æquum est, vt quod passus est legatarius, reputet suo fideicommissario, *l. 3. inf. si cui plusquam per l. Falc.* Cur ait, *plerumque?* Quoniam excipiuntur duo casus, *d. l. pœnales §. vlt.* vnus est, si testator aliud voluerit, id est, si nominatim iusserit legatarium restituere totum quod cepisset ex testamento: nam totum restituet integrum, non tanto minus, quanto & ipse minus percepit ab herede. Alter casus est in libertatibus excepto fauore libertatum, si rogatus sit seruum suum restituere, vel seruum alienum: nam legato rescisso per legem Falcidiam, nihilominus libertatem præstabit. Finge, iam: ab eo cui donaueram mortis causa, fideicommissum Titio reliqui. hoc fideicommissum heredes salua Falcidiæ ratione præstabunt. sic Flor. sed hoc est falsum: nam fideicommissum à donatario mortis causa relictum heredes non præstabunt, quoniam non est ab eo relictum, sed donatarij præstabunt. Itaque Melius Haloander legit *heredi*, neque addendum *scilicet*, & omnino hæc verba sunt intercludenda (*heredi salua placuit*) placuit, D. Seuero scilicet. Sensus est, donatarij mortis causa, à quibus est fideicommissum relictum, fideicommissum præstabunt, sed ita tamen vt heredi salua sit Falcidia, quæ locum habet etiam in donationibus causa mortis. Finge: donatarius causa mortis rogatus est restituere Titio tertiam partem rerum donatarum, & interuenit Falcidia. heres Falcid. deducet ex donatione, id est, non tantum ex partibus quæ apud donatarium remanent, sed etiam ex parte tertia quam donatarius restituere rogatus est, id est, lege Falc. heres imminuet res omnes donatas, etiam eas quæ fideicommisso continentur, atque ita donatarius eo minus præstabit fideicommissum, idem erit si rogatus sit donatarius restituere centum, pecuniam, vel certam rem ex donatione; eadem enim interuenit ratio & confirmatur supradictis legibus, quibus probatur, legatarium restituere fideicommissario Falcidiam quam passus est: Verum recte ait hic, *si pars donationis*, veluti tertia pars rerum donatarum, vel certa res, aut summa ex donatione: nam aliud dicendum est, si non partem donationis definitam, sed alimenta à donatario mortis causa per fideicomm, reliquerit: nam deducta Falcidia ex vniuersa donatione, nihilominus ex residuo donationis integra alimenta præstabuntur fideicommissario, non minuetur fideic. alimentorum. an hoc sit fauore alimentorum? minime: alioquin essent excipiendi tres casus, cum duos tantum exceperimus: vnum ob voluntatem defuncti, alterum ob fauorem libertatis: & sane hic IC. non nititur fauore alimentorum, sed ratione prioris exceptionis, propter voluntatem defuncti, quia defunctus de maiori summa voluit præstari integra, nec videtur voluisse vt alimenta præstarentur tam ex ipsis rebus donatis, quam ex reditu earum, ita plane voluit fideic. hoc totum præstari. idem confirmat, *l. maritum §. vlt. inf. ad leg. Falcid. l. liberto §. 1. de ann. leg.* nam ibi quæ dicuntur, annua sunt alimenta. exigimus autem maiorem summam remanere apud legatarium quæ

A sufficiat alimentis, & delendum, vt recte Bart. quod scripsit Accurs. ad verba *non dubie*. Quid si legatarius rogatus sit restituere totam donationem, & passus sit Falcidiam: vel similiter legatarius rogatus sit restituere totum legatum, si passus sit Falc. constat hoc casu totum residuum esse restituendum, nec inuitum vti Falcidia, nullo retento, & ita accipienda *l. si mihi Stichus, sup. l. 1.*

Ad §. mater.

Mater filiis suis vulgo conceptis dotem suam, mortis causa donando, &c.

EST de donatione causa mortis, & de Falcidia deducenda de donatione causa mortis: à donatario causa B mortis fideicommissum relinqui potest, quoniam quæ pœnitentia adimi & reuocari possunt, & per fideicomm. adimi possunt, *l. quidam testamento §. vlt. sup. lib. 1.* Donatio causa mortis pœnitentia adimi & reuocari potest exemplo legati & fideicommissi, §. 1. *de donationib.* ergo & per fideicomm. adimi potest. item repetendum illud est, legem Falcidiam pertinere etiam ad donationes causa mortis ex constit. Seueri. & eundem esse modum donationis causa mortis & legatorum, sicut l. Furia idem modus dabatur legatis & donationibus causa mortis, auctore, Vlp. in Frag. & ideo cautio Falcidiæ interponitur hodie etiam in donationibus causa mortis, *l. 1. § in mortis, inf. si cui plus quam per l. Fal.* Finge nunc: mater filiis suis spuriis animo donandi mortis causa permisit vt in mortem suam à marito C stipularentur dotem quam marito dabat: atque ita filiis donauit eam dotem mortis causa, & subiecit eos vt stipularentur eam sibi reddi mortua matre: deinde eadem mater eorum filiorum fideicommisit, vt potest, vt cum mortua esset, eam dotem eidem marito restituerent. non pœnituit eam donationis, sed donatariorum fideicommisit. si pœnituisset, fideicommittere non potuisset. quod ademisti pœnitentia, fideicommisso iam non potes adimere, deinde mater decessit constante matrimonio scriptis heredibus non filiis spuriis sed extraneis, in hac specie spuriis maritus tenetur ex stipulatu vt dotem reddat, & retro spurij tenentur marito extraordinaria persequutione fideicommissi. habet ergo etiam maritus retentionem dotis: nec enim tantum qui ordinariam, sed & qui extraordina- D riam persequutionem habet, multo magis habet etiam exceptionem siue retentionem. Dos ergo hoc casu debetur marito post mortem mulieris ex causa fideicommissi, & seruatur retentione, & debetur tota dos si Falcidia non interuenerit, quæ solet minuere etiam donationes causa mortis exemplo legatorum, §. 1. *sup.* Sed si Falc. interuenerit, quid fiet, si exhausta sit hereditas matris, & onerata, & extranei heredes instituti velint Falcidiam inducere, & singulas donationes causa mortis rescindere, hoc casu heres matris aget actione in factum aduersus defunctæ filios spurios: filij autem spurij agent aduersus maritum actione ex stipulatu, qua actione cum effectu repetent quadrantem dotis, id est, Falcidiam: cumque persoluerit heredibus scriptis à matre, dodrantem iure fideicom. mari- E tus retinebit, hoc casu totius dotis retentionem non habebit, quia Falc. minuit dotem. Quænam est illa actio in factum quæ datur heredibus scriptis aduersus donatarios mortis causa Falc. obtinendæ causa? est actio subsidiaria vindicationis, id est, vtilis in rem, & hac in re maxime distant legata à donationibus causa mortis: nam legatorum Falc. seruatur retentione tantum: donationum causa mortis Falcidia seruatur actione in factum. qua de causa, & interdictum quod legatorum ad legata & fideicommissa pertinet, retinendæ Falcidiæ causa, quæ non potest ex legatis alia ratione seruari: ad donationes causa mortis non pertinet, quoniam in eis Falcidia seruatur actione in factum, *l. 1. §. si quis, inf. quod legat.* Est etiam alia in re differentia inter legata & donationes causa mortis circa Falcidiam, quoniam heres testamentarius detrahit Falci-

diam etiam ex donationibus causa mortis; heres legitimus licet detrahat Falcidiam ex fideicommissis, non tamen detrahit Falcidiam ex donationibus causa mortis, quia ab intestato donationes causa mortis legatorum vel fideicommissorum exemplum non sequuntur, *l. filij, inf. de leg. præstand. l. tam is, inf. de donat. cau. mor. Basilic. ad leg. Seia & leg. tam is, eodem.* valde notandum est ex hoc §. actionem qua heres sibi seruat Falcidiam ex donatione causa mortis, esse actionem in factum, & ita actionem accipere oportet *in §. Manio, inf. l. pen. C. ad leg. Falc.* id est, pro actione in factum vel vtili in rem: Sed explicanda est species, *de §. Mauio*, qui vsque adeo visus est difficilis, vt ad eum quatuor sensus accommodentur. Sciendum est mandatum re integra moriente domino, id est, mandatore finiri & solui. ignorantibus tamen succurritur qui mandatum expleuerunt post mortem mandatoris errore, vel qui fidem mandati sequuti sunt, ne in damno versentur qui dolo vel culpa nihil admiserunt, qua de re tractatur in *l. pen. sup. de reb. cred.* Finge iam: Mæuio debitori meo ex causa vindicationis mandaui, vt pecuniam debitam solueret Titio, cui mortis causa donatum volebat. non ponit IC. vllam fuisse interpositam stipulationem eius donationis perficiendæ causa, quod tamen interpretes comminiscuntur, sed hic tantum ponit me mandasse Mæuio meo debitori, vt pecuniam debitam solueret Titio cui eam mortis causa donabam, si Mæuius soluisset me viuo, & manente adhuc mandato, liberatus fuisset obligatione, sed Mæuius soluit Titio post mortem meam sciens me mortuum esse, & finitum mandatum, sane Mæuius non liberatur, quia non recte soluit finito mandato, *l. vlt. inf. de sol.* correcta transpositione. Ergo Mæuius qui sciens me mortuum, soluit Titio, heredi meo tenetur ex stipulatu, quoniam non liberatur soluendo Titio, cum morte mea expirarit mandatum. sed quid si inanis sit ea actio quæ heredi meo in Mæuium competit propter egestatem Mæuij, an eo casu heredi meo dabitur aduersus Titium cui solutum est, condictio totius donationis, quasi re non sequuta, vel an dabitur actio in factum Falcidiæ tamen nomine quam donatarios causa mortis pati constat? & tamen negat Papin. vllam in Titium esse actionem: optima ratione, quoniam quod solutum est Titius non possidet pro donato mortis causa, quia finita erat eius donationis causa, cum ei sciens Mæuius soluit. Id igitur quod accepit, videtur habere à Mæuio, non à me: & ideo id heres meus soluendo in solidum, pro parte, id est, Falcidia non potest reuocare, sed neque Mæuius condictione indebiti tenebitur, quia sciens soluit. sed quid si Mæuius ignorans me mortuum esse bona fide Titio soluerit ex mandatu meo, an in Titium erit actio & Mæuio lapso facultatibus? & constat hoc casu à Titio reuocari posse Falcidiam si interueniat, actione in factum scilicet, quia eodem loco res esse censetur, quasi eam pecuniam viuus cepisset ex donatione causa mortis propter errorem & ignorantiam soluentis, idque vtilitas exigit *§. recte instit. de mand.* quæ est summa ratio & κεφαλὴ τῶν νόμων. igitur ignorantia soluentis Mæuij facit, vt Titius, quod solutum est, videatur habere ex donatione mortis causa, & ideo Falcidiam patitur. Dices, ignorantiam Mæuij prodesse Titio, quia facit vt donatio causa mortis obtineat etiam pecunia soluta post mortem meam, id quod est contra regulam *l. iniquissimum, inf. de iuris & facti ig.* quæ definit nemini ignorantiam alterius quam suam prodesse, ergo ignorantia Mæuij non debet prodesse Titio. dicam ignorantiam Mæuij non prodesse, imo potius nocere Titio, quia facit vt & detrahatur Falcidia. Scientia Mæuij magis prodest Titio, quia tum nihil ei abradi potest, neque ab herede meo, neque à Mæuio qui soluit sciens. Et ad hæc dicam, regulam illam leg. *iniquissimum*, non vsquequaque esse veram, & tam ignorantiam alterius, quam suam, principali personæ non prodesse, vt Mæuio mandatario in hac specie, cum quo principaliter negotium contractum est, nihil prodest ignorantia Titij, & ideo si ipse scierit me mortuum esse,

A Titius ignorauerit, non ideo liberatur Mæuius, ignorantia Titij Mæuio non prodest. Contra tamen ignorantia principalis personæ, veluti Mæuij, alij prodesse potest, vt in specie leg. 2. *inf. de litigios.* & ita explicandus est §. *Mauio.* est stultum cogitare, vel dubitare an ea quæ continentur eo §, hodie sint immutata *l. si quis arg. C. de donat.* euidentissimum enim est nihil eam speciem ad ea quæ inducit Iustinianus pertinere, vt donatio perficiatur consensu, quæ non perficiebatur nisi traditione vel mancipatione.

Ad §. Surdo.

Surdo & muto qui legatum accipit, vt cum morietur restituat, recte mandatur: Nam & ignorantes adstringuntur
B *fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quæritur.*

4. §. *Hereditatem filius, cum moreretur, filiis suis, vel, cui ex his voluisset, restituere fuerat rogatus. quo interea in insulam deportato, eligendi facultatem non esse pœna peremptam, placuit: nec fideicom. conditionem ante mortem filij heredis existere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerunt, cum de aliis eligendi potestas non fuerit.*

IN hoc §. ostenditur, legatarios ignorantes etiam fideicommissis adstringi & obligari, quia etiam ignorantes acquirunt legata, *l. filiusf. sup. qui test. fac. poss. l. si à furioso, inf. de oblig. & act. l. vlt. C. quando dies leg.* legati ergo actio ignoranti acquiritur, ergo & persequutioni fideicommissi ignorans adstringitur. Res tamen legatæ non
C acquiruntur ignoranti quia agnitione opus est, vel traditione, vt dixi *l. 32. sup.* At contra in *l. si partem in fi. sup. quemad. seruit. amitt. & l. magis §. fundum, sup. de reb. eor. qui sub tut.* res legata dicitur esse ignorantis vel deliberantis. sed res in expedito est: hoc enim ideo dicitur, quia cum actio legati acquiratur ignoranti pro domino esse videtur & res legata acquiri ignoranti: nam id nostrum esse dicimus de quo actionem personalem habemus, *l. 15. §. quod auus, inf. ad leg. Falcid. l. 15. inf. de regul. iur.* vbi eleganter Ioannes: qui legatum agnouit: quia actionem habet, hoc ipso rem ipsam habere videtur, vt implere defuncti voluntarem possit, id est, fideicommissa à se relicta præstare. Proprie tamen id quod habemus in actione personali non est, *l. Quintus §. argento, & l. scribit, inf. de*
D *aur. & arg. leg.* non si vir vxori omne argentum quod suum esset legauerit, idcirco ea quæ in nominibus fuerunt, legauit. Notandum hoc loco in ignorantibus exempli gratia reputari surdum & mutum, quia & pro absentibus habentur & furiosis comparantur, qui per omnia & in omnibus pro furiosis habentur: & ideo recte lex *vlt. de verb. signific.* ait enim: qui exhibet mutum, non præstare præsentiam, sicut & qui exhibet infantem, non præstat hominis præsentiam, quia ex hoc genere nemo satis præsens intelligitur: dubitari de muto poterat, sed confirmatur hic §. ex *l. 29. §. vlt. sup. commun. diuid.* vt Florentin. non male vnum ex sociis posse postulare iudicem comm. diuid. etiam nesciente vel nolente altero. quin et si vnus mutus sit: quamuis scilicet hic non videatur idoneus litiga-
E tor, cum pro absente & ignorante habeatur. Inde subsequitur hæc species. Pater herede filio instituto electionem ei dedit vt filiis suis, vel cui ex eis vellet, hereditatem restitueret. deinde post mortem patris agnita hereditate filius deportatus est. deportatione amittit testamenti factionem. non tamen amittit ius eligendi; quoniam hæc electio pendet ex iudicio patris, quod ratum manet, & facti potius est, quam iuris: idcirco capitis minutione non perit, legatum, *sup. de capite minut.* Et hæc Papiniani sententia citatur ab Vlpiano in *l. ex facto §. si quis rogatus, ad Trebell. etiam filio deportato talem facultatem eligendi cui liberorum fideicommissum restitui velit.* sic legendum: & ideo deportatione filij non existit conditio fideicommissi. expectanda est mors filij: ante mortem filij non existit conditio fideicommissi. moriente filio, si quem elegerit, vo-

cabitur & excludet cæteros. si neminem, omnes vocabuntur pro virilibus portionibus, *l. 67. §. 1. l. dominus, sup.* Deportatio in hac specie non est similis morti, sicut nec in specie leg. *sed si mors, sup. de donat. caus. mort.* & *l. intercidit, inf. de condit. & demonstrat.* Nam & deportatus retinet libertatem, id est, non omnia extinguit iura: nam alio iure est maxima capitis deminutio, vt damnatio in metallum, quæ extinguit omnia iura, & in omni iure comparatur morti: & ideo, retenta eadem specie, filio damnato in metallum, perimitur facultas eligendi, & statim filij eius persequi fideicommissum possunt, non expectata morte patris, qui omnino mortuus videtur cum damnatus est in metallum, & si forte damnationis tempore filios non habuerit, atque ita ea hereditas reciderit in fiscum, deinde dum pœnæ seruit filios susceperit, hi filij non vocantur ad fideicommissum: quia semel defecit conditio fideicommissi, quia damnatus est nullos habens liberos, & vires fideicommissi conditio non resumit, *l. pater §. vlt. inf. de condit. & demonstrat.* quæ sententia *est §. si quis rogatus l. ex facto inf. ad Trebellian.* Est simile fideicommissum in §. *à filia, hic.* Sed alia quæstio: nam in specie eius §. similiter pater rogauit filiam, vt cum moreretur, sicut & §. *hereditatem*, vt prædia quædam filiis suis restitueret. ea filia viua, illa prædia vni ex filiis suis donauit. an potest reuocare donationem? sic sane, *l. 67. sup.* quia non fuit, nec potuit esse hæc donatio certa, electio certa, cum dies fideicommissi sit incertus, puta cum moreretur; & ideo filia subinde mutare sententiam potest ante mortem; destinare tamen vnum ex his potest, qui inter cæteros fideicommissum habiturus est matre non eligente, & si mater non mutauerit voluntatem, id est, si alium postea non destinauerit, & si is qui destinatus est, superstes fuerit matri, præferetur cæteris: sed si is qui destinatus est, moriatur ante matrem, superstites omnes matri vocantur ad fideicommissum. Igitur ea donatio destinatio potius est certa & firma, donatio non est: infirmatur enim mutante matre voluntatem, vel eo qui destinatus est præmoriente, & in eo §. *nam* accipere oportet pro *sed* παρασυναπτικῶς, vt in *l. cum tibi, C. qui pot. in pignor. l. inter stipulantem §. sacram. de verb. obligat.* legendum est *potest*, vt Florentin. *l. Stichum §. vsusfructus, de solut.* Male nouisquidam adiiciunt negationem illo loco, *qui fideicommissum habiturus non est.* & hanc sententiam efficiunt adiuuari *l. filiusfam. §. diui, sup. lib. 1.* matrem donantem vni ea prędia quę rogata est restituere, cum moreretur filiis quibus volet, non posse præiudicare cæteris filiis: quoniam talem potuit destinare, mater per donationem qui moriente matre non est habiturus fideicommissum inter cæteros, remota matris electione, id est, nulla facta electione à matre. At quomodo fieri potest, vt is quem destinauit moriente matre non habeat fideicommissum inter cæteros? vno tantum modo si ante matrem mortuus sit. sed hoc sensu ademisse frustra diceres remota matris electione: Nam & facta electione, eadem ratio interuenit, vt præmortua, sit inefficax destinatio. Igitur sensus est, destinationem posse fieri ante mortem, dummodo is qui destinatur, sit ex numero eorum qui nulla facta destinatione ad fideicommissum inuitari possunt. certam donationem & immutabilem fieri non posse, & hoc non esse accipiendum παρασυναπτικῶς.

Ad §. Qui dotale & §. Mæuio.

5. §. *Qui dotale prædium contra legem Iuliam vendidit, vxori legatum dedit, & emptoris fidei commisit, vt amplius ei pretium restituat. emptorem fideicom. non teneri constabat. si tamen accepto legato, mulier venditionem irritam faceret: eam, oblato pretio doli placuit exceptione summoueri.*

6. §. *Mæuio debitori suo reus stipulandi mandauit, vt Titio, cui mortis causa donauit, pecuniam debitam solueret. cum sciens dominum vita decessisse Mæuius pecuniam dedisset: non esse liberationem secutam, constitit: nec, si Mæuius soluendo non esset, in Titium actionem solidi, vel iure Falcidiæ dandam esse: quia mortis causa cepisse non videretur. diuersum probandum foret, si Mæuius ignorans dominum vita decessisse, pecuniam errore lapsus dedisset: tunc enim portio iure Falcidiæ reuocaretur.*

TRes explicabo quæstiones. duæ priores sunt de legato relicto ei cui debemus aliquid compensandi animo in §. *qui dotale & §. cum pater.* Tertia erit de euictione rei legatæ §. *euictis.* Ad §. qui dotale, admonendi sumus legem Iuliam prohibere marito alienationem prædij dotalis inuita muliere, cui adiecit Iustinian. vt etiam con- B sentiente muliere alienare non possit, eandemque legem porrexit ad prouincias, cum valeret tantum in Italia; sed præterea sciendum est, à debitore fideicommissum relinqui posse ex constitutione Diui Pij, vt si ab eo qui mihi centum debet, relinquam Titio 50. verbis fideicommissi, debitorem rogando, vt ei det integra centum, & hoc casu fideicommissario in debitorem est actio ex fideicommisso, debitori autem in heredem creditoris si petat debitum, est exceptio doli, quasi videatur heres rogatus id debitori remittere, *l. si pecunia, sup. lib. 1.* vel fideicommissario in ipsum heredem est fideicommissi petitio, videlicet vt cedat suas actiones aduersus debitorem, *l. si seruus legatus §. qui margarita, sup. lib. 1.* his addenda est *l. cum quis decedens §. pater, lib. 3.* Testator filio emancipato inter viuos donauit omnia bona, exceptis quibusdam seruis, & stipu- C latus est à filio cui donabat omnia fere bona, & ponitur ibi elegans formula stipulationis, vt ea bona restitueret patri, vel cui pater volet: & spopondit filius. Deinde pater per fideicommissariam epistolam filium rogauit, vt ex eius bonis quædam quibusdam restitueret. Quæritur, si filius patri heres non extiterit, vel bonorum possessor, si nihil ex hereditate eius possideat, donatio illa inter viuos non habetur quasi ex hereditate, an filius teneatur ex fideicommisso: & ait, filium suum heredibus patris teneri ex stipulatu, vt restituat quibus pater postea cauit se restitui velle. deinde eum etiam teneri fideicommissariis epistola fideicommissaria comprehensis ex causa fideicommissi, idque hodie esse certum, id est, constitutione Pij qui hoc induxit, vt posset debitoris fideicommitti aliquid. Adiicit D Accursius non male, hodie fideicommissariis comprehensis illa epistola aduersus filium dari actionem vtilem ex stipulatu, atque ita non tantum dari ex fideicommisso ex *l. quoties, C. de his quæ sub modo*, quæ citatur vulgo, non explicatur, quæ tamen non loquitur de actione ex stipulatu, sed de actione vtili, id est, præscriptis verbis, vt Eudoxius interpretatur 47. *Basil.* ad leg. *quoties*: & ita vtilis actio accipitur in *l. 1. C. de pact. conuent. l. cum mota, C. de transaction.* Species est leg. *quoties.* aliquid donaui Primo ea lege, vt id post tempus certum, vel incertum restitueret Secundo: si stipulatus sum mihi, vel Secundo post tempus reddi, quia & mihi stipulatus sum, habeo actionem ex stipulatu, si post tempus non reddat Primus: si pactus tantum non stipulatus sum mihi, vel Secundo reddi, habeo actionem præscriptis verbis ex lege donationi ap- E posita ex continenti. Sed si Secundo tantum reddi stipulatus sum, non mihi, vel Secundo, non habeo actionem ex stipulatu, quia alteri stipulatus sum, & nihil mea interest Secundo dari, cum Secundo id non debuerim, sed vltro donatum voluerim: id enim ponendum est, vtrique voluisse donare, vni ad tempus, alteri post tempus. & eadem ratione si pactus, non stipulatus sum Secundo reddi, non habeo actionem præscriptis verbis, quæ datur in id quod interest, sed Primo non restituente post tempus, secundum legem donationis, competit mihi condictio rei donatæ quasi re non sequuta: hæc de actione quæ mihi competit aduersus eum qui legi non obtemperat, non obtemperanti. nunc de actione quæ Secundo competit, an vlla competit Secundo si stipulatus sit à Primo sibi reddi post tem-

pus? certum est, dari actionem ex stipulatu. si stipulatus non sit, ipso iure nulla ei datur actio, quia pactio mea, vel stipulatio mea ei parare actionem non potest. alteri stipulamur vel pascifcimur inutiliter: sed vt mea voluntas impleretur, qui post tempus à Primo ad Secundum rem donatam transferre volui, benigne principes Secundo dederunt actionem præscriptis verbis ex pacto donationis; & eodem modo si non tantum pactus, sed etiam stipulatus fuerim Secundo reddi, putarem verum esse quod Accurs. ait, hodie Secundo dari vtilem ex stipulatione: & hoc ita si vtrique donatum volui, vni ad tempus, alteri post tempus, non alias, vt declarat lex *cum res, C. de donat.* id in ea specie est benigne receptum, vt effectum habeat vtraque donatio. quæ benigne recipiuntur non extenduntur, sed sua specie continentur. Verum quod dixi à debitore posse fideicommissum relinqui, ei videtur obstare hic §. *qui dotale.* sed si speciem perpendas recte, nihil videbitur obstare. tres posuit Accus. Finge: Maritus contra legem Iuliam vendidit prædium dotale. deinde moriens vxori legauit certum aliquid, quod tamen prædij venditi pretium non efficiebat: & ideo emptoris fidei commisit, vt amplius pretium, id est, id quo pluris esset prædium venditum, quam res vxori legata restitueret, id est, vt vxori suppleret dotem, siue quantitatem dotis: hoc casu emptor fideic. nomine non tenetur, quia nihil accepit ex testamento mariti, & debitor mariti non fuit, quia scilicet iam ei soluerat omne pretium, quo scilicet prædium emerat, de quo inter eos conuenerat. ergo dum emptoris fideicommisit, non debitoris fideicommisit, neque vlla est ratio emptorem fideicommisso obstringendi. Quid ergo, an vxor poterit ab emptore prædium vindicare quasi suum, cum alienatio sit nulla ex lege Iulia? hic distingue: aut vxor legatum accepit, aut repudiauit. si repudiauit legatum, proculdubio prædij dotalis venditionem irritam facere, & prædium vindicare potest. hic nullus est labor. sed si vxor acceperit legatum, ipso quidem iure competit etiam in eum vindicatio prædij venditi, contra legem Iuliam. verum repelletur exceptione doli ab emptore oblato superfluo prædij, id est, oblato eo quo pluris est prædium, quam res legata, quodque doti deest. Igitur quæ accepit legatum sequi debet voluntatem defuncti, qui vtique voluit eam rem legatam, sicut & superfluum prædij quod doti deest, si ab emptore præstaretur compensare cum prædio dotali. Aut igitur amplectatur iudicium mariti, aut non. si non amplectatur, integra ei est vindicatio prædij dotalis: si amplectatur iudicium mariti, compensatio inducetur, & oblato superfluo prædij ex iudicio mariti vindicantem vxorem repellet emptor, & ita in *l. dotale, §. dotale sup. de fundo dot.* si ab vxore herede instituta fundus dotalis legetur: inhibetur autem leg. Iul. omnis alienatio fundi dotalis. ergo & legatum. sed si legetur, & adeat hereditatem vxor, fundum dotalem retinere non potest, si tamen habeat in hereditate quantum est in pretio fundi. si minus habeat in hereditate, id tantum retinere potest quod quantitati doti deest.

Ad §. Cum pater.

7. §. *Cum pater fideicommissum prædiorum, ex testamento matris, filiæ deberet: eandem pro parte ita heredem instituit, vt hereditatem fideicommisso compensaret: eademque prædia filio exheredato dari voluit: quamquam filia patris hereditatem suscipere noluisset, fideicommissum tamen ab heredibus esse filio præstandum, ad quod hereditatis portio, quam accepit filia, redierat, placuit. quod si alium filiæ substituisset, eum oportere filio fideicommissum reddere.*

IN §. *cum pater* hæc proponitur species. Pater ex testamento vxoris suæ filiæ fideicommissi nomine debet prædia quædam. filium exheredauit, filiam heredem scripsit ex parte, hac mente, vt portionem hereditatis com- A pensaret cum fideicommisso materno, & vt filio exheredato prædia illa fideicommissi materni restitueret: idemquem filiæ adiecit coheredes extraneos. sane si filia agnouerit hereditatem patris, fideicommisso materno excludetur compensationis iure, & filio exheredato prædia fideicommissi præstabit: sed quid si repudiauerit hereditatem patris? & ait, à cæteris heredibus filio esse præstandum fideicommissum, quod est iniquissimum, cum portio hereditatis filiæ sit relicta compensandi animo: ea igitur portione repudiata, æquum est filiæ integram conseruari petitionem fideicommissi materni, quæ non vult vti compensatione oblata à patre, sed vult omnino persequi fideicommissum. si agnoscat hereditatem patris, fateor fideicommissum esse exheredato præstandum: sed si repu- B diat filia hereditatem patris, relictum fideicommissum maternum præstandum erit filiæ, non filio. Igitur hoc loco ita lego: *fideicommissum tamen ab heredibus esse filiæ præstandum.* idque confirmat quod subiicit: *si pater alium substituerit repudiata hereditate, substitutum etiam debere filiæ fideicommissum reddere.* sic recte Haloander, *& eum fideicommissum reddere.* vnde & idem Haloander consequenter supra legit *filio*, pro *filiæ*: nam si postremo loco, *filiæ*, legit, debuit & primo. Denique quæstio huius §. non est hæc, an legata relicta ab instituto debeantur à substituto, vel à coherede cui adcrescit portio repudiantis, de qua in *l. licet, sup. lib. 1. l. 29. & l. 41. sup. hic & §. ab instituto, inf. hic.* sed quæstio hæc est, an substitutus, vel doheres cui iure adcrescendi obuenit portio coheredis repudiantis, sustinere debeat onus æris alieni, quod co- C heredi repudianti defunctus debuit, quodque hereditati defunctus compensare voluit? & respondetur, sustinere, & fideicommissum maternum filiæ non perire, fideicommissum paternum filio perire, quia compensandi animo filiam heredem instituit. vnde consequitur, spreta hereditate, filiæ integram esse fideic. materni petitionem. Illud notandum ex his verbis, *ad quos hereditatis portio quam accepit filia*, id est, ad quos coheredes portio hered. filiæ adscripta redierat, iure adcrescendi propriæ hereditatem redire, non tamen ad agnatos iure legis ab intestato, vt dixi *l. peto*, sed etiam ad coheredes ex testamento.

Ad §. Euictis.

D 8. §. *Euictis prædiis, quæ pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus & coheredibus actio erit. si tamen inter filios diuisionem fecit: arbiter, coniectura voluntatis, non patietur, eum partes coheredib. prælegatas restituere: nisi parati fuerint & ipsi patris iudicium, fratri conseruari.*

HIc §. est de euictione rei legatæ. Pater filios heredes instituit, vni ex his per fideicommissum reliquit prædia quædam aliena, quæ ipse possidebat, & sua esse existimabat, verus dominus ea prædia filio euicit post mortem patris. Quæritur, an huic filio eo nomine vlla sit actio aduersus fratres? & ait, nullam actionem esse. imo vero est petitio æstimationis: nam licet in legato rei alienæ distin- E guamus inter scientem, & ignorantem vt dixi *l. 67.* si sciens legauerit rem alienam, legatum deberi, si ignorans non deberi; tamen hoc posteriori casu si quis ignorans legauerit propinquo, cui legaturus esset verisimiliter etiamsi scisset rem alienam esse, legatum valet, *l. cum alienam, C. de legat.* vel eadem ratione si vxori legauerit, *l. quintus 1. in fi. inf. de auro & arg. l.* vel alij tali personæ velut alienæ, *l. in testamento, inf. de fideicommiss. libert.* his consequenter, quia in hac specie filio pater legauit prædia aliena quæ sua esse putabat, hæc ignorantia nihil officit filio: & ideo fratres consortes huic filio tenentur ad æstimationem prædiorum, videlicet si ea prædia non tradiderit filio, vel si iam tradiderit, nimirum inuenta in hereditate, cum ea possedisset pater bona fide fratres consortes fratri non tenentur prædiis euictis. Denique de euictione non

tenetur in id quod interest: nam heredes legatariis, vel fideicommissariis de euictione non tenentur, si res certæ ei legatæ sunt, *l. si à substituto, inf. sup. lib. 1.* tales res dant heredes, quales sunt: imo vero eo nomine si promiserint de euictione non tenentur, *l. si legati serui, lib. 1.* Lucratiuæ rei possessor ab euictionis actione repellitur. Paulus *quinto Sentent. tit. 11.* Dixi, si res certa legata sit; nam aliud est si homo generaliter legetur, quo casu electio fit heredis; nam data potestate eligendi heredi, hoc videtur voluisse testator, vt vnum eligeret quem faceret accipientis, vt non defunctorie eligeret, *d. l. si à substituto, l. si domus §. 1.* qui paragraphus accipiendus est ex initio legis *qui concubinam, §. si heres, lib. 3.* Eodem modo in legato rei certæ, si appareat hoc voluisse testatorem, vt heres legatario præstaret habere licere, vtique præstabit ex voluntate defuncti, qui voluit heredem onerari euictionis nomine, ex voluntate defuncti, non legati natura; legatariis enim non est actio euictionis. proinde & hoc casu si pater inter filios bona sua omnia diuiserit factis mutuis præceptionib. id est, relictis inuicem prælegatis singulis, alter alteri tenetur, vt quisque suam partem firmo iure habeat, teneat, ex coniectura voluntatis defuncti, quia diuisione facta hoc videtur voluisse, vt inter se eam diuisionem ratam perpetuo facerent. arbiter familiæ erciscundæ iubebit eos inuicem restituere partes prælegatas; ita vt ei vice mutua præstent euictionem, quod à simili confirmatur *l. si pater, sup. famil. ercisc.* & præter voluntatem defuncti hanc habent rationem. ex qua ducitur voluntatis coniectura, quod hoc modo facta diuisione bonorum veluti certa lege inter se permutationem faciant. omnis diuisio fit permutatione, *l. si filia §. si pater, sup. fam. ercisc. §. hereditatem, hic.* Ex permutatione autem constat nasci actionem euictionis, *l. 1. & 2. sup. de rer. permut.* alias legatario rei certæ heres non tenetur de euictione: excipitur tamen voluntas defuncti expressa, vel voluntatis coniectura certa. nec obstat lex *non quocunque §. 1. sup. lib. 1.* Ego rem absentis reipub. causa vsucepi. cum is abesset, ego eam acquisiui ex causa lucratiua, sed auelli mihi potest per restitutionem in integrum: Itaque firmo iure eam non acquisiui ex legati causa: & ideo si eadem res mihi fuerit legata alterius testamento, & reuersus eam euicerit mihi restitutionis beneficio, post euictionem quasi sublata priori causa lucratiua, licebit mihi ab herede eandem rem petere ex legati causa: quia iam non est concursus duarum causarum lucratiuarum. non ex eo colligit recte heredem legatario teneri de euictione: nam ibi heres legatario qui ex legati causa rem acceperat, non dicitur teneri de euictione: necdum enim rem acceperat ex causa legati, sed dicitur res legata euicta, quam legatarius acquisiuerat ex alia causa lucratiua, veluti ex vsucapione, superesse legatario legati nomine actionem. aliud est actio ex legato, aliud actio ex euictione. Nihil obstat lex *scimus §. 1. C. de inoffic. testam.* quæ loquitur de legata portione relicta filio in rebus certis quibusdam. si res illæ euincantur, atque ita portio illa euincatur, post euictionem filio competit querela inofficiosi testamenti, perinde atque si non fuisset relicta portio legitima, vel actio supplementi in legitima portione: hoc facile admitti, quia est debitum bonorum subsidium, non in legato. & in specie huius §. initio, licet proponatur filio fuisse relicta prædia, cui debetur portio legitima, tamen euictis illis prædiis filio non euincitur legitima cum supersit hereditas, quæ sufficit filio ad portionem legitimam: fuit enim institutus, & præterea relicta sunt ei prædia: prædia euincuntur, hereditas non euincitur: & ideo ob euictionem non habet regressum aduersus fratres eosdemque coheredes: nam ponendum omnino est, hereditatem largiri portionem debitam.

Ad §. Pater.

9. §. *Pater certam pecuniam exheredatæ filiæ verbis fideicommissi reliquit, eamque nupturæ dotis nomine dari voluit,*
A *filia dotem stipulante. cum filius minorem dotem dedisset, superfluum esse filiæ reddendum constabat. Diuortio quoque secuto, fideicommissum recte petitura, vt actio stipulationis sibi præstaretur: quoniam verisimile non erat patrem interponi stipulationem voluisse, qua filia post primas nuptias indotata constitueretur. ceterum si postea puberet, ad secundas nuptias cautionem extendi non oportere.*

10. §. *A filia pater petierat, vt cui vellet ex liberis suis, prædia, cum moreretur, restitueret. vni ex liberis prædia fideicommissi viua donauit: non esse electionem, propter incertum diem fideicommissi certæ donationis videbatur: nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter ceteros habiturus est, remota matris electione.*

B PAter filium heredem instituit, filiam exheredauit, & filium rogauit vt sorori exheredatæ cum nuberet, dotis nomine daret ducentos aureos, & vt eam dotem à marito sororis soluto matrimonio, sibi reddi stipularetur. hæc est voluntas patris: post cuius mortem filiæ nubenti filius centum dedit in dotem, non ducentos, & secundum voluntatem defuncti stipulatus est sibi ea centum reddi. an potest filia superfluum petere? & ait, hoc esse certum, superflui petitionem filiæ dari; nec enim filius heres minuere fideicommissum potuit. testator ipse minuere fideicommissum, extenuare; vel adimere potest, sed cum ea superflui petitio non excludatur etiam in parte, multo minus non erit superflui petitio filio centum dante: Nam si pater filiæ ducenta legauerit dotis nomine, & post testa-
C mentum factum filiam collocauerit in matrimonium, & ei dederit centum tantum dotis nomine, non ducentos aureos, quos legarat, dicemus superflui petitionem competere post mortem matris, & deminutum legatum non videri, *l. 22. in fi. sup. hic.* repræsentat sæpe testator legata quæ reliquit viuus & munus heredis sui præsumit. Plin. 6. epist. eleganter *tam rara in amicitiis fides, tam parata obliuio mortuorum, vt ipsi nobis debeamus etiam cōditoria extruere, omniaque heredum officia præsumere.* Atque ita heredis officiū præsumit testator qui legatum viuus soluit, vel in totū, vel pro parte, sed si soluerit pro parte non ideo statim perempta intelligitur superflui petitio, & mutatæ voluntatis probatio incumbuit heredi. Igitur non videtur hoc casu minuisse legatum qui minuere potuit. multo minus in hac specie, filius heres à quo filiæ exheredatæ relicti sunt ducēti
D dotis causa, minuisse videbitur fideicommissum, si dederit tantum centum, cum nec minuere possit. Erit ergo hoc casu filiæ superflui petitio. Sed quid si matrimonium filiæ soluatur diuortio, an filius ex stipulatione repetet centum quæ dedit marito sororis, quam stipulationem interposuerat iussu patris, qui ita cauerat, vt filiæ exheredatæ daret 200. dotis nomine, & dos sibi recideret per stipulationem dotem reddi soluto matrimonio. Et sane filius ex stipulatu repetet centum, quæ dedit marito sororis diuortio facto: sed mox eadem centum ab illo filia iure fideicommissi persequetur, vel si nondum ea filius repetierit, eodem iure, id est, fideicommissi obtinebit filia, vt sibi cedatur actio ex stipulatu aduersus maritum dotis repetendę causa, & vt id quod deest fideicommisso suppleatur, quia in casum
E diuortij non est verisimile patrem, qui iussit filium stipulari, voluisse filiam indotatam manere; ideoque in casum tantum mortis filię patrem voluisse filium stipulari, & cum effectu dotem retinere interpretabimur. Denique diuortio facto dos integra filię pręstabitur, quę si forte iterum nubat, tum non licebit inuita filia, filio stipulari sibi dotem reddi à secundo marito; quia pater de primis nuptiis sensisse intelligitur, non de secundis, vt primis nuptiis sibi stipularetur filius dotem reddi, non etiam secundis, vt & in aliis plerisque causis nuptiarum mentio primas tantum complectitur. & omnino in comparatione dotis & vltimę voluntatis doti quantum potest fauemus magis, quæ est sententia huius §. De superfluo reddendo quod dixit initio, constabat, vt ait, inter omnes Iureconsultos. est hoc verbum *constat* proprie nostrum. Tullius pro

Flacco dum ait, retulit ad Iureconsultos, constabat inter omnes, & quod Petronius ait, de verbo *paret*, quod est etiam proprie nostrum, maxime in formulis actionum, *Iurisconsultus paret, non paret habeto*, idē dixeris de verbo *constat, & non constat Iureconsultus habeto*. Atque ita hoc loco ait, *de superfluo fideicommissi reddendo cōstabat*. sed de casu diuortij placuisse, non constitisse, quæ erat quæstio difficilior, & ita in §. *qui dotale. sup.* primum quod constat proponit, deinde quod placuit: & in his libris responsorum Papinianus hoc verbo *placuit* significat cōstitutiones principis. Aliis autem verbis, qualia sunt in hac *leg. videbatur, intelligebatur, apparuit, visum est*, significat sententiam suam, quam & plerunque subsequebatur placitum principis. At quid omissa superiore specie si testator nominatim iusserit filium stipulari in omnem casum? superiore specie iussit filium stipulari dotem quam dabat pro sorore sibi reddi, id est, in casum mortis, & in casum diuortij: Accursius negat, hanc sequendam esse voluntatem patris, duabus rationibus: vnam ducit ex fauore dotis. fauor quidem dotis magnus est, sed non ita magnus, vt non possit pater initio constituendæ, vel reddendæ dotis legem quam velit suæ rei dicere confirmatam stipulationibus, *l. quoties, sol. matrim.* & tractatur in *l. auia C. de iure dot.* Cur ergo hanc legem non dicet, vt filius stipuletur in omnem casum? idque etiam Papinian. significat, dum ait, *quoniam non est verisimile patrem voluisse*: si igitur voluisset, sequeremur voluntatē patris: est enim ἀναζωτικὴ manifesta. alteram rationem Accursius sumit ex iure gentium, quo filiis portio bonorum paternorum debetur quā leges taxarunt ad finem quadrantis, hodie trientis, vel semissis. sane debetur hæc portio filiis. sed gratis, non ingratis, & male meritis, qualem hanc fuisse filiam exheredatio demonstrat, quam iniustam fuisse pronunciatum non est: nec enim proponitur filia egisse querela siue centumuirali iudicio. itaque mansit testamentum patris, & obtinuit exheredatio quasi iusta. exheredatio iusta delet nomen sui heredis, adimit omnia iura exheredato, etiam portionem debitam ex iure gentium, retinet tamen exheredatus iura sepulchrorum, nisi nominatim prohibitus sit, *l. 6. sup. de religios.* retinet assignationem libertorum, *l. 1. §. sed & si exhered. de assignand. lib.* si non sit mutata voluntas patris, retinet & dotem inter viuos datam sibi, vel suis, nec ademptam, quia nec potuit adimi. non potest minui ne à patre quidem, *l. dotem, de collat. bonor. l. 1. §. videamus, de rei vxor. act.* Cætera omnia amittit exheredata, si querelam recte non pertulerit, vt hic non proponitur pertulisse querelam, & vt hoc addamus ad ea quæ diximus ad leg. *cum filius*, de querela inofficiosi testamenti, non erit inutile colligere ōmnes appellationes huius actionis. actio dicitur inofficiosi testamenti, & accusatio, & centumuirale iudicium, & septemuirale iudicium, & hastæ iudicium, & quadruplex iudicium, & petitio hereditatis de inofficioso, & in scholis Rhetorum iudicium abdicationis, quoniam Rhetores multa scripserunt de iudicio abdicationis, quæ omnia intelligimus referenda ad querelam inofficiosi testamenti, & alia pleraque aliter in Schola, aliter in foro nuncupantur. Actio dementiæ in foro, petitio curatoris dandi dementi, inscripti maleficij actio in schola Rhetorum, stellionatus in foro, actio malæ tractationis in schola, actio rei vxoriæ, vel actio de moribus, in foro hodie ex stipulatu de dote actio, talionis in schola actio, iniuriarum in foro, iudicium abdicationis, siue abdicatorum in scholis, querela inofficiosi testamenti in foro, vel iudicium exheredationis. Quintilianus ait *7. cap. 4. iudicium exheredatorum, & bona apud consules repetentium.* vbi substituas, *vel bona apud Centumuiros repetentium*, vt & paulo post idem declarat, loquens de eodem. Si pater filium à se exheredatum testatus fuerit elogio, omnis quæstio est an huic delicto pater debuerit ignoscere, & centumuiri tribuere debeant veniam. Hæc autem querela in hac specie cum non fuerit perlata, vt dixi, à filia, frustra obiicit nobis Accursius rationem iurisgentium, quam peremit iusta exheredatio, non rescissa per querelam

Digest.

A Paragraphum *à filia*, exposui supra cum paragrapho *hereditatem.*

Ad §. fidei heredem.

11. §. Fidei heredum meorum committo, ne fundum Tusculanum alienent, & ne de familia nominis mei exeat. *secundum voluntatem, eos quoque inuitatos intelligendum est, quibus heredes extranei fideicommissam libertatem reddiderunt.*

Sententia hæc est; ad fideicommissum familiæ relictum, vt cum prohibiti sunt heredes alienare fundum extra familiam, inuitari etiam libertos testatoris, posteriore tamen loco & gradu post agnatos. *l. vlt. C. de verb. sign.*
B Ideo autem inuitantur quia sunt ex eodem nomine, ergo ex eadem familia; nam familia nominis est familia, & manumissiones liberti honorantur patroni nomine Lactant. 4. *Inst. seruus liberatus patroni nomen accipit tanquam filius.* exemplo sit, *l. vlt. sup. de instit. act.* libertus Octauij Felicis Octauius Terminalis, & in *l. 126. de verb. oblig.* Libertus Iulij Quintiliani Iulius Zosas, & in *l. quaro §. vlt. sup. de testam. tut.* Libertus Lucij Titij Lucius Eros; etiam in specie eius legis videtur dominus libertatem dedisse directam hoc ipso quod his verbis & tutorem scripsit, *Lucius Eros tutor esto.* duplici nomine imposito, honore sui nominis ei attributo. Plane igitur videtur tutelam ei detulisse & libertatem directam: nam serui vnicum tantum nomen habent, idque per breue, id est, trisyllabum, quo facilius vocati exaudiant, libertas adiicit alterum nomen.
C exemplo sit in antiqua inscriptione quadam, *C. Iulius fortunatus, C. Iulij Augusti libertus*, qui & in eadem inscriptione appellatur libertus verna; nam quæ cœpit distinctio in seruis vernarum ab his qui de lapide empti sunt, eadem distinctio continuatur in libertis. & directo quidem manumissos certum est accepisse nomen patroni, transisse in familiam patroni, & ideo inuitari fideicommisso familiæ relicto per fideicommissum. manumissi non accipiebant nomen heredis, sed testatoris, id est, eius qui dedisset libertatem: is qui rogat seruum manumitti, dat libertatem, is qui rogatur, reddit potius quam dat, qui debitam non gratuitam dat, *l. 1. C. de libert. & eor. lib.* & ideo non habet etiam plenum ius patroni, *d. l. 1. l. qui ex causa, inf. de bonis lib.* quoniam actionem ingrati non habet, vel operarum impositionem; & ipse etiam manumissus non eius nomine
D honoratur, sed defuncti, qui reliquit fideicommissariam libertatem. qua de causa ait in hoc §. eum qui manumissus est, per fideicommissum inuitari ad fideicommissum familiæ relictum, etiamsi ab herede extraneo ex causa fideicommissi manumissus sit, quia non huius nomen assumit, sed testatoris; & testator qui dedit fideicommissariam libertatem hunc suorum libertorum numero habet recte, quamuis ipse non manumittat, adeo vt legato relicto libertis legato contineatur etiamsi quis verbis precariis manumisit, *l. 2. inf. de alim. leg.* Vnde colligo, sicut legato relicto libertis, continentur etiam verbis precariis manumissi: ita fideicommisso relicto familiæ, iidem continentur: & retro ita statuamus: sicut legato relicto libertis non continentur libertorum liberti, quod est certum ex *l.*
E *alimenta, §. 1. inf. de alim. leg.* ita consequens est vt fideicommisso relicto familiæ libertorum suorum non contineatur libertorum liberti. & verius esse puto hoc sensisse Scæuolam in *l. pater §. duobus, inf. lib. 3.* Hæc est species, duos libertos suos heredes scripsit Stichum & Erotem, & ita cauit, *fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto*, sic est Flo. scriptum recte, & intelligitur *libertorum*, ac si dixisset, *fundum de nomine libertorum exire veto*, quibus verbis non videtur reliquisse fideicommissum vniuersum familiæ suæ, sed familiæ libertorum suorum; vt & in §. *libertis, inf. hic.* Ideoque in eodem §. *duobus*, eius fundi parte legata liberto, libertæ quæstio instituitur tantum de collibertis an fideicommissum petere possit, non de omnibus qui sunt ex familia defuncti, qui non omnibus prospexit, &

ideo pone quod Stichus vnus ex heredibus idemque libertus testatoris vnam ancillam suam Arethusam, sic est scribendum, liberam esse iussit, & ei legauit fundi Corneliani partem: quæritur an Eros coheres, & cæteri colliberti ex causa fideicommissi, fundi partem petere possint. respondet Scæuola, *non contineri*, id est, vt vulgo accipiunt interpretes, rectius vereor quam Alciatus, fideicommisso non contineri libertam liberti, id est, Arethusam, & ideo collibertos fideicommissum petere posse, quia libertus liberti, libertus meus non est, *d. l. alimenta* §. *1. l. Modestinus, inf. de verb. sig.* Alciatus aliter qui non legit in eo §. *meorum*, suis libertis prospectum voluit. si vniuersæ familiæ suæ prospectum voluisset, admitterem etiam libertos libertorum qui sunt omnes ex eodem nomine, sed prohibitio illa alienationis suorum familiam non egreditur.

Ad §. 5. Fidei tuæ.

12. §. Fidei tuæ committo, vxor, vt restituas filiæ meæ, cum morieris, quidquid à te quoquo nomine de bonis meis peruenerit, *etiam ea, quæ postea codicillis vxori dedit, fideicommisso continebuntur: nam ordo scripturæ non impedit causam iuris ac voluntatis; sed dos prælegata retinebitur. quoniam reddi potius videtur, quam dari.*

MAritus cum reliquisset vxori multa testamento suo, & dotem prælegasset, rogauit eam vt filiæ restitueret quicquid ad eam ex bonis suis peruenisset, an reddet dotem prælegatam? Minime, quia reddi videtur potius quam dari, qua ratione in eadem causa vtitur etiam Vlp. in *l. 2. alias 3.* §. *mulier, de dote præleg.* & Paul. *4. Sent. tit. 1.* quia quæ dotem capit ex causa lucratiua testamento, nihil capere videtur, cum proprium recipiat, & ideo ab ea non potest fideicommissum relinqui, excepto quod pro modo commodi repræsentationis ab ea fideicommitti potest. Cæterum vt dotem ipsam restituat ab ea fideicommittitur inutiliter, qua ratione doris relegatum non patitur Falcidiam, *l. sed vsusfruct.* §. *dos, inf. ad leg. Falcid.* Legata tamen patiuntur Falcidiam, dos dicitur relegari potius quam prælegari sæpe in libris nostris & in ipso titulo de dote præleg. vt Haloander legit igitur legendum de dotere legata, περὶ προικὸς ἀνηλεγατευθείσης, & inde vt in actione crediti, vel depositi, ita in dotis actione duæ sunt quæstiones, sed nonnunquam iunctæ an datum sit, an creditum sit, id est, an dederit mulier, an reddiderit maritus. Ergo illo fideicommisso continentur ea quæ postea maritus codicillis reliquit vxori testamento, & iussit vt redderet quicquid cepisset, quicquid peruenisset ex suis bonis. an debet ea reddere quę postea dedit codicillis? sic videtur: nam videtur ita dedisse eodem tempore, eodem testamento, eodem contextu: & ideo omnia veniunt in fideicommissum, non obseruato ordine scripturæ, vt ait, *l. 6. inf. de solut.* & hic, sed ex iure & ex voluntate defuncti sumitur quod actum sit, quod sequendum si, non ex ordine scripturæ. vbi ius est certum & voluntas certa, nihil mutat ordo scripturæ & alia est ratio, *l. vxori* §. *vxori, inf. lib. 3.* in qua dixit se legare vxori quæ viuus donauerat, deinde post testamentum aliquid donauit vxori. quæritur an id quod postea donauit legato contineatur. ait, non sensisse testatorem de futuro tempore, quia scilicet euidenter loquutus est de præterito tempore, & hic quæ donantur alio atque alio tempore donantur. quæ testamento & codicillis eodem tempore relinqui videntur: sunt enim codicilli pars testamenti.

Ad §. Volo.

Volo prædia dari libertis meis. quod si quis eorum sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo. *Collibertum patris eundemque filium ex voluntate substitutionem excludere placuit.*

QVæritur hoc §. an liberorum appellatione contineantur naturales. Quidam libertis suis prædia quædam per fideicommissum reliquit, eosque in eo fideicommisso inuicem precario substituit, sub hac conditione, si quis eorum sine liberis decederet. inter eos libertos duo sunt, pater & filius colliberti simul ab eodem patrono manumissi. Quæritur patre mortuo an sit substitutioni locus: non. quia filium habet eundemque collibertum, & substitutionis conditionem defectam videri, quia non decessit sine liberis, qui hunc filium reliquit, & hoc responsum Papiniani citatur ab Vlp. in *l. ex facto* §. *si quis rogatus, ad Trebell.* Filius qui excludit substitutos erat filius naturalis, quoniam in seruitute susceptus & collibertus patri non iustus filius. An ergo ex hoc loco generaliter definiemus, filios naturales liberorum appellatione contineri & excludere substitutos? non vtique: nam hoc tantum hic dicitur de filio libertino, qui & ipse priori gradu inter cæteros libertos ad fideicommissum prædiorum venit, vt scilicet in portione patris præferatur cæteris, quoniam credibile est iuste etiam de eo filio sensisse testatorem in conditione illa, *si quis sine liberis decesserit*, quam in fideicommisso comprehenderat. Alias an liberorum appellatione contineantur naturales, si quæratur, generaliter nihil definiam. Hoc tantum dicam, facti siue voluntatis esse quęstionem. proposito facto me responsum redditurum exemplo Vlpiani, qui ita hac in re concludit, *d.* §. *si quis rogatus inf.* & rem æstimandam, ait, esse ex conditione, ex dignitate fideicommittentis, vt si ipse libertinus sit siue naturalis, eiusdem conditionis homines non aspernetur: ex dignitate, vt si sit patritius aut clarissimus, qui familiam suam filiorum naturalium admistione conspurcari nolit: ex voluntate etiam dicemus contineri, vt in specie huius §. atque etiam in specie *l. vlt sup. de iure delib.* pater filium libertinum, id est, in seruitute quęsitum & collibertum, cum esset pupillus, adhuc heredem instituit: Deinde ita cauit: *si mihi nullus filius erit, qui in suam tutelam veniat*, id est, *qui pubescat, tum Dama liber & heres esto*, an videtur sensisse de filio naturali? sic sane, cum eum priore loco heredem instituerit nondum puberem: & videtur secundo loco substituisse in secundum casum: atque ita filij appellatione in ea specie ex voluntate testatoris plane continebitur naturalis siue libertus filij. idem accidit in specie *l. hered.* §. *vlt. inf. ad Trebell.* Pater filiam furiosam heredem scripsit ex parte &, rogauit restituere hereditatem suis coheredibus si sine liberis decederet. post testamentum idem pater eam filiam furiosam in matrimonium collocauit. matrimonium iustum non est cum furiosa: & ideo qui ex eo coniugio nascentur liberi, non erunt iusti, sed naturales: pone ex ea coniunctione natum filium, deinde post patrem mortuam filiam furiosam, relicto illo filio, an coheredes fideicommissum petere possunt quasi videatur decessisse sine liberis quę reliquerit filium iniustum? & ait, excludi fideicommissarios quasi defecta conditione fideicommissi, & suscepto illo filio satisfactum videri conditioni: Nam & hoc euidens est, de eo filio sensisse patrem, qui cum ipse auctor fuerit earum nuptiarum iniustarum probasse videtur liberos qui ex his nascerentur. Eadem ratio interuenit in *l. pen.* §. *Dama, inf. hic.* Species est: Mulier quędam Damam & Pamphilum seruos suos directo manumisit in testamēto, & eis fundum legauit, & rogauit, vt eum fundum cum moreretur, restituerent filiis suis: Pamphilo iam erat vna filia Pamphila naturalis. huius etiam filiæ Pamphili, id est Pamphilæ ea mulier rationē habuit: nam eodem testamento ab heredibus suis Pamphilæ dedit fideicommissariam libertatem sub conditione aliqua, hoc est ponendum necessario: nam & plerunque fideicommissariæ libertates dabantur ex die, vel sub conditione, qua ratione Gręci ad *l. 5. de manum. test. 48. Basil.* his verbis, ὑπὸ ὅρον ὑπὸ ἡ αἵρεσιν significant fideicommissarias libertates. Hęc vero cum ita statuisset mulier illa, decessit. post mortem eius, & post aditam hereditatem eius Pamphilus Męuium sibi heredem instituit, & rogauit vt suam hereditatem, id est, fundi illius partem dimidiam quam solum habebat in bonis, nihil præterea, & ob id interuenit Falcidia: rogauit, inquam, vt

eam restitueret Pamphilæ filiæ suæ. cum libera fuisset, id est, cum extitisset conditio fideicommissariæ libertatis, noluit Pamphilam filiam suam heredem instituere, ne acquireretur hereditas heredibus patronæ, sed Mæuio amico suo heredi instituto fideicommisit, vt hereditatem filiæ suæ liberæ factæ restitueret. post cuius mortem Pamphila manumissa est. existente conditione libertatis, quæritur ex quo testamento fideicommissum petat, id est, fundi partem, ex testamento patronæ paternæ quæ patris fidei commiserat, vt restitueret filiis post mortem suam: an ex testamento patris naturalis. ex testamento patronæ paternæ nihil detrahetur fideicommisso, quia legatarij non vtuntur Falcidia ex sua persona. ex testamento patris naturalis Mæuius feret Falcidiam. Vtilius ergo erit Pamphilæ fideicommissum petere ex primo testamento: nam ex secundo testamento Pamphilus frustra ei reliquit quod debebat, *l. 67. sup. hic.* sed ex testamento patronæ adhuc dubitari posset, an prodesset viduæ hæc filia naturalis ad fideicommissum. & respondetur, de ea quoque filia patronam sensisse videri, cum eam habuerit iam Pamphilus testamenti tempore, & ea patrona etiam honorauerit fideicommissaria libertate. Videtur ergo rogasse Pamphilum vt huic filiæ, vel si quos alios susciperet, postea restitueret portionem fundi: atque ita ex coniectura voluntatis veniunt naturales: & conditionem fideicommittentis non alias tenere: Nam plerunque dicemus, potius fideicommisso contineri tantum iustos liberos, *l generaliter* §. *vlt. C. de instit. & subst.* Certum est hodie liberos puta filios vel nepotes rogatos restituere hereditatem simpliciter quibusdam personis, ita demum obstringi fideicommisso, si nullos filios susceperint: Nam auctoritate Papiniani factum est vt huic fideicommisso insit semper hæc conditio, si sine liberis decesserint, etiamsi non exprimatur, *l. cum auus, inf. de cond. & demonst. l. cum acutissimi, C. de fideicommiss.* & hoc Papinian. induxit tantum in liberis iustis rogatis restituere post tempus, vt subintelligatur conditio si sine liberis decesserit. sed produxit Iustinianus eam sententiam in *d. l.* generaliter ad filios naturales, vt scilicet si filij naturales rogentur restituere, insit etiam fideicommisso tacite hæc conditio, si filij naturales sine iusta sobole decesserint: nam hæc conditio iustos liberos desiderat plerunque, nisi aliud suadeat voluntas, vel conditio, vel dignitas fideicommittentis.

Ad §. Curatoris.

Curatoris sui frustra fidei commisisse videbatur, vt heredi fratris negotiorum gestorum rationem redderet. quamquam igitur testamento cautum esset, vt cum ad statum suum frater peruenisset, ei demum solueretur: tamen sub curatore alio fratrem agentem, recte placuit, actionem inferre: cum illis verbis fratri potius consultum videretur, quam solutio, quæ iuste fieri potuit, dilata.

NOtandum est, debitoris fidei committi posse, vt dixi §. *qui dotale*, puta vt det, restituat alteri quod debet, vel partem debiti; frustra tamen ei committitur vt heredi nostro restituat, siue soluat quod debet: quoniam & citra fideicommissum heres noster iure hereditario id habiturus est omnimodo: & ideo frustra fideicommissum heredi nostro relinquimus à debitore, *l. 67 sup. in princ.* atque ita curatoris mei inutiliter committo, vt negotiorum gestorum rationem reddat fratri heredi meo: nam & hoc non commisso, vtique reddet rationem fratri heredi meo. vnde si huic fideicommisso iniecta sit mora, puta cum frater meus ad annum 25. peruenerit, rationes ei reddito, quem hoc loco Papin. vocat statum, vt Græci, ἀκμὴν, & *l. cum de ætate, sup. de prob.* non tamen expectabitur ille dies: nam à fratre meo curator meus poterit conueniri ante 25. annum. fuit inutile fideicommissum. Fuit ergo etiam inutilis moræ iniectio, & frater meus idemque heres meus statim à meo curatore nihilominus exiget curationis rationem. iniecta illa mora fratri meo consulere volui, ne interim pecuniam solutam disperderet: curatori meo consulere nolui, ne ante eam ætatem soluere compelleretur, quod tamē & velle potui: nam liberatur ad tempus legatum, *l. 9. §. 1. de liber. leg.* Igitur frater idemque heres meus à meo curatore confestim rationem curationis exigere poterit ante 25. annum, & primum, ait *videbatur*. deinde subiicit, *placuit*. significat principes isse in sententiam suam, quod etiam accidisse opinor in sequenti specie. legata siue fideicommissa relicta ab instituto debentur, etiam à substituto vulgari ex tacita voluntate defuncti, vt substitutio obueniat cum onere, & ita Papinian. ait in §. *ab instituto*, & ita definitum est constitutione Seueri & Antonini, *l. licet, sup. l. 1. l. 4. C. ad Trebell.* Videntur etiam à substituto tacite repetitę legatorum conditiones & dies, *d. §. ab instituto.* Quidam

B extraneum heredem rogauit, vt libertis suis testatoris cum moreretur, restitueret prædia quædam, & cauit ne liberti ea alienarent extra familiam, quod hic exprimitur in §. *substituto*, sed nihil facit ad quæstionem quæ in eo §. instituitur. Satis igitur est poni eum instituisse extraneum, & ab eo cum moreretur prędia quędam reliquisse libertis. Deinde de instituto alium substituit vulgariter. si institutus heres repudiauit hoc fideicommissum, alligabitur huic repetitioni sub eadem conditione, puta cum moreretur institutus: nam eadem quæstio repetita intelligitur. Neque quicquam obstat, *l. sub conditione, sup. de hered. instit.* quæ dicit heredi instituto sub conditione substitutum simpliciter pure institutum videri, & conditionem in substitutione repetitam non videri. Sed longe alia est ratio, aliaque species ab hac. hoc modo conditio imposita heredi instituto non

C videtur imposita substituto. hoc concedo quoniam alia est instituti, alia substituti persona. ergo alia institutionis, alia substitutionis causa & affectio. Conditio imposita legatario ab instituto, eadem non videtur legatario imposita à substituto. hoc non concedo, hoc est falsum, nec elicitur ex *l sub conditione*, quoniam hic est vna legatarij persona. ergo vna semper legati causa & affectio, nisi constet defunctum mutasse voluntatem: quamobrem quam imposuit conditionem legatario primo gradu, eandem intelligitur imposuisse secundo gradu. Falsum est quod ait Accurs. conditionem repetitam non videri, si ipse testator nominatim repetierit legatum vel fideicommissum à substituto. conuincitur, *l. in repetendis, inf. lib. 3.* quæ repetitionem legatorum testamento expressam definit repetere etiam dies, &

D conditiones. Sed hic modus addendus est, vt non videatur repetita conditio quæ inutile legatum faceret, id est, ita repetendæ sunt conditiones à substitutis vt inutilia non fiant legata, *l. si quis à filio, l. seruo legato §. vlt. sup. lib. 1. l. vlt. de fideicom. lib.* Idem dici potest eadem ratione in repetitione tacita, vt non repetatur conditio quæ inutilia reddit legata: alioquin nec legata repetita viderentur. Postremum, quod est notandum, est de fideicommisso mensæ argentariæ. Quidam Titio per fideicommissum reliquit mensam argentariam. quænam est vis huius fideicommissi & mens fideicommittentis? hæc videtur esse, vt fideicommissarius sustineat etiam omnia onera mensæ, sicut cum legat hereditatem Mæuianam, vel hereditatis suæ partem: hoc velle videtur vt pro modo legati legatarium commoda & incommoda sequantur, *l. 8. §. vlt & 76. sup.*

E Sic etiam hoc velle videtur, vt mensæ legatarium ius omne mensæ sequatur, id est, commodum & incommodum: & ideo fideicommissarius cauere debet heredi de indemnitate, interpositis stipulationibus ad exemplum stipulationum emptæ & venditæ hereditatis, & hoc ait in §. *mensæ*, hoc fideicommissum mensæ esse emptioni simile: Nam creditores mensarij veniunt ad heredem argentarij, & ideo debet sibi prospicere cautione, legatum non solet esse damnosum, *l. si hereditatem, sup. mand.* huiusmodi tamen legata possunt esse damnosa, vt si plus mensæ debeat quam ei debeatur, si plus sit in ære alieno quam in quæstu. quæstus accipitur pro fœnore, quod Græci κέρμα, & ita vendita hereditate non quæritur de quantitate hereditatis, an plus sit in aëre alieno, quam in lucro, *l. qui filiif. in fi. sup.*

de hered. vend. & hoc mensæ negotium est simile emptioni hereditatis vel nominis: Nam & similiter qui nomen vendit, locupletem debitorem præstare non tenetur, sicut qui mensam legat, locupletem non legat, sed qualis est. Igitur mensæ nomine non significatur corpus, sed ius & negotiatio illa dandi & accipiendi pecunias, & fœnerandi, & obligandi, & soluendi, quæ à mensariis publice agitabantur in foro. Et quouis nomine mensarij iis quorum pecunias tractauerunt rationibus reddendis obnoxij sunt iudicio in factum, sicut tutores, curatores, gestores, procuratores. sed hi rationes reddunt specialibus actionibus, tutelæ, mandati, negotiorum gestorum: mensarij actione in factum, *l. quadam. sup. de edendo.* Et quod de mensa, idem dicendum de taberna argentaria, vt significetur ius his verbis, non corpus, *l. qui tabernas, sup. de contrah. empt.* & in qualibet alia taberna in foro posita in *l. cum tabernam, inf. de pignorib.* qui obligat pignori tabernam in foro positam, videtur obligasse merces, & nomina tabernę, & ius omne. erant plerunque tabernæ in foro positæ, & solum erat publicum, vnde publico redebant salaria, & ob id quum decoxerant suis creditoribus, dicebantur foro cessisse, *l. si hominem §. quoties, sup. depos. Seneca 4. de benefic. Si debitor foro cesserit, portionem feram*, id est, si decoxerit, & creditores vno consilio coierint, & vnum elegerint, id est, magistrum bonis debitoris vendundis, ex redacto portionem feram, hoc vult Seneca. Id declaratur etiam apertius à Theoph. *tit. de succession. quæ fieb. per bon. vendit. l. Imperator, sup. de pactis.* bona quę reliquerat qui foro cesserat, vendebantur per magistratum. magister constituebatur à creditoribus qui bona proscribebat, legemque dicebat bonorum vendendorum, si quis vellet emere bona decoctoris: emptori demum addicebantur bona debitoris: idemque erat vice heredis, & ideo obligabatur creditoribus omnibus, eademque decisio fit plerumque à creditoribus, vt inuitent heredes scriptos ad adeundum, alioquin repudiaturos nisi velint creditores venire in portionem, *l. maiorem, sup. de pactis, l. 3. inf. ad leg. Falcid.*

Ad §. Pater filiæ.

Pater filiæ mancipia, quæ nubenti dedit, verbis fideicommissi præstare voluit partus susceptos, etsi matres ante testamentum mortuæ fuissent, ex causa fideicommissi præstandos respondi. nec aliud in vxore confirmatis donationibus pridem obseruatum est.

AD hunc §. species poni non potest sine his fundamentis: donationem inter virum & vxorem non valere, donationem inter patrem & filium filiamve familias non valere, & concessionem potius esse quam donationem, sicut concessionem peculij, quæ finitur morte patris & nullum ius tribuit filio, vel filiæ. datio tamen dotis valet fauore nuptiarum, & non finitur morte patris, & ideo datam filiæ, morientem patrem filiæ pręlegare necesse non est, imo frustra est, quia iam est res filiæ propria, id est, iam dos etiam patrimonium facta est filiæ. Quæ autem quis viuus vxori aut filio, filiæve famil. donauerit, vel in peculium concesserit, si post mortem suam ea voluit esse rata, necessario ea debet legari cui donauit, vt dictum est, *l. 35. sup.* legatum erit confirmatio donationis. sed hodie superuacua est huiusmodi confirmatio in filiof. collata, silentio, & morte confirmatur in vxore, ex Oratione D. Seueri, *l. cum hic status, sup. de donat. inter vir. & vxor.* quæ donationes inter virum & vxorem morte donatoris ipso iure, & tacito intellectu confirmari vult: atque ita Papiniani ætate donationes inter virum & vxorem confirmabantur morte: donationes inter patrem filium & filiamf. non confirmabantur morte sine voluntate patris, *l. 2. §. 1 pro herede, l 1. §. 1 pro donato.* Nam vt morte confirmetur nouissimo iure hoc introduxit Iustinianus. Sequitur species. Pater filiæ nubenti vsus, & ministerij sui causa ancillam donauit. dico donauit, non in dotem dedit, & ita Dynus posuit recte donasse patrem ancillas, Accursius male in dotem dedisse, cuius Glossæ omnes in hunc §. vna litura castigandæ sunt, & summarium Bartoli. donauit igitur filiæ ministerij causa, non dotis, deinde moriens pater in testamento per fideicommissum donationem confirmauit nominatim, vt tum erat necesse, his verbis, *quicquid filiæ dedi, donaui, concessi, id sibi præcipiat, sumat, habeat*, vt in *l. pen. in princ. inf. hic.* Ancillæ donatæ iam erant mortuæ ante testamentum, ante confirmationem donationis, sed partus earum supererat. Quæritur, an ex fideicommisso siue confirmatione, illa filia partuum retentionem habeat. sane videtur: qui donat ancillas, vel qui confirmat donationem ancillarum, & partuum; etiam si hi soli supersint, donationem confirmat. *Nec aliud*, inquit, *in vxore confirmatis donationibus, &c.* confirmatis, expressim scilicet & specialiter: Nec enim pridem silentio, & morte mariti sola, confirmabantur. necessaria erat expressa confirmatio, sicut in donatione collata in filium vel filiamf. Idem vero in vxore pridem obseruatum est nominatim confirmatis donationibus, sicut dixi, vt scilicet vxor retineret partus ancillæ sibi à marito donatæ, etiamsi ancilla ante confirmationem mariti decessisset, & solus partus superesset. Hodie in vxore non est opus confirmatione expressa ex Oratione Seueri. Et ideo ait, *pridem*, id est, ante constitutionem Seueri. In filiaf. non ait *pridem*, quoniam in ea necessaria erat expressa confirmatio, *l. donationes, C. de donationib. inter vir. & vx.* Opposuit Accurs. huic §. *l. vxorem §. sorori, inf. lib. 3.* quæ lex sorori legatis ancillis, eademque rogata ancillas post mortem suam restituere filiis testatoris, ait, partus ancillarum in restitutionem non venire. Sed decisio eius § *soror.* nihil commune habet cum decisione huius §. quod vtriusque decisionis collatio statim demonstrabit. Huius §. decisio est, eum qui donat, confirmatione donationis ancillarum & partus donare post donationem editos: §. *sorori* decisio est, eum qui per fideicommissum adimit ancillas legatas, non adimere partus apud legatarium editos, pendente conditione fideicommissi. confirmatio donationis retrotrahitur, ademptio legati per fideicommissum non retrotrahitur, quæ differentia causam habet præstitam in voluntate non obscure confirmantis, vel fideicommittentis.

Ad §. hereditatem, §. filia, & §. dulcissimis.

Hereditatem post mortem suam rogati restituere, nominum periculo, quæ per diuisionem obtigerunt, inter coheredes interpositis delegationibus, non adstringuntur: non magis quam prædiorum, cum permutatio rerum discernens communionem interueniet.

Filia mea præcipiat, sibique habeat, volo rem matris suæ. *fructus quos medio tempore pater percipiet, nec in separato habuit, sed absumpsit, vel in suum patrimonium conuertit, non videntur filiæ relicti.*

Dulcissimis fratribus meis, auunculis autem tuis, quæcunque mihi supersunt in Pamphilia, Lycia, vel vbicunque, de maternis bonis, concedi volo, ne quam cum his controuersiam habeas. *omnia corpora materna hereditatis, quæ in eadem causa dominij manserunt, ad voluntatem fideicommissi pertinent: ex iisdem igitur facultatibus percepta pecunia, & in corpus proprij patrimonij versa, item iure diuisionis res propria facta non præstabuntur. cum discordiis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare.*

AD hunc §. ponemus hæc fundamenta: inter coheredes bonorum & nominum diuisionem fieri. bonorum mutuis permutationibus, id est, partibus vltro citroque permutatis, siue mutuis emptionibus factis per adiudicationem, quæ est emptio necessaria, quia fit imminente arbitrio diuisionis. *l si pignori, sup. fam ercisc. l 7. § si debitor, sup communi diuid.* Nominum autem, id est, æris alieni inter coheredes diuisio, fit mutuis delegationibus, & mutuis cessionibus actionum, *l. tale pactum § post diuisionem, sup.*

de pact. & hic ait, permutatio discernit communionem bonorum, delegatio discreuit communionem nominum, alio modo quam discreuit nomina l. 12. tabul. quæ vtique nomina discreuit pro hereditariis portionibus, sed in diuisione non semper legem sequuntur. Nunc finge: vnus ex heredibus aut duo, rogatus est hereditatem suam, id est, portionem restituere Titio. post mortem diuisione facta inter coheredes ex bonis adiudicatis heredi rogato, vel ex nominibus ei attributis quædam perierunt nomina, vel deteriora facta sunt redactis debitoribus ad egestatem, vel bona casu perierunt & absumpta sunt. Quæritur, cui perierint, an perierint fideicommissario; sic sane pro hereditaria parte, *l. mulier*, §. *sed enim*, *inf. ad Trebell.* At pro parte adiudicata vel attributa videntur periisse heredi, quoniam pro ea parte illa ex venditione habuit, vel ex cessione, & delegatione, vel ex permutatione. Verum placet, quia inuitus emit aut permutauit, & inuito cessæ sunt actiones communionis dirimendæ causa, æquum esse vt heres non subiiciatur periculo nominum, vel rerum hereditariarum, & vt nomina bonaque pereant quæ pereunt sine dolo aut culpa heredis, fideicommissario pro dodrante, heredi pro quadrante Falcidiano, vt *l. 34. sup. famil. ercisc.* Vulgo certe, neque illius legis vim & potestatem tenent. Alia species est facilior. Sciendum est, bona materna per filium vel filiamf. patri acquiri pleno iure, id est, ita ius fuit, vt acquirerentur patri pleno iure: nam ex constitut. Constantini acquiruntur patri vsusfructus tantum iure: ante Constantinum acquirebantur pleno iure vt in *l. qui in aliena inf. de acq. hered. l. 3.* §. *verbum, de donat. inter vir. & vx. l. 1.* §. *qui operis*, *inf. ad Tertyll.* Nuc finge ea bona, id est, vt ait, *rem matris filiorum, rem*, id est, hereditatem, cum pater acquisiuisset per filium iure potestatis, postea moriens filio ea bona quæ acquisierat per filium eidem filio in testamento prælegauit, quæritur, an fructus quos pater ex eis bonis percepit medio tempore, veniat in prælegati causam. & ait, non venire fructus consumptos à patre, vel in corpus patrimonij sui à patre versos: venire tamen fructus extantes, quos scilicet pater in condito, in deposito, in separato habuit, quia eos videtur reseruasse filio: & ita in fideicommissaria hereditate restituenda veniunt fructus extantes mortis tempore, *l. Centurio, sup. de vulg. subst. l. ita tamen 91. inf. ad Trebell.* Eidem vero ratio interuenit in specie, *l. vlt. inf. de pecul. leg.* quam Accurs. citat quasi pugnantem, ego quasi valde cōsentientem. Pater filio prælegauit domum & centum aureos, & peculium. vsuræ centum aureorum (quod hic de fructibus, ibi de vsuris) quas pater medio tempore percepit filio non debentur, sed debentur tantum centum aurei: sed si post testamentū pater filio centum aureos cum vsuris acceptos tulerit in rationibus domesticis quasi debitor filij, si se in suis rationibus & sortis, & vsurarum nomine filij debitorem fecerit, *S'il en a tenu compte à son fils*, tum centum aurei cum vsuris peculio legato continebuntur. vt fructus quos seposuit, videtur seposuisse filio: ita vsuras quas seposuit filio, id est, acceptas tulit filio, dicemus venire in prælegati causam, non quas ipse sibi excepit, vel quos sibi consumpsit; fructus autem in rem suam vertit ante mortem: nec dissimilis est alia species: mater filium heredem instituit, & à filio herede instituto fratribus suis per fideicommissum reliquit quicquid sibi ex bonis maternis superesset, & adiecit non se ea bona relinquere fratribus, communionis tollendæ causa, ne de diuisione filius cum suis auunculis aliquando contenderet, id est, ne quid suus filius haberet cōmune cum auunculis. Ex eius bonis postea viuente matre quædam diuisa sunt, quædam indiuisa, & communia cum fratribus remanserunt: docet Papinianus in §. *dulcissimis*, separanda esse diuisa ab indiuisis, id est, communia à propriis: hereditatis auitæ corpora omnia communia in fideicommissum venire, & deberi auunculis: pecuniam consumptam à matre, vel in suum patrimonium à matre conuersam, vel corpora iure diuisionis matris propria effecta ex ea hereditate non venire in fideicommissum, quia illo elogio, *ne vlla sit controuersia cum auunculis*, mater satis

A indicauit se voluisse relinquere tantum fratribus communia bona materna, quę communiter cum iis possidebat pro indiuiso, non quæ desiissent, aut desierunt esse communia, ne adscripto elogio omnia venirent diuisa & indiuisa, *l. Imperator* §. *vlt. & duab. seqq. sup h. t.* cui respondendum est ita posita distinctione inter elogium adscriptum, & non adscriptum fideicommisso.

Ad §. Pater pluribus.

Pater, pluribus filiis heredibus institutis, moriens claues & anulum, custodiæ causa, maiori natu filiæ tradidit: & libertum eidem filiæ, qui præsens erat, res, quas sub cura sua habuit, adsignare iussit. commune filiorum negotium gestum in- B *telligebatur. nec ob eam rem apud arbitrum diuisionis præcipuam causam filiæ fore.*

Pater cum plures haberet filios moriens omnes heredes scripsit, & maiori natu claues, & annulum custodiendum dedit, & præterea libertum, eidem filio res quas libertus solebat habere sub sua cura, assignari iussit. Primum igitur custodiendum dedit annulum signatorium, & eidem filio iniunxit sigillare eodem annulo repositas res in horreum, aut conclaue & obsignatas. Quæritur an videatur pater huic filio prælegasse clusa & obsignata omnia quæ quis posset præsumere ex traditione clauium & annuli signatorij, sicut de Alexandro scribit Iustinus *lib. 12. qui iam moriens sexta die præclusa voce exemptum digito annulum Perdiccæ tradidit, qua res gliscentem amicorum dissen-* C *sionem sedauit*: nam etsi non voce nuncupatus heres, iudicio tamen electus esse videbatur, traditio annuli præsumptio fuit heredis instituti. Et Valerius quoque *lib. 7. cap. 9.* ponit trium ciuium Romanorum exempla, qui morientes amicos suos ludibrio habuerunt, ita vt eis annulos suos veluti heredibus traderent: In hac specie, quam proposui, ludibrium nullum est, sed neque prælegatum est ex traditione clauium & annuli, quia videtur potius pater rem communem gessisse omnium filiorum, dum filio maiori natu quasi prudentiori commisit omnia quæ sub clauibus erant, & sub annulo signatorio, & omnino ea tradidit filio maiori natu custodiæ causa, non prælegandi animo. Et hæc est sententia §. *pater pluribus*. §. *cum imperfecta* exposui in *l. 30. sup.*

D

Ad §. Filius matrem.

Filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum iurisiurandi religione præstari rogauerat, cum testamentum nullo iure factum esset: nihilo minus matrem legitimam heredem cogendam præstare fideicommissa, respondi: nam enixa voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.

Constituendum est, ex testamento iniusto vel imperfecto vel irrito nihil omnino deberi, ne codicillorum quidem iure, id est, etiamsi quod scriptum est in testamento quasi in codicillis scriptum valere possit, tamen non debetur. Denique id testamentum neque pro testamento, neque pro codicillis habetur, *l. 11.* §. *1. inf lib. 3. l. 1. sup. de iure codicill. l. ex testam. C. de fideicom. l. 81. si quis te-* E *stam. hic.* Vbi ponit patrem filios heredes instituisse, & ab eis fideicommissum reliquisse non vt à legitimis heredibus (possunt relinqui fideicommissa à legitimis heredibus *l. si. Titio pecuniæ* §. *vlt. sup. lib. 1*) sed ab his fideicommissum reliquisse vt à scriptis, & postea testamentum aliquo casu irritum factum fuisse veluti capitis deminutione patris maxima, aut media. Quæritur an filij succedentes patri ab intestato debeant præstare fideicommissum: & respondetur non obligari fideicommissis: sed hoc ita procedit si testamento non sit adiecta clausula codicillaris, id est, si non dixerit testamentum id velle se vice codicillorum valere, *l. 3 sup. de mil. test. l. coher.* § *cum filia, sup. de vulg. sub. l. vlt. C. de codicill.* & est huius clausulæ exemplum in *l. ex ea scriptura* §. *vlt. qui test. fac. poss.* vbi testa-

tor ita dixit, *hoc meum testamentum omni iure valere volo.* videtur voluisse his verbis ea quæ reliquisset testamento præstari, etiamsi intestatus decessisset, etiamsi vitio aliquo testamentum irritum factum fuisset. Ea verba vim habent clausulæ codicillaris, qua omissa non inducimus ius codicillorum. Est & aliud exemplum in *l. 13. sup. de inoff. test.* testator ita dixit vltima parte testamenti, *ea quæ supra dari fieri iussi, ea dari, fieri volo ab omni herede bonorumve possessore, qui mihi erit, etiam iure intestati:* est hæc aperta clausula codicillaris: & ideo si testamentum illud destituatur, id est, si repudietur hereditas ab heredibus scriptis, vel si iniustum pronuncietur, vel si rumpatur, vel si irritum fiat, omnia quæ sunt in eo testamento scripta, debebuntur iure fideicommissi ab heredibus legitimis, non tamen debebuntur propter illam clausulam, si testamentum inofficiosum pronuncietur: nam illa clausula hoc casu vim vim suam amittit, quia is cuius testamentum pro inofficioso habetur, pro furioso habetur: & ideo quasi furiosus, videtur non habuisse testamenti factionem, *l. 17. §. vlt. lib. 3.* & qui non habet testamenti factionem, etiam codicillorum factionem non habet, *l. 2. sup. lib. 1.* Est & huius clausulæ aliud exemplum elegans in *l. pen. §. vlt.* hic. testator ita dixit: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo iurisperito, &c.* Contempsit solemnia iuris, atque ita non iure testatus est, non adhibuit iurisperitum qui dictaret & conciperet verba legitima, vt veteres solebant, *l. moris inf. de pœnis, l. dictantib. C. de testam.* Ammianus Marcell. 28. *maritum testari compellit & periti iuris adsciscuntur.* non adhibuit ille testator diligentem obseruationem quam vocat Iustinian. in *tit. de milit. test.* ipse vocauit *miseram, & nimiam diligentiam,* vt Tull. 7. Verri. *ex nimia prætoris diligentia,* & omnino ita testatus, est, vt Staberius apud Horat. Sat. 2. l. 2. *Siue ego praue, seu recte, hoc volui.* & constat testamentum illud non esse testamentum, & heredes scriptos adire hereditatem non posse, eundemque decedere intestatum, & vocari agnatos proximos. Sed quæritur an à proximis agnatis qui intestato successerunt, heredes testamento scripti ex causa fideicommissi possint petere portiones hereditatis eis testamento adscriptas. respondet, *posse, pro iusto & legitimo habere debet, &c.* vim habent clausulæ codicillaris. Illius ergo heredes legitimi restituent hereditatem heredibus testamento scriptis, deducta Falcidia, cuius scripti damnum faciunt propter vitium testamenti, quia non ex testamento veniunt, sed quasi ex codicillis filius matrem heredem scripsit non iure facto testamento, & eam rogauit cum iurisiurandi religione, vt fideicommissum testamento relictum omnino præstaret, puta his verbis, *per deum rogo te vt in eo quod à te petam, fidem mihi præstes,* vt in *l. 3. inf. de iure fisci.* Vel per salutem principis rogo te, vt quæ dari, fieri iussi, des, facias, vt §. 1. *de fideicom. hered.* & de hac iurisiurandi impositione Iustinian. scribit in *l. 2. C. comm. de legat.* qui locus nondum explicatus est. Distinguit Iustin. verba directa à precariis, & à iurisiurandi impositione: nam ex iurisiurandi impositione alij legati, alij fideicommissi argumentum sumebant, atque ita iurisiurandi impositionem huc atque illuc distrahebant: & verba hæc sunt, *siue verbis directis, siue precariis: siue iuramentum interposuerit, cum & hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente* ἐν ὅρκῳ, *partibus autem huiusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus.* Emendandum, *iuramentum imposuerit,* versus ex veteri scriptura σὺν ὅρκῳ, quomodo legisse videtur Accurs. Alciatus legit, ἐν ὅρκῳ, & rem explicat perperam, posito exemplo tali. testator ita cauit, *iuro me daturum Titio centum:* Ex hac scriptura alij dicebant Titio deberi centum, alij negabant; ego vero existimo neminem id dixisse vnquam deberi centum ex ea scriptura, imo consuluisse nullam. ex ea scriptura obligationem nasci. Qui dixit, vel iurauit se daturum, nec dat, nihil videtur dedisse, *l. 34. in princ.* & in ea, *l. ea verba huc atque illuc,* referre malim ad legati, & fideicommissi iura diuersa, hoc sensu alios iurisiurandi impositionem accepisse pro legato, alios pro fideicom-

A misso. Accurs. male exemplum ponit in conditione iurisiurandi imposita legatario, vel heredi quæ edicto prætoris remittitur & circumscribitur: de ea igitur nihil ambigi potest. Nos igitur exemplum ita ponamus. testator ita dixit, τῷ ἐκείνῳ τόσα νομίσματα σὺν ὅρκῳ δοθῆναι βούλομαι: hæc verba, σὺν ὅρκῳ, etiamsi nullum lex nomen apposuerit, pro iureiurando accipio, vt in Pindari Nemeis, ναὶ μὰ ὅρκον *par mon serment*, vel quia veteres iurare solebant per ὅρκον, vt Hesiodus in Theogonia, ὅτε κέν τις ἑκὼν ἐπίορκον ὀμόσσῃ, id est, *orcus vlciscitur periuros*, vel etiam vt Pindari interpretes aiunt, qui reuerentia & metu diuini numinis omittebant deorum nomina, & ita iurabant per iusiurandum. Atque ita testator qui dixit, σὺν ὅρκῳ, satis rem obiurauit etiamsi non expresserit nomen Dei. Verum redeamus ad speciem quam

B cœpi proponere. filius matrem heredem instituit in iniusto testamento, id est, minus solemni, & σὺν ὅρκῳ, rogauit fideicommissum præstare tabulis relictum. mater filio ex testamento heres non extitit, qui nec potuit cum esset iniustum, sed filio extitit heres ab intestato ex SC. Orfitiano, an mater ab intestato teneatur his quibus testamento fideicommissa relicta sunt. & videtur non teneri, quia non fuit apposita clausula codicillaris. Placet tamen Papiniano, æquius esse vt dicamus matrem teneri propter enixam voluntatem; valde enim & enixe, & fortiter voluisse videtur filius is de quo matrem per Deum rogauit. Catullus in Epith. l. Pelei.

Qui dum aliquid cupiens, animo prægestit apisci,
Nil metuit iurare, nihil periuria curat.

Dum igitur obiurauit filius, sane palam demonstrauit se

C prægestire vt animo suo satisfieret, vt fideicommissum omnimodo præstaretur. argumento igitur enixæ voluntatis dicemus, matrem præstandis fideicommissis obligari siue ab intestato heres exstiterit, enixæ voluntatis preces ad omnem tam legitimam quam testamentariam successionem porrectæ videbantur; atque ita iurisiurandi impositio descriptionem bonorum quam defunctus fecit confirmat *Nou. 48.* quæ alioquin infirmaretur. Mater autem hæc quæ rogata est enixe, tenetur fideicommissariis; at repudiante matre hereditatem filij, & ex testamento, & ab intestato, hi qui post matrem veniunt, ex successorio edicto non obligarentur his fideicommissariis, *l. 1. §. vlt. inf. lib. 3.* quia matrem solam rogauit, non omnem legitimum successorem. si omnem legitimum successorem rogasset, & omnis teneretur, *l. pen. §. filiam inf. hic.* Pater filiam here-

D dem scripsit & nepotem ei substituit vulgari modo, deinde ita cauit: *si quod abominor, filia & nepos heredes mei non erunt, tum fundum illum libertis meis dari volo*, deinde filia & nepos viuo testatore decesserunt, atque ita res recidit ad causam intestati, & huic testatori pronepos ab intestato heres extitit, quæritur an fideicommissum testamento scriptum debeatur præstari libertis, & ait, deberi, quia legitimorum heredum fidei satis aperte commissum est, vt præstarent libertis fundum. cum enim dixit, *si filius vel nepos heredes mei non erunt*, quos solos instituerat, hoc videtur dixisse, *si intestatus decessero libertis fundum dari volo:* Videtur ergo aperte onerasse fideicommisso legitimos heredes, & ideo quicunque sint qui intestati bona capiant, fideicommisso obligabuntur. in specie huius §. mater sola

E obligaretur, quia mater sola obligari proponitur.

Ad §. Mando.

Mando filiæ meæ pro salute sollicitus ipsius, vti quoad liberos tollat, testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo viuere. *fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam apparuit. quod non de pecunia sua testari: sed, obtentu consilij, derogare iuri, testamentum fieri prohibendo, voluit.*

Sciendum est, testatorem iuri publico non posse derogare vllo modo, id est, neque directis neque precariis verbis, *l. nemo, sup. lib. 1. l. 5. §. Iulianus, sup. de ad-*

minist. tut. l. Cerdonem, inf. de operis lib. l. vnica §. is pra-cul. C. de Latina lib. toll. non potuit testator vetare Falcidiæ deductionem propter eam rationem, quia non potest iuri publico derogare. hodie tamen potest prohibere Falcidiam ex Nou. 1. Iustinian. non potuit vetare cautionem legatorum. hodie potest ex constitutione Marci, *l. 2. C. vt in poss. leg.* non potuit heredi suo iniungere, vt aliquem, puta Titium sibi heredem institueret, quia iure publico libera cuique testamenti factio debet esse, quia supremum iudicium alterius constringi pœnali voluntate non potest. hodie tamē potest id iniungere ex SC. quod interpretamur ex eius verbis, heredem rogari vt hereditatem restituat, *l. ex facta, l. Imperator, §. pen. hic.* & consequenter licet non potuerit testator heredem prohibere testamentum facere, tamen hodie ex decreto Antonini si qui filium heredes instituerat testamento ita cauerit vt proponitur in *l. qui filium, inf. ad Trebell.* Mando tibi filia vt quoad liberos susceperis testamentum non facias. his verbis rogata videtur filia, vt si sine liberis decesserit, hereditatem restituat fratri: Mando siue ἐντέλλομαι, est verbum precarium §. *vlt. de sing. reb. per fideic.* & hoc facto quod proponitur, *d. l. qui filium in fin.* simile videtur esse hoc quod dicitur hic: Pater duas filias heredes scripsit, & de filia ita cauit; *Mando tibi pro salute tua sollicitus, vt quoad liberos tollas, testamentum non facias, ita enim poteris sine periculo viuere:* Quæritur an his verbis videatur fideicommissaria hereditas relicta sorori. minime, quia illa verba *pro salute tua sollicitus, atque ita poteris sine periculo viuere,* consilium patris demonstrant, non fideicommissum faciunt. vtroque modo potuit pater iuri publico derogare, testamentum fieri prohibendo, sed vno modo induceretur obligatio, id est, fideicommissum: altero, id est, consilio non inducitur obligatio in *l. generaliter §. si petitum, inf. de fideicom. lib. l. testatorem, §. 1. inf. lib. 3.* Cur consilio non inducitur obligatio, quia qui consilium dat, de re sua non testatur, & hoc est quod ait, *quod non de pecunia sua testari, &c.* respicere videtur ad l. 12 tab. *vti legassit super pecunia tutelaue suæ rei:* nam in testamentis ea rata sunt quæ cauimus de re nostra, non quæ cauimus de re aliena, & quæ scripsimus non nostrum, sed heredis gratia, & omnino vt in contractibus mandatum quod ipse facio mea gratia, vel mea & tua, id est, communi ex causa, obligat, ita mandatum quod facio tua tantum gratia non obligat. & quamuis dixerit sic, Mando, quod est precarium, tamen eius generis mandatum magis est consilium quam mandatum aut fideicommissum, *l. 2. §. vlt. sup. mand.* in *l. pen. §. matre,* hic, fuit fideicommissum, non consilium, vxorem heredem scripsit, atque ita cauit, *à te peto vxor ne quid post mortem, &c. habes filios sororum tuarum quibus relinquas.* vxor decessit intestato: fratres ei heredes extiterunt ab intestato, sed an teneantur hereditatem restituere filiis sororum? sic videtur, quoniam illi verba defuncti speciem habent fideicommissi, non consilij nudi.

Ad §. Rogo.

§. 15. *Rogo filia, bona tua quandoque distribuas libertis tuis, vt quisque de te meruerit. videtur omnibus liberis, etsi non æqualiter promeruerint, fideicommissum relictum, quibus matris electione cessante, sufficiet, si non offenderint: eos autem, quos mater elegerit, fore potiores, si soli promeruissent, existimauit. quod si neminem elegerit: eos solos non admitti, qui offenderunt.*

Filiam institutam rogaui vt liberis suis quandoque bona sua restitueret, vt quisque mereretur, hoc verbo *quandoque,* iniecit conditionem fideicommisso, & liberum spatium dedit filiæ eligendi cui vellet liberorum restituere vsque ad mortem. Illis autem verbis, *vt quisque de te meruerit,* inerit arbitrium boni viri, *l. 11. §. sic fideicommiss. lib. 3.* & ideo vt ait in hoc §. cessante lectione matris, ad fideicommissum vocantur hi qui bene meriti sunt de matre: & quidem omnes, etiamsi non sint æqualia omnium merita, vt dixi *l. 17. §. vlt. sup.* veniunt ad fideicommissum non tantum bene meriti, sed & qui neque bene, neque male meriti sunt, id est, qui non offenderunt, male meriti repelluntur. Quod si mater eligere velit, non potest promiscue quoslibet eligere ex liberis, sed eos tantum qui promeruerunt, & quidem omnes, non ex his quosdam. Non potest mater male meritos eligere, id est, qui offenderunt, licet non sint in pari offensa omnes. Non potest igitur male meritos eligere, quoniam electio ei data est quasi bono viro, bene meritos potest eligere, sed omnes debet, non quosdam ex his. Item non potest mater præponere bene meritis eos qui medij sunt generis, id est, qui neque promeruerunt, neque offenderunt: potest eos quidem commiscere bene meritis, non tamen præponere: & sicut in causa inofficiosi apud centumuiros meritorum ratio habetur, ita ex causa huius fideicommissi apud Prætorem fideicommissarium habebitur ratio horum.

Ad §. Libertis.

§. 27. *Libertis prædium reliquit, ac petit, ne id alienarent, vtque in familia libertorum retinerent. si excepto vno, ceteri partes suas vendiderint: qui non vendidit, ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet: eos enim ad fideicommiss. videtur inuitasse, qui iudicio paruerunt: alioquin perabsurdum erit, vice mutua petitionem induci, scilicet & vt ab altero partem alienatam quis petat, cum partem suam alienando perdiderit, &c.*

Patronus à libertis petiit, vt fundum legatum in familia libertorum retinerent, & non alienarent exteris libertis solis prospexit, non vniuersæ familiæ suæ, quoniam dixit in familia libertorum, vt in *l. pater §. duobus, inf. lib. 3. l. filiusf. §. diui. 1. sup. lib. 1.* Pone quatuor fuisse libertos, quibus patronus eum fundum legauit, hac lege, vt remaneret in familia libertorum: & pone etiam omnes vendidisse suas portiones extraneis, excepto quarto, qui non vendidit suam partem fundi, si consentiente quarto alij vendiderunt, quarto nulla superest petitio fideicommissi, qui remisit ius fideicommissi consentiendo, *l. nihil §. 1. lib. 1. l. pen. §. insulam, l. quoties, C. de fideic.* vt dixi *l. Titia §. Lucia.* sed vendiderunt primus, secundus, tertius, non consentiente quarto. quarto competit persequutio partium venditarum iure fideicommissi, quia collibertum quartum præferre debuerunt exteris secundum voluntatem patroni. quod cum non fecerint, fideicommissi conditio extitisse videtur, & quartus partes venditas persequetur ac petet ex causa fideicommissi. Quod si omnes liberti vendiderint nemine excepto, prorsus extinguetur fideicommissum, *d. l. quoties & Nou. 159.* videlicet si simul & pariter omnes vendiderint, id est, eodem tempore. non idem est, si separatim vendiderint diuersis temporibus: nam si primus vendiderit suam partem extraneo, alij qui necdum vendiderunt partem primi ex causa fideicommissi persequentur. Tum deinde si secundus partem suam extero vendiderit, tertius, & quartus qui nondum partes suas vendiderint, partem secundi persequentur iure fideicommissi, non etiam primi: atque ita primus tertio, & quarto partem non faciet in portione secundi, quia primus alienatione suæ partis iam omni iure fideicommissi exclusus est. Itaque ad partem secundi tertius tantum & quartus venient. & eodem modo si post primum, & secundum tertius vendiderit suam partem extraneo, solus quartus qui nondum vendidit suam, ad partem tertij veniet, non etiam primus & secundus, qui iam sunt exclusi fideicommisso, & quartus partem tertij propriam quam vendidit extero, reuocabit quidem iure fideicommissi, sed quartus tertio non auocabit partem, quam quarto tertius fecit in portionibus primi & secundi, quia collibertorum partes alienatæ exteris, quas cæteri liberti acceperunt

iure fideicommissi, qui nondum suas partes vendiderant, eas optimo iure retinent, etiamsi postea partem quam tertius in fundo habuit, non etiam quam tertius acquisiuit iure fideicommissi vendiderit. Si post alios. i. si post primum, secundum, & tertium, extraneis etiam quartus portionem suam vendiderit, fideicom. petitio nulla supererit prioribus collibertis, qui exclusi sunt fideicommisso propter alienationem suarum partium. sed neque liberis eorum erit fideicom. petitio, quia perinde est atque si omnes simul vendidissent. Finitur igitur & extinguitur fideicommissum. Et est notandum ex his quæ ita proponuntur in hoc §. fideicommissi persequutionem eis tantum dari, qui iudicio patroni paruerunt, id est, qui non vendiderunt exteris. Notandum etiam, prioribus vendentibus suas partes exteris, quod alij qui nondum vendiderunt, acceperunt ex causa fideicommissi, id eos non amittere, etiamsi postea & ipsi suas partes vendiderunt, & suas partes quas vendiderunt peti ab eis posse. si quis superfit qui non vendiderit partes quas sunt adepti iure fideicommissi, auocari eis non posse. Notandum est etiam, conditionem eius fideicommissi existere cum aliquis libertorum partem suam extero vendit, vel etiam legat, & pro extero haberi etiam libertum liberti, quia testator libertis tantum suis prospicere voluit, dum dixit, in familia libertorum, quasi inuicem eos substituerit *l. pater §. duobus inf. lib. 3.* quem explicaui in §. *fidei heredum.* Notandum tamen, pro exteris non haberi libertorum liberos. hoc sibi quisque persuadebit pro exteris non haberi libertorum liberos, & singulos suam portionem in liberos suos transmittere posse, omissis collibertis, licet libertorum liberi sint heredes extranei, non ex eadem familia: atque ita accipio §. *cum inter,* qui sequitur, quasi debeat in eo §. poni eadem species quæ initio §. *libertis*, vel potius non debeat disiungi à §. *libertis*, quod & Accurs. ponit, qui in eo §. *cum inter,* ad verbum *familiæ*, subaudit libertorum, non familiæ vniuersæ testatoris. Inde ita colligamus, liberos legatariorum, etiam si sint ex alia familia præferri fideicommissariis, id est, collibertis, quasi hoc videatur voluisse testator, vt liberti portiones suas conseruarent liberis suis, vel his deficientibus collibertis. quam interpretationem voluntatis etiam Papinianus indicat in specie *l. cum acutissimi, C. de fideicommiss.* Igitur ita demum videtur extitisse conditio fideicommissi huius, si non liberis vel collibertis, sed aliis portiones suas dederunt, vel reliquerunt. Verum quod restat ex §. *libertis*, si nemo libertorum partem suam extero dederit vel reliquerit, vt si primus, secundus, tertius morientes partes suas liberis suis reliquerunt, & quartus qui nouissimus mortuus est, portionem suam extraneo heredi scripto reliquerit, cum liberos non haberet, hoc casu heredi quarti nulla superest fideicommissi petitio, quia priores liberti iudicio paruerunt: suas enim portiones liberis suis reliquerunt, qui tamen si non paruissent, fideicommissi petitionem quartus etiam in heredem extraneum transtulisset, *l. prox. §. pen.* vbi prohibitio coarctatur in familia liberorum, sicut hic in familia libertorum, & vbique eadem interuenit ratio. & contra aduersus quarti heredem extraneum nulla est fideicommissi persequutio: quoniam supremo morienti ex his fideicommissariis licet suam partem nulli relinquere etiam extraneo, quasi finito fideicommisso quod libertorum personas non egreditur. Quin & partes quas liberti emerunt, à collibertis possunt in extraneum transferri, quia hac prohibitione suam quisque partem prohibetur alienare extero, non partem emptam à colliberto, *l. pater §. quindecim, inf. lib. 1.* Et cum liberti vendiderunt collibertis non exteris, verum est semel defecisse conditionem fideicommissi, quia vendiderunt quibus voluerat vendi patronus: conditio autem semel defecta, non resumitur, *l. pater, §. vlt. inf. de cond. & demonst.* Idem dicendum opinor de partibus quas iure fideicommissi acceperunt, cum essent venditæ exteris, vt possint eas transferre in extraneũ, cum & euinci eis non possint, licet postea suas etiam partes extranis vendiderint, vt dixi sup. Deniq;

A ita concludo: partes quas habent iure emptionis à collibertis possunt in extraneum transferre, & quas habent iure fideicommissi possunt in extraneum transferre. partes proprias quas habent iure legati non potest eorum quisquam in extraneum transferre, nisi supremus.

Ad §. Cum existimaret.

§. 17. *Cum existimaret ad solam consobrinam suam bona peruentura: codicillis ab ea factis, pluribus fideicommissa reliquerat, &c.*

Species est. quidam habebat consobrinum & consobrinam, sed existimabat consobrinam decessisse, cum falsus rumor perlatus esset, atque ita putabat se ab intestato
B habiturum heredem solam consobrinam: & ideo ad consobrinam codicillos scripsit nullo facto testamento, quod eam solam ab intestato heredem existimauit. Et in eis codicillis fideicommissum reliquit. ei ab intestato heres extitit consobrina, & consobrinus quem existimabat mortuũ queritur an consobrina cui consobrinus aufert partem bonorum, obligetur in solidum fideicommissariis. consobrinus non obligatur, quia non est rogatus, quia venit suo iure, non iudicio defuncti, cum ad eum non sint codicilli scripti. Igitur an consobrina tenetur in solidum fideicommissariis? videtur teneri, quia sola consobrina rogata est fideicommissa præstare, & ad eam solam codicilli scripti sunt: Papinian. tamen ait, æquum esse consobrinam pro parte dimidia releuari, id est, vt præstet tantum fideicom-
C missum pro parte dimidia quæ apud eum remanet, & pro parte consobrini, vt infirmetur, & vtitur his verbis, *rationib. æquitatis & perpetui edicti exemplo.* Quæritur quale sit hoc edictum perpetuum, nec profecto traditur, dico esse edictum de bonis libertorum ex quo edicto à liberto extraneo herede scripto, & patrono præterito, patrono datur semissis tantum bonorum possessio contra tabulas liberti. alterum semissem retinet scriptus, & ex edicto prætoris scriptus pro parte dimidia legatorum præstatione exoneratur, *l. Plautius, inf. de cond. & demonst.* vbi ait, *exoneratur per prætorem.* i. edicto prætoris ex hoc §. atque ita vnus locus ex alio explicandus est. idem confirmat *l. 20. §. libertus, inf de bonis lib.* Ergo scriptus præstabit legata non in plenum, licet ab eo sint relicta in solidum, sed pro parte
D tantum quam retinet, pro parte quam patronus aufert, infirmantur relicta exteris, nisi exceptis personis, *l. 4. inf. de cond. & demonst.* Et his conuenienter Imp. Antoninus in *l. 11. §. Imperator, inf. ad leg. Falc.* decreuit, heredes quibus pars bonorum ablata est, veluti in hoc casu per bon. poss. contra tabulas liberti, non teneri legatorum nomine in ampliorem partem, quam pro ea parte quæ remansit, Ergo pro parte ablata releuari. & eodem modo si filius tu' idemque impubes ex asse institutus sit, & ei facta sit substitutio pupillaris, & à substituto legata relicta sint, alius filius emancipatus præteritus sit, hic filio suo & pupillo per bonorum possessionem contra tabulas auferet semissem, qua de causa substitutus pupilli à quo secundis tabulis legata relicta sunt, pro semisse exonerabitur legatorum semisse, *l. etsi contra, sup. de vulg. subst. l. 5. §. 1. de legat.*
E *præst.* & pro parte ablata à præterito infirmabuntur legata. Idem accidit rescisso testamento pro parte ex causa inofficiosi: nam heres scriptus pro parte, exoneratur legatorum præstatione. ita pro parte iniuncta legata confirmantur, *l. cum duob. C. de inoff. test.* his exemplis etiam in specie huius §. consobrina erit releuanda fideicom. præstatione pro parte dimidia, quam consobrinus abstulit: sed neque consobrinus his fideicommiss. obligatur pro parte, quam abstulit, quoniam suo iure venit non iudicio defuncti. Sed quid fiet de libertatibus, fideicommissariis scilicet: nam directæ non dantur codicillis factis ab intestato, & si codicilli facti fuerint ab intestato, libertatum & fideicommissorum diuersa est ratio: legata sunt diuidua, & possunt præstari pro parte. libertates sunt indiuiduæ, nec præstantur

pro parte. an intercidunt? minime, sed dices libertates fideicommissarias esse præstandas à consobrina, oblata scilicet æstimatione partis, *l. iudicata, inf. de except. rei iud.* i. redemptis partib. manumissorum à consobrino. atque ita est accipiendum quod ait in fi. *sed libertates ab ea præstandas quas damni causa intercidere durum videbatur.* i. pro parte ablata partem à consobrino ei supplendam, offerendam esse æstimationem partis, alioquin plane eas intercidere. sed ita durum est eas intercidere, si offeratur pretium partis, quod & obseruatur in seruitutib. prædiorum, *l. cum filius, in princ. 78. inf.* Et ita accipe quod dicitur in *l. pen. sup. de iure codicil.* similem speciem enarrantis, id est, existimantis se vnum tantum habiturum heredem ab intestato, cum habuerit, duos, *eorum,* inquit, *quæ pro parte præstari non possunt, nihil præstabitur,* vt scilicet siue seruitus prædialis, siue libertas fideicommissaria relicta sit non sit præstanda nisi oblata æstimatione partis. Igitur quod hic dicitur de libertatibus fideicomissariis id declaratur *l. qui grani, de iure codicill.* Idem produci potest ad seruitutes prædiorum, vt scilicet intercidant, si modo offeratur æstimatio partis, *d. l. cum filius,* obstat *l. post emancipationem, inf. lib. 3.* Quidam post emancipationem, id est, amisso iure agnationis, suscepit filiam. patronus ergo huic filiæ non est agnatus, sed cognatus: quia emancipatione patris, & pater exit de familia, & ipse non censetur esse in ea familia. patronus & auunculus ab intestato simul succedunt quasi cognati ambo. si patronus mansisset agnatus, exclusisset auunculum, sed quia desiit esse agnatus, patronus & auunculus concurrent in bon. possess. vnde agnati ab intestato mortua filia. Nunc finge: hæc filia existimabat patruum sibi futurum heredem ab intestato quasi agnatum, atque ita errabat, & ideo patrui fidei commisit vt partem hereditatis restitueret auunculo & agros duos. fideicommissum hoc est inutile, quia auunculus suo iure venit ad successionem filiæ ex parte vnde cognati, vna cum patruo, atque ita partem hereditatis capit suo iure, non iure fideicommissi: agrorum autem partem etiam capit suo iure, alteram an petet iure fideicommissi? ait petiturum, sed deinde quærit, quid si fideicommissa aliis sunt relicta à patruo quem solum se habiturum heredem putabat, & abstulerit ei auunculus partem dimidiam, an patruus ea fideicommissa debeat præstare in solidum? Resp. esse præstanda. ergo non releuabitur patruus pro parte dimidia, quod est euidenter contra hunc §. Et vero cogimur dicere quod retulit Accurs. Scæuolam spectasse ius rectum, quod scilicet patruus solus nominatim rogatus sit fideicommissa præstare. Ergo iure ipso deberi in solidum. Papinian. spectasse æquitatem; ait enim, *rationibus æquitatis,* & Scæuolæ similem fuisse Marcellum *d. l. pen. sup. de iure codicil.* vbi dixit in plenum esse præstanda fideicommissa omnia, sed vt ad Marcellum subiicitur adnotatio, *imo duntaxat partem,* quæ est Vlp. Ita Claudius qui notas scripsit ad Scæuolam, fortasse adscripserat, *imo duntaxat partem ex æquo,* nec si omiserat, nos suplere non debemus ex Papiniano § *pater* explicui in *l. 64.*

Ad §. Titio.

Titio fratri suo, Mæuius hereditatem Seij, à quo heres institutus erat, post mortem suam restituere rogatus, eodem Titio herede scripto, petit, vt moriens Titius tam suam, quam Seij hereditatem Sempron. restitueret, cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset: æris alieni loco, non esse deducendum fideicommissum, respondi. quoniam ratione compensationis percepisse debitum videbatur. plane si ea lege Mæuius Titium heredem instituat, ne fideicommissum in testamento Seij retineat. Falcidiam compensationi sufficere. sed iniquitati occurrere. prudentius autem fecerit. si ex testamento fratris hereditatem repudiauerit, & intestati possessionem acceperit, nec videbitur dolo fecisse, cum fraudem excluserit.

A Diuidam in duas partes: Primæ partis hæc sit species Seius Mæuium heredem instituit & rogauit vt moriens hereditatem restitueret Titio fratri suo, has personas oportet accurate tenere. Mæuius moriens eundem Titium fratrem suum heredem instituit, & rogauit vt Moriens Titius tam suam quam Seianam hereditatem restitueret Sempronio, id est, tam bona quæ accepisset à Mæuio Mæuij propria, quam bona Seij quæ testamento Seij ad Mæuium peruenerant, vt ea omnia restitueret Sempronio. Quod attinet ad hereditatem Mæuij, vtile fideicommissum est, quod attinet ad hereditatem Seij, id est, quam à Seio Mæuius accepit, inutile fideicommissum est, quia eam hereditatem Titio Mæuius debuit ex testamento Seij iure fideicommissi. debitor creditori frustra legat aut frustra eum heredem instituit in eo quod debet, *l. 67. sup. hic.* B Ideoque cum non potest onerare fideicommisso in eo quod debet, Mæuius debuit Titio Seian. hered. ergo non potuit Titium rogare, vt Seianam hereditatem restitueret Sempr. & ideo heres Titij post mortem Titij in restitutione hereditatis ex testamento Mæuij, & in ponenda ratione l. Falcid. deducet, & retinebit hereditatem Seianam æris alieni loco, vt fieri solet in ponenda ratione legis Falcid. licet confusione sublatum videatur æs alienum. deductio enim eius est, nihilominus deducet. Igitur hereditatem Seianam quasi debitam ei deducet pro dodrante: nam dodrans, tantum debebatur Titio salua Falcidia. Igitur pro quadrante Seianæ hereditatis vtile fideicommiss. est ex testamento Mæuij, non pro dodrante, *l. 8. inf. ad leg. Falcid.* Ergo Titij heres deducet primum Seianæ hereditatis C dodrante cum fructib. quasi æs alienum, deinde ex reliquis bonis Mæuij deducet Falcidiam, & Falcidiæ fructus residuum restituet Sempr. vno tamen casu, vt in hoc §. ostenditur, etiam totius hereditatis Seianæ vtile fideicom. est, videlicet si fructus à Titio medio tempore percepti. i. pendente conditione fideicommissi. ex reliquis bonis efficiam pretium dodrantis Seianæ hereditatis quæ ei debetur ex testamento Seij: nam hoc casu fructus cum debito compensabuntur, & ratione compensationis Titius fideicommiss. debitum percepisse videbitur, *l. 15. §. quod auus, inf. ad leg. Falc.* hoc igitur casu Titius patrono restituet vtramque hereditatem & fructus medij temporis vsque ad concurrentem summam, vel vt ait §. *quod auus,* pari pecunia compensabuntur cum fideicommisso Seianæ hereditatis quod Mæuius Titio debuit. si fructus non sufficiant D debito, id quod deerit debito deducetur bonis ante omnia ponenda ratione l. Falcid. æris alieni loco si fructus superant. i. si plus sit in fructibus medio tempore perceptis quam in fideicom. superfluum imputabitur in Falcid. fructus enim medio tempore percepti imputantur in Falcid. *l. in fideicommiss. inf. ad Treb.* atque ita Accursius interpretatur recte d. §. *quod auus* & differentiæ postremæ glossæ potissimum sunt notandæ. si superfluum fructuum non sufficiat Falcidiæ, quod deerit Falcid. in supplementum deducetur ex bonis. quod si fructus medio tempore percepti à Titio sufficiant debito & Falcidiæ, imputabuntur in Falcidiam, cum debito compensabuntur, & neque iure debiti, neque iure Falcidiæ vlla deductio fiet, & integra hereditas Mæuiana, & Seiana restituetur Sempronio. differen- E tiam facio inter reputare, & compensare: fructus medij temporis imputantur in Falcidiam. in his æs alienum non imputatur, sed cum debito compensatur: atque ita etiam quod heres iure legati capit à coherede, id non imputat in Falcidiam, quia non capit iure hereditario. id tamen compensat cum Falcid. quam vult detrahere ex legato, vel fideicommisso, quod ab eo vicissim coheredi relictum est, *l. fil. C. famil. ercisc. l. Nezennius, inf. ad leg. Falcid.* & dixi *sup. hic.* & quidam male imputationem interpretatur compensationem in *d. l. filium.* pars hereditaria quam heres capit, imputatur in Falcid. pars quam habet iure legati compensatur, cum vice mutua coheredi legatum aut fideicommiss. relictum est. imputatio fit ipso iure. Denique ipso iure retinetur in Falcidiæ ratione quod obuenerit iure

hereditario. compensatio fit ex æquitate, etiam eorum quę non obuenerunt iure hereditario, opposita exceptione doli: hæc de prima parte. In secunda specie longe alia ratione fit compensatio. in prima specie Mæuius Titium fratrem suum heredem instituit, non compensandi animo. i. eo non expresso, vt debitum compensaret cum Falcid. quod exponi necesse est si nolumus Falcid. compensari cum debito, *l. 14. C. ad leg. Falcid.* vt Græci notant, & Fulgos. Et ideo in prima specie Titius fideic. debitum ex testamento Seij non compensat cum Falc. sed cum fructib. medij temporis, vel si nulli sunt fructus, deducet bonis. In hac autem secunda specie Mæuius Titium fratrem suum heredem instituit compensandi animo. i. hac mente ne Titius fideicom. sibi debitum ex testamento Seij deduceret æris alieni loco. in imponenda Falcidia, id est, ne Sempronio creditum suum reputaret, sed compensaret cum Falcidia, quod Sempr. consequetur apud arbitrum legis Falcidiæ ratione exceptionis doli mali: Nam si Titius præter Falcidiam velit etiam suum creditum deducere, repelletur exceptione doli, *l. 12. inf. ad leg. Falcid. l. Lucius §. matris, inf. ad Trebell.* Igitur remedio exceptionis doli seruabitur voluntas Mæuij qui voluit Falcidiam compensare cum debito, non remedio cautionis Mutianæ, vt Fulgosius voluit, non remedio cautionis propriæ de implendo modo vt Accurs. voluit, quoniam neque modus neque conditio vlla iniicitur institutioni, cum defunctus ab herede instituto petit ne debitum deducat. Ergo cessant illæ cautiones, & delenda sunt quæ scripsit Accursius ad verbum *retinuerit*, & cætera fere omnia, & sufficit remedium exceptionis doli, & arbitrium iudicis Falcidiæ. Ergo Titius in hac secunda specie, ex hereditate Mæuij fratris sui, & ei confusa hereditate Seij, ex vtriusque bonis, vt Rogerius sensisse videtur non intelligente Accursium deducet Titius Falcidiam tantum, non debitum. Et si Titius tantum habeat in Falcidia, quantum est in fideicommisso debito ex testamento Seij, nihil deducet debiti nomine, quoniam iussus est Falcidiam compensare cum debito, Falcidia contentus esse: alioquin, vt in prima specie, vtrumque deduceret, Falcid. & debitum. nullis existentibus fructibus, vel medij temporis fructibus compensatis cum debito, & reputatis in Falcidiam, id quod Falcidiæ vel debito deesset, deduceret. Sed hic in secunda specie Falcidia contentus esse debet, si modo sufficiat debito, & tantum sit in Falcidia quantum in debito. sed si in Falcidia tantum non sit quantum est in fideicommisso debito ex testaméto Seij, cum quo Titius iussus est compensare Falcidiam, id quod deerit debito Titius deducet ex dodrante, vt *l. 15. §. cum fideicommiss. inf. ad leg. Falcid.* Atque ita quanticunque fructus compensationi non sufficiunt, quod tamen Accurs. ait ex *l. 12. inf. ad leg. Falcid.* quæ id non dicit, & omnino secundum id quod diximus, accipienda est, vt concurrentes tantum quantitates compensentur, residui deductio supersit. hæc autem iussio & voluntas testatoris iubentis Falcidiam compensari cum debito, quæ approbatur per nos, palam quidem non prohibet Falcid. quæ & ante Iustinianum prohiberi non potuit nisi fauore libertatis, *l. decem inf. de fideicom. librt.* vel annuente principe, *l. si legato §. vlt. ad Trebell.* Igitur ea voluntas quæ compensationem inducit Falcidiæ cum debito, propalam non prohibet Falcid. sed fraudem ei facit quodammodo, & vt ait hic, iniquitas quædam occurrit, *sed iniquitatem occurrere.* Nam verbi gratia, si plus non sit in Falcidia quam in debito cum quo iussus est Titius compensare Falcidiam, Titius iure Falcidię nihil habere videtur, quia id quod deducit iure Falcidiæ, iam ei debebatur ex testamento Seij. Hæc igitur compensationis iniunctio Titium quodammodo fraudat Falcidia, & ideo hoc casu cum plus non est in Falcidia quam in debito, suadet recte Papin. vt Titio cum Mæuio fratre suo possit ab intestato succedere, vt ex testamento Mæuij hereditatem non adeat, sed ab intestato. Atq; ita Sempronio non obligatur ex causa fideicommissi, & integram hereditatem Titij consequetur, & id omne quod

A sibi Mæuius debuit: & vt ait Papinian. *id poterit facere impune.* i. citra metum edicti, *si quis omissa causa testamenti*, poterit omittere ex testamento hereditatem Mæuij, & eam amplecti ab intestato, eo edicto prætor occurrit calliditati heredum scriptorum, qui vt fraudent eos, qui ex testamento aliquid acceperunt, omittunt causam testamenti, & quoniam sunt agnati, veniunt ab intestato. Et perinde prætor in eos dat actionem legatariis aut fideicommissariis, atque si ex testamento adiissent: sed hoc si dolo malo fecerint, non vt excluderent fraudem testatoris, vt in hac specie Titius institutus à Mæuio fratre sub compensationis lege ne Falcidiam amittat, ne Falcidia fraudetur, poterit repudiare testamentum & venire ab intestato, nec incidet in illud edictum, vt in specie *l. 42. sup.*
B *de acqu. hered. & l. 6. §. si patronus, sup. si quis omissa ca. testam. & l. patronus §. quarta, de inoff. test.* vbi ostenditur, licere omisso testamento adire ab intestato, non fraudis inducendæ causa, cui occurrit edictum *§. vlt. l. 54.*

Ad §. penult.

A te peto marite si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris, tuis vel meis propinquis, aut etiam libertis nostris. non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factum substitutioni respondi.

ITa dixit vxor marito instituto, *rogo te vt hereditatem restituas liberis quos susceperis post mortem meam, vel si*
C *liberos non habueris, tuis propinquis, siue meis propinquis, aut libertis nostris communibus.* Quæritur, an vxor videatur marito dedisse electionem, vt ex his personis eligat quos volet. Respondetur, non videri electionem datam marito, sed ordine scripturæ factam substitutionem, quæ loquutio Papinianum redolet. i. substitutioni impositum ordinem scripturæ, quod apparet ex primo gradu substitutionis, quoniam dixit, *liberis, vel si liberos non habueris, propinquis.* quare sequentes etiam gradus eodem modo accipere oportet, vt liberis videantur substituti propinqui, propinquis mariti propinqui vxoris, propinquis vxoris liberti communes. ordinem scripturæ sequimur, si non repugnet voluntas defuncti, *§. fidei tuæ vx. sup.* & quamuis dixerit vxor *aut, vel, siue*, disiunctiones has non dicemus esse men-
D daces. i. disiunctiones non accipiemus pro coniunctionibus, cum scilicet apparet testatorem voluisse facere plures gradus substitutionis: est substitutio etiam in fideicommissis, vt dixi *l. 8. sup.* Et ideo quod dicitur in *l. 4. C. de verb. signif.* cum ita legatur x. aut xx. lego esse mendacem distinctionem, & *aut*, pro *&*, accipi: excipiendi sunt duo casus qui ibi non sunt ab Accursio excepti, vnus est ex *l. 18. sup. hic*, si adiecerit, *illi, aut illi, vtri volet heres*: tunc ei in vtrique non debet. Alter casus hic est, cum apparet testatorem voluisse facere plures gradus substitutionis: nam substituti vocabuntur non simul, sed gradatim, & voluisse eum facere plures gradus, primus satis indicio est, cum dixit, *liberis, vel si non habueris, &c.* vnde & sequentibus gradibus subaudiendum est, *vel si propinquos non habueris, libertis.*

E

Ad L. Qui solidum. LXXVIII.

Qui solidum fideicommissum frustra petebat, herede Falcidiam obiiciente. si partem interim solui sibi desiderauerit, neque acceperit, in eam moram passus intelligitur.

QVęro interueniente Falcid. is qui solidum fideicommiss. petit, an plus petat. & verius est eum plus non petere, quia ipso iure solidum debetur ei, Falcidia tamen inducitur, minuitque legata aut fideicommissa, opposita exceptione doli mali, non ipso iure, *l. heres, inf. ad Treb. l. 15. in pr. & 16. & 80. in fin. ad leg. Falc.* Qui solidum

fideicom. petit, plus non petit, frustra tamen petit, vt ait hic, propter obiectionem Falcidiæ, siue propter exceptionem doli mali. Rursus quæro, an ei qui solidum fideicom. petierit, cum lex Falcidia interuenerit, & obiiceretur ab herede scripto, mora videatur in dodrante præstando. & significat hic ei moram non fieri, quoniam non dodrantem, sed solidum petiit, & ei ratione Falcidiæ recte contradicitur, quod notandum: nam &, quod accidit frequenter, ei qui petierit ducentos aureos, cum centum ei deberentur, mora non videtur fieri in præstandis centum aureis, licet reus neque eos soluerit, neque obtulerit. Verum si is qui petierat ducentos aureos, cum reus fateretur centum tantum deberi sibi: interim dum disceptaretur de ducentis desiderauerit reum sibi soluere centum quos debere confitebatur, & non soluerit reus, ab eo tempore, videtur moram fecisse in centum, non antea, quod quotidie euenire potest. Et eodem modo ait in specie hic posita, si cum petiisset fideicommissarius fideicommissum integrum & obiecta ei fuisset Falcidia, interim dum excutitur ratio Falcidiæ, desiderauit fideicommissarius sibi dodrantem solui qui omnino debetur, etiamsi Falcidia locum habeat & heres non soluerit, ab eo tempore quo id desiderauit fideicommissarius mora ei facta videbitur in præstando dodrante, non ab initio litis. A quo tempore fiat mora præstandorum legatorum, aut fideicommissorum interest scire: nam à tempore moræ rerum legatarum periculum pertinet ad heredem scriptum, *l. 3. de vsur. & fruct. leg. l. 39. §. fructus, sup. lib. 1.* & ab eodem tempore duntaxat fideicommissariis & legatariis per damnationem vsuræ & fructus debentur, *l. 2. C. de vsur. & fruct. leg.* & commoda omnia quæ obuenerunt post moram, *d. l. 39. §. fructus, & §. seq. l. quæsitum §. vlt eod. l. 84. si quis seruo inf. hic.* sed exponamus *d. l. 2. C. de vsur.* deinde explicabimus l. 84. in *l. 2.* dicitur, heredes plerunque improbe & frustratorie morari legata aut fideicommissa obtentu Falcidiæ, & ideo Prætorem fideicommissarium debere operam suam interponere, & iubere statim solida fideicommissa solui, si modo fideicommissarij caueant satisdato, quanto amplius quam per legem Falcid. liceat, reddituros. sed quid si non possunt satis dare, si non inueniant fideiussores, si, inquit, satisdationem implere non potuerint, arbitro dato, Prætor fideicommissarius eis definiet diem certum intra quem etiam cessante altera parte partibus suis fungetur, id est, cognoscet de Falcidia, locum habeat, necne, vbi quod ait *arbitro dato*, post illud, *potuerint*, diuidenda est oratio scilicet, non inciso: & *arbitro dato* sic accipio probandis fideiussoribus: plerunque enim arbitri dantur probandis fideiussoribus, vt *l. arbitros, sup. qui satisd. cog.* In causa autem ipsa fideicommissi prætor fideicommissarium non potuit arbitrum dare, quoniam eius cognitio est extra ordinem, in causis legati potuit dare, vt *l. 73. sup.* Igitur prætor fideicommissarius dederat arbitros ad probandos fideiussores, non sunt inuenti idonei, reprobati sunt, atque ita fideicommissarij non potuerunt implere satisdationem. Tum prætor diem cognitioni dixit, & eo die si constiterit Falcidiæ locum non esse, iubet heredem præstare fideicommissariis vsuras & fructus perceptos vel percipiendos post litem contestatam: quoniam à lite contestata moram fecisse heres intelligitur, & fit vulgo mora præstandorum fideicommissorum à lite contestata, id est, cum conuentus per iudicem non soluit. sed posset etiam fieri ante litem contestatam, si congrue peteretur: & generaliter mora fit quoties petenti non datur. Paul. 4. *Sent. tit. vlt.* in *l. 84.* eadem de re hæc proponitur species, quidam seruo suo pure fideicommissariam libertatem reliquit, eidem etiam pure certæ pecuniæ fideicommissum reliquit. constat libertatem eidem cedere ab adita hereditate, extraneo herede scripto, qui manumitti ab herede debet: fideicommissi autem pecuniarij quidam dicebat diem cedere ex apertis tabulis ex lege Iulia, sicut & ex eadem legatorum & fideicommissorum omnium dies cedunt ex apertis tabulis: Sed hoc si concedamus in hac specie fideicommissi pecuniarij seruo proprio cum libertate

A fideicommissaria relicta diem cedere citius quam libertatis, id est, ex apertis tabulis, inutile fiet fideicommissum pecuniarium, si quo tempore aperiuntur tabulæ, statim hereditas non adeatur: quoniam fideicommissi seruo proprio relicti dies inutiliter cedit, si & libertatis dies simul non cedat: & ideo æquissimum visum est, diem fideicōmissi pecuniarij non ante cedere, quam adita sit hereditas, *l. 1. C. quādo dies leg.* id est, antequam dies libertatis cesserit, aditio hereditatis morā facit, tantum cessioni libertatis fideicommissariæ, sed etiam cessioni libertati adiuncti fideicommissi pecuniarij. Alia fideicommissa iure nouo cedunt ex apertis tabulis, iure antiquo & nouissimo cedunt ex die mortis testatoris; consimiliter, autem vt ait *l. 84.* mora quę fit libertati fideicommissariæ, in eadem specie videtur etiam fieri
B fideicommisso pecuniario. Atque ita hęc duo erunt simul semper eodemq; iure censentur, & ex mora facta libertati fideicommissariæ, eadem ratione fideicommissi pecuniarij vsuræ peti possunt secundum superiorem definitionem, & non tantum vsuræ, sed etiam commoda omnia, vt ea quæ per eiusmodi seruum interim acquisisset, sunt heredi scripto: nam ea etiam restituenda sunt fideicommissario, & congruit *l. qui concubinam §. vxori, inf. lib. 3. l. in impuberem. §. item si seruo, ad leg. Cornel. de Fals.*

Ad §. 1.

§. 1. *Cum post mortem emptoris, venditionem reipublicæ prædiorum optimus, maximusque princeps Seuerus Augustus rescindi, heredibus pretio restituto, iussisset: de pecunia le-*
C *gatario, cui prædium emptor ex ea possessione legauerat, coniectura voluntatis, pro modo æstimationis partem soluendam esse, respondi.*

QVidam emit quædam prædia reip. id est, ciuitatis cuiusdam, & emit iure, probe, bona fide, à curatore reip. vendente probe. Deinde ex vniuersa ea possessione quam emit. id est, συνκτήσει, nam emerat plura prædia reip. prædium vnum Sempron. per fideicommissum reliquit, & Sempronius post mortem emptoris prædium vindicauit, deinde rescissa est illa venditio decreto Seueri Imp. hac lege vt heredibus Titij pretium respub. redderet, & prædia sua reciperet, & rescissa est venditio decreto Imp. ex iusta aliqua causa restitutionis in integrum: nam respub. vtitur
D iure pupillorum vel adolescentum, qui restitutionem in integrum postulare potest, eique datur causa cognita, *l. 4. C. ex quibus ca. mai.* & ait hic, *Imperatorem iussisse,* quo verbo significatur decretum prolatum in causæ cognitione, *l. Imperat. inf. ad Trebell.* atque ita decreto Seueri Respub. restituta est in integrum, vt prędium vēditum repeteret, & pretium restitueret bonæ fidei emptoris heredibus, quod erat necessarium ita decerni: nam restitutio in integrum reponit eam in pristinum statum ex vtraq; parte, maxime cū bona fide emit: nam si mala fide, pretium non redderetur, *l. 7. C. de agric. & cēs.* hoc ita peracto ait, fideicommissarium cui Titius reliquerat solidum, venire in partem eius pecuniæ, siue pretij quod resp. reddidit hered. Titij: nam fideicommissario respub. euicit iure restitutionis in integrum
E pretium eius prædij, & Papian. ait, coniecturam voluntatis defuncti suadere vt audiatur fideicommissarius, vtque debeant heredes Titij ex ea pecunia ei pro portione dare, atque ita heredes fideicommissario tenentur de euictione, si pretium fundi relicti recuperauerit coniectura capta ex voluntate defuncti: sed si pretium recuperauerint heredes legatario rei certæ de euictione, non teneri, vt dixi, *l. cum pater §. euictis, sup.* ait hic, *coniectura voluntatis,* Papinianus solet à me appellari στοχαστικὸς, quod admodum fit solers in coniecturis capiendis, quod eo ingenio multa noue excogitauerit: nullus est Iureconsultus qui tot auctoritatibus iurisprudentiam auxerit, qui tot res nouas in remp. inuexerit, & plerunque in his reb. vtitur coniecturis, *l. cum pater §. intestato, l. cum proponebatur, sup hic l. cum auus, inf. de cond. & dem.* ait etiam *optimus maximusque princeps,*

nullo addito semper est Seuerus, *l. extraneo, inf. de quaest. l. eum in honoribus, inf. de vac. mun.*

Ad §. Etiam.

§. 2. *Etiam respublica fideicommissi post moram vsuras praestare cogitur.*

De repub. est etiam hic §. certum est hodie, remp. heredem institui posse: finge remp. fuisse heredem institutam, & oneratam fideicommissis, an fideicommissorum vsuras etiam respub. debet ex mora? quid ni? at quomodo potest facere moram, non ipse quidem facit moram, sicut non adit hereditatem, sed actores reip. & hi quoque actores reip. qui moram fecerunt in praestando fideicommisso damnum sarcient reip. quę coacta est vsuras fideicommissorum dependere propter moram actorum, siue curatorum suorum, *qui*, inquit, *post dictam sententiam iudicatum soluere supersederunt*, id est, qui moram fecerunt: nam actores reip. qui moram fecerunt, eo nomine vsque ad sententiam fideicommissario debent commoda omnia, omnes accessiones, vt explicat *l. 3. inf. de vsur.* quę proprie conuenit his verbis explicandis, *qui post dictam sententiam, &c.* Igitur propter moram actorum siue syndicorum reip. vsuras fideicommissi praestat, pręstat etiam sumptus litis fideicommissario, pręstat honoraria, vt ait lex *quoties §. sicut, sup. de administ. tut.* vbi cum dicit honoraria, eo verbo complectitur sumptus omnes litis: nam praecipui sumptus etiam in litibus sunt in honorariis quae dantur vt est in libello προσφώνησις ὁμιλία, dantur ἀπολόγῳ συνηγόρῳ id est, oratori principali, καὶ τοῖς συνηγόροις, & caeteris aduocatis, καὶ νομικῷ, id est, iureconsulto: Nam & in litibus adhibebantur iureconsulti subministrandarum legum causa oratoribus & aduocatis, *l. moris, inf. de poenis Nou Valent. de episc. indicio.* Atque ita qui dicit, pręstanda esse honoraria dicit refundendos esse sumptus litis. verum si ea honoraria pręstiterit, eo nomine damnum sarcient actores, si litigandi ratio non fuerit, id est, si temere litigauerint, & ob id damnata sit respub. in honoraria, & viatica: nam temerarius litigator suffert sumptus litis, *l. eum quem temere, sup. de iudic.* sed si non litigauerit temere, sed iusta ac probabili causa, damnari non debet in sumptus, & neuter eo casu damnatur in sumptibus litis, *Nou. 82.* Igitur aut iusta fuit causa litigandi, aut non fuit iusta causa. actori reip. imputabuntur honoraria quę resp. persoluit victori, si fuerit iusta causa litigandi. sed si victus forte actor reip. fuerit iniuria iudicis, ipse actor sumptus reputabit reip. vel resp. si soluerit victori, ipsa eos non reputabit actori qui iusta ex causa litigauit, *d. §. sicut*, qui est de tutoribus. Sed quę dicuntur de tutoribus, plerunque locum habent etiam in curatoribus rerum publicarum, vt declaratur in *§. etiam.* Comparatur resp. plurimum pupillo, *l. 3. C. de iure reip. l. 4. C. quibus ex ca. mai.* vt contra pupillum indefensum, ita contra rempub. indefensam dicta sententia ipso iure non valet, *l. 1. C. de iure reip.* vt pupillus vel minor, ita resp. in integrum restituitur, sicut dixi in hoc §. & vltimo loco adiicitur, vt tutores pupillorum vel curatores minorum non tantum dolum pręstare debent in rebus quas administrant, sed etiam culpam leuem, *l. quicquid. C. arbitr. tut.* ita actores siue curatores reip. non tantum dolum pręstant, sed etiam ignauiam suam, id est, culpam leuem. eadem est distinctio culpae leuis: & male hic Accurs. ignauiam appellat stultitiam, stultitia in libris nostris semper est imperitia iuris. ergo lata culpa est, scilicet ignoratio eius quod sciunt omnes, & priuatio quasi communis sensus, & cum dicimus stulte quem dicere aliquid, semper ita intelligimus per ignorantiam iuris.

§. *pen.* exposui in *l. cum pater § libertis.*

Ad §. Si creditor.

§. 4. *Si creditor ab eo, qui testamentum fecit, domum acceptam iure pignoris vendidit, contra emptorē fideicōmissi causa, tametsi voluntatē defuncti non ignorauit, nihil decernetur.*

Hic ostenditur, quendam debitorem, qui rem suam pignori obligauerat creditori suo, postea eam Titio per fideicommissum reliquisse. Post mortem eius creditor iure pignoris rem vendidit. is qui emit à creditore, non erat ignarus fideicommissi, id est, sciebat, se emere rem Titio per fideicommissum relictam, an ideo dicemus eum improbe emisse, & rescindi venditionem posse? minime, non rescinditur venditio quod scierit emptor rem alij fuisse à domino obligatam, cum scilicet emerit à creditore, qui ius habuit distrahendi. Emit ergo probe, & rescindi venditio non potest, nec scientia illa malam fidem inducit. imo vero non rescindetur venditio illa, licet dominus rei vetuerit eam rem alienari, nam vetuit tantum voluntariam alienationem. haec fuit necessaria, & prohibitio illa non potest esse fraudi, *l. fil. inst. §. diui, lib. 1.* & dixi in *l. 69. §. praedium.* Hoc etiam casu fideicommissario heres non tenebitur, vt recte Accurs. si non fuerit negligens in luendo pignore. culpae rationem reddere debet. *nihil*, inquit, *decernetur*, à Pętore scilicet vel praeside ad rescindendam venditionem, quod emptor ignarus non fuerit fideicommissi.

Ad L. Quae fideicommissa. LXXIX.

Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit. iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt secundum fideicommissum inter caeteros longo tempore perceperunt: non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

Maritus quidam heredem vxorem scripsit, & rogauit vt moriens praedia quaedam restitueret libertis suis, id est, libertis mariti: ipsa autem moriens eorumdem praediorum vsum, non ipsa praedia libertis mariti, atque etiam libertis suis per fideicommissum reliquit. voluntati mariti non paruit, quia non reliquit praedia, sed vsumf. & non libertis mariti solis, sed etiam suis libertis: & ideo liberti mariti ab herede mulieris ex primo testamento, id est, mariti, praedia petere potuerunt: sed iuris ignoratione lapsi, vt ait, ea non petierunt ex testamento mariti, sed ex testamento mulieris vna cum libertis mulieris vsumfructum eorundem praediorum longo tempore perceperunt. Qua vero iuris ignoratione lapsi sunt? quia scilicet existimarunt omne fideicommissum poni potuisse in voluntate heredis: & ideo existimarunt ex sola mulieris voluntate per fideicommissum deferri, non ex voluntate patroni, qua de causa dum sequuti sunt iudicium mulieris nec egerunt ex testamento patroni, quaeritur, an amiserint petitionem fideicommissi ex testamento patroni? respond. petitionem prioris fideicommissi non esse peremptam. Recte, quia iuris ignorantia suum petentibus non nocet, *l. 7. & 8. de iu. & facti ig.* Et suum est non tantum quod vindicare possunt, sed & quod eis debetur, *l. 15. §. quod anus, inf. ad Falc. l. 15. inf. de reg. iur.* Et petitio fideicommissi longo tempore non perimitur, quod hic locus probat optime, & in eam rem est praecipue notandus, petitionem fideicommissi atque adeo legati non perimi longo tempore. Hae actiones dantur in perpetuum, sicut personales merae & mixtae, hodie 30. annis ex Theodosio, sed non longo tempore. Igitur licet liberti tacuerint longo tempore, sed mulieris voluntatem sequuti sint fructum praediorum percipientes cum caeteris libertis mulieris, non ideo amiserunt persequutionem fideicommissi prioris. Huic sententiae Accurs. opponit *l. 3. in princ. inf. si quid in fraud. pat.* libertus alienauerat quaedam in fraudem patroni, id est, quo minus debita portio bonorum ad patronum perueniret, vt minus patronus ferret ex liberti bonis portione debita: deinde

deinde moriens patronum heredem scripsit ex parte debita, id est, ex semisse, hodie ex triente. heredem scripsit ex parte debita, quoniam dixit, *ex semisse heres esto*, cum tamen antea multa alienasset in fraudem patroni. hoc casu patronus eligere debet, vtrum malit adire hereditatem ex testamento, an petere bonorum possessionem contra tabulas, propter ea quæ alienata sunt in fraudem, quasi deminuta portione debita; & poterit petita bonorum possessione contra tab. reuocare alienata actione Fauiana testato liberto, Caluisiana intestato liberto, & patronus non petiit contra tabulas; sed adiuit hereditatem ex testamento liberti, errans tamen, id est, dum ignorat libertum aliqua in fraudem alienasse, quæritur an ignorantiæ eius succurri debeat, ne decipiatur fraudibus liberti? Respondet, non esse succurrendum, & alienata in eadem causa remanere, quia agnouit iudicium liberti: non potest igitur rescindere facta liberti, & ideo non potest reuocare alienata actione Fauiana. sibi scilicet imputare debet patronus, qui cum posset petere possessionem contra tabulas propter deminutam portionem suam, eam spreuit & amplexus est hereditatem ex testamento. Hæc est sententia *l. 3.* ex qua apparet eam frustra opponi huic legi: nam hæc lex est de ignorantia iuris, hic non fuit ignorantia iuris, & decepit Accursium corrupta scriptura: nam ita legerat Accurs. *an succurri ius ignoranti*. Florent. *an succurri ignorantiæ eius debeat*. ea porro fuit facti ignorantia non iuris, facti vt eadem lex exprimit, quia ignorabat libertum aliqua alienasse in fraudem. His igitur quæ sunt scripta de iuris ignorantia inscite opponis ea quæ sunt scripta de facti ignorantia. Sed adhuc inspici dignum est, cur in eadem specie *l. 3.* facti ignorantia noceat patrono, quæ scilicet secundum regulam iuris non potest nocere, nec in damnis, nec in compendiis, *l. 8. C. de iu. & facti ign.* cur ibi nocet patrono? Respond. non tam facti ignorantiam nocere quam culpam patroni, quod ea lex significat his verbis, *sibi enim reputare debere*, quib. arguitur culpa & simplicitas patroni, & hoc significatur, de seipso quidem patronum debere queri, à seipso deceptum. cur enim incautius sequutus est iudicium liberti qui deliberandi & consultandi tempus habuit: eadem ratio interuenit mea sententia in *l. filium sup. de acquir. hered.* filium emancipatum heredem instituit, & ei substituit generali modo. filius emancipatus credidit patrem dementem fuisse, qui tamen sanus erat, & hoc credidit vana simplicitate deceptus, quæ vtique semper nocet, *l. 3. in princ. sup. ad Macedon.* Atque ita is filius cum putaret supine & simpliciter patrem non habuisse testamenti factionem, neglecto testamento ab intestato possedit hereditatem, vel petiit bonorum possessionem vnde liberi. non erit heres ab intestato, quia testamento est locus substituto vulgari, est locus quasi repudiato testamento, atque ita suo vitio videtur amisisse hereditatem qui persuasit sibi dementem eum esse qui erat sanus. Eadem ratio videtur mouisse Papinianum in *l. Claudius, eod. tit.* Idem homo est heres scriptus priori testamento & posteriori testamento, priori perfecto, posteriori imperfecto. priori igitur rupto per posterius, quia prius perfectum posteriori imperfecto non rumpitur. hic vero heres adiit hereditatem ex posteriori testamento imperfecto & minus solemni temere, & re non bene explorata, qui debuit adire ex priori testamento, seipsum decepit: & ideo non erit heres ex posteriori testamento, quia ex eo non potuit adire. non erit etiam heres ex priori testamento, quoniam id repudiasse videtur. verum si quis extrinsecus deceptus fuerit aliqua ex causa, quæ & prudentissimum virum falleret, hic nulla est culpa, nulla simplicitas, & error facti nihil obest; vt si quis adierit ex falso testamento ignorans, quem non fallit imitatio scripturæ? & vere testamentum erat omnibus numeris perfectum, sed falsum erat, quod qui adiit ignorabat. an ideo repellitur à legitima hereditate si postea reperiatur falsum testamentum? hic solus error facti subest, nulla culpa subest adeuntis. Idem erit si adierit hereditatem ex ve-

A ro & iusto testamento, quod tamen incertum erat, querela inofficiosi rescinderet, necne: nec enim qui agit de inofficioso semper rectam causam perfert, non semper vincit. non potest igitur culpari qui adiit ex iusto testamento quod sperabat querela rescissum non iri, *l. 4. sup. de petit. hered. l. mater. sup. de inoff. test. l. Paulus, inf. de bonis libert.* Sed vt ad Accurs. redeamus, in specie *d. l. 3.* si fuisset iuris ignorantia, quid dicemus? eam obstaturam patrono, etiam in ea specie iuris ignorantia nocuisset patrono, & vt Accurs. fecit in hanc legem, responderem hoc modo: iuris ignorantia in damnis amittendæ rei suæ non prodest: hic fuit damnum amittendæ rei suæ, id est, fideicommissi debiti, & ideo non nocet iuris ignorantia. Cæterum iuris error in compendiis etiam non prodest, *d. l. 8.* in *d. l. 3.* fuit

B compendium, id est, hereditas liberti, quæ etsi dicatur, quod Accurs. attigit, quasi debita patrono, sicut & hereditas parentum vel liberorum, vt in *l. 10. pro socio, l. vlt. inf. de bonis damnat.* tamen vere debita non est, & ideo in his hereditatibus capiendis, viris aut fœminis iuris error non prodest, *l. vlt. C. qui pet. tutor.* His hereditatibus similem facit Accurs. quartam quæ debetur impuberi arrogato ex constit. Antonini: sed hæc quarta magis posset comparari debito, esse debitum, non quasi debitum, cum transmittitur in heredem etiamsi relicta non sit, vel petita *l. 1. §. si impuberi, de collat. bon.* sed tamen hæc etiam non omnino comparatur debito, cum in ea quarta adrogator possit impuberi substituere in secundum casum, *l. si adrogator, sup. de adopt. l. 80.* explicui in *l. cum pater 77. §. filius matrem.*

C

Ad L. Debitor. LXXXII.

Debitor decem legauit creditori, qui ei post annum sub pignore debebat: non, vt quidam putant, medij temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed tota decem peti possunt. Nec tollitur petitio, si interim annus superuenerit: nam sufficit quod vtiliter dies cessit. Quod si viuo testatore annus superueniat: dicendum erit, inutile effici legatum: quamquam constiterit ab initio. Sic & in dote prælegata responsum est, totam eam ex testamento peti posse. Alioquin secundum illam sententiam, si interusurium tantum est in legato, quid dicemus, si fundus legatus sit, ex die debebitur: nam nec pecunia peti potest, quæ non est legata: nec pars fundi facile inueniretur, quæ possit pro commodo peti.

D Ebitor creditori legat frustra, & inutiliter, & non necessario, *l. 66. & 67. sup. l. 5. inf. ad leg. Falcid.* nisi scilicet plus sit in legato quam in debito. vtamur exemplo hoc proposito: Si ducenta pure legentur ei cui debentur in diem vel sub conditione, legatum valet propter repræsentationis commodum, quod Græci vocant ἐμπαρέντασιν, & ea ratione fideicommissum relinqui potest ab eo legatario pro modo interusurij, id est, vtilitatis medij temporis, *l. 7. §. vlt. inf. lib. 3. l. idem est, inf. de lib. leg.* quæ est repetita ex *d. l. 7. l. 2. §. vlt. inf. de dote præleg.* Et si interueniat lex Falcidia, in eo tantum interusurio ponitur Falcidia, id est, ex interusurio tantum Falcidia minuit, non ex sorte, *l. 1. §. si quis creditori, inf. ad leg. Falcid.* Interusurium est emolumentum illud medij temporis in pecunia legata.

E vt ducentorum quæ legata sunt, cum deberentur post annum, interusurium est 12. annuorum, id est, vsura semis, quæ erat vsura ciuilis, & frequens. ex eo interusurio deducetur Falcidia. Græci vocant τὸ διάφορον τὸ ἐν μέσῳ χρόνῳ. Hæc vt ita sint, tamen si quis quærat cum legantur ducenta pure ei cui debentur in diem, vel sub conditione, vtrum interusurium tantum sit in legato, an tota ducenta? dicam tota ducenta esse in legato, & tota ducenta peti posse actione ex testamento legati nomine, quoniam & medio tempore constitit legatum in tota ea pecunia, quæ scilicet nondum debebatur, si nondum venerat dies debiti: & quod constitit semel iure legati, eodem iure permanet, & perdurat, eodem iure peti potest semper. Ideoque quamuis integra petatur tota ex pecunia iure legati si dies debiti

veniat vel conditio existat, atque ita incipiat esse debita quæ legata est post mortem testatoris, scilicet si dies aut conditio debiti existat post mortem testatoris, inutile legatum non fit, cuius dies inutiliter cessit, cessit moriente testatore, quo tempore debiti dies, aut conditio nondum extiterit: cessit ergo vtiliter dies, quod in legatis semper spectatur, hoc momentum obseruamus, quod eo momento collatum non præsumitur, *l. cum filius §. seruus, sup. l. vlt. communia præd. sup.* Verum quid fiet si viuo testatore atque ita ante cessionem legati debiti dies, vel conditio extiterit, an inutile fit legatum? & videtur fieri inutile, quoniam dies eius legati videtur cedere inutiliter; moriente enim postea testatore, id est, tempore mortis testatoris pecunia legata inuenitur debita pura quoniam extitit conditio viuo testatore. legatum quidem constitit ab initio, id est, tempore testamenti, quia quod legabatur nondum debebatur cum effectu: sed quia in eum casum recidit à quo incipere non potest, dies eius legati inutiliter cedere videtur. Quod si dixeris inutiliter diem cedere, inutile esse legatum dixeris, & ita Paulus sentit hic, à quo dissentit Papinian. Nam Papin. putat, etiamsi viuo testatore debiti dies extiterit, diem legati vtiliter cedere, & satis esse quod constiterit ab initio, id est testamenti tempore, *l. 5. inf. ad leg. Falcid.* & obtinuisse sententiam Papiniani Iustinianus ait, *§. ex contrario, de legat.* & Græci addunt hanc rationem, *erubescit lex. infirmare iudicium vltimum defuncti quod semel constitit* & quod vulgo dicitur, ea quæ ab initio constiterunt euanescere si in eum casum recidant a quo incipere non possunt, id non est certum, imo falsum in plerisque vt *l. 2. §. ex his l. pen. §. vlt. inf. de verb. obl. l. à filio sup. lib. 1.* Dissentit ergo Paulus à Papiniano hac in re. & ita non mihi, sed & Baroni & aliis plerisque videtur. dissentit etiam Paulus alia in re ab alio quodam dum ait, *non vt quidam putant,* & videtur esse Vlp. Nam est ei res semper cum Vlp. quem non aliter demonstrat, quam vt dicat, *quidam, alius, alij, l. 84. inf. l. lecta, de reb. cred. l. 2. §. si in diem, inf. pro empt.* Vlpianus putabat, interusurium tantum esse in legato, & capi iure legati. Paulus putat, totam pecuniam esse in legato; & totum peti posse ex testamento. quoniam medio tempore constitit totum legatum, in tota pecunia perseuerat. Igitur in tota pecunia quod constitit semel. & vtitur argumento fundi ab absurdo, *alioquin*, inquit, *fundo debito in diem & legato pure.* si dixeris, in legato esse tantum interusurium, vel commodum medij temporis, sequetur nullum esse legatum, quia hic nullum est interusurium, in pecunia est semper interusurium, etiamsi post paucos dies, dies debiti veniat. In fundo non potest constitui interusurium, potest tamen constitui commodum fructuum; sed finge, diem debiti cito extitisse vel conditionem, nullum erit interusurium, nullum commodum medij temporis, & pars fundi non potest pro commodo accipi: nam interusuria & commoda sunt extra rem ipsam, *l. vsura, de verb. oblig.* Melius est igitur dicere, fundum totum esse in legato, alioquin dicendum erit inutile esse legatum.

Ad §. 1.

§. 1. Si Primo & Secundo & Tertio heredibus institutis, sic legata dentur. Si mihi Primus heres non erit, Secundus Titio decem dato: si Secundus mihi heres non erit, Primus Seio fundum Tusculanum dato: *vtrisque omittentibus hereditatem Primo, & Secundo, quærebatur substituti, quos eis dederat, an & cui legata præstare debent. ab vtroque substituto legata debentur.*

Est de legatis relictis ab institutis, an videantur repetita à substitutis. est aliquid quod dubitationem mouet. Scripsi tres heredes Primum, Secundum & Tertium. Deinde ita legaui: *si Primus heres non erit, Secundus dato centum:* & subieci: *si Secundus heres non erit, Primus dato Titio fundum illum:* non expressit tertium casum *si neuter heres erit,* & ei dedit substitutos vulgares, singulis substituit, Primum substituit Secundo in primum casum. Quæritur an substitutus Secundo debeat legatum relictum à Secundo. Substitutus Primo à Primo. videbatur non deberi, quoniam testator omiserat tertium casum, *si neuter heres erit,* & quia voluisse videbatur, vt alterutrum tantum legatum valeret, repudiante Primo, legatum relictum Secundo, repudiante Secundo legatum relictum Titio, Respond. ab vtroque substituto præstanda esse legata: itaque constit. Seueri & Antonini *l. licet, sup. lib. 1.* pertinet ad hanc speciem.

Ad §. Seruo.

§. 2. Seruo alieno posse rem domini legari Valens scribit: item id, quod domino eius pure debetur. cum enim seruo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, vt sit cum eo testamenti factio. ceterum ex persona serui constitit legatum. Et ideo rectissime Iulianus definit, id demum seruo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. Calumniosa est enim illa adnotatio, posse legari seruo & quandiu seruiat: nam & hoc legatum ex persona serui vires accipit. Alioquin & illud adnotaremus esse quosdam seruos, qui licet libertatem consequi non possint; attamen legatum & hereditatem possunt adquirere domino. Ex illo igitur præcepto quod dicimus, serui inspici personam in testamentis, dictum est, seruo hereditario legari posse. Ita non mirum, si res domini, & quod ei debetur seruo eius pure legari possit: quamuis domino eius non possent vtiliter legari.

Sciendum est, seruo alieno non posse legari nisi & domino eius legari possit, quia seruus personatur ex persona domini, id est, dominus seruum χαρακτηρίζει, *Theop. tit. de stip ser.* alioquin serui nulla est persona; & ideo si dominus capax fuerit, erit & seruus eius, si dominus incapax fuerit, erit & seruus eius incapax, *l. 12. §. regula. sup. lib. 1.* huic sententiæ quodammodo opponitur alia: ex persona serui, cui legatum relinquitur, legatum vires accipere, vel eius serui, cui legatum relinquitur, personam inspici. at profecto nihil hæc sententia discrepat à superiori, sed hoc tantum coniuncta vtraque sententia demonstratur, in his quæ testamentis relinquuntur seruis, & dominorum & seruorum personam inspici. At si velis seruo alieno legare, duo exigi, primum vt dominus sit capax, id est, vt cum domino sit testamenti factio, deinde, vt quod seruo legatur, seruus ipse liber factus capere possit; hoc vel illud si defuerit, inutile est legatum, illud vero exigo in partem, vt quæ res seruo legatur, possit etiam domino eius vtiliter legari. non exigo id ἐν μέρει, sed vt illi libero facto possit legari: & testamenti factionem separo à rebus quæ legantur. testamenti factio est cum seruo alieno ex persona domini, rerum singularum legatum in seruo alieno consistit ex persona serui. Et hæc est Iuliani distinctio proposita in hoc §. & *præceptum* dicitur in fine legis, id est, θεώρημα. definitio hæc est, *id demum*, vt ait id est, *μόνον*, *id solummodo*, seruo alieno legari posse res domini sui, quamuis domino eadem res vtiliter legari non possit. domino res sua inutiliter legatur, nec carebit effectu legatum huiusmodi si modo seruus ad libertatem peruenerit ante diem legati cedentem. totum capiet ipse, & ipse acquiret legatum, id est, petet rem domini ab herede scripto, vel æstimationem, quia constitit legatum ab initio ex persona serui, & ideo non potest ei obiici regula Catoniana, quia valuit ab initio. Et pari ratione debitor domini seruo creditoris legat vtiliter quod domino eius debet pure, licet ipse domino idem leget inutiliter, quia debitor creditori legat inutiliter, debitor creditori legat inutiliter quod debet, sed debitor seruo creditoris non legat inutiliter quod domino eius debet pure. & hoc est quod ait, *item eius quod pure,* recte *pure:* nā quod sub conditione debetur, non tantum seruo, sed etiam ipsi domino legaretur vtiliter, vt dixi propter commodum

repræſentationis. Et inde liquet in fine huius legis tranſpoſita eſſe verba. vulgo ita legitur: *ita non mirum ſi res domini & quod ei debetur, &c.* hic locus ita reſtituendus, *ita non mirum ſi res domini, & quod ei debetur pure, ſeruo eius legari poſſit.* & poſt illud *pure*, eſt apponenda virgula. Porro ſecundum eandem difinitionem Iuliani ſeruo hereditario, id eſt, iacentis hereditatis legari poteſt, licet dominum non habeat cui poſſit legari, modo cum defuncto fuerit teſtamenti factio, cuius vicem ſuſtinet hereditas iacens, vt expoſui in *l. 55. ſup.* Atque ita legatum valet ex perſona ſerui, alioquin non valeret, cum dominum non habeat cui poſſit legari. & ex contrario, licet domino poſſit legari via ad fundum domini, fruſtra tamen ſeruo eius legatur via ad fundum domini, *l. 5. inf. de ſeruit. leg.* quia ſi ſeruus liber eſſet, ſane inutiliter ei legaretur ſeruitus ad fundum alienum. Quod igitur ei legatur, æſtimatur ex eius perſona, non ex domini perſona, *l. 5. inf. de ſeruit. leg.* definitionem hanc Iuliani Marcellus calumniatur, qui in notis ad Iulianum nimio ſtudio notandi errauit, & Marcelli notam ſignificat hic, licet Marcellum non nominet, dum ait, *calumnioſa eſt enim illa adnotatio.* notæ dicuntur etiam notata, *l. mutuis, ſup. pro ſoc.* & adnotationes, & hanc notam ſiue adnotationem fuiſſe Marcelli indicat, *l. ſeruo alieno, in princ. lib. 1.* vbi citatur Marcellus in eandem rem. definitio Iuliani hæc eſt: in teſtamentis ſerui cui aliquid relinquitur, perſonam inſpici. Et ideo legata relicta ſeruo alieno ita valere, ſi ea liber factus capere poſſit. Eam definitionem Marcellus ita calumniatur: ſeruo alieno ſic legatur recte: quamdiu ſeruus erit Titij, illi lego. hoc legatum valet, *d. l. ſeruo alieno, in princ.* & tamen liber factus ad huiuſmodi legatum non admitteretur, quoniam relictum eſt ad conditionem certam, quoad ſeruiet Titio, & relictum videtur domini gratia potius quam ſerui. Poſſet etiam quis ſimiliter, vt Paulus adiicit aduerſus Iulianum hoc modo: *ſeruo qui ad libertatem perduci non poteſt*, vt ſcilicet quia veritus eſt manumitti teſtamento *l. 2. C. qui ad lib. peruen. non po.* huic ſeruo qui libertatem adipiſci non poteſt, recte legatur, & tamen liber factus id non caperet, cum nec liber fieri poſſit. Verum ex his omnibus perperam colligitur, ex perſona ſerui legatum non valere: nam priore caſu liber factus legatum capere poſſet, niſi appoſita fuiſſet illa conditio, *quamdiu ſeruus erit Titij*, quamdiu conditionem facit, *l. 4. ſup. de ſeruit.* Et poſteriore caſu ſi liber fieret, legatum caperet. Hæc igitur argumenta ſunt captioſa, & non labefactant definitionem Iuliani. calumnias vocat Paulus hic ſiue calumnioſas adnotationes, vt Ariſtoteles σοφίσματα vocat etiam συκοφαντήματα, cauillationes in *l. 1. inf. de reg. Caton.* Et quod eſt notandum, vt Ioannes dixit recte, eſt captio ſiue fallacia ſecundum quid & qualiter, quæ ab Ariſtotele παρὰ τὸ συμβεβηκὸς παραλογισμοί, id eſt captio ex accidenti & attributo. Iuliani opinio de re ſimpliciter legata ſeruo alieno oppugnatur argumento legati, cui extrinſecus adiecta eſt conditio, *quamdiu ſeruiet Titio.* Et omnino Marcellus captionem ſuam ita formauerat: id demum ſeruo legari poteſt, quod poſſet ſi liber eſſet. ſed libero non poſſet legari quamdiu ſeruus eſſet Titij, cum liber ſit non ſeruus; ergo ſeruo etiam non poteſt legari quamdiu ſeruus erit Titij: hoc autem eſt falſum: nam ſeruo poteſt legari quoad ſeruiet Titio. ergo illud eſt falſum, id demum poſſe ſeruo legari quod libero, vel breuius id demum poteſt ſeruo legari quod poſſet, ſi liber eſſet. non poterit igitur ſeruo legari quamdiu ſeruiet ſuo domino. ſed hoc eſt falſum ergo & illud. captioſa eſt ex accidenti & attributo: nam id quod in propoſitionem ſumitur ſimpliciciter ei in aſſumptionem adiungitur attributum, puta conditio, quæ mentio fallaciam inducit, & eadem eſt omnino captio ac ſi quis ita argumentaretur ad hominem. Non ignoratis adoptionis nomen eſſe generale, & diuidi in duas ſpecies, quantum altera ſimiliter dicitur adoptio, altera adrogatio: adoptio fit per magiſtratum, adrogatio per principem *l. 1. & 2. de adopt.* Ergo adoptio eſt genus, adrogatio non eſt genus, poſſes tentare eſſe genus hoc modo. omnis adrogatio eſt adoptio, adoptio eſt genus. ergo adrogatio eſt genus. Idem eſt captionis genus ex accidenti & attributo. Omnis adrogatio eſt adoptio, hoc non eſt verum ſimpliciter; ſed talis adoptio, id eſt, quæ fit per principem, talis adoptio non eſt genus, ergo adrogatio non eſt genus, & falſa erat concluſio illa, atque ita manifeſto Marcellus Iulianus calumniatus eſt in hac ſpecie.

Ad L. Latinus LXXXIII.

Latinus Largus. Proxime ex facto incidit ſpecies talis. Libertinus patronum ex ſemiſſe heredem inſtituit, & filiam ſuam ex alio ſemiſſe: fideicommiſit filiæ, vt quibuſdam ancillis patroni reſtitueret, cum hæ manumiſſæ eſſent: & ſi eadem filia heres non eſſet, ſubſtituit ei eaſdem ancillas. quoniam filia non voluit heres exiſtere, ancillæ iuſſu domini, id eſt patroni, adierunt defuncti hereditatem: poſt aliquantum temporis ab eo manumiſſæ quærebant an fideicommiſſum petere ab eodem patrono poſſint: rogo ergo quid de hoc exiſtimes, reſcribas. Reſpondi: nec repetitum videri in hunc caſum fideicommiſſum, ſed alterutrum datum, vel fideic. vel ipſam hereditatem: melius autem dici, in eundem caſum ſubſtitutas videri, in quem caſum fideicommiſſ. meruerunt, & ideo ad ſubſtitutionem eas vocari. Cum enim ſeruo alieno fideicommiſſum ab vno ex heredib. ſub conditione libertatis fuerit datum, idemque ſeruus ei heredi ſubſtituatur: licet pure ſubſtitutio facta ſit: tamen ſub eadem conditione ſubſtitui videtur, ſub qua fideicommiſſum meruit.

Species eſt: Libertus patronum heredem inſtituit ex debita parte, id eſt, ex ſemiſſe; filiam autem ſuam heredem inſtituit ex alio ſemiſſe, & eam rogauit vt hereditatis portioné ſuam ſibi adſcriptam reſtitueret ancillis patroni, cum liberæ eſſent. Et idem etiam filiæ poſtea eodem teſtamento ſubſtituit vulgariter eaſdem ancillas patroni. Ergo dupliciter eis ſubſtituit ancillas directo & pure in primum caſum, precario, & ſub conditione cum liberæ eſſent in ſecundum caſum. Extitit conditio, & caſus directæ ſubſtitutionis non precariæ, quoniam filia repudiauit hereditatem patris, vel abſtinuit ſe hereditate paterna, atque ita ancillæ adierunt hereditatem iuſſu domini ex ſubſtitutione vulgari, poſtea manumiſſæ ſunt à domino. Quæritur, an poſſint à patrono petere fideicommiſſum hereditatis quod eſt eis relictum cum liberæ eſſent? Reſpond. non poſſe, recte: quia ſuo quæque ſubſtitutio caſu continetur. fuit duplex, directa & precaria. directa id primum caſum, precaria in ſecundum, ſuo quæque caſu continetur. Extitit caſus directæ ſubſtitutionis precariæ, ſiue fideicommiſſi caſus non extitit, quia filia heres non extitit, & ideo fideicommiſſi petitio nulla eſt. Interrogatus fuerat Paulus de fideicommiſſo. reſpondet, nullum eſſe, adiecit ancillas poſſe venire ex ſubſtitutione vulgari poſt manumiſſionem, quia ſcilicet conditio appoſita fideicommiſſo, cum liberæ erunt, videtur repetita in ſubſtitutione vulgari quę ſubiecta eſt fideicommiſſo: itaque videntur ſubſtitutæ vulgariter ſub eadem conditione, cum liberæ eſſent. Poſt manumiſſionem igitur hereditatem vindicabunt. Neque obſtat quod adierint ante manumiſſionem iuſſu domini: nam adierunt inutiliter inſtituti ſub conditione, ante conditionem nihil agunt *l. 13. ſup. de acq. hered.* Et hic ſubſtitutio vulgaris intelligitur fuiſſe conditionalis, ſubſtitutio omnis alias fit pure, vt cum extrinſecus nulla ei adiicitur alia conditio, quam quæ propria eſt ſubſtitutionis, vt ſi heres non erit. alias fit ſub conditione ſiue vulgariter ſiue pupillariter, *l. qui liberis ſup. de vulg. ſubſtit.* Quærit Accurſ. qui eam explicauit male, ſi caſus extitiſſet fideicommiſſi, non directæ ſubſtitutionis, an ancillæ potuiſſent filiam cogere adire & reſtituere? reſp. potuiſſe, ſed id probat male: nam leges quas adfert, non adferunt hanc ſpeciem, debuit adducere *l. recuſare §. Titius, inf. ad Trebell. l. 84.* explicui in *l. 78.*

Ad L. Creditorem. LXXXV.

Creditorem, cui res pignoris iure obligata à debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis euidenter non ostenderetur.

Licet debitor creditori frustra leget quod debet, vt iam explicatum est sæpius, tamen rem pro debito pignori obligatam creditori non legat inutiliter, sed legato pignore creditori, quæritur an perimatur actio crediti ipso iure, vel per exceptionem, id est, an præter legatum possit etiam creditor pecuniam creditam petere. ait hoc genere legati non perimi crediti actionem, atque ita sicut si creditor debitori reddiderit pignus, vel si creditor debitori legauerit pignus, non videtur peremptum debitum, *l. 3. de pact. l. 1. de lib leg.* Etiamsi debitor creditori pignus legauerit, non perimitur actio crediti, nisi compensandi animo debitorem pignus creditori legasse euidenter probetur, compensare volentem, voluntatem manifestam & expressam exigimus, *l. creditor, C. de legat.* Atque ita aditione hereditatis, id est, si creditor debitoris hereditatem adierit, non ita perimitur siue confunditur crediti actio, vt non possit hoc creditor in ponenda Falcidia deducere, quod scilicet defunctus debuit, vel citra Falcidiæ rationem, vt non possit à coherede petere partem debiti actione creditæ pecuniæ: Nam & in ponenda Falcidia totum creditum deducit, & citra Falcidiam partem à coherede petet creditor, nisi scilicet euidenter probetur voluisse defunctum debitum compensari cum hereditate, quod explicatum est in *l. cum pater* §. *Titio. sup. hic.* Et ad hanc postremam speciem non ad priorem pertinet *l. vlt.* §. *pen. hic.* Mater filium & filiam heredes scripsit, liberto quædam legauit, & eum rogauit vt res legatas post mortem meam restitueret filiis, mortua est filia, deinde mortuus est libertus relicto herede filio patronæ ex semisse, & extraneo ex alio semisse. vterque adiit hereditatem liberti. quæritur, an confusione videatur sublata fideicommissi petitio quod libertus filio debebat ex testamento matris? Respond. non omnino esse sublatam: nam semis filij sublatus est confusione. pro alio semisse in coheredem extraneum salua est petitio fideicommissi. cui congruit *l. Lucius Titius, lib. 1. l. 2. C. de euict. l. si compensandi, C. de hered. instit. l. si ab eo, C. de negot. gest.* Et hoc ita procedit, si non probetur compensare defunctum voluisse hereditatem debito. At si forte compensandi animo debitor creditori legatum vel portionem hereditatis reliquerit, quæro an quantulumcumque legatum, vel quantulacunque portio hereditatis compensationi sufficiat? & id supra demonstratum est, non sufficere: superesse enim petitionem superflui, & compensare tantum concurrentes quantitates dictum est, *d. l. cum pater* §. *Titio.* aliter tamen sensit Accurs. hic citata *l. Imperator* §. *si centum sup. hic.* qui tamen non loquitur de creditore cui aliquid legatur compensandi animo, sed de legatario cui pecunia legatur ea lege, vt rem suam, rem propriam reputet alteri: hic legatarius agnito legato omnimodo cogitur rem propriam restituere, etiamsi pluris sit quam legatum, quia vnusquisque rei suæ est æstimator & arbiter. is pluris eam æstimasse non videtur quam erat in legato, quod dum agnouit, & onus ei adiunctum agnouit. Creditor tamen agnito legato relicto compensandi animo, superfluum certæ pecuniæ creditæ remittere non videtur, reputare non vetatur, concurrentes tamen quantitates compensare videtur.

Ad L. Gaius Seius. LXXXVI.

Gaius Seius pronepos meus heres mihi esto ex semisse bonorum meorum, excepta domu mea, & paterna, in quibus habito, cum omnibus, quæ ibi sunt, quæ omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere. *quæro, cum sit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an hæc omnia quæ illic inueniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Paulus: Respondi, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia: in ceteris vero nullum pronepoti locum esse.*

Quidam tres heredes scripsit, Primum ex quadrante, Secundum ex quadrante, Tertium ex semisse cum hac exceptione, *excepta domo mea & domo paterna, in quibus habito, cum omnibus quæ ibi sunt, semisse* adscripto Tertio eximit vtramque domum & omnia quæ illic essent. Quid fiet hoc casu? Tertius heres nihilominus erit ex integro semisse, verum prælegati siue fideicommissi nomine coheredibus tenebitur restituere vtramque domum
B cum omnibus quæ illic sunt: atque ita tanto minus feret ex semisse sibi adscripto. & similiter si quis vnum tantum heredem scripserit ex asse excepto fundo: hic quidem erit heres ex asse, perinde atque si nihil exceptum fuisset, vt in *l. 7. sup. de hered. inst.* sed coniectura ex voluntate testatoris capienda heredibus legitimis testatoris tenebitur eum fundum restituere, quoniam legitimorum gratia testator videtur eum fundum excepisse. & hoc addi velim ad *d. l. 74.* ex hoc loco quod notandum. primo casu cum plures sint heredes scripti coheredum gratia quædam prædia excepit. secundo casu vnico herede scripto legitimorum gratia, & ita in *l. 69. sup.* demonstratum est his verbis: heres peto contentus sis tot aureis, alias coheredibus, alias legitimis heredibus consuli, & fideicommissum relinqui. At priori casu quæritur hic, his verbis *cum omnibus*
C *quæ ibi sunt*, an contineatur argentum quod ibi est, id est, vasa argentea, an contineantur mancipia quæ ibi sunt, an supellex, an nomina debitorum quæ ibi sunt, & respondet contineri argentum, supellectilem, mancipia: & de mancipiis est similis locus in *l. 23.* §. *cum ita, hic.* Tertius ergo ea omnia debet restituere coheredibus suis nedum ædes vtrasque, & recte hoc loco distinguit supellectilem à cæteris, ab argento & mancipiis: nam in supellectili non est argentum, in supellectili non sunt animalia: supellex est patrisfam. domesticum instrumentum quod in aliam speciem non cadit, id est, quod neque argento, neque auro, neque vesti adnumeratur, & instrumentum mutum non animale, non mancipia, *l. 1. 2. 3. de supell. leg.* lecti, pelues, vasa aquaria, imperia, vt ait l. 3. & his similia, &
D imperia illo loco Græci in Basil. προσκεφάλαια, quo nomine significantur puluinij, oreillers, vt in libello, κεφαλίδες duobus locis: qua de causa videtur legendum impilia: nam impilia siue impelia, non tantum dicuntur operimenta pecudum, vt in *l. argumento* §. *1. inf. de auro & arg.* sed latius etiam patet hoc nomen & comprehendit mollia strata quæque. Cæterum vt ad rem redeamus, adiicit hic, non contineri prælegato nomina debitorum, cautiones debitorum esse communes omnium heredum quæ inueniuntur in eius ædibus pro hereditariis portionibus eorum: Relicta verbis legati, aut fideicommissi facile sequuntur, mancipia quæ ibi sunt, & vasa argentea, & vtensilia, supellex: nummi tamen vel emptiones aliorum seruorum, aut emptiones aliorum prædiorum, aut instrumenta contractuum, aut cautiones debitorum, do-
E mum etiam relictam non sequuntur statim, nisi contraria voluntas approbetur, quod & eodem libro idem Paulus dixit *l. si mihi Meuia, inf. lib. 3.* & confirmat, *l. quæsitum,* §. *1. eod. l. quæsitum,* §. *pen. inf. de inst. vel inst leg.* Et idem *Paulus 3. Sent. tit. de leg.* omnibus quæ in domo sunt legatis cautiones debitorum, emptionesque seruorum legato non cedunt, sic heredum nummi non continentur inuenti in arcis, vel exacti ex diuersis nominibus, & ibi depositi, vt rursus mutui darentur, vel vt in res necessarias impenderentur, hi non continentur fideicommisso, quoniam ibi sunt ad tempus, sicut & cetera quæ fideicommisso non cedere dixit *l. vxor* §. *legau. l. si fundus, lib. 3.* Et his verbis, *Cum omnibus quæ ibi sunt*, ea demum videntur relicta, quæ ibi sunt destinata vt sint perpetuo, vt supellex, vt va-

sa, vt mancipia familiaria, nummos tamen ibi repositos præsidij causa, vt fit plerunque metu ciuilis belli, dicerem contineri fideicommisso mobilium, nam fideicommisso mobilium, id est, mobilibus omnibus legatis receptum est contineri pecuniam numeratam sepositam in ædibus præsidij causa, metu futuræ calamitatis, *l. si chorus §. 1. inf. lib. 3.* Quam pecuniæ sepositionem rustici, Latine appellabant peculium, posteriores appellarunt præsidium simpliciter in Comœdia Queroli. Quod est in fine huius legis pertinet ad titulum *de reb. dubiis.* Quidam legat Titio fundum Seianum, qua appellatione significauerat semper vniuersam quandam possessionem prædiorum, siue σύνκτησιν, & massam, sed tamen quo facilius conductorem inueniret, solebat vniuersam eam possessionem diuidere in duas partes, & ex qualitate loci superiorem partem appellare Seianum superiorem, inferiorem partem, Seianum inferiorem, vt in prouinciis ex qualitate regionis, aliam facimus Mysiam superiorem, aliam inferiorem, atque ita solebat supra partem vni locare, infra alteram. Cæterum & rationibus, & quotidianis sermonibus ipse appellatione fundi Seiani complectitur vtramque partem, vniuersam massam prædiorum. Quæritur inde, an tota possessio prædiorum legato contineatur, & quæ pars, superior an inferior, id est, an sequemur rationes locationum quibus commodioris locationis causa vniuersa illa possessio diuidetur in duas partes, an sequemur rationes domesticas quibus vniuersa ea possessio vno nomine continetur. respondet, in dubio deberi vniuersam possessionem, sed coniecturas contrariæ voluntatis non esse reiiciendas, vt in *l. 1. inf. de reb. dub.* in qua licet colligere exemplum contrariæ voluntatis? Habebat vniuersitatem prædiorum quam vno nomine appellabat fundum Mæuianum, habebat specialem fundum quendam Mæuianum aut Seianum. legatarij est electio. quæritur an possit eligere vniuersitatem illam prædiorum, id est, appellatione fundi Mæuiani vtrum significetur vniuersitas illa prædiorum, an specialiter ille fundus Mæuianus. res dubia est, sed dubitationem ait posse dissolui ex comparatione fundi Seiani. legauit Mæuianum aut Seianum. videtur optionem dedisse æqualium fundorum aut pene æqualium. Igitur si fundus specialis Mæuianus non magna pecunia distinguatur à pretio fundi Seiani, ille tantum videbitur esse in legato, non vniuersitas illa prædiorum. sed si fundus Seianus adæquat vniuersitatem prædiorum, videbitur non paruulus ille fundus legatus, sed vniuersitas illa prædiorum. Atque ita in illo tit. dubitationes multæ dissoluuntur. Igitur & in hac specie quod respondet in dubio Iureconsultus venire vniuersam possessionem, non reiicit coniecturas, ideo nec probationes contrariæ voluntatis. Initium *l. 88.* explicui in *l. 22. sup.*

Ad §. 1. legis LXXXVII.

Vsuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellæ, ex quo mora facta est, deberi respondi, quamuis enim constitutum sit vt minoribus viginti quinque annis vsuræ omnimodo præstentur: tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel interueniße, vt perpetuo debeantur.

IN §. 1. hoc continetur, moram præstandorum legatorum vel fideicommissorum fieri in personam, quod iam dixi supra, id est, ex interpellatione legitima, ex litis contestatione, si heres interpellatus vel iudicio conuentus non soluat legatum aut fideicommissum, & ex mora debentur vsuræ, vt dixi *l. 78. sup.* & hoc ita procedit, moram fieri in personam, siue ex persona, si legatarij sint maiores 25. annis: nam debet interpellare heredem vt constituant eum in mora. non interpellatus moram non fecisse videtur. minoribus tantum 25. annis mora fit sine interpellatione, re ipsa ex constitutione Seueri, & ideo vsuræ eis debentur perinde atque si interpellassent heredem, *l. cum vero §. apparet, inf. de fideicommiss. lib.* Et hoc specialiter in minoribus, non tantum in legatis & fideicommissis, sed etiam in libertatibus fideicommissariis, & in omnibus bonæfidei contractibus, in quibus vsuræ veniunt ex mora: Nam debentur minoribus vsuræ etiam extra restitutiones, *l. 3. C. in quibus ca. rest. non est nec. l. 5. C. de act. emp.* sed post legitimam ætatem vbi peruenerint ad annum 25. minoribus vsuræ deberi desinunt, & rursus deberi non incipiunt, nisi fiat mora in personam, id est, per interpellationem, atque ita mora quæ fit beneficio ætatis re ipsa, non est proprie mora, vt iudicat *d. lex 5.* Nam si esset mora, vsuræ currerent perpetuo, nec desinerent deberi in legima ætate, & hoc significatur hoc §. & quod ait, *Quamuis constitutum sit*, à Seuero scilicet.

Ad §. Seia libertis.

Seia libertis suis fundum legauit, fideique eorum ita commisit: Fidei autem vestræ Vere & Sapide committo, ne eum fundum vendatis: eumque qui ex vobis vltimus decesserit cum morietur restituat, Symphonio liberto meo & successori, & Beryllo & Sapido quos infra manumisi quive ex his tunc superuiuent. *quæro, cum nec in prima parte testamenti, qua fundum prælegauit, eos substituit: in secunda tamen adiecerit verbum.* Qui vltimus decesserit, *an pars vnius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit: testatricem videri in eo fideicommisso, de quo quæritur, duos gradus substitutionis fecisse: vnum, vt is qui ex duobus prior morietur, alteri restitueret, alterum, vt nouissimus his restitueret, quos nominatim postea enumerauit.*

DVobus libertis Primo & Secundo quidam fundum legauit, ea lege ne venderent fundum, & vt qui ex his vltimus decederet, cum fundum restitueret aliis quibusdam libertis: videtur fecisse duos gradus precariæ substitutionis. vno gradu videtur inuicem substituisse Primum & Secundum in fundo legato. altero gradu nouissimo morienti in eundem fundum palam substituit alios libertos. legatum fundi, prima parte testamenti scriptum hic appellatur prælegatum, ad differentiam eorum quæ in prima parte testamenti relinquuntur. Denique hæc fuit voluntas testatoris legandi fundum duobus libertis, deinde vt duo illi liberti inuicem substituti essent in illo fundo per fideicommissum, & supremo morienti vt substituti essent in eodem fundo alij quidam liberti. prior substitutio palam verbis expressa non fuit. posterior expressa fuit, sed & prioris substitutionis argumentum præbet illud *verbum, qui vltimus decesserit.* quo tamen argumento Accursi. ne moueatur facit, *l. vel singulis sup. de vulg. sub.* cuius longe alia est ratio. hic §. est de substitutione in legato, *l. vel singulis* est de substitutione in hereditate. hic §. est de substitutione facta extraneis verbis precariis, *l. vel singulis* est de substitutione facta liberis impuberibus verbis directis: qua quidem lege qui plures habet filios impuberes & nouissimo morienti substituit directo in secundum casum, videtur ius legitimarum hereditatum inter eos custodiri voluisse, & substitutum nouissimo morienti capere non tantum portionem nouissimi, sed etiam portiones præmortuorum inuentas in hereditate nouissimi, id est, iure legitimo deuolutas, id nouissimum est, *l. qui duos, inf. de reb. dub.* hæc est huius substitutionis vis & potestas, eademque erit vis precariæ substitutionis, si filio nouissimo morienti substituerit precario, & ad constituendam differentiam hac in re inter substitutionem directam & precariam nihil mouere debet *l. eum qui inf. ad Treb.* quæ non loquitur de eo qui nouissimo morienti substituit simpliciter in hereditatem totam, sed de eo qui nouissimo morienti substituit precario, addita taxatione in partem tantum ei adscriptam, quo certe casu substitutus veniet tantum in eam partem, vel etiam vt ibi proponitur, si ea pars non appareat, substitutio precaria extinguetur, secundum hunc §. exposita est *l. vel singulis.* Nunc ostendamus discrimen secundum hunc §. eum, qui legauit duobus libertis fundum & supremo morienti

substituit precario, vt scilicet eum fundum restitueret aliis quibusdam: sane non potest videri ius legitimarum hereditatum inter eos custodiri voluisse, cum inter libertos nullum sit ius successionis legitimæ: sunt enim inter se extranei, & etiamsi esset ius successionis legitimæ inter eos, quia sunt puberes non impuberes, ea voluntas patroni frustra in his puberibus inhiberet testamenti factionem. Quid igitur restat, nisi vt dicamus, in hac specie inter eos libertos mutuo precariam substitutionem factam videri illis verbis: *qui vltimus decesserit*, non vt Accurs. sup. verbis quibus cauit ne fundum venderet: nam hæc verba, *ne fundum vendatis* per se sola nudum præceptum efficiunt. ergo per se sola fideicommissum non inducunt, *l. filiusf. §. diui, sup. lib. 1.* & etiamsi id non dixisset ne venderent ex illo verbo, *qui vltimus decesserit*, nihilominus decedens duos gradus substitutionis precariæ fecisse videtur. Restat igitur, ea verba, *qui vltimus decesserit*, argumentum præbere substitutionis prioris, quæ palam verbis non est expressa, posteriorem substitutionem palam verbis esse expressam. Et ex ea tacite prioris argumentum duci, & *verbum* hoc accipit pro dicto, dum ait *verbum qui vltimus*, in *l. iam hoc iure, sup. de vulg. subst. hoc communi verbo*, sed proprie, vt Donatus scribit in Eunuchum Terentij, *axioma*, id est, *sententia siue diuinatio quæ vno ligatur & astringitur verbo, verbum à veteribus appellabatur.*

Ad §. Imperator.

§. 3. *Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano præfecto vrbi: si liquet tibi, Iuliane carissime, auiam interuertendæ in officiosi querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit, id, quod donatum est, dimidia parte reuocari.*

CLaudius Iulianus præfectus vrbi consuluit Imperatorem Alexandrum de immodicis & inofficiosis donationibus. Claudianus Iulianus hic appellatur à Capitolino Claudius Iulianus in Maximo & Balb. cuius refert gratulatoriam epistolam de morte Maximi. Apud Præfectum vrbi instituebantur accusationes officij male præstiti, vt si libertus officia non debita exhibuisset patrono, querela officij male præstiti instituebatur apud præfectum vrbi, hic & querela inofficiosæ donationis instituta est apud Claudianum Iulianum præfectum vrbi. Et quia noua erat querela donationis, dubitabatur an esset reuocanda donatio, & pro qua parte. & ob id consuluit Imperatorem, qui rescribit quasi iudici, *si liquet*, quod verbum pertinet ad iudicem, *l. vbi, C. ad l. Cornel. de fals. l. Pomponius, inf. de re iud.* Et hoc primum rescripto querela inoff. donationis, vt indicat §. *vlt.* hocque non obtinuerat antea, & consequenter postea etiam vltio dicta est querela inoff. dotis, vtraque ad instar inoff. testam. hic origo illius tit. de inoff. donat. est ex rescripto Alexandri. Species huius §. est quidam vniuersas suas facultates contulit, *interuertendæ*, inquit, *inofficiosi querelæ gratia*, hoc est ad imminuendam & eludendam querelam inoff. testamenti, vt ait *l. 1. C. de inoff. donat.* Et similiter interuertendi fideicommissi, *l. Titius, inf. ad Trebell.* quod in Nou. ἀποβολὴν ἢ βλάβην τῆς διατάξεως, *immunitionem fideicommissi*, vt ait *l. sed & si lege §. quod autem sup de petit. hered. l. Imperator, l. deducta §. vlt. l. mulier §. cum proponerem, ad Trebell.* Igitur auia interuertendæ querelæ inofficiosi causa, viua vni ex nepotibus donauit fere omnia sua bona, modicum sibi retinuit, atque ita sane fraudauit alterum nepotem iusta portione, sed moriens eadem auia inofficiosum testamentum non fecit: nam vtrumque nepotem heredem instituit, vt quicquid erat residuum, etiamsi esset permodicum, haberent institutionis iure: sed fecerat ante inofficiosam donationem, eamque contulerat in vnum ex nepotibus, omisso altero. mouit Imperatorem æquitas, vt scilicet alteri nepoti exemplo inoffic. testamenti daret querelam inoff. donationis, per quam reuocaret donationem pro dimidia parte. Igitur

A alter nepos donationem immodicam reuocabit & rescindit pro dimidia parte. quæ verba videntur obscura doctoribus nostris. Memini alias me vidisse disputatam hanc quæstionem misere ab his fuisse, sed cuilibet iurisperito praua videbitur opinio Bulgari & Azonis sic est legendum in Accurs. non *Hugol. & Martini*, qui dicunt non rerum donatarum eum dimidiam partem reuocare, sed dimidiam quartæ partis rerum donatarum, id est, sescunciam. vnciæ semis quæ est portio legitima, quæ competit nepoti, & hoc ita esse confirmat *l. si mater, C. de inoff. donat. & Nou. 92.* Ergo tota donatio non rescinditur, non reuocatur, etiam pro virilibus portionibus, sed quantum portioni debitæ, id est, quantum quadranti legitimæ portionis satis est, quamtumque deest, quam *supplementi actionem* vocat Symmachus in epist. loquens de eadem re. Et
B consequenter si hæc auia quæ habebat duos nepotes, non filios, in extraneum contulisset immensam donationem in fraudem nepotum, in euersionem debitæ portionis, duo nepotes non reuocarent totam donationem, sed tantum quadrantem rerum donatarum, eumque inter se diuiderent ex æquo, & singuli haberent sescunciam quæ est portio debita; atque ita licet extranei heredes scripti non detrahant Falcidiam ex donationibus inter viuos, detrahunt ex legatis fideicommissis, mortis causa donationibus inter viuos, detrahunt ex legatis, fideicommissis, mortis causa donationibus morte confirmatis. non detrahunt ex mortis causa capionibus, nihilominus detrahunt ex donationibus inter viuos, *l. Seia, §. vlt. de donat. caus. mort.* licet extranei non detrahant Falcidiam ex dona-
C tionibus inter viuos, tamen liberi heredes scripti, si ex cæterorum legatis vel fideicommissis, vel mortis causa donationibus Falcidiam, id est, debitam portionem seruare non possunt, eam seruant sibi ex donatione inter viuos, & reuocant Falcidiam tantum, vel quod Falcidiæ deest, non integras donationes, non viriles portiones. quod ita procedit, si hi liberi superstites fuerint donationis tempore. Nam liberi post immodicam donationem suscepti donationem collatam in extraneum reuocant in solidum, quia verisimile est parentem donaturum non fuisse extraneo si putaret se habiturum liberos, *l. si vnquam, C. de reuocand. donat.* qua ratione etiam ipsemet donator reuocat donationem, quia de liberis non cogitauerat. Ergo vel ipse donator, vel liberi postea nati reuocant donatio-
D nem in solidum collatam in extraneum, quod etiam in legibus Longob. *l. 14. de successor. & l. 1. de eo quod filiis vel filiabus relinquere necesse parentes habent.* Collatam autem donationem in liberos liberi postea nati non reuocant in solidum, sed pro ratione Falcidiæ tantum, *l. si totas, C. de inoff. donat.* Itemque donator ipse eam reuocat tantum pro ratione Falcidiæ, id est, supplendæ Falcidiæ causa liberis postea natis: & hæc est huius quæstionis summa, & eorum omnium quæ hic Bart. multis verbis perquisiit; & si quid omissum, id etiam diluetur facile ex supradicta definitione, quale illud est quod idem Bart. quærit, an beneficio *d. l. si vnquam* donator possit renunciare, puta, dicendo, dono, nec reuocabo, etiamsi postea liberos suscepero, intelligere potest quis eum posse re-
E uocare, nam cur est ius reuocandi? quia verisimile est donaturum non fuisse si putasset se habiturum liberos; si igitur cogitasset de liberis & nihilominus cauerit se non reuocaturum donationem, rata est cautio, & consequenter eodem casu cum renunciauit beneficio *l. si vnquam*, ipsi liberi postea nati etiam ab extraneo non reuocabunt donationem in solidum, sed pro ratione Falcidiæ. Verum vt docet responsum, ad fideicommissa vel legata pertinet hic §. sciendum est hoc rescriptum in hoc §. proponi propter §. sequentem, qui est de fideicommissis, cuius quæstio definitur ex hoc rescripto. Quidam habebat quinque filios: vni ex eis puta Caio viuus donauit fere omnia sua bona. modicum residuum sibi seruauit, vt Florent. scriptum, non reseruauit. moriens testamentum fecit, & omnes filios heredes instituit, & quasi satis non habuisset Caio dedisse

ampliſſimas facultates inter viuos, teſtamento ei prælegauit duo prædia quæ ſibi retinuerat, ſed rogat Caium vt ex reditibus rerum donatarum daret fratri tot aureos, alij tot. Caius dicit, oneratam eſſe portionem ſibi teſtamento adſcriptam, & ideo vult vti beneficio leg. Falc. an poteſt ex fideicommiſſis fratribus relictis detrahere Falcidiam? reſpondet, eum debere præſtare fideicommiſſum fratribus, quibus fratribus debeat reddere, maxime cum pater cauerit in teſtamento, qui etiamſi non cauiſſet, omnimodo fratribus redderet portionem, reſciſſa donatione, his præcepit Alexander citra voluntatem patris vt reſcinderetur donatio. multo magis idem ſequemur, cum præcepto Alexandri congruit voluntas patris, id eſt, cum iuſſit donatarium in quem amplas facultates contulerant, eumque præterea prælegato onerauerat, vt ex reditibus rerum donatarum certum fideicommiſſum præſtaret fratribus. Igitur præſtabit ſolidum fideicommiſſum ſine deductione Falcid. ad finem ſupplendæ debitæ portionis. Atque ita hic Caius contra regulas iuris quodammodo imputabit in Falc. donationes inter viuos, ea fideicommiſſa non imminuet. Hęc quæſtio & ſpecies eſt facilis; ſed non poterat definiri niſi propoſito reſcripto de inofficioſis donationibus.

Ad L. penult.

Lucius Titius teſtamento ita cauit: Sed quid cuique liberorum meorum dedi, aut donaui, aut in vſum conceſſi, aut ſibi acquiſiit, aut ei ab aliquo datum aut relictum eſt: id ſibi præcipiat, ſumat, habeat. *filij nomine Calendarium fecerat. poſtea ſententia dicta eſt: & placuit id quod ſub nomine ipſius filij in Calendario remanſerat, ei deberi, non etiam id, quod exactum in rationes ſuas pater conuertiſſet. quæro, ſi id, quod exegiſſet pater ex nominibus filij ante teſtamentum factum iterum poſt teſtamentum factum in nomen filij conuertiſſet: an ad filium ſecundum ſententiā pertineret. reſpondi, id, quod ex eadem cauſa exactum, in eandem cauſam rediiſſet deberi.*

PRimum Scæuolæ reſponſum ad hanc ſpeciem pertinet. Pater prælegauit liberis ea quæ dederat aut donauerat, in vſum conceſſerat. in iure diſiuncta pro coniunctis accipiuntur, *l. ſæpe, inf. de verb. ſignif.* Vbi vtitur eodem exemplo liberis, vel ſeruis, pater liberis dederat inter viuos, conceſſerat in vſum, vt hic exprimitur: ſic & in legib. Agrar. hęc diſtinguntur *data, donata, conceſſa.* eiſdem liberis pater prælegauit ea quæ liberi ſibi acquiſiſſent ſua induſtria, & parſimonia, & quæ eis ab aliquo data vel relicta eſſent, data à viuente, relicta à moriente, quę omnia computantur in peculium filiorumf. & ideo patri acquiruntur iure patrię poteſtatis, quę in peculium paganum accepta feruntur, patri acquiruntur. Atque ita Tiberius adoptatus ab Auguſto geſſit ſe pro optimo filiof. cum hereditates, & legata non perceperit aliter quam vt peculio referret accepta, Sueton. Et contra quæ in peculium filiiſf. non imputantur, patri non acquiruntur, vt in ſpecie *l. Papin. §. 1. ſup. de inoff. teſt.* filiusfam. præteritus à matre agnouit bon. poſſ. litis ordinandæ gratia, id eſt, futuræ litis de inoff. teſtamento matris ordinandæ & ſeparandæ cauſa: nondum tamen inſtituit querelam inoff. teſtamenti, atque ita deceſſit. finita, inquam, eſt querela inoff. teſtamenti, quę dabatur filij nomine, non patris, aut patris nomine, id eſt, filius. querelam inoff. teſtamenti matris non tranſmiſit in patrem quaſi heredem, quoniam filiusfam. heredem habere non poteſt. Pater filiif. non eſt heres, nec vllus alius: iure etiam poteſtatis patris per filium non eſt acquiſita querela inoff. teſtamenti, quæ nondum inſtituta fuerat filij nomine. Et qui eam inſtituit, non potuit inuito filio, quoniam filij ignominia eſt qui eſt pręteritus, id eſt, exheredatus ſilentio à matre, filij indignatio eſt, *d. l. Papin. in pr. C. l. filius eod.* Et licet filius agnouerit bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia, tamen nihil videtur acquiſiſ-

A ſe, id eſt, hæc bonor. poſſeſſio non auxit peculium filij, quoniam fuit ſine re, id eſt, nondum fuit cum re, & ideo non videtur fuiſſe in peculio. Nihil igitur per eum videtur fuiſſe acquiſitum patri, cum & ea non videantur fuiſſe in peculio filij, quod color fuerit quidam & titulus futuræ querelę, non ius illum reſve vlla filio quæſita ex ea indignatione, & vt Græci dicunt illo loco: τὸ μὴ ὑφεστὼς οὐ λογίζεται πεκούλιον, & : τὸ μὴ δυνάμενον διὰ τὸ μὴ ὑφεστάναι εἰς πεκούλιον εἶναι, οὐδὲ προσπορίζεσθαι δύναται. *quod non exiſtit, non computatur in peculium. quod non poteſt in peculio eſſe, ob id ipſum quia non extat, neque adquiri poteſt.* Igitur in ſpecie propoſita, etiam quæ liberi ſibi acquiſierunt & peculio aduentitio accepta tulerunt, & ea quæ perceperunt ab aliis inter viuos & mortis cauſa, ea omnia ſunt in peculio & in hereditate patris

B inueniuntur quaſi acquiſita patri. data quoque, donata & conceſſa filiiſf. morte patris finiuntur & redeunt in communem hereditatem patris, niſi prælegentur liberis quibus data ſunt qui ea acquiſierunt: ſi ſint prælegata liberis non veniunt in communem hereditatem, ſed liberi ea retinebunt præcipua iudicio famil. erciſc. Itaque ſi pater qui ita legauerat, vt dixi, filij nomine Calendarium fecerit, id eſt, ſi certam pecuniam fœnori occupauerit ſub nomine filij, & eam pecuniam cum vſuris in ſuis rationibus filio adſcripſerit quaſi peculiarem, filius iudicio familiæ erciſc. eam pecuniam præcipiet, *l. vlt. de pecul. leg.* quaſi ſcilicet prælegatam ſuperioribus verbis legati, quibus legari videntur omnia quæ liberi habuerunt in peculio. Sed ſi pater eandem pecuniam quam nomine filij collocauerat exactam à debitoribus in rem ſuam nomenq; ſuum tranſ-

C cripſerit, prælegato non continentur, quia deſiit eſſe in peculio, quia in eadem cauſa non manſit, ſiue ita eam tranſcripſerit cauſam poſt teſtamentum; ſiue ante, niſi filius probet aliam fuiſſe voluntatem patris, *l. pen. §. vlt. inf. de adimend. legat.* Quid ſi pater pecuniam exactam teſtamenti tempore in rem ſuam conuerterat, an prælegato continebitur, Reſp. contineri quaſi aucto prælegato poſt teſtamentum commutatis nominibus. Idem erit & ſi quid poſt teſtamentum filio præterea dederit, donauerit, conceſſerit, augebit enim prælegatum, & hoc eſt, in primo reſponſo.

Ad §. 1.

D A te peto Titi, fideique tuæ committo, vti curam condendi corporis mei ſuſcipias: & pro hoc tot aureos è medio præcipito. *quæro, an ſi Lucius Titius minus, quam decem aureos erogauerit: reliqua ſumma heredibus proficiat: reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, heredum commodo proficere.*

QVidam teſtator Lucium Titium fecit curatorem funeris ſui, & pro hoc iuſſit eum è medio præcipere decem aureos, id eſt, ad funus decem, è medio, id eſt, è media hereditate, vt ait in §. *quiſquis, inf.* quæritur, an Lucio Titio decem aurei videantur legati: non videntur. cura tamen funeris ei mandata eſt, quaſi amico & familiari, vt olim fieri ſolebat, vt dixi *l. 17. ſup.* Suet. in Tib. *omnes ami-*

E *citias, etiam quibus ea funeris curam moriens demandauerat.* Eſt igitur Lucius Titius curator funeris, non legatarius decem aureorum: & ideo ſi minus impenderit quam decem aureos, reliquum compellitur reſtituere heredibus, quoniam ſummæ legatarius non fuit, reliquum quod non conſumpſit in funus proficit heredibus. curator funeris reliquis reddendis obnoxius eſt, vt tutor ſiue curator reip. vt œconomus. Idem dicendum de curatore monumenti. alius eſt funeris, alius eſt monumenti ædificandi curator, nam hæc cura ſeparatim mandabatur teſtamento *Plin. 6. epiſt.* Inertia eius cui cura mandata eſt. Hi omnes curatores ſi minus impenderit, reſiduum commodo heredum proficit. Quid ſi curator funeris vel monumenti plus impenderit, id eſt, ſi quid vltra pecuniam delegatam in funus

de suo impenderit, an id poterit repetere ab heredibus, vide *l. qui aliena* §. *1. sup. de neg. gest. quod amplius erogatum est*, non posse repeti ab heredibus, nec actione negot. gest. quoniam defunctus finem impensæ fecerat quam curator monumenti excedere non debuit, & si excesserit, sibi imputare id debet: *nec*, inquit, *iure fideicommissi*. sic legendum, non, *de iure fideicommissi*. fideicommissarius in ea pecunia non fuit. Quæro, cur hic curator funeris minus possit impendere vt in hac specie proponitur, quoniam testator non præcepit vt omnino impenderet decem aureos, alioquin non posset minus impendere, nisi ipsemet testator modum excessisset: nam voluerunt in funeribus & sepulchris modum seruari, Tull. 2. de legib. & non obseruari ineptas voluntates testatorum, qui magnificentiam funerum optant, & hoc declarat *l. cum in testamento, inf. de verb. sig.* in qua lege heredes qui iussi sunt centum aureos consumere in funus, vel in monumentum, non possunt minus impendere, quoniam scilicet testator dixit, vt dumtaxat impenderent 100. aureos, qui articulus dumtaxat fidem facit quoad impendere liceat, & quoad id impendere necesse sit, vt in lege simpludearia de publicis funeribus apud Festum quibus adhibentur duæ litteræ D. & T. quod dicimus *dumtaxat*: igitur propter illum articulum heredes minus impendere non possunt: & si minus impenderint, contra voluntatem facere videntur, plus possunt impendere. qui plus impendunt, & quantum taxatum est impendunt. interest scire fecerit heres citra voluntatem necne: Nam olim heredi hereditas auferebatur vt indigno, *Paulus 3. Sentent. tit. 5. l. vlt. §. vlt. C. de fideic.* Ad hæc quæro, quid fiat si curator funeris vel monumenti, accepta pecunia in eam rem delegata funus non ducat, monumentum non faciat, quæ actio in eum heredibus competit: si esset coheres, competeret famil. ercisc. sed non est coheres, sed nudus curator. placet extra ordinem eum posse compelli à prætore vt funus ducat, vel teneri eum actione de dolo, qui nihil fecit in funus, nec facit *l. & si quis* §. *si cui funeris, sup. de relig.* Alij contendunt esse actionem mandati, & obiiciunt *l. si vero non remuner. §. vlt. sup. mand.* quæ actio si est, non potest esse de dolo, qui de dolo subsidiaria est actio. Verum alia est ratio §. vlt. nam ibi mandauit inter viuos, mandatum contraxit viuus, vt post mortem scil. monumentum faceret, & animus fuit contrahendi mandati, & constituendi procuratoris non curatoris: in hoc §. in *d. l. & si quis*, moriens funeris sui curam committit Lucio Titio, nec fuit animus contrahendi mandati, animo solo discernuntur negotia. Interdum testator curatorem non facit funeris vel monumenti, sed legat certam pecuniam in funus, vel ad monumentum faciendum, *l. 1. §. vlt. inf. ad leg. Falcid.* & hoc casu residuum quod non impenditur in funus remanet apud legatarium. heredibus non proficit, & in eo residuo legatarius patitur Falcidiam, vt illa *l. 1.* declarat §. *vlt. inf. ad leg. Falcid.* Curator funeris vel monumenti in hoc comparatur mandatario siue procuratori, & vt apud procuratorem siue mandatarium, *l. ex mandato, sup. mand.* ita apud curatorem funeris nihil remanere debet, sed legatarij alia est conditio, & ita in specie *l. crediti* §. *si inter, sup. mand.* Pater qui in collocanda filia cauit genero se filiam & seruos ministerij causa ei traditos exhibituram, id est, educaturam suis sumtibus, si genero dederit certam pecuniam ad exhibendam vxorem, cuius exhibendæ onus pater sibi receperat, residuum eius pecuniæ quod non erit consumptum in exhibitione filiæ pater repetet actione mandati. qui mandatum contrahit, ei mandatarius obnoxius est reliquis reddendis. sed si mandato non contracto ab initio in collocanda filia & constituenda dote id actum est, vt pater dotem conuentam non præstaret, sed præstaret genero dotis vsuras, quoad integram dotem solueret, & interim vt gener sustineret onus exhibendæ vxoris, atque ita vt ipse pater daret vsuras dotis genero, & vicissim gener sustineret onus exhibendæ vxoris: hoc casu residui repetitio non est, id est, ex vsurarum pecunia, quod non est consumptum in exhibitione vxoris

A pater non potest repetere: Nec enim hoc mandatum contractum, sed mutatio veluti quædam facta est vsurarum cum oneribus matrimonij, si id actum est vel tacito intellectu, id est, si actum est expresse, vel intellectu, *l. ossa* §. *vlt. sup. de relig.* §. *qua marito* exposui *sup.* in *l. 78.* §. *vlt.*

Ad §. Quisquis.

Quisquis mihi heres heredesve erunt hæc amplius Lucius Eytychus, quam quod cum heredem institui, à media hereditate sumito, sibique habeto vna cum Pamphilo, quem liberum esse iubeo, instrumentum tabernæ ferrariæ, ita vt negotium exerceatis. L. Eytych. *viua testatrice, de-*
B *cessit. pars hereditatis eius ad coheredem pertinuit. quæro, an Pamphilus eodem testamento manumissus, ad petitionem partis instrumenti admitti possit: licet taberna, vt voluit testatrix, exerceri non possit. respondi, admitti.*

DVos heredes scripsit Primum & Secundum, prælegauit Primo, & Pamphilo eodem testamento manumisso, qui non erat heres, instrumentum tabernæ ferrariæ, ita vt ambo eam tabernam exercerent. taberna ferraria non hic est in qua fit ferrum & fabricatur: priuatis enim non licebat eiusmodi habere tabernas & ferrum facere, *l. vlt.* §. *Manim. sup de pub.* sed hic est taberna fabri ferrarij, Gall. *Mareschal*, à Plinio appellatur officina ferraria lib. 13. *Tudes ferrariis officinis præcipua.* Igitur legauit vni ex heredibus, id est, Primo & Pamphilo coniunctim in-
C strumentum omne tabernæ ferrariæ. viuo testatore decessit. hereditatis portio ei adscripta adcrescit coheredi si non mutauerit testamentum iure antiquo, non ex legibus caducariis: sed hic locus accipiendus est secundum ius antiquum. Quæritur, an post mortem testatoris Pamphilus possit petere partem instrumenti? dubitationem facit quod duobus legauit instrumentum, ita vt ambo id exercerent; sed iam non sunt ambo: videtur igitur deficere causa legati: an igitur licebit partem petere? respond. licere, nec extinctum esse legatum, & causam legandi non cohærere legato, finita causa & modo, non finiri legatum. quæritur quam partem petere possit Pamphilus? (Azo intellexit recte) dico Pamphilum petiturum partem reliquam instrumenti tabernæ ferrariæ, quæ iure legati constitit, id est,
D tam partem suam quam partem Primi collegatarij Primus enim instrumenti tabernæ ferrariæ habuit partem dimidiam, aut erat habiturus, concursu alteram dimidiam habiturus erat Pamphilus. Sed an illam dimidiam habuisset duplici iure, partem iure hereditario, partem iure legati? nunc sic statuo. pars hereditatis quam Primus habuit in instrumento eius tabernæ adcrescit coheredi, pars quam Primus habuit in eo instrumento iure legati adcrescit collegatario, id est, Pamphilo, cum fuerit ex coniunctis re & verbis. Itaque deducta portione hereditaria quam in eo instrumento habuit Primus reliquum omne instrumentum debetur Pamphilo iure legati.

Ad §. Sempronia.

E §. *Sempronia substituta heredi instituto, legata accepit, si heres non esset, mouit contra institutum actionem, quod dolo eius factum esse dicebat, quo minus testatrix volens primo loco scribere eam heredem, testamentum mutaret: nec obtinuit, quæro an legati persecutionem saluam haberet, respondi, secundum ea, quæ proponerentur, saluam habere.*

QVidam heredi instituto substituit Semproniam in primum casum, id est, in vulgarem casum, & si Sempronia heres non esset ex substitutione vulgari, id est, si institutus adiisset, aditio extinguit substitutionem vulgarem: Semproniæ legauit centum. post morem testatoris Sempronia egit aduersus heredem institutum qui adierat hereditatem, atque ita extinxerat substitutionem, dicens dolo

eius factum quo minus testator mutaret testamentum, qui volebat Semproniam primo gradu heredem instituere. egit Sempronia aduersus heredem institutum actione de dolo, vel actione in factum prætoria, vt recte Accurs. *Nou. 115. de caussis exheredationis*, adhibita Iuliani interpretatione, quæ actio est in simplum quanti ea res est: posteriore loco idem Accurs. quasi mutata sententia perperam ex ea causa esse condictionem ex lege in duplum, ex *Nou. 134.* cum tamen in eo loco *Nou.* non proponatur actio aduersus prohibentem testamentum fieri, qualis hæc est, qua vsa est Sempronia aduersus heredem institutum, sed aduersus præsidem prouinciæ, qui pecuniam exigit ab his qui testamentum fecerunt, id est, qui non approbat testamenta, nisi quasi ius testandi ab eo data pecunia testatores redemerint. Est igitur ex ea *Nou.* actio, vt eam pecuniam restituat in duplum: Hæc actio datur testatori. illa qua egit Sempronia non datur testatori, sed ei cuius interest testatori, interclusam libertatem testandi non fuisse: Et ita Sempronia non egit ea actione quæ in præsides tantum competit; sed egit de dolo, quod dolo heredis factum sit, quo minus testator mutaret testamentum, & non obtinuit. hac actione quæritur an legati petitionem amiserit: qui impugnat testamentum, amittit legati petitionem, vt is qui falsum testamentum dixit de inofficioso, nec obtinuit. At Sempronia certe non impugnauit testamentum, sed de dolo tantum heredis egit, & ideo non repellitur à legato. Et ita is qui iniustum testamentum dixit, id est, minus solemne, & non obtinuit, non repellitur à legato, quoniam testamentum non impugnauit aut accusauit, sed de iuris solemnitate disputauit, an solemne esset testamentum, *l. 5. §. 1. & l. pen. inf. de his quæ vt ind.*

Ad §. testator.

§. Testator legata ante quinquennium vetuit peti præstarique. Sed heres quædam sua sponte ante quinquennium soluit. Quæsitum est an eius quod ante diem existentem solutum est, repræsentationem, in reliqua solutione legati reputare possit respondi, non propterea minus relictum videri quod aliquid ante diem sit solutum.

QVidam testator pluribus legata dedit, & vetuit, aut cauit ne præstarentur ante quinquennium, sed præstarentur ad finem quinquennij: nam qui vetat præstari ante quinquennium, vult præstari ad finem quinquennij, sicut qui promittit ante Calend. se daturum perinde est ac si Calendis promiserit: heredes autem vni ex legatariis vltro repræsentabit legatum, & soluet ante diem quod potuit facere, *l. post mortem, C. de fideicom.* Quæritur in ponenda ratione legis Falcidiæ, an heres repræsentationem eius legati reputare possit cæteris legatis, quasi ita oneratus sup. dodrantem, qui si non festinasset ante diem legatum soluere, integrum quadrantem habuisset: sed commodum minuendi temporis in repræsentando legato amisit, cui prospexerat testator ne oneretur supra modum legitimum, dum solutionem legatorum distulerat in quinquennium. Et merito Scæuola respondet, cum hac ratione nequaquam posse cæterorum legata minuere iure Falcidiæ, quoniam ipse sibi onus accersiuit, stultitia eius legatariis damnosa esse non debet. Neque aduersatur quod ante *Nou. Iustin. de heredib. & Falcid.* constitutum fuit, heredem qui interueniente Falcidia vni ex legatariis soluit legatum integrum, non ideo minus ex cæterorum legatis Falcidiam detrahere posse, *l. 15. §. non idcirco, ad leg. Falcid. l. 6. §. vlt. C. eod.* Nam hoc casu heres ab initio ab ipso testatore oneratus fuit legatis: nostro casu à testatore non fuit oneratus, sed ipse se onerauit, & quibusdam festinauit soluere legata ante diem: Et ideo hoc cæteris damno esse non potest. Delenda sunt omnia quæ scripsit Accurs. sic & in contextu legendum est *reputare*, non vt Flor. *repudiare* & legendum *deberi*, non vt est adnotatum in

A margine Flor. *Non deberi*: & est similis error in *l. pen. inf. de dote præleg. l. Titia §. an nutu, sup.*

Ad §. Lucius.

Lucius Titius testamento ita cauit: prædiolum meum dari volo libertis libertabusque meis, & quos hoc testamento manumisi, & Seiæ alumnæ meæ, ita ne de nomine familiæ meæ exeat, donec ad vnum proprietas perueniat. *quæro, an Seia in communione cum libertis habeat portionem, an vero sibi partem dimidiam eius prædioli vindicare possit. respondi, perspicuam esse testantis voluntatem, omnes ad viriles partes vocantis.*

B QVidam prędium legauit libertis & Seię alumnę suę his omnino verbis: *ne de nomine familia mea exeat donec ad vnum proprietas perueniat.* Alumni numerantur in familia: nam & in hanc rem hic locus est notandus, Seiam libertorum loco esse. Quæritur autem Seiæ alumnæ vtrum debeatur dimidia portio prædij, an virilis? erant plures liberti & libertæ, legauit libertis & Seiæ. de partibus quæritur, an dimidiam habebunt liberti, dimidiam Seia, vel an fiet diuisio in capita? lex ait virilem tantum portionem deberi Seiæ. opponitur *l. si quis, sup. de vsuf. adcresc.* Quidam legauit vsumfr. Attio & heredibus, non fient viriles portiones: Et quod notandum est, heredes eo casu pro dimidia parte parte videntur vice mutua legato obstringi. Cum quis legat suis heredibus videtur vicissim eis legare vt alter alteri præstet legatum vice mutua, *l. quid* C *ergo, l. ab omnibus §. si Attio, lib. 1. sup.* verum heredes habebunt tantum dimidiam, Attius alteram dimidiam. Similiter obstat *l. interdum, sup. de hered. instit.* testator ita dixit: *Primus & filij fratris mei heredes sunto.* Primus erit heres ex semisse, fratres filij ex altero semisse, eadem ratio interuenit in *l. 9. sup. de vulg.* quanquam Iustin. eam abrogauerit *l. vlt. C. de impub.* Pater filio impuberi ita substituit in secundum casum: *quisquis mihi heres erit, simul & Titius filio meo impuberi heredes sunto.* Plures heredes instituerat sibi ex substitutione pupillari, ait Labeo, Titium habiturum semissem: heredes patris alterum semissem, non fient viriles portiones. Cur idem non dicis in hac specie cur eandem rationem non obseruabis? His omnibus quæ obiici possunt. Scæuola satis respondet, dum ait, per- D spicuam esse voluntatem testantis, omnes ad viriles partes vocantis: in obscura voluntate duo semisses fierent. sed hoc perspicue voluit, vt viriles portiones fierent, vnde colligis id perspicue voluisse testatorem qui non tam personarum quibus legabat quam familiæ suæ rationem habuit, vt præceptum legato subiectum demonstrat, *ne de nomine familia sua exeat quoad eorum aliquis superérit.* Et perinde est atque si familiæ prælegasset simpliciter: quo casu viriles partes fierent, *l. cum pater §. hereditatem, sup.* Nugantur qui in hac specie deducunt fieri inter legatarios viriles portiones, quod legatarij fuerint per damnationem: hæc enim verba *dari volo*, esse damnationis verba: sed aptantur etiam fideicommissis, & inter legatarios per damnationem non est ius adcrescendi: hoc ita nisi aliud voluerit testator, vt legatarij per damnationem vterentur inuicem E iure adcrescendi: quodammodo enim in hac specie ex verbis testatoris inducitur ius adcrescendi, quia dixit, *donec ad vnum proprietas perueniat*; id est, vt morientis portio reliquis adcrescat, ita vt ad nouissimum totus fundus pertineat, *l. codicillis, in princ. de vsufr. leg.* Falsum est igitur in hac specie, inter legatarios non esse ius adcrescendi, & manifesto aduersum voluntatem testatoris: & præterea mallem dicere, libertos & Seiam in hac specie fideicommissarios fuisse, non legatarios per damnationem. verba hoc patiuntur, *dari volo*, quæ sunt communia fideicommissorum & legatorum per damnationem. & fideicommissarios fuisse etiam ex eo colligo quod demonstret vindicare eos posse prædium relictum, quod non possunt legatarij per damnationem in fideicommissis. In rem missio

quæ ante Iustinianum fuit, est similis in rem actioni, sicut persequutio fideicommissi est similis actioni ex testamento in personam. Atq; ita vt legatorum per vindicationem, ita fideicommissorum variæ erant actiones, id est, in rem, & in personam, legatorum per vindicationem & his similium fideicommissorum. in rem missio est fideicommissi persequutio, vtraque extraordinaria. variæ erant actiones, id est, in rem, & in personam. legatorum per vindicationem, *l. cum filius* §. *variis. sup.* puta in rem & ex testamento, hodie est hypothecaria. addere debuit illo loco per vindicationem, esse etiam actionem ad exhibendum & in factum, quæ præsidio est actioni ad exhibendum docet *l. quod legatur sup. de iudiciis l 63. sup.* atque ita plane variæ sunt actiones.

Ad §. impuberem.

§. *Impuberem filium heredem instituit: vxori dotem prælegauit, item ornamenta, & seruos, & aureos decem: &, si impubes decessisset, substituit: à quibus ita legauit*: Quæcumque primis tabulis dedi, eadem omnia ab heredibus quoque heredis mei in duplum dari volo *quæritur: an ex substitutione, impubere mortuo, dos quoque iterum debeatur: respondi non videri de dotis legato duplicando testatorem sensisse. Item quæro, cum corpora legata etiam nunc ex lucratiuâ causa possideantur, an à substitutis peti possint. respondi, non posse.*

Filium impuberem heredem instituit, & ei substituit in secundum casum, id est pupillariter, variis legata dedit, & in his vxori dotem prælegauit, & alia quædam, deinde legata relicta à filio herede instituto in primis tabulis repetiit in secundis tabulis à substituto, vt si locus esset substitutioni, ea legata substitus præstaret in duplum, quæ semel legauit ab instituto ac præstari voluit à substituto. mortuus est impubes ante pubertatem, atque ita substitutus ex substitutione ei heres extitit. Quæritur, an etiam dotem prælegatam vxori debeat præstare in duplum? minime, vt Scæua respondet: quoniam dotis æs alienum est potius, id est, redditur dos potius quam datur, & quasi quodammodo frustra prælegatur saluo commodo repræsentationis, *l. 2. §. vlt l pen. inf. de dote præleg.* Rursus quæritur in hac eadem specie, an hic substitutus teneatur his qui iam corpora legata nacti sunt ex causa lucratiua. Resp. non teneri, quia duæ causæ lucratiuæ in eandem rem concurrere non possunt. Immo teneri dices, quia duplicata sunt legata, & cessat illa regula, quoties testator voluit præstare duplicata legata. Scæuola putabat corporum legata duplicata non fuisse, sed quantitates tantum: nam quantitates multiplicationis capaces tantum sunt: itaque dum iussit præstari legata in duplum, de pecunariis intellexit, quæ proprie multiplicationem recipiunt, non de corporum legatis: nisi legatarij id probent, quod notandum, & dos consistebat in quantitate, vt plerumque fit, sed hæc tamen etiam duplicatione eximitur.

Ad §. Ciuibus.

§. Ciuibus meis do lego chirographum Gaij Seij, *postea codicillis vetuit à Seio exigi: & ab herede petit, vt ex alterius debitoris debito, quem codicillis nominauit, eandem summam reipub. daret. quæsitum est, si posterior idoneus non esset, an integram quantitatem heredes præstare debeant? respondi, heredes reipub. aduersus eum dumtaxat debitorem qui nouissimis codicillis (vt proponitur) designatus est, actionem præstare debere.*

Species est: legaui ciuibus chirographum Seij, modo ait, ciuibus suis modo reip. suæ: nihil enim refert, ciuitati an reip. legem, *l. 2. inf. de reb. dub.* Igitur ciuibus suis legauit chirographum Caij Seij, videtur legasse actionem crediti quam habet in manu, & heres nihil amplius ex hoc

A legato præstare debet quam actionem: summam quam debuit Caius non debet præstare: & si Caius sit egenus, inutile erit legatum: quia inanis est actio propter inopiam rei, quæ sola est in legato, *l. seruum filij §. cum qui, l legatum ita erat, sup. lib. 1.* At deinde hic idem testator legatum hoc quod reliquerat reip. in testamento, in codicillis ademit reip. & Caium liberari iussit: sed rogauit heredes suos, vt reip. ex alterius debito tantamdem pecuniam persolueret. Quæritur, hoc posteriori legato, vtrum videatur legasse summam, an actionem tantum. & ait recte, quod sicut testamento reip. legauerat nomen tantum aperte, siue chirographum, id est, actionem, ita codicillis vice eius legati quod testamento relictum videtur, tantum aliud nomen legasse. Itaque heres cedendo actionem liberatur

B aduersus alterum debitorem quem nominauit & designauit codicillis, & si inops sit debitor, atque ita sit inanis actio, non ideo magis heres tenebitur reip. Nec mutat quod codicillis dixit vt heres præstaret reip. eandem summam: Nam ideo tenetur in summam ipsam, quandoquidem adiecit eandem summam ex debito illo, ita verosimilius est argumento ducto ex priori legato eum nomini nomen substituisse, non testamento nomen legasse, codicillis summam, non etiam nomini summam substituisse, & ex qualitate prioris legati elicitur qualitas posterioris. & & ne obiiciatur hic *l. Paula §. vlt. inf. lib. 3.* quoniam ibi non fuit argumentum tale, nulla talis coniectura. sed res vnde gesta est. Species est: quidam plures heredes scripsit & alumno suo legauit quinquaginta. ea (quod notandum) voluit præstari à Iulio Mauro colono suo ex pensionibus

C debitis ab eo & eidem Mauro quædam legauit. legendo eum textum, statim quis existimabit legatum fuisse relictum à Iulio Mauro quasi à legatario: nam & legauerat aliquid, & si non legasset, posset relinqui à Iulio Mauro, quasi reliquatore: nam à debitore legari potest per fideicommissum. Sed hoc non dicendum: nam in hac specie testator non est loquutus cum Iulio Mauro, id est, *Iuli dato ex reliquis alumno.* loquutus est cum herede, & cauit vt heres daret quinquaginta à Iulio Mauro, hoc est, quæ sumeret à Iulio Mauro, vt *l. quidam, in princ. sup. lib. 1.* Deinde heredibus scriptis fiscus fecit controuersiam hereditatis, vindicans hereditatem velut ab indignis, & pendente lite iussu procuratoris Cæs. Iul. Maurus debiti hereditarij ex pensionibus prædiorum soluit reliqua fisco, quod

D iussum est legitimum: Nam sicut pendente lite de hereditate, atque ita cum nondum constat quis sit heres, creditoribus hereditariis datur electio, vt agant vel cum possessore, vel cum petitore, *l. vlt. C de petit. hered.* Ita etiam iudicis arbitratu pendente lite debitores hereditarij soluent vel possessori vel petitori, in ea specie huius litis arbiter Procurator Cæsaris, qui solet iudicare inter priuatum & fiscum, Iulium reliqua iussit soluere fisco: deinde heredes scripti obtinuerunt aduersus fiscum. quæritur, an alumnus possit à Mauro fideicommissum petere? Resp. non posse: nam is primum soluit quod debebat fisco, fiscus restituere debet heredibus scriptis deberi fideicommissum non videtur relictum à Iulio, sed ab heredibus dum testator dixit à Mauro, videtur tamen demonstrasse vnde pecuniam sumeret, nec videtur nomen legasse, sed summam.

E Itaque nomine perempto salua erit persequutio fideicommissi aduersus heredes scriptos, hic nullum subest argumentum, vt suberat in hac specie. §. *filium* exposui in *l. cum pater §. filius matrem.*

Ad §. Quisquis.

Quisquis mihi heres erit, sciat, debere me Demetrio patruo meo, denaria tria, & deposita apud me à Seleuco patruo meo denaria tria, quæ etiam proximus reddi & solui eis iubeo. *quæsitum est, an si non deberentur, actio esset. respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso.*

HVius §. ex lectione sola statim satis intelligetur: species: ex ea igitur id tantum colligamus, causam debiti, quæ adscribitur in legato, etiamsi falsa sit causa, etiamsi nihil debeatur, legatum non vitiare. Igitur etsi ex scriptura legati non sit actio quasi ex debito; re enim mutuum & depositum contrahitur, quibus exemplis vtitur hic confessione, vel consensu solo mutuum aut depositum non contrahitur. Igitur ex hac scriptura legati non erit actio quasi ex debito quod non est, sed erit actio quasi ex legato, *l. Lucius §. 1. inf. lib. 3. l. Æmilius §. vlt. de lib. leg.* nisi scilicet heres probet euidenter testatorem non habuisse animum legandi, id est, reddendi animum habuisse non dandi. in dubio videtur quæsisse prætextum legato: vno casu: ex hac scriptura neque ex debito, neque ex legato est actio, videlicet si in fraudem legum prætextu debiti incapaci legauerit, id est, si finxerit se reddere quod dabat incapaci. reddimus recte, non damus recte. hoc casu nulla est actio nec ex debito, nec ex legato, *l. qui testam. sup. de probat. l. cum quis §. pen. inf. lib. 3.* Et ideo in specie *l. qui vxori, inf. de auro arg. leg.* quæ congruit cum hoc §. ponendum est, vxorem cui legabatur fuisse capacem, & ideo prætextum & obtentum debiti non vitiare legatum vxori relictum. Nam præter decimam bonorum quæ matrimonij nomine vxori legari poterat, quæque in ea lege proponitur fuisse legata, & alia quædam legari vxori poterant ex aliis causis, aliisque nominibus, Vlp in *Frag. tit. 15.* Atque ita ponendum est in ea l. vxori omnia fuisse iure legata, & huius iuris de capacitate vxoris vel mariti vestigia demonstraui *sup. l. 45.* vnum omisimus de tertiæ partis legato, cuius beneficio liberorum erat capax vxor, *l. Lucius §. maritus, inf. ad Treb.* Alio casu ex hac scriptura legati debiti actio constituitur, actio quasi ex debito constituitur, vel debiti probatio certa inducitur, vt si testator affirmauerit se iusiurandum dedisse creditori, fore vt pecunia redderetur, *l. cum quis §. codicillis, inf. lib. 3.* species est. Quidam codicillis cauit, vt darentur quindecim millia Maximo, quæ vt dixit, acceperat in causam depositi à patruo Maximi, ea lege vt ea cum vsuris Maximo restitueret, cum ad 25. annum peruenisset: lex dicta erat filio fratris in contractu depositi, non inutiliter, vt in *l. Publia in princ. sup. depos.* Accesserat etiam in eo deposito conuentio vsurarum non inutiliter, *d. l. Publia §. 1. & l. Lucius eod.* & illa 15. millia cum vsuris efficiebant triginta millia, quæ nominatim præstari iussit, id est, vsuræ æquabant sortem, si recte rationes supputes, quæ etiam non poterant supra eum modum deberi, vsuræ nequaquam excedunt duplum, *l. si non sortem §. supra duplum, de condict. indeb.* Quæritur in eo §. deficiente omni probatione depositi an ad petendam pecuniam depositam sufficiat scriptura codicillorum: & ait, secundum ea quæ proponerentur, videlicet testatorem affirmasse se iusiurandum dedisse patrono Maximi de reddenda pecunia cum vsuris filio fratris, & iurisiurandi memoria & interpositio facit vt omnimodo credamus scripturæ, & vt admittamus actionem, non tantum quasi ex legato, sed etiam ex deposito.

Ad §. Lucius Titius.

Lucius Titius Damam & Pamphilum libertos suos ante biennium mortis suæ de domu dimisit, & cibaria, quæ dabat, præstare desiit: mox facto testamento ita legauit: Quisquis mihi heres erit: omnibus libertis meis, quos hoc testamento manumisi, & quos ante habui: quosque, vt manumittantur, petij: Alimentorum nomine in menses singulos certam pecuniam dato. *quæsitum est, an Damæ & Pamphilo fideicommissum debeatur. respondi, secundum ea, quæ proponerentur, ita deberi, si hi, qui petent, manifeste docebunt, eo animo circa se patronum, cum testamentum faceret, esse cœpisse, vt his quoque legatum dari vellet. alioquin nihil ipsis præstetur.*

A PAtronus iratus libertos duos Damam & Pamphilum exclusit, dimisitve de domo, & cibaria quæ eis dabat destitit præstare, deinde moriens omnibus libertis generaliter legauit certam summã in menses singulos alimentorũ nomine. Quæritur, an Damæ etiam & Pamphilo debeatur legatum alimentorum, cum proponatur legatum omnibus suis libertis? Respondet Scæuola legatum alimentorum non deberi Damæ & Pamphilo, quasi scilicet non videatur sensisse testator de his quib[9] alimenta prçstare desiit, quibusque interdixit domo: amicis tantum legamus, amici non sunt quibus interdiximus domo. Hic enim erat modus olim dissoluendæ amicitiæ. Cornel. Tacit. *lib. 5.* Cæsar in Com. Non videtur igitur legasse Damæ & Pamphilo. verum si Dama & Pamphilus probauerunt gratiam
B reconciliationis factam, coniectura voluntatis admittentur ad legata, arg. *l. 4. inf. de adim. leg.* Id singulare est in hac l. de dimissione illa de domo, quæ offensionem animi declarat. §. *Dama* explicat *l. cum pater §. volo, sup.*

Ad §. Scæuola.

Scæuola: Codicillis Gaio Seio centum legauit: eiusque fideicommisit, &c.

LEgata erant Caio centum sub onere fideicommissi, vt ea restitueret ancillæ testatoris, an vtile est fideicommissum? Minime, quia seruo proprio inutiliter relinquitur sine libertate. vtile etiam legatum non est, quoniam testator id apud Caium remanere noluit, & statim restitui
C voluit ancillæ suç: vtrumque igitur est inutile & legati petitio non est, *l. si quis enim inf. de condit. & dem.* Est tamen retentio legati, si quo casu legatarius nactus sit legatum, idque exposui in *l. 17. sup.* & nominatim hic dicitur acceptum legatum heredi Caium restituere non compelli, quia retentionem habet: id tamen petere eum non posse. In hac specie ab initio inutile fuit fideicommissum relictum seruo proprio, non adscripta libertate: sed si fideicommissum fuerit vtile ab initio & postea defecerit, tunc heredis commodo non proficit, & legatario competit petitio legati nedum retentio, *d. l. 17. & l. Iulianus sup. l pater §. fideicom. inf. lib. 3.* Hodie huic responso non est locus, quia ex constitutione Iustiniani seruo proprio vtiliter legatur sine libertate, *l. pen. §. illo C. de necessar. seruis*, & hæc est
D summa eorum omnium quæ hic Accurs. & Bart. pertractarunt.

Ad §. Insulam.

Insulam libertis vtriusque sexus legauit: ita vt ex reditu eius masculi duplum, fœminæ simplum perciperent, eamque alienari vetuit. ex consensu omnium ab herede venundata est. quæro, an & ex pretio insulæ duplum mares, simplum caperent feminæ. respondi, ob pretium nullam fideicommissi persecutionem esse: nisi ea mente venditioni consenserunt, vt similiter ex pretio mares quidem duplum, fœminæ autem simplum consequantur.

E QVidam libertis vtriusque sexus per fideicommissum reliquit domum, ita vt ex reditu eius fœminæ simplum, mares duplum caperent: & vetuit ne domus alienaretur extra familiam libertorum: quæ verba aliud fideicommissum efficiunt mutuum inter libertos: post mortem eius omnium libertorum consensu heres eam domum vendidit extraneo. posterius fideicommissum extinguitur, quia domus relicta libertis vendita est ab herede, consentientibus libertis. Itaque consensu prioris fideicommissi petitionem amiserunt, *l. nihil §. 1. sup. lib. 1.* & dixi in *l. Titia §. Luciam, sup.* Sed additur exceptio hic, nisi liberti consenserint venditioni, ea mente, vt pretium ex venditione redactum ad eos rediret, vtque easdem partes haberent in pretio, quas in legato, id est, vt altero tanto plus haberent mares quam fœminç, alioquin si hac mente eos fuis-

ſe non conſtet, amiſerunt fideicommiſſi petitionem: & ait, teſtatorem cauiſſe, vt ex reditu domus mares duplum, feminæ ſimplum caperent. quid vocat reditum? reditus in libris noſtris proprie & ſemper eſt pecunia quæ ex locatione prædiorum redigitur, *l. fundi, inf. de vſuf. leg. l. liberto, inf. de annuis leg.* Et dicitur reditus à redigendo, cum & redactus dicatur in *l. defuncta §. pen. ſup. de vſufr. Pallad. 1. in Iulio cap. 2. & Septemb. c. 8.* Sed neceſſe eſt explicari ſpeciem *l. liberto, in princ.* cum eam hic adducat Accurſ. Quidam ita legauit, *illi præſtari volo quoad viuet,* etiamſi non dixiſſet, *quoad viuet,* legatum reditus finiretur morte, *d. l. fundi,* ſed referamus integram orationem. Dixit igitur, *illi præſtari volo quoad viuet, omnis reditus qui è prædiis,* vulgo, *quæ pro prædiis* Flor. *quæ prædiis.* leg. *qui è prædiis à colonis vel emptoribus fructus ex conſuetudine domus meæ præſtatur.* Igitur legauit quinquageſimam partem omnis red t18 qui præſtaretur ex conſuetudine domus ſuæ à colonis: vbi emptorib. oportet interpretari *conductoribus fructus,* veriſſime. Nam reditus eſt tantum id quod redigitur ex locatione, & conſtat in locatione & conductione nos promiſcue vti emptionis verbo, *l. veteres, & l. ſeq ſup. de act. emp.* Vtraque lex eſt de publicanis, aut pertinet ad edictum de publicanis, qui conducunt fiſcalia, & emptores dicuntur ſiue redemptores: nam veteres & emptionis, & venditionis verbo promiſcue vtebantur, non ita ſcilicet vt emptionem acciperent pro venditione, & venditionem pro emptione; ſed quomodo? id explicat *l. ſeq.* id eſt, *in locatione & conductione:* nam certum eſt in *l. ſeq.* legendum *eſſe, id eſt, & in locatione:* ac ſi diceret vtimur emptionis verbo non tantum in contractu emptionis, ſed & promiſcue in contractu locationis, & locatorem venditorem appellamus, conductorem emptorem; nam locatio eſt affinis emptioni & merces appellatur pretium, & ita Hygenus *lib. 2. de limit. conſt. mancipibus vendentibus,* id eſt, conducentibus, locantibus in annos ſingulos. Feſtus in verbo *vendit: venditiones,* inquit, *omnes appellabantur locationes Cenſorum.* Idem in verbo *redemptores.* Hic igitur & in *l. liberto* emptores ſunt conductores. Igitur ex reditu legauit quinquageſimam, deinde heres vendidit prædium, ex cuius reditu legauerat quinquageſimam. potuit vendere; nec enim prædium fuit in legato, ſed portio reditus. Quæritur, an legatario debeatur quinquageſima vſuræ pretij, quæ ex conſuetudine in ea regione frequentatur. Alius eſt reditus prædiorum, qui ſcilicet reficitur ex locatione, alius eſt reditus pecuniæ, vt *l. litis, ſup. de præſcript. verb.* qui ſcilicet reficitur ex vſuris. An igitur vendito prædio, legatario cui prædij reditus quinquageſima fuit legata, nunc debebitur quinquageſima reditus pretij? Minime: nam intereſt heredis mei ne hoc ita fiat. Alia eſt ratio reditus prædiorum, alia reditus pecuniæ: reditus pecuniæ eſt certus, reditus prædij non eſt certus, modo minor, modo maior: & ideo heres non præſtabit legatario reditum pecuniæ, ſed quinquageſimam partem reditus prædij venditi, id eſt, æſtimationem, & explorabitur ſingulis annis quantus fuerit reditus, & an ex locationis pretio deminutum fuerit.

Ad §. Inſtituto.

E *Inſtituto filio herede, & ex eo nepotibus emancipatis, teſtator ita cauit:* Βέλομαι δὲ τὰς ἐμὰς οἰκίας μὴ πωλεῖσθαι ὑπὸ τῶν κληρονόμων μου, μηδὲ δανείζεσθαι κατ᾽ αὐτῶν ἀλλὰ μένειν αὐτὰς ἀκεραίας αὐτοῖ, καὶ υἱοῖς, καὶ ἐγγόνοις, εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον. ἐὰν δέ τις βουληθῇ αὐτῶν πωλῆσαι τὸ μέρος αὐτοῦ, ἢ δανείσασθαι κατ᾽ αὐτοῦ, ἐξουσίαν ἐχέτω πωλῆσαι τῷ συγκληρονόμῳ αὐτοῦ, καὶ δανείζεσθαι παρ᾽ αὐτοῦ. ἐὰν δέ τις παρὰ ταῦτα ποιήσῃ, ἔσται τὸ χρηματιζόμενον ἄχρηστον καὶ ἄκυρον. id eſt, Volo meas ædes non vendi ab heredib. meis, neq; fœnerari ſuper eas: ſed manere eas firmas, ſimplices meis filiis & nepotibus per vniuerſum tempus. Si autem aliquis eorum voluerit vendere partem ſuam vel fœnerari ſuper eam: poteſtatem habeat vendere coheredi ſuo, & fœnerari ab eo. ſi autem aliquis præter hæc fecerit, erit, quod obligatur inutile atque irritum. *quæritur cum filius defuncti mutuam pecuniam à Flauia Dionyſia acceperat: & locatis ædibus pro parte ſua penſiones ſibi debitas creditrici delegauerit: an conditio teſtamenti extitiſſe videatur, vt filius ſuis fideicommiſſi nomine teneatur. reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur, non extitiſſe.*

Pater filium inſtituit heredem, inſtituit etiam nepotes ex filio, deinde vetuit ne ædes ſuas venderent, aut pignerarent, quibus verbis heredes obſtringuntur mutuo fideicommiſſo: Nam ſi quis eorum vendat partem ſuam quam habet in ædibus, cæteris competet fideicommiſſi petitio. & adiecit, vt ſi quis eorum vendere voluerit aut pignerare partem ſuam, vt eam venderet coheredi ſuo non extraneo, alioquin, vt τὸ χρηματιζόμενον irritum eſſet: τὸ χρηματιζόμενον interpretor *quod geſtum erit,* id eſt, ſi venderet vel pignerarer extraneo quod geſtum eſſet irritum eſſet. Alciat. *quod ob pecuniam obligatum eſt,* quaſi deducatur ἀπὸ τῶν χρημάτων. Sed omnino verba teſtatoris ita legenda ſunt, & ſic interpretor: *volo ædes meas ab heredibus meis neque vendi neque pignori obligari, & integras eas apud filios meos & nepotes meos remanere ſemper: ſed ſi quis eorum velit vendere, aut pignerare partem ſuam, licebit ei cum coherede ſuo contrahere. quod ſi non ita fecerit, quod geſtum erit, inutile & irritum erit.* Hæc eſt voluntas teſtatoris: vnus poſtea ex heredibus creditori ſuo delegauit conductionem ædium; conductio non fuit vetita, alioquin fuiſſet vetitus vſus ædium. Sic igitur vnus ex heredibus creditori ſuo delegauit conductionem ædium pro parte penſionum quam ei debuit, qui conductor erat extraneus: quæritur an cæteris coheredibus competit fideicommiſſi petitio? non. quia venditio tantum & pigneratio prohibita eſt, non delegatio debitoris ex penſione ædium; & ideo fideicommiſſi petitio cæteris non competit, delegatio rata eſt cum ædes maneant in familia liberorum, quod potiſſimum pater voluit. §. *pen.* expoſui in *l. cum pater §. filium matrem, & §. mand.*

Ad L. Vltim.

Teſtamento filium & vxorem ſuam heredes inſtituit; poſtea epiſtolam ſcripſiſſe dicitur, qua & quidquid in peculio habuit filius, ei donauit: & adiecit præcipua hæc eum, ſuique iuris, & poſt mortem ſuam habere velle, quæro, cum teſtamento ſignificauerit, ſi quid obſignatum recepiſſet, id vice codicillorum valeret: epiſtola autem non ſit obſignata: an, quæ epiſtola continentur, ad filium pertineant. Reſpondi, ſi fides epiſtolæ relictæ conſtaret, deberi, quæ in eam dare ſe velle ſignificauit.

INitio legis vltimæ ſpecies hæc proponitur. Quidam teſtamento vxorem, & filium heredem ſcripſit, & cauit vt ſi quid filius *à ſe obſignatum recepiſſet,* ſic eſt emendandum, id vice codicillorum valeret. Deinde per epiſtolam filio peculium donauit præcipui titulo, quæ tamen epiſtola non erat obſignata. an habet vim codicillorum? ſi non habet vim codicillorum, donatio illa non valet: ſi habet vim codillorum, valet. videtur non habere vim codicillorum, quia cauit vt id demum vice codicillorum valeret, quod filius obſignatum reciperet, epiſtola non erat obſignata. an igitur filio debetur peculium iure codicillorum? Reſpondet, deberi quia licet teſtamento cauerit ſe non alios codicillos, quam obſignatos valere velle; tamen poſtea facti codicilli valent, quamuis obſignati non fuerint. epiſtola valet vice codicilli, quamuis obſignata non fuerit, quia his quæ poſtea geſſit, prioribus derogauit, *l. 6. §. licet, ſup. de iure codicil.* & voluiſſe eum maxime derogare prioribus ex eo apparet quod ſatis non habuit epiſtola filio diſerte donare peculium. ſed etiam, vt hic proponitur, adiecit ſe id præcipuum, ſuique iuris, & poſt mortem ſuam filium habere velle: voluit igitur vt id omnino filius haberet, ſuprema voluntas potior eſt, nec poteſt teſtator

stator sibi legem dicere, quam non possit infringere posteriori voluntate. Neque quicquam obstat *l. 12. §. ult. sup. lib. 1.* ubi ostenditur, interdum priorem scripturam valere, non posteriorem, ut si ita dixerit: Quod infra Titio legauero, neque do, neque lego. quod infra Tito legatum erit, non valebit. Denique prior scriptura valet, non posterior. hoc ideo quia in posteriori scriptura, qua legauit Titio, nihil dixit palam, quo priori derogaretur, sed simpliciter legauit Titio tantum, & prior scriptura licet sit ordine prior, tamen intellectu est posterior, quia continet ademptionem legati, ademptio posterior est datione.

Ad §. 1.

1. §. *Qui indiuisam cum fratre suo rem habebat, filias suas heredes instituit, & ita cauit, &c.*

Filias heredes instituit, & petiit ab eis verbis fideicommissi, ut portionem hereditatis paternæ quam cum fratre communem habebat, & quam vniuersam constitisset esse duorum millium aureorum, (quæ verba notanda sunt quod ex eis pendeat decisio §.) patruo restituerent, acceptis mille aureis. idem testamento suo quinquennio superuixit, & interim mirum in modum auctum est patrimonium, quod cum fratre commune habebat. quæritur post mortem eius, an patruus fideicommissum consequi posset, oblatis mille aureis? respondit, non posse. ratio explicatur male. cur non potest? quoniam scilicet testator præsentis æstimationis patrimonij communis cum fratre dimidiam filiabus dari voluit à patruo fideicommissario: & ita demum mille datis hereditatem patruo restituit, si vniuersam eam constitisset esse aureorum duorum millium, & consequenter aucto patrimonio amplioris æstimationis, quæ foret mortis suæ tempore, dimidiam filiabus dari à patruo voluisse videtur. Si igitur mortis tempore patrimonium quod habebat commune cum fratre, fuerit trium millium aureorum, patris fideicommissum non consequetur nisi obtulerit mille, & quingenta. eadem erit ratio deminuti patrimonij: nam pro rata minus offerendo patris fideicommissum consequetur. ratio huius responsi pendet ex verbo constiterit, quod verbum conditionem facit, *si constiterit mortis mea tempore esse duorum millium*, hoc casu, ut fideicommissum consequatur datis mille, non aliter, ut etiam hoc verbum accipitur similiter in misere vexata illa specie, §. *Agerius l. qui Roma, de verb. oblig.* cui dilucidandæ momenti plurimum affert, quæ tamen ad eam à nemine applicatur. in vtroque tamen §. est eadem conditio, *Si constiterit.* Quidam aut ego tibi stipulanti promisi quicquid patrem meum tibi debere constiterit. hæc verba conditionem faciunt, *si constiterit*, quod quantumque tibi debeat pater, & hoc constat inter omnes, sed quæritur, vtrum ita sint accipienda, *si constiterit*, viuo patre meo, vel moriente, nihil refert: nam momentum moriendi tribuitur vitæ. an vero sint accipienda hoc pacto? *si constiterit*, quandocunque etiam post mortem patris? Finge viuo patre non constitisse de debito, mortuo constitisse, an committitur stipulatio? Respondet Scæuola, si conditio stipulationis non exstitisset, stipulationem non esse commissam, his verbis, si conditio non exstitisset, sumit quod est probabilius, & vero similius est id esse actum inter contrahentes, ut promissor teneatur, non quia constiterit de debito quocunque tempore, sed si viuo tantum patre aut moriente de debito constiterit, ut in *l. fideiussor obligari §. 1. de fideiussor.* hæc conditio *l. si heres non soluerit* non ita accipitur, si reus ipse vel heres eius non soluerit, sed si viuus reus non soluerit. Si igitur verisimile est id actum esse, conditio stipulationis non constitit: & ideo respondet promissorem non teneri, ut in illo §. verbum constiterit conditionem facit, & conditionem talem *si constiterit, illo viuo, vel moriente.* ita in hoc §. verbum *constiterit*, conditionem facit, me viuo, vel me moriente. qua de Digest.

A causa intelligimus nihil huic §. obstare legem 11. §. *cum esset, inf. lib. 3.* cui ibidem Accurs. respondet male. cum heres rogatus est restituere portionem suam, accepta certa pecunia, ea pecunia contentus esse debet, quantula cumque fuerit portio hereditatis, non quærimus quanta sit portio hereditatis, sed eam restituere cogitur omnino accepta dicta summa, quia scilicet nulla hic apponitur conditio. de §. *Seio dixi in l. 17. supra.*

Ad §. Lucius.

3. §. *Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet vxorem, & ex ea filiam emancipatam, codicillis hac verba*
B *inseruit:* Pertinent autem hi codicilli ad vxorem, & filiam. primum autem rogo, sic inter vos agatis, ut me viuo egistis. itaque rogo, ut quidquid aut ego reliquero, aut quod vos ipsæ habetis, commune vobis sit. *filia intestati patris bon. possess. accepit. quæritur, an aliqua pars hereditatis Lucij Titij ex causa fideicomm. à filia matri deberetur, & quota: respondi, secundum ea, quæ proponerentur, & dimidiam partem deberi: si modo vxor parata sit in commune bona sua conferre.*

Qui habebat filiam & vxorem ab intestato factis codicillis rogauit vtramque, ut bona sua, id est, testatoris, & bona vniuscuiusque propria communiter possiderent. scripsit codicillos ad heredem futurum ab intestato, id est, ad filiam, sed eosdem scripsit etiam ad vxorem, quæ
C tamen non est futura heres ab intestato. Rogauit vtramque ut omnia essent eis communia, & propria & testatoris. Post mortem eius filia petiit bonorum possessionem vnde liberi. necessaria fuit filiæ bon. possessio quæ emancipata erat, & ideo bona etiam quædam propria habebat: igitur falsum est quod ait Accurs. eundem casum poni posse in filiof. Quæritur an filia matri teneatur ex causa fideicommissi: respondet filiam matri teneri in dimidiam partem bonorum paternorum & bonorum propriorum, si modo, pendente voluntate defuncti mater parata sit etiam bona propria communicare filiæ. tum petet bonorum partem filiæ, deinde aget de diuidendis bonis, & hoc Scæuola scripsit etiam libris Digestorum *l. Lucius in princ. ad Trebell. inf.* Scæuola quod scripsit libris responsorum, retulit
D etiam in libros Digestorum, ut quod in responsis scribit *l. Lucius in princ. inf. lib. 3.* idem in Digestis scripsit eisdem verbis *l. pater §. Iul. eod.* quod responsis scripsit *d. l. Lucius §. 1.* idem in Digest. in *l. Aurelius §. ult. inf. de liberat. leg.* Quod idem responsis *d. l. Lucius §. ult.* & Digestis *l. pater §. ult. eod.* & quod in responsis *l. ult. §. Titia inf. de liberat. leg.* idem & in Digestis *l. Aurelius §. Mauia eod. tit.* & similiter quod in *l. negotium inf. de appell.* idem in *l. ult. inf. de re iudic.* li. Digest. & quod in *l. filiof. sup. de peculio*, idem *l. ult. eod.* vnum responsis, alterum Digestis: & quod in *l. arbiter sup. de distract. pignor.* idem *l. ultimo eod.* hæc collatio horum locorum erit iucundissima.

E Ad §. Quatuor.

4. §. *Quatuor filios æquis partibus instituit, & fundum per præceptionem singulis legauit. filij, cum vniuersa bona patris obligata essent, mutua accepta pecunia, &c.*

Quatuor heredes sunt scripti filij, quibus pater vice mutua fideicommissum reliquit, quæ in diuidenda hereditate præciperent, hoc fideicomm. inuicem petere possunt, vel actione personali fideicommissorum apud Prætorem fideicommissarium aut præsidem prouinciæ, vel actione familiæ ercisc undæ, *l. 7. C. famil. ercisc.* ubi dat vtramque actionem; nam ibi Prætor, est Prætor fideicommissarius, quod notandum. At cum vniuersa bona

patris cuidam creditori pignori obligata essent, filij eo se A creditore liberauerunt, mutato creditore, id est, versura facta contraxerunt nouum æs alienum, vt vetus dissoluerent, & huic nouo creditori eadem bona pignori obligauerunt, cui cum non solueretur debitum, postea ea bona vendidit lege pignoris, & vendidit vni ex filiis, vni ex heredibus, atque ita vnus ex heredibus habet vniuersa bona iure emptionis. quæritur, an alij ab eo fideicommissum petere possint: subtiliter ita respondet, quod si alij coheredes & fratres ei non soluant debitum siue pretium quo emit ea bona, & persequantur fideicommissum, repellentur exceptione doli mali. sed si ei debitum offerant, vel pretium quo recuperauit ea bona, iure dabitur eis fideicommissi petitio, siue personalis actio fideicommissorum, vel etiam fideicommissum recte deducent in actionem familiæ ercifcundæ, vt *d. l. 7.* loquitur tamen hic de actione B personali fideicommissorum, id est, de persequutione extraordinaria fideicommissorum apud Prætorem fideicommissarium, quæ imitatur actionem ex testamento, sicut in rem missio in fideicommissis imitatur vindicationes, *l. pen. §. Lucius, sup.* Et male Accurs. hic personalem actionem fideicommissorum accipit pro actione familiæ ercifcundæ. non inficior esse actionem familiæ ercifcundæ, sed prætérea dico esse actionem personalem fideicommissorum, id est, persequutionem extraordinariam. Dico etiam familiæ ercifcundæ, quamuis coheres ea bona videatur possidere pro emptore, non pro herede. Nec obstat *l. heredes §. quod pro emptore, sup. fam. ercisc.* quæ dicit, in actionem familiæ ercifcundæ venire non quod heres possidet pro emptore, vel pro donato: nam ita respondeo, coheredi qui emit ea bona à cæteris coheredibus pretio reddito, iam non videri eum ea possidere pro emptore, sed pro herede, ideo merito deducetur etiam in actionem familiæ ercifcundæ.

Ad §. filiæ.

5. §. *Filia fideicommisit in hac verba*: Peto à te filia mea, vt dotalem cautionem post mortem meam mutes, & ita renoues, vt fratres tui dotem stipularentur hoc casu, vt, si sine liberis vno pluribusve iam matrimonio morieris, dos ad eos perueniat. *post mortem patris decessit maritus antequam renouaretur cautio dotalis, & postea alij nupta decessit, nullo liberorum relicto, viuo adhuc Titio vno ex fratribus. quæsitum est, an Titius petitionem haberet rerum, quæ in dotem fuerant. respondi, posse fideicommissum ab heredibus sororis peti, si per eam stetit quo minus dotem frater stipularetur.*

Filiam heredem instituit, & petiit vt post mortem suam dotalem cautionem nouaret, id est, vt frater stipularetur dotem sibi reddi in hunc casum, si illa sine liberis in matrimonio decessisset, quæ preces fideicommissum faciunt. Nunc si post mortem patris filia nouarit obligationem dotis consentiente marito; nec enim eo dissentiente potest, ne ab initio quidem, *l. 2. in princ. sup. sol. mat.* Atque ita si consentite marito cauitonem dotalem nouarit, & sic dotem quam se redditurum filiæ promiserit se redditurum fratri, & postea decesserit in matrimonio sine liberis, fratri erit actio ex stipulatu aduersus maritum, non actio fideicommissi aduersus heredem sororis: idem erit si per filiam mora non fuerit, quo minus frater dotem stipularetur, sed per maritum, qui noluit fratri promittere; nam & hoc casu perimitur fideicommissum: sed si per eum steterit & decesserit in primo matrimonio, vel in secundo nulla facta nouatione, fratri salua est petitio dotis aduersus heredem sororis ex causa fideicommissi à patre relicti. §. *pen.* exposui sup. *l. 85.*

Ad §. pen.

6. §. *Filium & filiam heredes instituit, & libertis legata dedit, eorumque fidei commisit in hac verba*: à vobis peto, vt, quidquid vobis legaui, contenti sitis viuentes, vt post vos filiis meis restituatis, *defuncta testatricis filia Mania, libertus decessit, herede instituto patronæ filio ex parte debita, ex altera extraneo. quæsitum est, an adita hereditate patronæ filius à coherede suo partem eorum, quæ ex testamento matris ad Manium libertum peruenerant, petere potest. respondi, eius quod ei deberetur, si hereditatem non adisset, partem à coherede petere posse.*

Ponendum est, rogatum restituere hereditatem nihil diminuere posse, & si quid vendiderit, retractabitur venditio ex causa fideicommissi, id est, rem venditam fideicommissarius ab emptore reuocabit, *l. vlt. §. sin autem, C. commun. de legat. l. 3. §. res inf. ad Trebell.* Huius tamen sententiæ sunt exceptiones variæ: si emptor emerit à creditore hereditario rem sibi obligatam distrahente, etiam si sciens emerit: Nam hoc casu venditio non retractatur prætextu fideicommissi, *l. qui solidum §. vlt. sup. hic.* Item si ipse heres qui rogatus restituere hereditatem, rem hereditariam vendiderit propter æs alienum hereditarium, cum non haberet vnde creditorem hereditarium emitteret & liberaret: nam hoc etiam casu non retractabitur venditio, licet emptor emerit sciens fideicommissum, C *l. pater §. 1. inf. lib. 3.* vbi vt in *d. l. qui solidum §. vlt.* quo loco est scriptum, *si emptor fideicommissum ignorauerat*, videtur deesse negatio, *si emptor fideicommissum non ignorauerat*: nam eo casu ignorantia emptoris non exigitur, vt etiam notat Accurs. ibidem recte. tertia exceptio hæc est, si ignorans emerit ab ignorante, & iusta fuit vtriusque ignorantia, non supina, in specie huius §. maritus vxorem heredem scripsit ex asse testamento, codicillos etiam fecit & obsignauit sua manu, & præcepit vt post mortem tantum vxoris aperirentur, non quandiu viueret vxor heres instituta, cui voluntati paruit etiam vxor, sed eadem vxor interim fundum infructuosum puta pestilentem, saxosum, sterilem, vt *l. pen. sup. de reb. eor. qui sub tut.* ignara fideicommissi relicti, codicillis nondum apertis, vendidit Titio D æque ignoranti fideicommissum, ait, hoc casu post mortem vxoris apertis codicillis & comperto fideicommisso, non esse retractandam venditionem: bona fides emptoris & venditoris facit vt non retractetur venditio, sed fideicommissario salua est petitio pretij aduersus heredem mulieris. Hic exceptionis ratio, iusta ignorantia. alias significat hic Scæuola, retractari venditionem rerum fideicommisso subiectarum, qui locus in hac re est singularis, nec citatur vulgo ad *d. l. vlt. C. comm. de leg.* Hic locus plane indicat non posse retractari venditionem, cum dicit, hoc casu non retractari propter iustam ignorantiam. superioribus duobus casibus non fuit ignorantia, sed suberat causa necessaria æris alieni contracti à testatore, cuius æris alieni causa est semper potior fideicommisso.

E

EMENDANDA.

Pag. 1160. D. scrib. Nemansum. P. 1290. c. scr. *l. codicillis, §. qui Sempronium, D. de vsu & vsufr. leg.* P. 1295. scr. ἰαυτόν, P. 1299. C. scr. Priscillianum. P. 1324. E. sc. ἐπὶ τοῦ ἄμην.





AD TITVLVM I.

De annuis legatis. Libr. 33. Digest.

HIc tit. hoc loco ita conceptus est, *de annuis legatis & fideicom.* In indice titulorum aliter: *de annuis & menstruis legatis.* Vtramque inscriptionem probo. Nam & hic tit. communis est legatis & fideicommissis, vt & qui sequuntur aliquot, quique præcedunt, & non tantum de annuis siue annalibus, sed etiam de menstruis siue mensurnis, imo & de diurnis, vt in *l. 2.* Et in summa, hic tit. de iis est legatis & fideicommissis, quæ diuisis temporibus & pensionibus alij vel aliis dari, fierive testatores iubent, id quod vel iubent dari fieri-ve in æternum, aut iussisse intelliguntur: vt si annuum aliquod certæ personæ & heredibus eius legauerit: nam hic legasse intelligitur in perpetuum: heredibus, in infinitum, *l. in annalib. 22. C. de leg.* Vel si annua aut menstrua legauerint certo corpori, puta Reip. vel curiæ, vel collegio licito, vel Ecclesiæ, vel aliis locis pietati dedicatis: Nam & quæ hisce corporibus annua vel menstrua leguntur, sempiterna sunt, *l. 6. l. 20. §. 1. l. 23. & 24. h. t. l. 46. & 57.* quæ duæ sunt Græcæ Constitutiones Iustiniani, *C. de Episc. & cler.* Vel etiam annua aut menstra testatores relinquunt, quamdiu legatarij vixerint, vt in *l. 13.* in princ. *hoc t.* Quod etsi non expresserint, tamen semper intelligitur, cum alimentorum vice ea reliquerint. Denique annua vel menstrua relinquuntur vice alimentorum, morte alimentarij finiuntur, & ad heredem redeunt, à quo relicta sunt, *l. 4. & l. 8. hoc tit. l. patrimonij 22. tit. seq. l. Firmio 26. in fin. quando dies leg. l. cum hi 8. §. modus, de transaction.* Nisi forte non ad vitam, sed vsque ad certam conditionem relinquantur, veluti Titiæ donec nubat, tot quotannis, vel quot mensibus dari volo, *l. 17. hoc tit.* vel vsque ad annos certos, veluti vsque ad annum ætatis legatarij *25.* vt *l. 21. §. filium, & §. largius, hoc tit.* Solent autem alimentorum vice annua vel menstrua relinqui, aut misericordiæ causa, vt ait lex *6. de cess. bon.* nempe certis personis, quæ inopia laborant, vsqueadeo vt nihil habeant, vnde tueri se, vitamque suam tolerare possint, aut certe prouidentia legatariorum, qui rem suam familiarem tueri non possunt, vt *l. 7. circa fin. h. t.* dum forte testatores negligentibus filiis, vel cognatis, vel amicis, aut dissolutis, & luxu perditis adolescentib. quibus ea relinquuntur in illo fluxu ætatis prospectum consultumque volunt: vt apud Martial. *lib. 3.* pater filio suo millia bina menstrua constituit, & per omnes dies viuus præstitit, cum, inquit, ad filium, *cum vitiis essent danda diurna tuis.* Nam si hisce moribus præditis adolescentibus aut viris, integram aliquam summam testatores relinquerent, ea accepta citius abuterentur, & perderent magis. ex hac re prouidentia testatorum animaduertitur. Legantur vero hæc adolescentibus, vt dixi, vel iis, qui nec post perfunctam adolescentiam se correxerunt, quique moribus adhuc adolescentes sunt, vel etiam egenis, non alia vice quam alimentorum. Et quia hac plerumque de causa annua vel menstrua relinquuntur aut donantur, hinc fit vt in his libris sæpe annuorum aut menstruorum appellatione significentur alimenta. Et sic in *l. quidam, de pact. dot.* Iulianus cum initio dixisset, *annui nomine,* subiicit, *alimentorum nomine.* Dico autem *annuorum* appellatione significari non alimenta simpliciter, sed annua alimenta, vel annua alimentorum nomine relicta vel donata: longe enim distat simplex alimentorum legatum, à legato annuo relicto alimentorum vice. His, quib. alimenta legata sunt miseratione, dimensione, modove, nempe minutatim, frustillatim, in dies horasve singulas ea præstantur. Illis autem, quibus annua legata sunt, initio cuiusque anni: quod notandum, integra pensio, puta duo aut

A tria millia nummorum, præstatur, qua se eo anno exhibeant atque tueantur, *l. 1. C. quand. dies leg. ced.* Ac rursus iis, quibus minuta alimenta legata sunt, quamuis & in eo legato lex Falcidia locum habeat, *l. computationi 68. ad l. Falcid.* tamen remittitur satisdatio Falcidiæ, quam legatarij vel fideicommissarij accepto vel petito legato vel fideicommisso heredibus, legatorum vel fideicom. nomine præstare solent, his fere verbis, *quod amplius, quam per l. Falc. diceret, ceperint, redditum iri.* Et ratio cur remittatur satisdatio, hæc est: quia hi plerumque quibus minuta alimenta relinquuntur, paupertini homines sunt, vt perquam difficile, imo fere impossibile illis sit, fideiussores inuenire. quo casu æquum est, illam satisdationem remitti potius, quam illos carere legato tam pio tamque humano, *l. 6. inf.* B *si cui plusquam per l. Falc.* His vero, quibus annua relinquuntur, etiamsi alimentorum nomine relinquantur, illa satisdatio non remittitur. Et hæc nimirum differentia proponitur in *l. 5. §. quamuis, si cui plusquam per leg. Falc.* & est summe notanda. Porro quę dixi hactenus, de annuis sunt aut menstruis, quę prouidentia legatariorum relinquuntur alimentorum vice locoque. Verum alia sunt annua vel menstrua, quę relinquuntur non legatariorum causa aut alimentorum gratia, sed heredum, vt exonerentur, nec vrgeantur ad solutionem integram immensæ cuiusdam quantitatis, sed per partes eam certis pensionibus inferant, quæ quidem legata ab illis, quæ alimentorum vice relinquuntur, distant sane plurimum: nam si annua alimentorum vice legata sunt, plura sunt legata, primi anni purum, sequentium conditionale, vt explicabimus in *l. 4. h. t.* C Quod si exonerandi heredis gratia annua legata sint, vnum est legatum, non plura, *l. 10. l. 12. l. 20. l. 26. §. vlt. quan. dies l. ced.* Item posteriore casu de legato annuo non relicto alimentorum causa, etiam sine decreto prætoris transactio fieri potest, non etiam priore casu, cùm annua sunt relicta alimentorum vice, vt SC. prouisum est, ne tenues & egeni homines, qui de alimentis pendent sub incerto vitæ humanæ, temere de alimentis sibi relictis transigerent, contenti modico præsenti, *l. cum hi §. si in annos singulos, de transact.* Item perpetua pleraque ex iis sunt, quæ non relinquuntur alimentorum vice in annos vel menses singulos, vt ea, de quib. initio dictum est, quæ non tantum certæ personæ, sed etiam heredibus eius relinquuntur, aut quæ templo vel Reipub. Alimenta vero semper expirant cum anima legatarij, idque satis perspicuum est. Est & alia differentia: D quia si vir vxori annuum aut menstruũ donauerit alimentorum vice, valet donatio, quatenus alimentorum ratio patitur, non etiam si id donauerit alia contemplatione, vel vltra alimentorum modum *l. ex annuo, de don. int. vir. & vx.*

Ad l. I.

Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocunque loco petetur, dari debet, sicuti ex stipulatu, aut nomine facto petatur.

SI cui in annos singulos dena relicta sint, nec sit adscriptum, quo loco darentur, eo loco, vt lex definit, dari debent, quo petentur, per iudicem scilicet. *Petere* E enim proprie est per iudicem petere, lite apud eum contestata, *l. 2. de vsur.* Peti vero tale legatum potest, quia in quantitate, non in corpore consistit, peti, inquam, potest, vt *hac l.* ait, quocunque loco, & conuenienter, *l. quod legatur, de iud. l. cum res §. sed si id petatur, de leg. 1.* Quod numero pondere, mensura constat, hoc est, quantitate, ibi dari debere, vbi petitur, hoc est, vbicunque petitur: quod in corpore siue re aliqua hereditaria consistit, vel ibi peti debet, vbi est, vel vbi relictum est, vel vbi maior pars hereditatis consistit, vel vbi heres domicilium suum habet, non quocunque loco. Legatum vero quantitatis quocunq; loco peti potest, quo inuentus fuerit heres, vnde petatur, quia & quocunque loco eius legati pręstatio, vel in promptu, vel in facili est: quantitas certo loco non continetur,

A corpus certo locō continentur. Quantitatis nullum ſubeſt corpus; valet enim ipſa per ſe vel numero, vel pondere, vel menſura ſolum, non corpore, *l. 1. §. & omne, ad l. Fal. l. ſi is, cui nummos. de ſol.* Et in quantitate genus cogitamus ſemper, non vllam certam ſpeciem, *l. 2. §. 1. de reb. cred.* Quam diſtinctionem rerum hoc loco gloſſa non intelligens, idem iuris eſſe ſtatuit in corporibus & quantitatibus, nempe corpora non quocunq; loco peti poſſe, cum tamen aperte *hæc l.* dicat, quocunque loco petatur, annuum legatum dari debere. Additur vero in *h. l.* idem ſeruari, ſi quantitas annua ex ſtipulatu debeatur, quæ ſc. promiſſa ſit non adſcripto loco, quo daretur aut redderetur: nam quocunque loco petatur, ibi dari debet. Ac rurſus idem ſeruari nomine facto, hoc eſt, obligatione contracta nominib. per ſcripturam menſæ argentariæ. Exempli gratia de vino, quod forte mutuo datum erit: nam eo loco, ſi non ſit adſcriptus locus quo redderetur, reddi debet, vel eius loci pretium ſpectari, quo petitur, quocunq; tandem loco petatur, quia quantitas petitur, aut quantitatis pretium, non corpus condictione triticaria, *l. vinum, de reb. cred. l. vlt. de cond. trit.* Quod tamen genus obligationis, quæ nominibus contrahi dicitur, hodie non eſt in vſu, ſicut nec argentariorum officium, vt Inſtitutiones docent *lib. 3. tit. 21.*

Ad l. II. In annos ſingulos.

In annos ſingulos heres damnatus ſinere me frui fundo, *ſi initio anni, quo colere deberem, moram fecerit, licet poſtea patiatur, quia cultura ſim excluſus, tamen totius anni mihi nomine tenebitur: quemadmodum ſi* diurnas operas Stichi dare damnatus, *non à mane: ſed à ſexta diei hora det, totius diei nomine tenetur.*

SEquitur in *h. l.* teſtatorem ſinendi modo legaſſe vſumfructum fundi in annos ſingulos, quo genere plura legata conſtituuntur, *l. 1. §. vlt. l. 3. in pr. quibus mod. vſusf. amitt.* aliter quam ſi ſimpliciter legetur vſusf. fundi: nam ſi ſimpliciter legetur, vnum eſt legatum, non plura. Cum autem vt proponitur in *h. l.* teſtator mihi vſumfructum fundi legauit in annos ſingulos, ſi poſt mortem eius initio anni, quo fundum colere deberem (eius enim eſt fundum colere ſuis ſumptibus ad quem fructus pertinent) ſi, inquam, initio anni, heres, quo minus colerem fundum, mihi moræ & impedimento fuerit; ſi denique initio anni me D cultura fundi excluſerit, vt lex ait, heredem mihi teneri totius anni nomine in id quod intereſt, etiamſi poſtea culturæ incongruo tempore nullam mihi moram faciat. Et hac in re plane eſt initium anni, non vt eſt in prouerbio, *dimidium totius*, ſed plane totum ipſum integrum, vt ex Marino Suidas refert, ἀρχὴν εἶναι ἀνθ᾽ ὅλου τὸ πᾶν. Et hoc ita ſe habere in annuo legato. Pompon. *h. l.* oſtendit, exemplo diurnarum operarum ſerui cuiuſdam hereditarij, quas heres dare cuidam damnatus eſt: Nam ſi non à mane, ſed à ſexta hora diei, hoc eſt, à meridie eas præſtiterit, totius diei nomine tenetur, non imputatis operis pomeridianis, quia & hic initium diei pro toto die ipſo computatur. Et huic quidem parti legis coniungenda eſt lex *3. de oper. lib.* quæ eſt ex eodem Pompon. libr. & docet etiam è conuerſo, ſi à mane operas ſerui heres præſtiterit ad ſextam horam vſq; E niſi & ſex reliquis horis præſto fuerit ſeruus, totius diei nomine heredem teneri. Et ita liberto, qui promiſit diurnas operas, & ſex horis tantum antemeridianis præſto fuit, liberationem non contingere, at multo minus, ſi ſex horis duntaxat pomeridianis præſto fuit. Nam vt Virgilius loquitur *meliore acta parte diei*, cœpit operari, melior pars diei eſt horarum ſex primarum, non ſupremarum, quia matutinis horis homines ad laborem ſunt alacriores. Melior pars, inquam: Maior autem pars eadem ratione eſt ſeptem horarum primarum, non ſupremarum, *l. 2. de ver. ſignif.* quæ eſt notiſſima. Melior eſt ſex horarum primarum, at melior & maior non niſi ſeptem primarum.

Ad l. III Si legatum ſit.

Si legatum ſit relictum annua, bima, trima die triginta forte, dena per ſingulos debentur annos, licet non fuerit adiectum æquis penſionibus.

§. 1. *Proinde & ſi adiectum fuerit* penſionibus, *licet non ſit inſertum* æquis: *item ſi ſcriptum fuerit* æquis, *licet non ſit adiectum penſionibus, dicendum erit æquas fieri.*

§. 2. *Sed ſi adiectum* penſionibus inæquis, *inæquales debebuntur. Quæ ergo debeantur, videamus. Et puto eas deberi (niſi ſpecialiter teſtator electionem heredi dedit) quas vir bonus fuerit arbitratus: vt pro facultatibus defuncti & depoſitione patrimonij debeantur.*

B §. 3. *Sed & ſi fuerit adiectum* viri boni arbitratu, *hoc ſequemur, vt pro poſitione patrimonij ſine vexatione & incommodo heredis fiat.*

§. 4. *Quid ſi ita*, penſionibus, quas putauerit legatarius, *an totum petere poſſit, videamus. Et puto totum non petendum ſimul: ſicut & in heredis electione. Fieri enim penſiones debere teſtator voluit, quantitates duntaxat penſionum in arbitrio heredis, aut legatarij contulit.*

§. 5. *Sed ſi ita ſit legatum*, heres meus Titio decem trima die dato, *vtrum penſionibus, an vero poſt triennium debeatur? Et puto ſic accipiendum, quaſi paterfamil. de annua, bima, trima die ſenſiſſe proponitur.*

§. 6. *Si cui certa quantitas legetur, & quoad præſtetur, in ſingulos annos certum aliquid, velut vſuras iuſſerit teſtator* C *præſtari, legatum valet: ſed in vſuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem vſurarum non excedit.*

HÆc l. eſt de legato certæ perſonæ relicto *annua, bima, trima die*, quod quidem, etſi tres penſiones annuas contineat, in eo tamen diſtat à legato annuo relicto in annos ſingulos alimentorum vice, quod non vnum hoc ſit legatum, ſed plura, *l. 4. l. 8. l. 11. h. tit.* Illud vero, quod exonerandi & ſubleuandi heredis gratia relinquitur, *annua, bima, trima die*, vel quod idem eſt, anno, biennio, trien. vnum eſt legatum trib. penſion. diuiſum, vt *l. Firmio §. vlt. quan. dies leg. ced.* Neque enim quot ſunt penſiones, tot ſunt legata, ſed tot partes vnius legati. plura quidem legata annua, & plures penſiones annuæ ſunt, vt *l. 47. ad l. Falcid.* quę promiſcue annua legata dicit, & annuas penſiones. At contra plures penſiones non ſemper plura legata ſunt, ſicut plures penſiones diſſoluendi vnius nominis, non ſunt plura nomina. & plures penſiones, quæ debentur ex ſtipulatione huiuſmodi, tot dari in annos ſingulos, ſane non ſunt plures ſtipulationes. At quęritur cum certa ſumma, veluti cum triginta legata ſunt annua, bima, trima die, neque adſcriptum quot dentur ſingulis annis, quæritur quot dari debeant? Et quidem ſiue adſcripſerit teſtator *annua, bima, trima die æquis penſionib.* vt apud Tit. Liu. 7. *Semunciariū. ex vnciario fœnus factum*, & *in penſiones æquas in triennium*, id eſt, in annuam, bimam, trimam diem æquis penſionibus, & 38. *Pacti ſunt trecenta dari per annos ſex penſionibus æquis.* & paulo infra: *millia dato intra duodecim annos penſionibus æquis*, ſiue teſtator illud non adſcripſerit, *penſionibus æquis*, proculdubio æquæ penſiones debentur, & multo magis ſi adſcripſerit, vel *penſionibus* duntaxat, vel *æquis* duntaxat, veluti *dato viginti penſionibus annua, bima, trima die*, vel, *dato triginta æquis annua, bima, trima die*, quoniam quamuis vtraque oratio ſit imperfecta, tamen & in hac, verbum, *penſionibus*, & in illa verbum, *æquis*, ſubintelligitur & aſſumitur ex vulgari modo legandi, *Annua, bima, trima die die æquis penſionibus, l. talis* (vbi dicitur hęc eſſe vulgaris clauſula) *d. l. 1. l. cum vulg. de dot. præl.* His igitur omnib. caſibus ęquę penſiones debentur in triennium, id eſt, ſecundum ſpeciem propoſitam, dena per annos ſingulos. Dena Acc. interpretatur 10. quę interpretatio ſine alio adiuncto, ſiue adminiculo falſa eſt: ſunt enim dena non 10. ſimpliciter, ſed decem ſingulis annis, aut 10. ſingulis hominibus, ἀνὰ δέκα quod *lex ſi quis*

testam. de leg. 1. quam adducit Accurs. aperte demonstrat. Ait enim Titio & Seio legatis decem, singulis quina deberi non dena, quia, inquit, qui *decem* dixit, non potest videri dixisse dena: decem singularia sunt, dena autem multiplicia. Verum ad rem: si in legato certæ quantitatis, veluti triginta, alicui relicto annua, bima, trima die, non sint expressæ pensiones, diximus, æquas seruari. idem fit plurib. heredib. institutis, vel plurib. certa re legata non scriptis partibus: æquales enim portiones fiunt, *l. quoties §. heredes, de hered. instit. l. legata inutiliter §. vlt. de leg. 1.* Quid si ita legauerit testator: *Heres meus dato triginta annua, bima, trima die pensionib. inæqualibus*, nec quantitatem earum pensionum expresserit? Constat quidem, inæquales pensiones fieri debere, sed quantitates earum in obscuro esse videntur, nisi simpliciter testator eius rei heredem aut legatarium fecerit arbitrum, data sc. huic vel illi electione, vt quotannis quam pensionem vellet, daret aut acciperet, seruata inequalitate, nec exsuperato modo leg. At quid fiet, si electionem nulli permiserit? Et Pompon. ait, hoc loco pensiones inæquales ex voluntate defuncti esse constituendas arbitrio boni viri. Itaque huic legato annua, bima, trima die in æquis pensionibus, etiamsi nihil præterea sit adiectum, semper intelligitur inesse arbitrium boni viri, quod *veluti certam quantitatem exprimit*, vt eleganter ait *l. 1. de leg. 2.* Æquitas enim est certa, cuius magister & sacerdos est bonus vir. *Positionem* autem *& depos. patrimonij* Pompon. dixit, vt *l. si noxali 11. §. est autem, de pec. positionem peculij*, pro statu, conditione, genere patrimonij, siue peculij. *pro positione igitur patrimonij sine vexatione*, inquit, *& incommodo heredis*. rectissime: nam in dubio, quantum fieri potest, vtrique heredi semper est parcendum, ne nimium oneretur, ne incommodo afficiatur, *l. Semp. de leg. 3.* Cuius species hæc est: Vnum testamentum duobus exemplis eodem tempore consignauit idem testator; duobus, inquam, exemplis per omnia similibus, nisi quod vno exemplari Titio legantur centum, altero quinquaginta tantum. quæritur vtrum 150. Titio debeantur, an 100. an 50. tantum? Et ait, Titio deberi 50. tantum, *quia in dubio*, inquit, *parcendum est heredi*; in dubio, quantum potest exonerare heredem oportet, quia quem defunctus in deferendo summo isto honore institutionis prætulit cæteris, & supra cæteros dilexisse, minimumque onerare voluisse videtur. & sic in *l. 11. §. si quis decem, de leg. 3.* Si quis 10. Titio reliquerit, hoc adiecto, vt si forte ea perdidisset, mox totidem ei præstarentur; quæritur, an si sæpius eam summam perdiderit, sæpius sit ei legatum sarciendum? & ait, conuenienter superioribus, non esse onerandum heredem, vt in infinitum, quoties perdiderit, Titio tantundem præstare deberet. Denique heredi esse parcendum, & ideo non amplius quam semel, postquam perdidisset, Titio esse præstanda. 10. Et sic etiam in hac ipsa *l. 3. §. pen.* Si testator ita legauerit, *heres meus Titio triginta trima die dato*. Cum quæreretur vtrum pensionibus, vt vulgo fit, nempe annua, bima, trima die triginta præstanda essent, an post triennium demum triginta integra? Pomponius ait, videri testatorem respexisse ad vulgarem legandi modum, plus cogitasse, minus scripsisse vel nuncupasse. denique de annua, bima, trima die testatorem sensisse, nempe exonerandi heredis gratia. plures pensiones exonerant heredem, *l. 20. inf. quan. dies leg. ced.* Sequitur alia species in *§. vlt. hac. l. 3.* Testator certam quantitatem veluti 300. Titio legauit, & quoad ea quantitas Titio præstaretur, legauit certum aliquid. Ait *certum aliquid*, vt Plinius 10. Epistolarum etiam certum aliquid pro introitu dari. Et similiter *l. quidam, de V. O. l. 25. §. si operas, de vsufr. l. siue apud acta 28. C. de transact. certum aliquid, veluti vsuras*, inquit, vsuras certas scilicet. Denique iussit testator, quoad integra pecunia præstaretur, quæ legata est quotannis, aut quotmensibus legatario præstari vsuras certas. quæritur, an valeat tale legatum? Ratio dubitandi hæc fuisse videtur, quam interpretes non animaduerterunt, nec vllam etiam aliam attingere audent, cum tamen alias sint diligentissimi in inquirendis rationibus, dubitandi: ratio, inquam, dubitandi hæc est, quia huius legati præstatio posita videtur esse in arbitrio heredis. quod si ita est, inutile est legatum, *l. senatus §. legatum, de leg. 1.* Est enim legatum donatio siue liberalitas quæ à testatore proficiscitur, quæ si ponatur in arbitrio heredis, iam non à testatore, sed ab herede proficisci videtur. ergo nec legatum esse. Videtur autem hoc casu in arbitrio heredis positum esse legatum certæ summæ, quia id præstare non cogitur, quamdiu vsuras intulerit, quas interim præstari testator iusserit, vt *l. 4. §. vlt. l. qui in futurum. 57. sup. de pact.* At vero, quia absolute & simpliciter non est id positum in arbitrio heredis, alioqui inutile prorsus esset legatum, sed sub onere grauissimo pendendarum vsurarum, sub onere grauissimo interusurij, ideo dicitur valere tam sortis, quam vsurarum legatum, & vt sortis vsque ad l. Falcidiæ modum, vt constat, ita & vsurarum profecto, vt subiicit, non nisi ad modum legitimum & probabilem. Omnis modus legitimus est probabilis, & contra, *ita, scil.* vt ait *l. 1. de vsur. vt legi non offendat*, legi scilicet, quæ vsuris modum imponit, vel legi 12. tabul. vel legi Gabiniæ, vel cui alij: fuere enim innumeræ leges fœnebres, nec potest testamento suo efficere, ne in eo leges locum habeant, *l. nemo potest, de leg. 1.* puta ne lex Ælia Sentia, *l. si rogatus, de manu. vindic.* ne lex Falcidia, *l. quod bonis. §. 1. ad l. Falcid.* Ergo ne etiam leges fœnebres. *Potentius est*, inquit, Quintil. in declamatione quarta, *quod in albo legis, quam quod in testamento*.

Ad l. IV. Si in singulos.

Si in singulos annos legatum sit, Sab. (cuius sententia vera est) plura legata esse ait, & primi anni purum, sequentium conditionale, &c.

IN hac lege 4. proponitur ex sententia Sabini, quæ obtinuit, cum *quid in annos singulos* alicui legatum est, plura esse legata, non vnum, & primi anni legatum esse purum, sequentium conditionale. Cuius sententiæ vis & effectus hic est, vt non semel dies eius legati cedat, sed per singulos annos initio cuiusque anni, quo & peti legata possunt, vt definit. *l. 1. C. quando dies leg. ced.* atque adeo, vt primi anni legatum statim debeatur à morte testatoris, & vel statim post mortem testatoris moriente legatario in heredem eius transmittatur, si vel momento testator superuixerit, quasi purum legatum, sequentis autem anni legatum in heredem legatarij eius non transmittatur, nisi aliquandiu initio eius anni legatarius vixerit. Anni cœpti viuo legatario, legatum transmittitur in heredem, *l. 1. hoc tit.* Anni non cœpti non item. Sequentium enim annorum legatis tacite hæc inest conditio, si viuat legatarius, & conditionalia legata non transmittuntur ad heredem, si conditio defecerit, aut viuo legatario expleta non fuerit. Et hoc ita, quotiens annua relinquuntur alimentorum vice: alimenta enim finiuntur morte legatarij. Qua ratione etiam fit, quod ait lex *11. huius tit.* quam simul explicabo, vt per singulos annos inspiciatur conditio legatarij, an ius capiendi habeat. Potest enim qui hoc anno est capax, sequenti esse incapax capiendi legati: & consequenter, vt conditio dominorum legatarij per singulos annos inspiciatur, an domini ius capiendi legati habeant, quia cum seruis non ex persona seruorum ipsorum, quæ nulla esse intelligitur, sed ex persona dominorum testamenti factio est, *l. debitor §. seruo, de legat. 2. l. non minus, de hered. instit.* Et dominis igitur incapacibus effectis, etiam serui legati incapaces fiunt *l. 23. inf. quando dies leg. ced.* quæ omnia confirmant & multæ aliæ leges, *l. 10. & l. 12. in princ. quando dies leg. ced. l. 1. in princ. Quando dies vsufruct. leg. ced. l. 1. §. si in annos, ad l. Falcid. l. pater §. vlt. de condit. & demonstr. l. senatus §. vlt. de mort. caus. donat. l. si Stichum §. vlt. de verbor. oblig.* Ex quibus locis etiam intelligimus,

quam hac in re distet stipulatio *in annos singulos* à legato simili. nam stipulatio est vna, legatum multiplex: stipulatio est perpetua, legatum morte legatarij finitur: semel tantum inspicitur conditio stipulatoris initio primi anni, sæpius conditio legatarij: stipulatio est pura, legatum elapso primo anno est conditionale: stipulatio est incerta, quia perpetua & infinita, legatum certum, nempe finitum vita legatarij: de stipulatione in annos singulos sine prætore transigere stipulator potest, de legato simili non item. Et ratio differentiarum omnium ex eo solo pendet, quod legatum ita relictum est legatarij prouidentia atque respectu, vt sit ei alimentorum vice: stipulatio autem ita concipitur non stipulatoris, sed promissoris prouidentia, promissoris gratia, hoc est, quod per hoc legati genus ei, cui debetur, per stipulationem similem ei, qui debet, consulatur. quam rationem memini me explicasse ad leg. 16. *de verb. oblig.*

Ad l. v. A vobis.

A vobis quoque cæteri heredes peto, vt vxori meæ præstetis quoad viueret, annuos decem aureos. *vxor superuixit marito quinquennio, & quatuor mensibus. quæro, an heredibus eius sexti anni legatum integrum debeatur? Modestinus respondit, integri sexti anni legatum deberi.*

Lex 5. apte congruenterque iungitur *l.* 4. Nam quod lex 4. docet legato relicto in annos singulos alimentorum nomine, quod legatum multiplex esse intelligitur, dempto primi anni legato, quod solum purum est, die nimirum eius cedente statim ex mortis testatoris tempore, atque adeo, etiamsi mox nullo interueniente interuallo legatarius moriatur, legato transeunte ad heredem eius, cæterorum annorum legata esse conditionalia, quasi tacite relicta sub hac conditione: *si legatarius viuat.* Nam hæc conditio tacita, quod omnium optime probat & euincit lex 4. conditio, inquam, tacita, quæ venit ex coniectura voluntatis testatoris, quæ ducitur ex ipso tenore testamenti, legatum facit conditionale, quod etiam aliquantulum probat lex *legatum sub conditione, de cond. & demonstr.* & lex *quod pure 6. quando dies leg. ced.* Conditio quidem iuris tacita, quæ venit extra testamentum, veluti *si adierit heres,* hæc enim semper intelligitur, alioqui nihil in testamento scriptum valet; conditio illa, inquam, quæ extrinsecus assumitur, legatum conditionale non facit, *l. conditiones, de condit. & demonstr.* At quæ ducitur ex ipso testamento, ex ipsa voluntate defuncti, perinde, atque si fuisset expressa, legatum conditionale facit. Cæterorum igitur annorum legata, cum sint conditionalia, quod videatur illis inesse hæc conditio, *si legatatarius viuat,* non aliter transmitti vel transferri in heredem legatarij, quam si legatarius vixerit initio cuiusque anni, ita vt ad eum, priusquam moreretur, eius anni legatum pertinere cœperit. E contrario vero, si quo anno vel minimum legatarius vixerit, eius anni integram pensionem, integrumq; legatum ad heredem legatarij transmitti. Hoc idem docet hæc *l.* 5. Martius vxori legauit annua 10. *quoad viueret,* expressa conditione. illa marito superuixit quinquennio & quatuor mensibus. quæritur, an heredib. eius sexti anni legatum integrum debeatur? Et respondet Modestinus, deberi integrum, rectissime. Nam & si vel vno momento anni sexti vxor vixisset, idem foret. Deniq; anni cœpti nondum expleti integrum legatum mortuo legatario, heredib. eius debetur: quod etiam ostendit *l. 22. inf. h.t.* Pater filiæ, *quotiens vidua esset,* pro solatio viduitatis legauit annua 100. quod legatum ab initio conditionale est, *l. vlt. C. de ind. vid. tol.* Si filia minus anno vidua fuerit, non ideo minus totius anni legatum heredib. eius debetur, quia iam defunctę id deberi cœperat. Et simili modo proximi sacrorum scriniorũ, & præcipui ex agentib. in rebus & aduocati fisci, patroni fisci, eius anni quo moriuntur integrum stipendium siue salarium ad heredes

A suos transmittunt, *l. 11. C. de proxim. sacr. scrin. l. 3. C. de agent. in reb. lib. 12. l. 15. de adu. diu. iud.* Quorum exemplo & heredes Eguinarij Baronis, qui hanc scholam tenuerat, aduersus commune istius ciuitatis lite mota, obtinuisse dicuntur, vt eius anni, quo optimus ille Iurisconsultus obierat, integrum eis honorarium solueretur. Quod tamen his personis datur honoris ergo, & ex priuilegio speciali, non quod defunctis intra annum iure debitum fuerit totius anni salarium, vel stipendium, vel honorarium. Quod enim pro nauata reipublicæ, vel priuatis hominibus opera datur, promittiturve, non debetur, nisi pro rata temporis, quo opera præbita est. Et si is, qui locauit suas operas in annos, vita decessisset, eius anni, quo vita decessit, proculdubio integram mercedẽ ad heredem non transmittit, sed pro rata temporis tantum, quo operas præbuit.

B Quam in rem tamen perperam adducunt interpretes leg. 25. §. *si operas, & l. 26. de vsufr. & l. 18. cum seru. de stip. seru.* Quoniam ibi non proponitur seruus ipse fructuarius, qui operas suas locauit, vita decessisse; sed is, ad quem eius serui vsusfructus pertinebat, seruo superstite, ideoque dicitur ab eo tempore, quo fructuarius vita decessit, residui temporis mercedes operarum serui illius proprietario deberi, quasi extincto vsufructu morte fructuarij. Quod autem de iis, qui operas suas locauere in ann. idem incunctanter de aliis, quam Fisci aduocatis, dici non potest, qui morte præuenti causam agere & honorarium explere non potuerunt, vt scilicet heredibus eorum non debeatur integrum honorarium, perinde ac si causam peregissent, sicut de militibus est proditum, *l. 14. C. de erog. mil. ann. lib. 12.* tametsi pro Republica excubant, tamen eius anni, quo

C moriuntur, etiamsi in acie moriantur, eos integrum stipendium ad heredem non transmittere. Quod & in scriba quæstoris obtinuisse refert Plinius 4. *Epistolarum,* scribens ad Arrianum, cuius heredes eius anni, quo vita decesserat, integrum salarium sibi vendicauerant, *cum,* inquit, *quæstor scribam, qui sorte obtigerat, ante legitimum salarij tempus amisisset, de salario, quod de publico acceperat, scriba daturus si vixisset, senatum consuluit quid fieri debeat: acta causa est, dixit heredum scribæ aduocatus, deinde fisci aduocatus, & vicit fiscus, non heres scribæ.* At diuersa ratione proximis sacrorum scriniorum, agentibus in rebus, aduocatis fisci, id datum est iure singulari, vt heredes eorum fruantur integro salario eius anni, quo vita decesserunt, iu-

D re singulari, contra regulas iuris. Legati quoque annui alia ratio est: nam id statim ab initio cuiusque anni legatario deberi incipit, *l. 1. C. quando dies leg. ced.* Et merito igitur in heredem eius transfertur, quasi defuncto debitum. Ad hæc non erit inutile nec alienum ab hoc loco tractare, quod & Accurs. tractauit in *l. 4.* an si legatum relictum sit, vel stipulatio contracta in *ann. singulos,* quantum ad præscriptionem triginta annorum attinet, sit differentia inter stipulationem & legatum. Multas retuli ante; at superest etiam hæc in causa præscriptionis triginta annorum, pura vt ea præscriptio aduersus stipulationem currat statim à die contractæ obligationis, quia vna obligatio est: aduersus legatum vero initio cuiusque anni, eiusque pensionis, quia plura sunt legata. Et mihi quidem magnopere displicet & Ioannis & Azonis & Accurs. sententia, qui etiam hac in re

E hanc differentiam esse statuunt inter stipulationem & legatum, cum aperte *l. cum notissimi* §. *vlt. C. de præscript. 3. ann.* dicat, *in his legatis, & in his promissionibus,* quod sane est in stipulationibus, & generaliter in omnibus aliis obligationibus, quæ dationem per annos aut menses singulos continent, tempus præscriptionis 30. annorum, non ab initio obligationis, sed ab initio cuiusque anni vel mensis computari, hoc est, si creditor cessauerit à petitione primæ pensionis annis triginta, postea petenti eam pensionem obstare præscriptionem triginta annorum, non etiam petenti pensionem secundam vel tertiam, si nec dum anni secundi vel tertij, quo ea pensio peti poterit, exierint anni 30. Deniq; hoc dicit apertissime *l. cum notis.* §. *vlt.* indistincte & in legatis annuis, & in stipulationibus

similibus, vnamquanque pensionem siue ex legato, siue A ex stipulatione debeatur, suum habere proprium tricennium, quo perimatur. Et desuetudine igitur petendi citius perimi pensionem primi anni, quam pensionem secundi: & secundi citius quam tertij: & sic consequenter, quia etsi stipulatio vna sit, tamen non omnium pensionum primo anno dies cedit, sed singulis annis, & conuenienter singulis annis singularum pensionum nascuntur actiones. Quod & de legato dici potest in annos singulos, etiam eo casu, quo vnum est & perpetuum, vt si Reipub. vel templo relinquatur, de quo diximus ad rubricam: nam etsi vnum sit legatum, tamen non semel, sed singulis annis singularum pensionum nascuntur actiones, καθ᾽ ἕκαστον ἔτος, vt ait *lex 45. C. de Episcop. & cler.* Idemque ait de vsurarum pensitationibus, *l. eos, in princip. C. de vsur. l. pen. §. vlt.* B *C. de præscript. trig. ann* singulis annis nasci actiones: quibus petantur vsuræ vel fructus, videlicet (quod notandum) si nondum sit perempta obligatio principalis præscriptione 30. annorum: tunc enim & vsurarum singulis annis nascuntur actiones. contra si obligatio principalis extincta sit præscriptione triginta vel quadraginta annorum, & ipsa quoque obligatio vsurarum vel fructuum extinguitur etiam intra triginta annos, *ex d. l. eos, in princ.* Quod tamen olim non obtinuisse Patricius vetus Interpres refert, & nouam igitur esse eam Iustiniani Constitutionem. Cæterum ex his apparet, ex enarratione nimirum *d. l. cum notissimi. §. vlt.* manifeste etiam per eam *l.* refelli Bulgari & Rogerij sententiam, qui contra, quam lex, dicant, non ab initio cuiusque anni siue pensionis in legatis vel obligationibus annuis aut menstruis, sed ab exordio C talium obligationum contendunt præscriptionem triginta annorum computari, ita vt si ab exordio talium obligationum in petitione primæ pensionis per triginta annos cessatum sit, etiam sequentium pensionum petitio perimatur, quo nihil est absurdius: namque hoc dicere, est actionem perimi, antequam nata sit. Ergo, vt rem decidam, sicut quot sunt noua opera vicini, tot requiruntur noui operis nuntiationes, tot remissiones, *l. de pupillo §. si in plurib. de nou. oper. nunt.* quot sunt crimina, tot requiruntur abolitiones, *l. 1. §. si plura, ad Senatusconsf. Turpill.* ita quot sunt anni, tot requiruntur etiam præscriptiones. quibus actiones aboleantur. Et ab hac quidem, quam adsero, sententia, sunt etiam Martinus & Albericus, & alij plerique DD. Alios aliud per quam in- D epte sentire non est mirum: Nam quod M. Tull. dixit de Philosophis quibusdam, *nihil tam absurdi dici posse quod non dicatur à quodam Philosophorum*, idem merito de DD. dici potest.

Ad L. VI. Annuam pecuniam.

Annuam pecuniam ad ludos ciuitati reliquit, quibus præsidere heredes voluit. Successores heredum negant, se debere: quasi testator tandiu præstari voluisset, quandiu præsiderent heredes. Quæro igitur, an cum præsidendi mentionem fecerit, ad tempus fideicommissum, an perpetuò præstari voluerit. Modestinus respondit, fideicommissum quotannis in perpetuum Reip. præstandum esse.

TEstator annuam pecuniam *ad ludos*, forte Circenses, vel alia quædam certamina, ciuitati per fideicommissum reliquit, quibus quidem ludis *heredes suos præsidere* voluit, hoc est, ἀγωνοθετεῖν, ἀγωνοτρίφειν, ἀγωνάρχειν, vt in *l. 10. de pollicit.* heredes primi post testatorem defuncti sunt, nec iam ludis præsidere possunt. heredes heredum negant, se debere legatum ciuitati; hoc colore siue prætextu, quod testator tamdiu duntaxat voluerit eam pecuniam præstari, quandiu heredes eius primi ludis præsiderent. Contra Modestinus respondit, non ad tempus fideicommissum illud Reipubl. esse relictum, puta *quoad viuerent heredes primi*, sed in perpetuum, & heredum appellatione etiam heredes heredum contineri, vt in *l. 65. & l. 70. de verb. sign.* *& l. quamuis 40. §. 1. ad Senatusc. Trebell. l. in annalib. C. de legat.*

Ad L. VII. Quintus Mutius.

Quintus Mutius ait, si quis in testamento ita scripsit: Filij filiæque meæ ibi sunto, vbi eos mater sua esse volet, eisque heres meus in annos singulos, inque pueros puellasque singulas damnas esto dare cibarij nomine aureos decem. *si tutores eam pecuniam dare volunt ei apud quem pueri atque puellæ sunt, nihil est quod ex testamento agere possit. Nam ea res eo pertinet, vti tutores sciant, quæ voluntas testatoris fuit, vti possint eam pecuniam sine periculo dare. Pomponius: In testamentis quædam scribuntur, quæ ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt. Hæc autem talia sunt: si te heredem solum instituam & scribam, vti monumentum mihi certa pecunia facias; nullam enim obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conseruandam poteris, si velis facere. Aliter atque si coherede tibi dato, idem scripsero: nam siue te solum damnauero, vti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiæ erciscundæ vti facias, quoniam interest illius: quin etiam si vtrique iussi estis hoc facere, inuicem actionem habebitis. Ad auctoritatem scribentis hoc quoque pertinet, cum quis iussit in municipio imagines poni: Nam si non honoris municipij gratia id fecisset, sed sua: actio eo nomine nulli competit. Itaque hæc Quinti Mutij scriptura:* Liberi mei ibi sunto, vbi eos mater sua esse volet, *nullam obligationem parit, sed ad auctoritatem defuncti conseruandam id pertinebit, vt vbi iusserit, ibi sint. Nec tamen semper voluntas eius aut iussum conseruari debet, veluti si prætor doctus sit, non expedire, pupillum eo morari, vbi pater iusserit, propter vitium, quod pater forte ignorauit in eis personis esse, apud quas morari iussit. Si autem pro cibariis eorum in annos singulos aurei decem relicti sint, siue sermone significantur, apud quos morari mater pupillos voluerit, siue ita acceperimus hunc sermonem, vt ipsis filiis id legatum debeatur, vtile erit: & magis enim est, vt prouidentia filiorum suorum hoc fecisse videatur. Et in omnibus vbi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo obseruanda est. Sed interuentu iudicis hæc omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.*

AD *l. 7.* species ita ponenda est: nam vulgo apponunt male. Pater cum haberet plures filios & filias impuberes, eos exheredauit, extraneum heredem scripsit, & filiis tutores dedit, vt potest etiam exheredatis, *l. pater 4. de testam. l. auia §. vlt. de condit. & demonstr.* & filius iisdem cibariorum nomine heredem damnauit dare annua dena: cauit etiam eodem testamento, *vt filij sui ibi morarentur & educarentur, vbi mater eorum vellet*, vt ipsa filiis eligeret daretque educatorem, vt consilium hac in re matris sequerentur. Porro tutores eam pecuniam primo anno ab herede perceperunt, nec tamen volunt dare ei, apud quem mater filios morari voluit. Q. Mutius scribit, quod tamen infra Pomponius notat, ei apud quem filij morantur ex consilio matris, ex testamento nullam actionem esse aduersus E tutores, qua eos compellat, sibi dari pecuniam in alimenta puerorum & puellarum relictam, quam ab herede perceperunt, quia scilicet nihil ei relictum proponitur. Et forte apud eum mater decreuit filios esse suos per imprudentiam, cui si detur pecunia, mox eam absumpturus sit, nec eam conuersurus in rem, in alimenta puerorum. Itaque tutorum est etiam atque etiam animaduertere, quæ aut qualis voluntas testatoris fuerit, videlicet apud quem verisimile sit testatorem voluisse morari filios suos. Et hoc quoque rursus tutorum est animaduertere, an possint sine periculo pecuniam dare ei, apud quem mater filios morari voluerit. Et ita hac de re Quint. Mutius scripsit, ad quam Mutij scripturam ac quæstionem planius disceptandam Pomponius diligenter, excussteque notauit hæc, quæ

sequuntur: In testamentis quædam scribi, quæ sola nituntur auctoritate scribentis, sola auctoritate testatoris, nec ad alterius commoda pertinent: quædam scribi ad commodum alterius, vt legata & fideicommissa. Et hæc quidem, quæ respiciunt ad commodum alterius, proculdubio obligationem pariunt, heres, scilicet obligatur ex testamento legatariis & fideicommissariis: illa vero, quæ non respiciunt ad commodum alterius, sed sed nituntur sola testatorum auctoritate, id est, nuda præcepta testatorum, quæ nullius personæ respectu aut contemplatione fiunt, obligationem non pariunt, quia nec vllus est, cui heres obligetur, quem testator demonstrauerit, cuique gratificatum voluerit. Vt in hoc casu, quem proponit Pomponius, si te solum heredem institui, & iussi, *vt monumentum mihi certa pecunia faceres*, ex scriptura nulla obligatio nascitur, id est, non obligat heredem, cum non sit cui obligetur, cuiusve intersit monumentum fieri. Denique nulla actione tenetur heres ad monumentum faciendum, vt ait *l. hereditas, de pet. hered.* Sed si auctoritatem meam heres obseruare velit, & mihi præbere fidum obsequium, vtique faciet monumentum, sed & non faciet et impune, quia ad faciendum nemo eum vrgere potest, dicetur tantum impie fecisse. De herede loquitur Pomponius instituto ex asse, quem ego solum mihi heredem feci: nam si heredi, quem mihi monumentum facere rogauero, coheredem adiecero, coheres cum illo agere potest familiæ erciscundæ iudicio, vt monumentum faciat, id est, in iudicio familiæ erciscundæ in iudicio diuidendæ hereditatis hoc quoque veniet, vt ille monumentum faciat, quia interest coheredis monumentum fieri, propterea quod ius monumenti heredes sequatur. Actio non datur vlla cuiquam, nisi ei cuius interest, *l. qui fundum, loc. l. si procuratorem 8. §. mand. mand.* Et hoc est, quod Marc. Tull. ait, *actiones esse expressas ex cuiusque damno vel iniuria*, id est, quatenus cuiusque interest. Vnde & si duo sint heredes scripti, & ambo rogati facere monumentum, eadem ratione in iudicio familiæ erciscundæ inuicem disceptabunt de monumento, quod fieri testator iussit, vt id fiat. Quin imo & post diuisionem hereditatis eadem de re inuicem præscriptis verbis agere possunt, vt, si vnus tantum iussus sit facere monumentum, etiam post diuisionem bonorum, cum eo alter agere potest actione præscriptis verbis, quasi certa lege partium permutatione facta: nam diuisio hereditatis fit permutatis partibus, & huic permutationi partium videtur indicta esse hæc lex, vt exsequerentur defuncti voluntatem, vt conseruarent per omnia defuncti auctoritatem, quæ est sententia leg. *his consequenter §. idem quærit, famil. ercisc.* Subiicit alium casum Pomponius, in quo etiam scriptura testamenti non parit obligationem, nec alio, quam pudoris vinculo heredem adstringit, ad conseruandam testatoris auctoritatem. Si forte testator iusserit in municipio *statuas vel imagines suas poni*, non honoris vel ornatus municipij causa, quoniam hoc casu, hæc scriptura pareret obligationem, *l. ciuitatibus, de leg. 1.* quia interest ciuitatis honorem sibi delatum exhiberi. Si igitur non honoris municipij causa, quod legatum esset vtile, iusserit imagines suas in municipio poni, sed suæ gloriæ, memoriæ causa, vt scirent homines se ex eo municipio esse, hoc casu ex hac scriptura nulla cuiquam constabit obligatio vel actio, quia nullus interest fieri id, quia nullus est, qui agat pro defuncto, cuique agere pro defuncto expediat. His duobus casibus, quos exposuit Pomponius in hac *l.* addi potest tertius, quo etiam nudum præceptum testatorum, sic appellatur in *l. filiusfam. §. Diui Seuerus, de leg. 1. & l. pater §. Iulianus, de leg. 3.* in quo nudum præceptum, nuda auctoritas testatoris, quæ ad alterius commodum non respicit, quæ non habet adiunctum onus fideicommissi, obligationem non parit, vt si simpliciter *vetuerit fundum aliquem hereditarium alienari*, aliter atque si causam expresserit, veluti si adiecerit: *Ne de familia eius exeat*, quo casu fundo alienato extra familiam, proximiori agnato defuncti velut ex fideicom-

A misso, fundi persequutio competit, *l. peto §. fratre, de leg. 2.* vt si fundum libertis legatum alienati vetuerit, pertinere voluerit nominatim à liberis ad filios eorum, vel ex his natos, vt in *l. 18. in princip huius tit.* nam & hoc præceptum non est nudum, sed inest in eis fideicommissum, vt scilicet fundus ille seruetur filiis libertorum, vel ex illis natis. Eiusdem generis est id de quo agitur in hac *l.* cum testator iussit *liberos suos ibi esse, vbi mater eos esse vellet*: nulla enim ex hoc præcepto, ex hoc iussu, cuiquam obligatio vel actio competit, qua efficiat & obtineat, vt liberi ibi sint, vbi mater voluit, sed ad auctoritatem tantum illius ab herede conseruandam pertinet, vt, vbi iusserit, ibi sint: iussit autem ibi esse, vbi mater esse vellet, quod ita fieri non semper expedit. Itaque nec huic auctoritati paternæ
B semper obtemperandum est, aut non vtique semper eam conseruare necesse est, vt est proditum in *l. 1. sup. vbi pupill. educ. deb.* si pupillum testator iusserit apud aliquem educari, *nonnumquam*, inquit, *à voluntate patris recedit prætor.* Quid enim si aliquo vitio infami quod testator ignorauit, laboret is, apud quem pater filios suos morari iussit, vel nominatim, vel arbitrio matris? At quod pro cibariis pater filiis reliquit, de eo quoque Q. Mutius negabat cum herede aut tutoribus agi posse, qui cibaria ab herede accepissent, quasi id quoque pertineret ad auctoritatem nudam testatoris, non ad commodum pupillorum, vel eorum apud quos pupilli educarentur. Et hoc Pomponius improbat, quia siue pupillis testator reliquit pro cibariis annua decem in gratiam & vtilitatem eorum, apud
C quos pupilli pupillæque voluntate matris educarentur, siue pupillorum ipsorum gratia, vt eis legatum deberetur: Vtroque casu ex testamento nascitur obligatio, & vtile atque efficax legatum est, nec pendet ex sola voluntate patrisfamil. sed etiam ex vtilitate & commodo educatorum, vel pupillorum, & in dubio magis ex commodo puerorum. Et hoc est, quod Pomponius ait, *& magis est, vt prouidentia filiorum suorum hoc fecisse videatur*, quam eorum scilicet, apud quos mater filios suos educari censuisset. Itaque non nisi filiorum nomine tutoribus aduersus heredem in annos singulos, & in filios filiasque paruulas relictæ pecuniæ petitionem competere. Cæterum de eo, quod testator iussit aut voluit, *filios suos ibi esse, vbi mater vellet*, & generaliter de cæteris omnibus, quæ pendent ex nuda auctoritate, ex nudo præcepto testatoris, ita Pom-
D ponius definit, quæ definitio valde est notanda, ea neque omnino heredi esse spernenda, neque omnino obseruanda, sed vbi ea seruari pium & honestum est, vbi nulla subest suspicio turpis, quamuis eo nomine nulla cuiquam competat actio, extra ordinem tamen interuentu iudicis, id est, prætoris vel præsidis, vel cum de religione agitur, veluti de monumento faciendo, interuentu principis aut pontificis, vt ait *l. hereditas, de petit. hered. l. ossa, de relig. & sumpt. fun.* Interuentu, inquam, earum potestatum, ea præcepta nuda defunctorum seruari, & ad effectum produci debere. Itaque in specie proposita iudex interuenit, & curabit filios ibi morari, vbi mater iusserit: nisi periculum sit, vbi mater forte imprudenter esse eos iussit, eorum pudicitiæ vel educator ipse, vel quis alius insidietur, *l. pen. vbi*
E *pupill. educ. deb.* Et ita hæc *l.* explicanda est illo loco, *fiunt hoc sermone significantur, apud quos morari mater pupillos voluerit*, id est, hi apud quos, &c. Si iis scilicet annua dena in singulos pueros puellasque pro cibariis dari testator voluerit, iis educatoribus legata debentur, & legati petitio est: quanquam magis est, vt gratia puerorum tantum videatur eis legasse annua dena. Denique vt pueris tantum eius pecuniæ petitio competat iure legati vel fideicommissi. Glossa in verbo *debeatur*, quam nescio, an vllus DD. intellexerit, delenda est. Inter cætera ponit, pueros, puellasque à patre fuisse heredes institutos, quod nusquam animaduertimus in tota lege, quamuis prolixa sit.

Ad L. VIII. In singulos.

In singulos annos relictum legatum simile est vsufructui, cum morte finiatur. Sane capitis deminutione non finitur, cum vsusfructus finiatur. Et vsusfructus ita legari potest: Titio vsumfructum fundi lego, & quotiensque capite minutus erit, eundem vsumfructum ei do: *illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cuiuslibet anni, si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquit, quod in vsufructu non ita est: cum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit: heredi suo eos fructus non relinquet.*

DOcet, legatum *in annos singulos* relictum, scilicet alimentorum vice, vel quod idem est, *quoad viueret legatarius*, simile vsusfructui legato esse, in eo quod vtrumque legatum finitur morte legatarij, quod est certissimum, *l. Firmio, in fi. quand. dies leg. ced. l. patrimonij, tit. seq. l. 4. sup. h. t. l. cum hi §. modus, de transact. l. pœnalis, §. 1. ad leg. Falcid.* Vnde & Martialis 9. morientem eum, cui Bithynicus annua millia sena dabat, tametsi nihil Bithynico legasset, ait eleganter, imo legasse ei annua millia sena, quia mors eius illi præstationi finem attulit. In hoc igitur legatum *in annos singulos*, est simile legato *vsusfructus*, in aliis plerisque est dissimile. ac primum in eo, quod vsusfructus finitur capitis deminutione vsufructuarij quacunque, secundum ius vetus, quod obtinuit ante Iustinianum, quia personæ relinquitur vsusfructus, quam personam immutat capitis deminutio. At legatum in annos singulos non finitur capitis deminutione legatarij, quia hoc legatum quotannis renouatur, & magis consistit in facto, quam in iure, vt ait *l. pen. de cap. minut.* Vsusfructus ius personale est, & legatum vsusfructus vnum. Hæc est prima differentia. Secunda differentia est, quia repeti vsusfructus potest, vt postquam finitus est capitis deminutione, restauretur, & his fere verbis, quæ proponit, *Titio vsumfructum fundi lego, & quotiensque capite minutus erit, eundem vsumfructum ei lego. quotiensque*, vt semper legitur scriptum in Florentinis, pro *quotiensçunque*, vt *l. 3. quibus modis vsusfr. amitt. l. 3. §. si vsusfruct. Vsufruct. quemad. cau. l. 2. §. merito, ne quid in loc. pub. l. decreto, de adm tut.* Legatum autem *in annos singulos*. hoc modo frustra repereretur, quia, vt dixi, multiplex est legatum, quod renouatur & renascitur quotannis. Tertia differentia hæc est: Eius anni, quo fructuarius vita decessit, fructus, qui nondum percepti fuerint, ad heredem eius non pertinent, quia nondum fructus erant. quo tempore fructuarius vita decessit, sed erant pars fundi, fructus pendentes sunt pars fundi, nundum fructus. proprietario igitur adscribuntur, nec pertinent ad heredem fructuarij, *l. qui scit §. pen. de vsur. l. 13. quibus mod. vsusfruct. amitt.* At eius anni, quo vita decessit is, cui quid legatum est in annos singulos, integrum legatum ad heredem eius pertinet, vt latius exposuimus in *l. 5.* Et has tres differentias proponit Gaius in hac *l. 8.* Addere licet quartam. Legatum in annos singulos cedit statim à die mortis testatoris, non ex die aditæ hereditatis, *l. 12. quando dies leg. ced.* Legati vsusfructus dies non cedit, nisi ex die aditæ hereditatis, *l. 2. quand. dies leg. ced. l. 1. §. dies, quando dies vsusfruct. leg. ced.* Nimirum, quia legatum annuum statim à morte testatoris consistit. vsusfructus legatum non ante consistit, quam legatarius vti frui possit. Non potest autem continuo vti frui à morte testatoris. Addas & quintam differentiam. Vsusfructus relictus Reipublicæ, vel templo, finitur spatio centum annorum, quæ vita est longæui hominis. Et vero vt finiatur aliquo tempore, vtile est, ne sit prorsus proprietas inutilis, semper ab ea abscedente vsufructu, vt ostenditur in *l. 8. & seq.* At legatum in annos singulos relictum ciuitati, municipio, Ecclesiæ, collegio, templo, æternum & sempiternum est, vt docuimus ad Rubricam. Et postremo, quæ est sexta differentia, quæ proprie conuenit inscriptioni huius *l.* quæ est ex lib. 5. Gaij ad legem Iuliam Papiam. legatum in annos singulos, si legatarius viuo testatore decesserit, est in causa caduci, & idcirco pertinet ad fiscum ex legibus Iulia & Papia, quæ sunt leges caducariæ. At legatum vsusfructus non item, hoc est, non pertinet ad fiscum, quo nunquam recederet, si semel fisco necteretur, sed remanet apud heredem, à quo vsusfructus legatus est: vel apud eum cui fundi fructuarij proprietas legata est. Neque enim hæ leges caducariæ in vsufructu locum habent, *l. 9. & seq. l. si Titio fructus, de vsufr.*

B

Ad L. IX. Fundus quem.

Fundus quem paterfam. libertis legatorum nomine, quæ in annos singulos relinquit, pignus esse voluit: ex causa fideicommissi rei seruandæ recte petetur. Paulus *notat: Hoc admittendum est, & in aliis rebus hereditariis, vt & in eas legatarius mittatur.*

IN hac lege ex Papiniano proponitur hæc species. Patronus libertis *in annos singulos* verbis directis certorum nummorum legatum dedit. multa sunt legata, primi anni purum, sequentium conditionalia, *l. 4. & l. 11. hoc tit. l. 1. §. si in annos, ad leg. Falcid.* Eorum legatorum nomine idem patronus certum fundum hereditarium libertis pignoris iure obligatum esse voluit. pignus testamento recte constituitur, *l. non est, de pig. act. l. Lucius, inf. de aliment. leg. l. 1. C. comm. de legat.* Constituitur autem pignus testamento per fideicommissum, quod hæc lex ostendit, dum ait: Libertos eam fundum petere posse *ex causa fideicommissi, rei seruandæ causa*, inquit, id est, legatorum annuorum seruandorum causa, vt scilicet in eius fundi possessionem mittantur, vt in eius fundi possessione sint legatorum seruandorum causa, quæ veteribus videtur fuisse appellata missio in rem, scilicet per fideicommissum relictam, *l. 1. C. comm. de leg. & Nouell. 39.* Et hoc est, quod ait Papinianus, *ex causa fideicommissi rei seruandæ gratia fundus recte petetur*, quem scilicet testator legatorum nomine pignus esse voluit. Ad hanc vero Papiniani sententiam Paulus notat; etiamsi testamento legatariis prospectum sit speciali pignore fundi hereditarij, quod petere & possidere ex causa fideicommissi possint, legatorum annuorum seruandorum causa, non idcirco minus posse etiam prætorium pignus constitui, in cæteris rebus hereditariis eorundem legatorum seruandorum causa, legatariis scilicet missis in possessionem omnium rerum hereditariarum, forte propter inopiam, postulantibus legatariis, herede non satisdante legatorum nomine ex edicto prætoris, ex edicto, vt legatorum nomine caueatur, & edicto, vt in possessionem legatorum: cum testamentario pignore pignus prætorium concurrere posse, nec alio aliud perimi: cautionem testatoris non tollere vulgarem cautionem legatorum introductam edicto prætoris. Hæc est nota Pauli, quæ vt mihi quidem videtur, satis aperte refellit, quod DD. vulgo dictitant: *prouisionem hominis tollere aut elidere prouisionem legis aut edicti prætorij, quod pro lege est, ex l. vlt. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Quod quidem nec ex eis ij, qui eruditiores sunt, temere admittunt, nisi forte cum cautio legis maior, pleniorque non est ea quam adhibuit homo: nam si cautio legis plenior sit, nec mea mens hæc est, vt mihi eam auferam minuscula aliqua & abundanti cautione mea, nec eam quoque contra ius publicum sua cautione mihi alius quisquam auferre possit, vt in specie huius legis, in qua plenius est pignus prætorium, quam pignus testamentarium: Nam pignus prætorium constituitur in omnibus, quæ sunt in causa hereditaria, quæve dolo malo heredis in ea causa esse desieruut: testamentarium autem pignus constituitur in vna re tantum, idcirco cautio testatoris non tollit cautionem legis, siue edicti prætorij, quæ plenior atque pinguior est. Et ad id quoque Doctorum vulgare dictum comprobandum nihil facit illa *l. vlt. C. de pact. conuent.* quia in eius legis specie

non concurrit prouisio legis cum prouisione hominis. de expressa & tacita hypotheca ibi agitur, qua mulier contendit, res mariti sibi esse obligatas pro rebus suis, quas ei dedit extra dotem, id est, pro paraphernis, vt vocant, & vbi mulier sibi cauit expressa hypotheca pro parapher-nis, ostenditur, non concurrere tacitam, cessare tacitam, & retro tacitæ locum esse, quam Iustinianus dedit mulieribus, ita demum, si non concurrat expresse: si expressam mulier sibi de hypotheca pro parapheris non cauit. Non concurrunt igitur, & consequenter non mirum, si non elidat alia aliam: nam elisio fit veluti conflictu quodam & concursu duorum corporum. Porro argumento huius legis 9. non male tentat Dynus vetus Interpres iuris, fuit ante Bartolum, etiam legatariis à testatore constituto speciali pignore legatorum nomine, posse eos in cæteris rebus hereditariis, si hoc malint, exercere ius taciti pignoris, quod eis primus Iustinianus dedit, *d. l. 1. C. comm. de leg.* Neque enim ante Iustinianum legatorum nomine habebant legatarij tacitam hypothecam in hereditariis bonis, sed expressam tantum, quam sibi cauissent ipsi, vel ipsis cauisset testator, quod & Accursius significat in *l. 5. §. postquam, vt in poss. leg.* & in *l. 3. C. eod. tit.* Qui tamen à semetipso dissentit in *l. creditoribus, de separ.* dum scilicet eam legem accipit de tacito pignore, quod Iustinianus legatariis dedit in omnibus defuncti bonis, adducta *l. 1. C. comm. de leg.* qua id Iustinianus dedit primum, cum tamen ea *l. creditoribus* de eo tacito pignore non sit, nec vero possit esse, cum nondum esset introductum illud taciti pignoris genus; sed est de prætorio pignore, quod constituitur legatariis missis in possessionem bonorum hereditariorum, legatorum suorum seruandorum causa, *l. missio, inf. pro empt.* Et idem Accursius etiam imprudenter in *d. l. 5. §. postquam*, ait, hodie legatarios iure taciti pignoris, iure Iustinianiei pignoris, tanquam hypothecarios creditores præferri chirographariis creditoribus defuncti, quia, vt hoc statim appareat, manifesto falsum esse, toto iure cautum est, vt loquuntur Impp. *C. Theodos. in l. 1. si cert. pet.* ex chirographo legatum non deberi, nisi deducto ære alieno, id est, dimissis creditoribus hereditariis, ne ex testamento quidem militis, *l. 1. §. denique, ad SC. Trebell.*

Ad L. X. Seio.

Seio amico fidelissimo, si voluerit, sicut meis negotiis interueniebat, eodem modo filiorum meorum interuenire: annuos senos aureos & habitationem, qua vtatur, præstari volo: *non ideo minus annua Seio pro parte hereditaria viuentis filiæ deberi placuit, quod ex tribus filiis Titiæ duo aliis heredibus institutis, vita decesserunt: cum tam labor, quam pecunia, diuisionem reciperent.*

IN hac lege sunt breuia aliquot, nec admodum difficilia responsa Papiniani. Lex primum pertinet ad speciem huiusmodi: Titia cum haberet duos filios & vnam filiam, & omnes puberes, eos heredes fecit ex æquis partibus. & Seio negotiorum suorum procuratori, si quidem vellet etiam post mortem suam eodem modo filiorum suorum negotiis interuenire, filiorum suorum negotia gerere, reliquit annuos senos aureos, & præterea habitationem, qua etiam tum tempore testamenti beneuolente Titia Seius vtebatur, & auxit beneficium Titia, ei relinquendo eandem habitationem, vt ea vteretur post mortem suam, alioqui habitatio finita fuisset morte Titiæ, *l. Lucius, de donat.* Post mortem vero Titiæ duo filij vita decesserunt, extraneis heredibus institutis, sorore præterita, atque adeo ad extraneos transmiserunt portiones suas, quas habebant in bonis maternis, non ad sororem, quam omiserant, quæ illis superstes fuit: quo factum est, vt nunc Seius tantum administret negotia pro parte hereditaria filiæ superstitis, non etiam pro parte filiorum defunctorum, quæ transferunt ad extraneos. Vnde quæritur, vtrum minuto labore Seii, qui certe minutus est, cum ei nunc tantum incumbat onus administrandorum negotiorum, quæ ad filiam pertinent pro portione hereditaria, id est, pro triente: an, inquam, minuatur etiam annuum certorum nummorum, quod Seio relictum est intuitu laboris, quem caperet in administrrndis negotiis filiorum testatoris, an vero integrum legatum, id est, annui seni, quotannis Seio debeatur. Et respondet Papinianus, non deberi Seio quotannis integrum legatum, id est, senos aureos, sed pro parte tantum hereditaria superstitis filiæ, id est, binos aureos, quia vt labor, ita & pecunia diuisionem & deminutionem recipit. denique cum labore deminuitur, & pecunia, laboris præmium. Recte autem ponit Iurisconsultus filios sibi extraneos heredes instituisse, sororem omisisse; nam si sororem instituissent, non minueretur labor Seii. nec annua præstatio igitur, quod & Bartolus recte obseruauit hoc loco. At quæro quid sit dicendum, si omnes viuant, nec velint tamen Seium negotiis suis interuenire, an Seius, quia per eum non stat, quo minus filiorum negotiis interueniat, secundum voluntatem testatoris, feret quotannis legatum, quod sibi relictum est? Et sane videtur, non ideo minus Seio deberi legatum annuum senum aureorum, quia per eum non stat, quo minus negotiis filiorum interueniat, excepto vno casu, si filij forte habeant iustam causam illum reiiciendi ab administratione, *l. Mauia, §. 1. hoc tit. l. pater, §. vlt. de con. & demonst.* Quid enim, si Seius non ex fide bona negotia administret, si fides eius arguatur? Annua sena ei relicta sunt fidei remunerandæ causa, quod indicant illa verba: *Seio amico fidelissimo*, & quæ sequuntur, *si voluerit, sicut meis negotiis interueniebat, eodem modo*, &c. *Eodem modo*, id est, pari fide & diligentia. Denique sena relicta sunt fidei remunerandæ causa, ideo si fallat fides, sane non debentur, quæ fidei remunerandæ causa annua relicta sunt. Rursus quæro quid in hac specie sit dicendum de habitatione Seio relicta, de qua nihil Papin. respondit, sed de annuis senis tantum? & putem non esse eandem causam annuæ habitationis & annuæ præstationis: nam annua præstatio, quæ in pecuniam consistit, facile diuidi potest. Habitatio est indiuidua, vt Accursius docet recte in *l. 1. §. si vsusfruct. ad leg. Falcid.* Itaque etiam si imminutus sit labor Seij morte duorum filiorum, qui reliquerunt heredes extraneos, tamen integra habitatio Seio præstabitur, quia diuidi non potest. Ad hæc videamus, quemadmodum sit respondendum quibusdam legibus, quæ huic *l.* obiiciuntur, videlicet *l. annua, in princ. inf. hoc tit. l. Gaio §. 1. & l. Stichus, §. vlt. de alimen. legat. l. 1. C. de leg.* Omnium earum legum eadem est species. annua alimenta Titio legata sunt sub conditione, si moraretur cum matre, vel cum filio testatoris, vel quod idem est, *quoad cum eo eaue moraretur:* Nam vterque sermo conditionem facit, sicut si dixerit *si viuat*, vel, *quoad viuat, l. 4 & l. 5. sup. hoc tit.* Huic conditioni Titius paruit, id est, demoratus est cum matre aut filio, quamdiu vixit mater aut filius, quæritur, an & post mortē matris vel filij alimenta Titio debeantur? Et dicunt omnes certatim, deberi alimenta in perpetuum, id est, dum viuat Titius, nec finiri morte matris aut morte filij. Cur ergo, inquiunt, qui inde ducunt argumentum aduersus hanc *l.* & in specie huius *l.* non debentur annua sena integra, etiam post mortem filiorum, dum viuit Seius? Nihil est quod tam facile expediri possit. Ratio differentiæ hæc est, quia vt ante demonstraui, Seio annua relicta sunt fidei remunerandæ causa, quam exhibet in gerendis filiorum negotiis, simul ac laboris, quum in ea re impenderet remunerandi causa, ac proinde non propter vtilitatem legatarij, sed propter vtilitatem filiorum, qua finita aut deminuta, æquum est etiam remunerationem finiri, deminuiue. At in earum legum, quæ obiiciuntur, specie alimenta relinquuntur propter vtilitatem legatarij, pietatis causa, & conditio, quæ adscribitur legato, *si cum matre mea, vel cum filio meo moretur*, etiam vtilitatem legatarij respicit, vt habeat, vbi & cum quo moretur, non vt quid faciat & enitatur pro filio vel matre. Neque enim in morando cum eo,

eave vllus est labor, qui vtilitatem eius respiciat, imo inutilitas potius & onus. Itaque legatario alimenta perpetuo debentur, cuius solius prouidentia relicta sunt, sed addenda semper hæc exceptio, nisi euidenter probetur, ea fuisse relicta remunerationis vice, vt scilicet interim dum viueret, filio vel matri domi suæ præberet operas, obsequium, ministerium, id est, propter vtilitatem filij vel matris, *l. illis libertis 84. de cond. & demonstr.* Nam hoc casu, quem excipimus idem statuemus, quod Papinianus in specie huius legis proposita. Quod & merito Doctores trahunt ad mercenarium famulum, qui locauit suas operas quatuor hominibus, certa mercede nimirum, vt duobus abeuntibus, nec iam famulo dante operam nisi duobus reliquis, minuatur quoque pro parte dimidia eius merces.

Ad §1. Medico.

Medico Sempronio, quæ viua præstabam, dari volo, *ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt.*

IN hoc §. proponitur hæc species, mulier medico per fideicommissum reliquit, *quæ viua præstabat vel præstare solita sit.* non præstabat ei certam erogationem annuam, puta tot aureos quotannis, aut tot culeos vini quotannis, sed modo hac, modo illa re medicum munerabatur. Quæritur ex huiusmodi fideicommisso, quid medico debeatur? Et ait, nihil deberi; quia incertum est fideicommissum, incerta est liberalitatis voluntas, legatum incertæ rei vel quantitatis non valet, *l. cum post § gener. de iur. dot.* Paulus 3. *Sent. Legatum*, inquit, *nisi certa res sit, nullius est momenti.* Contra vero, si certa & stata fuerit erogatio annua, *certa forma*, inquit, *erogationis annuæ*, quam mulier medico suo facere solebat, proculdubio ea debetur.

Ad §. 2. Vxori.

Vxori præter id quod à me viuo annui nomine accipiebat, aureos centum dari volo, *annuum videtur, & semel centum aureos reliquisse.*

IN §. *vxori*, proponitur, maritum *præter id*, (hæc sunt verba mariti) *quod à se viuo vxor accipiebat annui nomine, alimentorum nomine legasse vxori aureos centum.* quæritur, an centum debeantur quotannis? Minime, quia id non expressit, nec repeti potest ex superiore sermone ἀπὸ κοινοῦ, vt Grammatici loquuntur, quoniam superiori sermoni iniectus est παρὰ διαλογήν, iniecta est taxatio hæc, *quod à me viuo accipiebat*, & ea centum ab eo viuo non accipiebat. Itaque etiamsi fingatur dixisse maritus au dicere voluisse, vt præterea mulieri centum quotannis præstarentur, huic dicto, quod adfingitur non congruit scriptum, quoniam non potest id repeti ἀπὸ κοινοῦ, *l. cum pater §. cum imperfecta, de leg. 2.* Semel igitur duntaxat centum vxori præbebuntur, quæ autem viuo marito accipiebat, & mortuo eo quotannis accipiet, quia illud, *præter*, includit, non non excludit.

Ad §. vltimum.

Libertis dari volo, quæ viua præstabam, *& habitatio præstabitur. Sumptus iumentorum non debebitur, quem actori domina præstare solita fuit vtilitatis suæ causa. Ideo nec sumptum medicamentorum medicus, libertus recte petet, quam vt patronam, eiusque familiam curaret, acceptabat.*

IN §. *vlt.* hoc ostenditur: Mulier libertis legauit simpliciter, quæ viua præstabat, quid legato cedit? Vtique cedunt annua certæ quantitatis, certæ erogationis, quæ viua eis præstabat, quo nihil est certius: cedit enim legato habitatio, quam viua eis præstare solebat, vt in *l. Sempronio,*

A *tit. seq.* Et generaliter legato cedunt, quæcunque eorum causa eis præstabat. At quæ eis præstabat sui causa, id est, propter suam, non propter vtilitatem illorum, legato non cedunt quod notandum: vt ecce non debentur sumptus iumentorum, quos liberto *actori*, id est, dispensatori suo patrona suppeditabat excurrenti ad negotia sua: non debentur etiam sumptus medicamentorum, quos liberto medico suo, vt se familiamue suam curaret, subministrauit. Medici ipsius erat coëmere & conficere medicamenta, nec vt fit hodie, alij conficienda mandare. Vnde & Paulus 3. *Sent.* instrumento medici legato ait, deberi omnem apparatum conficiendorum medicamentorum, imo & medici erat membra fracta obligare. Plaut. in Menech. *ab ægrotis medicus venit, obligasse se dicit Æsculapio crura:*
B *Apollini autem brachium.*

Leg. 11. explicauimus *sup.* in *l.* 4.

Ad L. XII. Caius Seius.

Caius Seius prædia diuersis pagis Mæuiæ & Seiæ legauit, & ita cauit, præstari autem volo ex prædiis Potitianis, prædiis Lutatianis annua arundinis millia trecena, & salicis mundæ annua librarum singula millia. *Quæro, an id legatum, defuncta legataria extinctum sit. Paulus respondit, seruitutem iure constitutam non videri, neque in personam, neque in rem: sed fideicommissi petitionem competiisse ei, cui prædia Lutatiana legata sunt: & ideo cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri.*

C SPecies leg. 12. quæ est pulcherrima, est huiusmodi: Testator Mæuiæ legauit *prædia Potitiana*, Seiæ autem legauit *prædia Lutatiana.* non erant ea prædia vicina. non erant adfinia siue confinia, sed posita, vt ait, *diuersis pagis*, diuersis regionibus, quod non frustra proponit, vt paulo inferius demonstrabitur. Itemque testator ex prædiis Potitianis, in quibus erant arundineta & salicta, præstari voluit (quæ verba sunt fideicommissi) prædiis Lutatianis, in quibus erant vineæ, arundinis annua millia trecena, *& salicis mundæ*, id est, candidioris factæ, detracto cortice, annua librarum singula millia, arundinis annua librarum millia trecena, & salicis annua singula millia. Arundo & salix perquam vtiles sunt ad iugandas vel alligandas vineas, nec mirum, si appendantur; cum & ligna olim solerent
D appendi & venire, scilicet, ad pondus, vt & hodie fit Auenione. Trebellius Pollio in Claudio, *Date*, inquit, *ligni quotidiani pondo mille, si est copia, sin minus, quantum fuerit, & vbi fuerit.* Illud autem obseruandum est, illa arundinis & salicis annua, quæ per fideicommissum relicta sunt prædiis Lutatianis Seiæ legatis, proculdubio Seiæ relicta videri, cui legata sunt prædia Lutatiana, neque enim ipsa prædia fideicommissorum capacia sunt: Quamobrem dubitatur, an mortua Seia, annua illa arundinis & salicis mundæ deberi desinant? Quia *annua* (quod præcipue notandum est ex hoc loco) etiam quæ non alimentorum nomine relicta sunt, solent finiri morte legatarij, *l. 8. hoc tit.* Et quæ conditio solet annuis vel menstruis adscribi, *quoad viuet*, vel *quamdiu viuet*, vt *l. 5. sup. & l. prox.*
E *inf. hoc tit.* Ea etiam plerunque adscripta esse intelligitur, *argum. l. vlt. C. de fideiuss.* maxime, si annua relicta sint ex fructu prædiorum, sicuti ea, de quibus agitur: nam arundo & salix in fructu prædij est, *l. qui fundum §. cum fundum, de contr. empt. l. 9. §. vlt. l. arbores §. vlt. de vsufr.* Et quamuis annuo legato ex fructibus prædiorum, vel ex redactu fructuum, vel ex reditu prædij, vel etiam annuo reditu legato, quamuis vt dixi, non videatur vsusfructus legatus, qui est ius prædij, ius quod prædium debet homini, quamuis non videatur eo genere legati vsusfructus legatus, *l. defuncta §. Sempronio, de vsufr.* tamen id legatum vsuifructui simile est, vel in hoc, vt morte legatarij finiatur, nec ad heredem eius transeat, sed ad heredem reuertatur, à quo relictum est, id est, ad proprietarium, *l. patrimonij, tit. seq. l. 6. vsufr. quem. cau.* In aliis autem quibusdam ab vsu-

fructu sane plurimum distat legatum reditus annui, vel legatum annuum, quod relinquitur ex reditu, vel ex fructu prædij. Primo enim heres non potest vendere fundum, id est, plenam proprietatem fundi, cuius vsusfructus alij legatus est. vendere tamen fundum potest heres, fundum, ex cuius reditu, cuiusve reditus alij legatus est in annos singulos: quo tamen facto heres non liberatur, sed tantundem debet legatario præstari, quantum ex reditu fundi redigi consueuerat. Item is, cui vsusfructus fundi legatus est, ibi habitare prohiberi non potest, alter, cui annua ex fructu vel reditu fundi relicta sunt, ibi habitare ab herede prohiberi potest, quæ omnia ostenduntur in *l. fundi, tit. seq.* Neque iis quidquam obstat *l. cum ita, tit. seq. & l. si quis ita, de vsufr.* Nam si, vt ibi proponitur, ita legatum sit: Fructus annuos illius fundi illi do, lego, fateor vsumfructum illi legatum videri, id est, ius vtendi fruendi, quæ est seruitus personalis, non quod verba legati id ferant, quibus corpora fructuum potius, qui quotannis perciperentur, significantur, sed quia hæc fuisse mens testatoris videtur, vt ait *d. l. cum ita.* At si *reditum fundi* testator dare voluerit, vel ex reditu, vel ex fructu fundi, certum aliquid in annos singulos, tunc sane non videtur seruitutem constituisse, id est, vsumfructum, sed corpora fructuum tantum, vel redituum quantitatem, quam ex fundo redigeret heres, vel partem eorum, vt in *l. liberto, hoc tit.* *Reditus*, qui & *redactus* dicitur, à redigendo dicitur, & est proprie hodie pecunia, quæ ex locatione prædiorum à domino redigitur, *des fermes*, vt in *d. l. fundi, de vsu & vsufruct. leg. d. l. liberto, h. tit. & l. Titius 24. de præscript. verb. l. pen. §. insulam, de leg. 2.* Qui igitur reditum legat, non legat seruitutem, non vsumfructum, sed quod heres redegerit ex locatione prædij vel fundi. Et eodem modo in specie, *h. l.* ex prædiis Potitianis, certo pondere arundinis, & salicis legato prædiis Lutatianis, recte Paulus ait, *neque iure constitutam videri seruitutem in personam*, id est, seruitutem personalem vsusfructus, per quam prædia personis seruiunt, vt ait *l. dominus, de vsufr.* quia non vsumfructum legauit, sed ex fructu prædiorum, ex arundine, ex salice libras pondo aliquot. Neque item seruitutem in rem constitutam videri, id est, seruitutem realem, siue prædialem, per quam prædia prædiis seruiunt. Et ratio hæc est, ad quam Interpp. nonnulli animaduerterunt, quia hæ prædiorum seruitutes constitui non possunt inter prædia longe dissita, qualia illa erant, de quibus agitur, quod non abs re Paulus proposuit statim ab initio, nimirum ea fuisse posita diuersis pagis, sed prædiorum seruitutes constituuntur tantum inter prædia vicina, propter vtilitatem prædiorum, aut inter prædia adsita proxime, *l. 5. de seruit. rustic. præd. l. si ædes, & l. seq. de seru. vrb. præd.* Igitur ex illa scriptura, vt ex prædiis Potitianis, prædiis Lutatianis annua pondo præstentur arundinis & salicis tot; ex illa, inquam, scriptura, ne dicas seruitutem personalem aut realem constitutam esse, quia manifesta ratio refragatur, quam ante indicaui; sed dicas obligationem tantum personalem, aduersus Mæuiam, cui prædia Potitiana legata sunt, & petitionem ex causa fideicommissi Seiæ, cui Lutatiana legata sunt, competere, videlicet, vt sibi præstentur annua arundinis & salicis, quæ prædiis siue legatis relicta sunt. Et hæc est sententia *h. l.* quam & Rogerius secutus videtur, & quam belle confirmat *l. vlt. §. vlt. de contr. empt.* etiam si non de legatis sit, sed de stipulationibus. Verum hac in re pari iure legata & stipulationes sunt, sicut & in aliis plerisque, *l. 1. hoc tit.* Adeo vt ab iis sæpe ducatur argumentum ad illa, & contra, *l. seruum §. eum qui, de leg. 1.* Hæc vero est species *d. l. vlt. §. vlt.* Lucius Titius promisit de fundo suo prædiis Caij Seij stipulatoris centum millia modiorum frumenti annua. postea L. Titius, vt potuit, fundum suum vendidit, & dixit se eum vendere, quo iure, quaque conditione hodie est, vt eodem iure, eademque conditione eum emptor habeat, teneat, possideat. quæritur, an emptor annuæ præstationi frumenti obnoxius sit Gaio Seio? Et Scæuola in *d. l. vlt. §. vlt.*

A negat, emptorem huic pensitationi annuæ obnoxium esse, quia scilicet supra dicta stipulatione, neque realis, neque personalis seruitus constituta est, per quam prædia L. Titij seruiant prædiis Gaij Seij, vel Gaio Seio, sed contracta tantum est obligatio in personam L. Titij & heredis eius, à qua persona non potest recedere, quia personæ L. Titij omnimodo cohæret: denique non potest transire in emptorem, qui obligatus non est, ac nec fundi quidem comparati nomine transire potest in emptorem, quia nec fundus ille huic præstationi obnoxius est, sed L. Titium tantum, obligatio L. Titij, cum sit personalis, non potest sequi fundum, ergo nec emptorem fundi. Et illa verba quę vsurpauit Lucius Titius *de fundo*, demonstrant tantum vnde frumenti ille modus sumendus sit, vt in *l. quidam, de leg. 1.*

B Non etiam ius aut seruitutem fundo imponunt. Congruit omnino *d. l. vlt. §. vlt.* cum *h. l. 12.*

Ad L. XIII. Mæuia.

Mæuia nepotem ex Manio puberem heredem instituit, & Lucio Titio ita legauit. Lucio Titio viro bono, cuius obsequio gratias ago, dari volo annuos, quamdiu viuat, aureos decem, si rebus nepotis mei interueniat, omnemque administrationem rerum nepotis mei ad sollicitudinem suam reuocauerit. *Quæro cum L. Titius aliquo tempore Manij negotia gesserit, & per eum non constet, quo minus gerat, Publius autem Manius nolit eum administrare, an fideicommissum præstari debeat? Respondi, si non propter fraudem aliamve quam iustam causam improbandæ operæ causa re-*

C *motus esset à negotiis, quæ administrare secundum defuncti voluntatem vellet, percepturum legatum.*

§. 1. *Vxore herede scripta ita cauit:* Libertis meis omnibus alimentorum nomine singulis annuos denarios duodecim ab herede dari volo, si ab vxore mea non recesserint. *Quæro, cum paterfamilias sua voluntate de ciuitate difficile profectus sit; ea autem assidue proficiscatur, an liberti cum ea proficisci debeant. Respondi non posse absolute responderi, cum multa oriri possent, quæ pro bono sint æstimanda. Ideoque huiusmodi varietas viri boni arbitrio dirimenda est. Item quæritur, cum proficiscens eis nihil amplius obtulerit, ac per hoc eam secuti non sint, an legatum debeatur? Respondit, & hoc ex longinquis breuibusque excursionibus & modo legati æstimandum esse.*

D Duæ in *h. l.* de annuis legatis quæstiones proponuntur, de priore iam aliquid attigimus in *l. 10. in pr.* Testator Lucio Titio per fideicommissum reliquit annuos denos aureos, quamdiu viueret, sub conditione; si nepotis sui negotiis interueniret, omnemque eorum negotiorum administrationem ad sollicitudinem suam reuocaret. Lucius Titius aliquo tempore conditioni paruit, id est, nepotis negotia gessit, & nunc quoque in ea administrationem perseuerare paratus est, sed nepos opera eius amplius vti non vult, quæritur, an fideicommissum ei debeatur? Respondet ei deberi, quia per eum non stat, quo minus ea negotia gerat. Itaque conditio habetur pro impleta, vt in *l. 5. §. item si qua conditio, quando dies leg. ced. l. 14. de condit. & dem.* Et iniquum est eum, qui culpa va-

E cat, emolumento fideicommissi carere, *l. Titia §. si ea conditione, de leg. 2.* Verum hoc loco additur vna exceptio, nisi propter fraudem, aliamue iustam causam improbandę operę causa remotus sit à negotiis, quę administrare secundum defuncti voluntatem vellet, quod exposui latius in *d. l. 10.* Hoc tantum addi velim, quod Bartolus hoc loco notauit, quia rationi congruit remotum à negotiis ex iusta causa sequentis temporis annua ex causa fideicommissi non percepturum, cęterum pręteriti temporis, si ea nondum consequutus fuerit, vtique percepturum. Posterior quęstio, de qua agitur in *h. l.* hæc est; Libertis suis testator per fideicommissum reliquit, singulis annuos denarios 12. alimentorum nomine sub hac conditione, *si ab vxoris suæ latere, quam heredem scripserat, non recederent,* ipse

ipse quidem testator non facile solebat de ciuitate sua exire: at vxor eius, quam heredem scripsit, modo hac, modo illac extra ciuitatem assidue vagabatur, & nunc post mortem mariti vagatur assiduissime. Excursiones mulieribus gratæ sunt, sed quibus gratæ, summopere vitandæ, iuxta illud Theognidis ἐχθαίρω γυναῖκα περίδρομον. Ac quæritur hoc loco, an vxore patroni hac illac oberrante passim vbique liberti eam sequi debeant, ne fideicommissum amittant? Et respondet eleganter, quæ verba memoriæ mandanda sunt, non posse absolute responderi, *Cum*, inquit, *multa oriri possint quæ pro bono & æquo sint æstimanda*. Ideoque huiusmodi varietas viri boni arbitrio dirimenda est. Sensus hic est: Hanc quæstionem, quæstionem esse facti, non iuris: quæstionem esse facti, non iuris regula, nulla iurisperitorum tractatione siue explicatione decidi posse, vt ait lex *mora*, *de vsur.* iudicialem quæstionem esse, *l. Lucius*, *mand.* quæ ad iudicis aut viri boni cognitionem, aut æquum arbitrium remittenda sit, vt *l. 115. §. Seia*, *in fi. de verb. oblig. l. 2. C. plus val. quod agit. l. voluntatis*, *C. de fideicommiss.* Aristoteles 4. Ethicor. *Non est facile verbis distinguere ac definire ea, quorum iudicium in rebus singularibus, & in sensu consistunt, quæ variant subinde, nec semper eodem statu manent.* Finge: Mulier vult proficisci in locum aliquem inhonestum: sane eo casu vir bonus non arbitrabitur vt eam sequantur liberti: sicut si arbiter compromissarius iubeat in locum aliquem inhonestum adesse litigatores, velut in popinam, vel in lupanar, impune ei non paretur, *l. quid tamen 21. §. sed si 11. de recept. qui arb.* id est, non committetur ob eam rem pœna compromissi. In id etiam libertos non adiget vir bonus, nimirum vt sequantur mulierem, si importuno tempore aliquo mulier stulta excurrere velit, & multo minus, si vagari velit tota vita per terrarum orbem, argumento leg. *quod nisi*, *in fine*, *de oper. lib.* aut si libertorum comitatu vti velit supra modum, tanquam vilissimorum mancipiorum, vt in *l. Gaio 13. inf. de alim. leg.* quæ est ex eodem libro Scæuolæ. Quæstio etiam ea est facti, quam paucis hoc loco idem Scæuola attingit, si quæratur, an sequi liberti patroni vxorem debeant sumptu & vectura vxoris, an sumptu suo, vectura sua: Nam id æstimandum est ex varietate causarum, varie, nec absolute definiri potest, puta æstimandum est ex modo, ex quantitate legati. Ingens enim aut idoneus si sit legati modus, voluisse testator videtur, vt ipsi sequentes vxorem itinerarium sumptum facerent de pecunia legata. Idemque rursus æstimandum est ex spatio excursionum; breue enim si sit spatium, æquum est, vt ipsi viatica sufferant, quibus pro præmio laboris annuum fideicommissum adscriptum est: non enim si longinquum sit nimis spatium. Et ne longius euager, breuiter sic statuo: vbi iusta est libertis causa recedendi ab vxore, fideicommissum eis debetur: vbi iusta causa deficit, si ab ea recedant, fideicommissum eis non debetur. Id igitur omne dirimendum est arbitrio boni viri, vel vt T. Liuius loquitur, *æquo arbitrio*.

Ad L. XIV. Si cui.

Si cui annuum fuerit relictum sine adiectione summæ, nihil videri huic adscriptum, Mela ait: Sed est verior Neruæ sententia, quod testator præstare solitus fuerat, id videri relictum, si minus ex dignitate personæ statui oportebit.

Sciendum est, quod & iam monui sæpius *annuum* plerunque accipi pro annuo relicto alimentorum vice. Et potissimum hoc docui initio huius tituli. Et ita annuum in hac *l.* accipiendum esse demonstrat Accursius recte, cum hac *l.* collata *l. cum alimenta*, *inf. de aliment. leg.* quæ in alimentis ponit, quod hæc in annuis. Si annuum igitur legatum, vt hæc lex ait, Titio relictum sit alimentorum vice, non adscripta certa quantitate, certa summa, non continuo dicendum est, quasi incertæ rei inutile legatum esse, quod tamen Melæ Iurisconsulto videbatur, quia potest redigi ad certam summam. summa quidem annui non est expressa, sed tamen potest legatum alia via redigi ad summam certam. Itaque non est prorsus incerta, veluti habita ratione eius, quod viuus Testator Titio quotannis erogare solebat, si modo id habuerit certam formam erogationis, vt ait lex 10. §. 1. *huius tit.* certum statumque modum exactionis, aut semper scilicet, aut tempore saltem proximo morti, vt ait lex *Mela*, §. 2. *de aliment. legat.* Nam si quis varie pro alimentis faciebat erogationes, nouissimum tempus spectandum est, quantam scilicet tempore proximo morti erogare solitus erat. Habita igitur ratione eius, quo Titio viuus testator præstare solitus erat quotannis, legatum illud, cui non adscripta est certa summa, poterit redigi ad certam summam: Nam & post mortem suam testator eandem erogationem fieri voluisse videtur, perinde atque si dixisset, annuum quod viuus præstabam. Quod si inde ratio nulla certa dici possit, vel quia nihil ei viuus præstabat, vel quia liquido non apparet, quantum ei præstare solitus esset, tunc *ex dignitate personæ legatarij* æstimandum esse ait, arbitrio scilicet boni viri, æquo arbitrio, quantum ei pro alimentis quotannis erogari oportet. Alimenta enim sunt eroganda pro dignitate personarum, sicut & seruis diaria demensa erogari solebant pro qualitate ministerij, *l. seruis vrbanis*, *de legat. 3.* Id igitur æstimandum est ex dignitate personæ legatarij. adde, atque etiam ex dignitate personæ testatoris, vt est proditum de operis patrono debitis, *l. eius artificij*, *inf. de oper. libr.* Ex dignitate igitur & ex facultatibus testatoris, & ex charitate, qua legatarium complexus est, hæc omnia æstimabit bonus vir, atque perpendet, atque ita legatum incertum certum faciet legatum, cui non est adscripta certa summa, rediget ad certam summam. Neque enim videtur voluisse testator inutiliter legatum relinquere. denique voluntas testatoris ad effectum perducetur officio iudicis, aut arbitri, æquo arbitrio. arbitrium boni viri, velut certam quantitatem exprimit quæ sunt verba legis *1. de legat. 2.* summe notanda: nam nec incerta est quantitas legati vel contractus, licet non sit expressa, quam certæ coniecturæ, certa argumenta, certam faciunt, vel vt ait lex 10. §. *vlt. de reb. dub.* quæ per iudicis subtilitatem manifestatur.

Ad L. XV.

Iauolenus: *Eum, qui rogatus post decem annos restituere pecuniam, ante diem restituerat: Respondit, si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, in diem, fideicommissum relictum probetur, & perdituro ei id heres ante diem restituisset, nullo modo liberatum esse. Quod si tempus heredis causa prorogatum esset, vt commodum medij temporis ipse sentiret, liberatum eum intelligi: nam & plus eum præstitisse, quam debuisset.*

Testator heredem rogauit, *vt post decem annos Titio præstaret certam pecuniam*. nihil refert dixerit, *post decem annos*, an, *in annos decem*. Nam siue hoc, siue illo modo legauit, non nisi nouissimo eius temporis die legatum debebitur, id est, nouissimo die decennij, *l. si in annos*, *de condit. & demonstr.* At quæritur, si heres eam pecuniam legatario repræsentauerit, præstiterit ante diem, id est, intra decennium, an liberetur? Et Iauolenus hac distinctione vtitur, qua & ante eum in quæst. fructuum Pegasus vsus erat, *l. si ita relictum*, §. *Pegasus*, *de leg. 2.* Aut fideicommissum in diem Titio relictum est propter ipsius Titij personam forte impuberis, cui statim pecuniam committere neque tutum neque vtile erat, quia, vt ait, rem suam familiarem nondum tueri poterit. Et hoc casu si perdituro, si consumpturo, si scorto protinus daturo adolescenti heres sciens fideicommissum

ante diem restituerit, non liberatur, quia fecit contra prudens consilium testatoris. Aut non prouidentia fideicommissarij, sed heredis gratia in diem fideicommissum relictum est, ne statim vrgeretur ad solutionem, sed commodum medij temporis, quod appellatur vno verbo in iure nostro *interusurium*, ipse sentiret. Et hoc casu soluendo ante diem liberatur, quia & plus soluit quam debuit. hæc est ratio Iauoleni, cui similis est ea, quæ proponitur in *l. 7. de aqu. plur. arcend.* Plus soluitur non re tantum, sed etiam tempore, vt & minus soluitur non re tantum, sed & tempore, quod Institut. docent *lib. 4. tit. de action.* Et ideo in aliis obligationibus omnibus, quoties dies adiicitur debitoris gratia, quoties differtur actio siue petitio debitoris gratia, debitor soluendo ante diem liberatur; & ideo, quod notandum est, quamuis plus tempore soluerit, non habet soluti quasi indebiti condictionem, vbi ei, qui soluit, liberatio contingit, non eidem vnquam competit condictio indebiti, *l. in diem, de condict. indebiti, l. qui res, paragraph. mihi dare, de solut.* Et huc pertinet lex *quod quis, de oblig. & action.* quæ est & de legatis, & de stipulationibus, & *l. stipulatio ista paragraph. inter incertam, de verb. obligat.* Sunt & multæ aliæ, quæ huc pertinent, lex *continuus paragr. cum ita, circa fin. de verbor. obligat.* Et hoc, vt dixi, si debitor soluerit ante diem, cum dies solutionis ipsius gratia appositus esset, si soluerit, atque adeo si creditor solutum acceperit, alioquin oblatam pecuniam ante diem creditor accipere non cogitur, nec si recuset eam accipere, quæ offertur ante diem, moram videtur facere, & consequenter oblatione, imo nec obsignatione & depositione debitor liberatur, quia solutio fieri debet, quodve solutionis instar est, vt obsignatio & depositio, congruo loco & congruo tempore, *l. si soluturus, de solut.* Denique inuito creditori ante diem solui non potest. Nam importunum aut incommodum forte creditori est, pecuniam ei solui præmaturius. Quamob rem apud Titum Liuium 36. Carthaginensibus Populo Romano offerentibus præsentem pecuniam, quam pluribus pensionibus in plures annos debebant, recte responsum, nullam se pecuniam ante diem accepturos. Et recte etiam Doctores nostri statuunt, recte dominum recusare solutionem canonis, qui solet inferri domino certis statisque pensionibus, temporibus, quam emphyteuticarius ante diem facere paratus est, quia id ei forte importunum est, aut certe incongruum, qui mauult quotannis emphyteuticarium offerendo & soluendo canonem dominum suum agnoscere, à quo fundum tenet. Neque obstat huic sententiæ lex 3. *paragr. quod si seruus, de statulib.* seruus liber esse iussus est, si annua, bima, trima die daret triginta, qui dies certe adscribitur ipsius statuliberi gratia. Ille vt maturius perueniat ad libertatem, statim initio offert triginta integra, heres recusat, quid fiet? *Benignus est*, quæ verba hanc obiectionem soluunt: Benigne igitur receptum & fauore libertatis, vt seruus maturius perueniat ad libertatem, vt fiat liber seruus, si heredi statim integram summam offerat, hoc est ex æquitate tantum, non ex iure. Neque vero hac in re quod dixi ex *l. quod quis, de obligationibus & actionibus*, quidquam distant legata à stipulationibus, aut stipulationes à legatis, videlicet, cum dies adiectus est debitoris gratia, id est, promissoris vel heredis gratia. At cum dies adiectus est creditoris gratia, puta stipulatoris, aut legatarij, est aliqua & quidem magna differentia inter legata, & stipulationes: nam si dies adiecta sit gratia legatarij, heres non liberatur volenti legatario soluendo ante diem, quia contra prouidentiam testatoris fecit, qui non ita, vt rogatus est, legatario soluit legatum aut fideicommissum. Et ita accipi velim leg. *sed etsi ante diem, ad Trebell.* vt in illa *l. ante diem* sit, non ante diem institutionis heredis, sed ante diem fideicommissi: vt si heres restituerit hereditatem, restitutio pro non facta habeatur, *quia non ita restituit*, inquit, *vt rogatus est*: quia fecit contra prouidentiam testatoris, quod si dies apposita sit gratia stipulatoris, quia eam ipsemet stipulator sibi apposuit, sibi adiecit, non alius stipulatori, cur quæso non liceat ei ab ea desciscere, & debitorem liberare, si velit, accepta omni pecunia ante diem, quia non contra alterius, sed contra suam tantum prouidentiam facit, & liceat vnicuique mutare consilium suum, si modo id fiat sine fraude alterius, idque latius demonstrabimus in *l. stipulatio ista, §. inter incertam, de verb. obligat.* Restat vt postquam sententiam legis explicauimus, videamus quid hæc lex faciat ad hunc titulum: Nam certe de annuis aut menstruis legatis aut fideicommissis non est, sed de vno legato vel fideicommisso relicto in diem, post annos decem. verum fuit forte, & credo esse verum, hæc lex posita est sub hoc titulo, quod distinctio eadem possit etiam ad annua legata accommodari. Multum enim interest, annua legentur legatarij, an heredis gratia, *l. 12. §. 1. l. 20. quando dies leg. ced.* Quod memini me fusius exponere initio huius tituli.

Ad L. XVI. Seruus post.

Seruus post decem annos liber esse iussus est, legatumque ei ex die mortis domini in singulos annos relictum est. Eorum quidem annorum, quibus iam liber erit, legatum debebitur. Interim autem heres ei alimenta præstare compellitur.

QVod est in hac lege, apertissimum est, sed singulare tamen & valde notandum. Seruus liber esse iussus est *post decem annos*, eidemque ex die mortis domini in annos singulos legatum relictum est libertas ei non obtingit, nisi nouissimo die anni decimi, *l si in annos, de condit. & demonst.* Ergo non nisi ab eo die, quo libertas obtigerit, legatum, quamuis sit relictum à die mortis, annuum ei debebitur, quia seruo proprio inutiliter legatur sine libertate, aut libertate relicta in diem, eidem seruo proprio inutiliter legatur ante tempus libertatis, *l. seruis, C de legat.* Cum liberis tantum hominibus est testamenti factio, non cum seruis propriis, & quod testamenti factio est cum seruis alienis, id ideo, quia cum dominis eorum testamenti factio est: & quod seruis alienis relinquitur, non ex persona, seruorum valet, sed ex persona dominorum, ex quorum persona, vt Theoph. noster loquitur, χαρακτηρίζονται. At quia alimentorum vice legatum illud annuum seruo relinqui videtur, ideo interim, antequam obtigerit ei libertas, seruo ei compelletur heres præstare alimenta, id est, extra ordinem compelletur officio iudicis. post libertatem ipse seruus habet actionem & petitionem legati annui, initio cuiusque anni, ante libertatem nullam actionem habet, sed tamen officio iudicis interim heres compelletur ei præstare alimenta: alia legata seruis propriis denegantur, non denegantur tamen alimenta, *l. seruos, de aliment. leg l. seruo alieno §. 1. de leg. 1.* Et scio testatores, qui etiam equis generosis, à quibus in acie seruati erant, testamento auenæ & pabuli certum modum legauerint, cibaria cuilibet animanti, etsi non iure debeantur, tamen præstanda officio iudicis. Symmachus in Epistola ad Valentinianum: *Seruis nostris, iusta commoda testamentorum non negantur.* ea iusta commoda, alimenta sunt, id est, cibaria, & vestiaria, & calciaria.

Ad L. XVII. Legatum.

Legatum ita est, Attiæ, donec nubat quinquaginta damnas heres meus esto dare, *neque adscriptum est*, in annos singulos, *Labeo, Trebatius præsens legatum deberi putat. Sed rectius dicetur, id legatum in annos singulos deberi.*

§. 1. Vini Falerni, quod domi nasceretur quotannis in annos singulos binos culeos heres meus Attio dato: *Etiam pro eo anno, quo nihil vini natum est, deberi duos culeos, si modo ex vindemia cæterorum annorum dari possit.*

IN l. 17. ostenditur, si Attiæ, *donec nubat 50.* legata sint, nec adiectum sit in annos singulos, id tamen pro adiecto haberi credo, quia ille articulus *donec*, id arguit: qui continuam quandam & assiduam præstationem supradictæ summæ significat, vsque donec puella nubat: integrior enim oratio est *vsque donec*, vel *vsque adeo donec*, vt & Cato loquitur, *Muriam*, inquit, *vsque adeo in sole habeto, donec concreuerit*, & sic in *l. 30. §. pen. sup. de leg. 3.* Hæc verba, *vxori, dum cum filio meo erit, ducenta dato*, ita Accursius accipit recte, ac si adiecisset in annos singulos. Idem enim efficit articulus, *dum, vsque, adeo dum*; sic & in specie *l. annua §. vlt. & l. cum quidam, inf. hoc tit.* annua decem relicta intelliguntur, etiamsi dictum non sit nominatim. Res non carebat dubitatione: nam, vt hoc loco ostenditur, Labeo & Trebatius existimabant, vnum tantum esse legatum 50. aureorum, cuius præstatione semel duntaxat heredem defungi oporteret. sed & verbis, vt dixi, & voluntati defuncti superior sententia magis accedit, quia eam summam videtur legasse, veluti pro solatio solitudinis & viduitatis, donec virum in quocunque loco, quacunque occasione nacta esset. Per singulos igitur annos quinquaginta videtur legasse, quibus vidua esset. Sequitur in *§. vini*: Testator legauit Titio vini Falerni quod domi nasceretur, quotannis in annos singulos culeos binos. *quotannis in annos singulos* dicit, vt & *l. ex eo, de vin. & ole. leg. & l. 19. inf. hoc tit. annuos quotannis*, alterum παρέλκον. Ex hac scriptura autem Iurisconsultus ait, etiam pro eo anno, quo nihil vini natum est, deberi duos culeos ex cæterorum annorum vindemia, vel superiorum, vel inferiorum, si exsuperauit, quia ea verba, *quod domi nasceretur*, neque conditionis, neque taxationis vicem obtinent. Idque confirmat etiam dicta lex *ex eo*, & lex *Lucius, de aliment. legat.* videlicet cum adiecit, *in annos singulos*, verba illa, *quod domi nascetur*, conditionem aut taxationem non faciunt. Neque obstat quæ tamen prima specie plurimum obstare videtur lex *cum certus, inf. de trit. vin. & ole. leg.* Quæ lex certo numero amphorarũ vini legato, ex eo quod in fundo illo, ex vinea illa natum erit, ait, non amplius deberi, quam natum sit, & consequenter si nihil natum sit horno, nihil debetur, quia illa verba, *quod ex illa vinea natum erit*, tunc taxationis vicem obtinent. Vtitur hac ratione, & sane ita est, quando præsentem tantum annum spectauit testator, nec adiecit in annos singulos, illa quasi taxatio *quod natum erit*, perimitur & infirmatur, & quia plures adscripti sunt anni, alter alteri fert suppetias, suppletur scilicet facile ex altero quod deest alteri, ac si mutua cognatione, mutuove vinculo coniuncti essent. Eodem modo respondendum est ad legem *si debitor §. 1. de contr. empt.* quæ etiam est coniungenda cum dicta *l. cum certus*, quæ est ex eodem auctore & libro, & definit similiter atque lex *cum certus.* Venditis decem pondo olei, *quod horno nasceretur*, non nato oleo, nihil debetur: natis quinque pondo tantum, emptori quinque pondo tantum debentur, nimirum quia & in dicta specie vnus tantum & præsens annus in considerationem venit, non plures anni, non plurium curriculum. Nec igitur ex sequenti anno sarciri potest, quod deest horno, quem solum spectarunt contrahentes. Neque huic responsioni nostræ satis perspicuæ rursus opposueris recte leg. *Firmio, in princip. quando dies legat. ced.* videlicet quod dicat, quinquaginta legatis ex reditu, vel ex fructu futuri anni, si primo anno, qui secutus est, nulli fructus prouenerint, expectandam esse vbertatem secundi anni, ex qua legatario reficiantur quinquaginta, vbi tamen non proponitur, legatum fuisse relictum, quod præstaretur semel ex reditu futuri anni. Et sane, quia dixit: *Ex reditu futuri anni*, non proximum tantum videtur demonstrasse, sed eum annum qui fructum ferret, nempe primum annum, siquidem fructus eius anni explerent quinquaginta, vel primo anno non respondente, secundum, vel si secundus non sufficeret, tertium. Nam & secundus & tertius vtique futurus ille annus est, quem testator intellexit, si vber modo fuerit & lætus, qui & quinquaginta largiatur. Et ita est explicanda *d.* lex *Firmio.* Aliter in hoc tractatu potest poni species. Finge ex fundo legatos aut promissos vini culeos tot. Non sunt quidem præstandi nisi semel, quia non adiecit in annos singulos, nec id sensisse intelligitur, sed nec sunt præstandi omnino ex eo, quod horno nascetur, quia id quoque dictum non est, sed sunt præstandi ex fundo; vti dictum est, hoc est ita vt si primus annus non respondeat, præstentur ex sequenti, quia hic sermo, *ex fundo*, omnem annum, quocunque quandoque vindemia responderit voto, complectitur. Et hoc ostendetur in *l. inter stipulantem §. pro quo & illud, de verb. oblig.*

Ad L. XVIII. Codicillis.

Codicillis testamento confirmatis fundum libertis legauit, eumque alienari vetuit, sed pertinere voluit & ad filios libertorum, vel ex his natos. Deinde hæc verba adiecit: A quibus præstari volo heredi, ex reditu eius fundi decem per annos singulos vsque ad annos triginta quinque à die mortis meæ. *Quæsitum est, cum heres Titio institutus intra trigesimum quintum annum ætatis decesserit, an residui temporis fideicommissum ex verbis supra scriptis heredis quoque heredi debeatur? Respondit deberi, nisi ostendatur, à libertis testatorem ad heredis trigesimum quintum annum respexisse.*

§. 1. *Sticho alumno suo centum, & menstruos decem; & annuos centum dari voluit. Et Semproniam, quam heredem ex triente instituerat, rogauit in hac verba*: Fidei tuæ committo, Sempronia soror, vti legata, quæ alumnis meis reliqui, ex medio recipias, & apud te habeas, quoad vsque commendatos habeas. *Quæsitum est, cum Sempronia, cuius fidei commissum sit, abstinuerat se hereditate, antequam secundum voluntatem defuncti perciperet pecuniam alumnis relictam, an Sticho de legatis actio etiam ante vigesimum quintum annum competat. Respondit, competere.*

PОnit initio, testatorem codicillis testamento confirmatis libertis fundum legasse: Recte *testamento confirmatis*: nam legatum codicillis testamento non confirmatis relictum non valet, fideicommissum valet, vt Vlpian. docet *lib. sing. reg. tit. de fideicommiss.* Hæc differentia est ex veteri prudentia iuris: Noua enim prudentia Iustiniani fideicommissa exæquauit legatis: & ideo sicut si quid fideicommisso relictum est, codicillis etiam testamento non confirmatis valet hodie, ita & legatum. Id in legato ante Iustinianum nunquam obtinuit, & ideo recte hoc loco, *Codicillis testamento confirmatis libertis fundum legauit.* Porro idem testator eum fundum alienari vetuit, non nudo præcepto, sed adiecto onere fideicommissi, vt is fundus scilicet seruaretur filiis libertorum, & ex iis natis, nudum præceptum non pareret obligationem, vt docuimus in *l. 7.* Idem testator libertos rogauit, vt ex reditu fundi legati heredi suo præstarent decem in annos singulos, ex die mortis suæ vsque ad annos triginta quinque. Hinc oritur quæstio, an si heres moriatur intra trigesimum quintum ætatis suæ annum, heredi heredis residui temporis fideicommissum debeatur. Et Scæuola respondit, deberi, rectissime: quia testator non dixit, *vsque ad annum ætatis heredis mei trigesimum quintum*, sed *ex die mortis meæ vsque ad annum trigesimum quintum*; nempe non respexit ad ætatem heredis sui, sed dixit tantum, se velle fideicommissum præstari heredi suo, non quoad viueret, sed vsque ad annos triginta quinque duntaxat: nempe vt in id vsque temporis duntaxat liberti obligarentur fideicommisso, non vlterius: denique libertorum gratia heredi ad diem fideicommissum reliquit, ideoque ad eum diem vsque id fideicommissum heres transmittet ad heredem suum. Si dixisset, vsque ad annum ætatis trigesimum quintum, vel si hoc sensisse

testatorem liberti probarent. Idem fere est in causa vltimarum voluntatum dixisse & sensisse, *l. 6. de adsignat. libert.* Atque ita si respexisset testator ad heredis ætatem, si heredis gratia, heredis prouidéntia annum fideicommissum produxisset ad annum trigesimum quintum fideicommissum morte heredis exstingueretur, nec transmitteretur ad heredem, quia hoc casu, quod additur in Basilicis, quamdiu viueret, heredi fideicommissum relictum videtur. Et comprobatur aperte hęc distinctio, quæ proponitur in hac *l. etiam l. si cum præfinitione, & l. Firmio, §. vlt. quanto dies leg.* Sequitur alia species in *hac l.* Alumno legaui centum, & insuper ei legaui menstrua dena, & annua centum, & sororem heredem scriptam ex triente rogaui, vt pecuniam alumno legatam ex medio, ex media hereditate perciperet, & seruaret alumno, quoadusque, id est, quamdiu eum commendatum haberet, quod est, donec alumnus, qui ætate minor erat, peruenisset ad ætatem legitimam viginti quinque annorum, quibus verbis non curationem minoris mulieri mandaui, quia nec mulieri eam mandare potui: Est enim curatio virile officium, sicut tutela, curator testamento non datur, quia lex 12. tab. de tutela tantum loquitur, non de curatione; sed voluit testator, vt pecunia alumno legata apud sororem pro deposito esset, vt eam restitueret alumno, cum peruenisset ad annum vigesimum quintum, vt in *l. Lucius paragraph. Mania, ad Trebellian, & leg. à filia 26. paragraph. vlt. eod. titul.* Et vt interim ei præstaret, quæ viuus ipse ei præstabat. Quæritur, si mulier repudiauerit hereditatem, nec receperit eam pecuniam, quæ alumno legata est, quam nec post repudiatam hereditatem recipere potuit, quia vt heredi commissa & commendata ei est, non vt cuilibet, quod hic Bartolus probat recte ex *l. Lucius. de fideicommiss. libertat.* Quæritur, inquam, an alumnus hoc casu possit statim petere pecuniam sibi legatam, etiam ante vigesimum quintum annum, quam soror defuncti non potest percipere, propterea quod se abstinuit eius hereditate? Et respondet, alumnum statim eam pecuniam petere posse. Et recte, quia pure ei primum legata sunt centum, non in diem, vel sub conditione, *leg. Firmio, paragraph. 1. quando dies leg. ced.* Menstruum quoque vel annuum primi mensis vel anni est purum, & sequentium quoque mensium vel annorum petitionem habet statim ab initio cuiusque mensis vel anni, *leg. 1. Cod. quando dies leg. ced. l. habitationis, tit. seq.* Et hæc est sententia alterius responsi huius legis. *Menstruum*, ne hoc ignoremus, etiam Latini dixere *Mensurnum.* Marcus Tullius, vt recte Priscianus legit *primo de Inuentione, tempus esse partem æternitatis, cum alicuius annui, mensurni, diurni, nocturni spatij certa significatione.* Priscianus in Epist. *Se à diuisione mensurna contineant*, & alibi: *Diuisiones mensurnas partiantur.* Boëtius de disciplina scholarium in Satyricis, inquit, *inhiabat atramentis mensurnis, historicis, sæpe diurnis.* Et alibi, *in editionibus quoque Physicis mensurnis*, & alibi, *accessit quoddam, si fas*, inquit, *est dicere mensurnum præmoliri debere.*

Ad L. XIX. Titia.

Titia, herede Seia scripta, vsumfructum fundi Mæuio legauit, eiusque fidei commisit in hac verba: A te Mæui ex reditu fundi Speratiani præstari volo Attio Pamphilo, & Attio Sticho ex die mortis meæ annuos sexcentos quotannis, quoad viuent. *Quæsitum est, cum Mæuius annua alimenta præstiterit post mortem autem eius fundus ad heredem Titiæ pleno iure redierit, an alimenta ex fideicommisso, Pamphilo & Sticho debeantur? Respondi, nihil proponi, cur debeant præstari ab heredibus Titiæ: cum ab vsufructuario alimenta relicta sunt: idem quæsit, an ab heredibus Mæuij legatarij præstanda sint. Respondi, nihil ab herede legatarij, nisi testatorem manifeste probetur voluisse etiam finito vsufructu præstari: si modo id, quod ex vsufructu receptum* A *esset, ei rei parandæ sufficeret.*

§. 1. *Qui Marco homini docto certa annua præstabat, testamento cauit*: Domina sanctissima, scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit: verum tamen & Marco dari octingenta. *Quæsitum est, an Marcus præstitis sibi ex causa legati octingentis, annua quoque consequi debeat. Respondit, nihil proponi, cur non secundum ea, quæ in consultatione collata essent, debeantur.*

§. 2. Lucio Titio auri pondo tria, quæ viua præstabam. *Quæro, cum testatrix quadraginta Titio, quoad viueret, salarij nomine certam summam, & amplius festorum dierum nomine certum pondus argenti, aut pro eo pretium præstiterit: an eadem ex causa legati vel fideicommissi ab heredibus eius Titio præstari debeant? Respondit, nihil proponi, cur præstanda* B *non sunt.*

IN *l. 19.* tres ponuntur species, & quæ ex eis ducuntur quæstiones totidem. Prima species hæc est: Testator Mæuio legauit vsumfructum fundi cuiusdam, eiusque fidei commisit, vt ex reditu eiusdem fundi Pamphilo & Sticho, quoad viuerent, à die mortis suæ præstaret annuos 600. alimentorum nomine, quæ alimenta etiam Mæuius, dum vixit, præstitit, ad eum modum, quem præscripserat testator ex fructu fundi, cuius sibi vsumfructum idem testator legauerat. Mortuo autem Mæuio, & consequenter finito vsufructu, & fundo pleno iure reuerso ad proprietarium, id est, ad heredem, quæ res in iure nostro consolidatio appellatur, vel confusio, quia commiscetur & confunditur mortuo fructuario vsusfructus cum pro- C prietate, & heres, qui viuo fructuario nudæ proprietatis dominus erat, nunc mortuo fructuario, incipit habere solidum fundum, solidam & plenam proprietatem, vt ait, *l. Sempronius tit. seq.* Et inde *consolidationis* nomen. Quæritur autem, an heres ex causa fideicommissi, Pamphilo & Sticho præstare teneatur annua alimenta, quæ viuus Mæuius præstabat ex fructu fundi? Et respondet Scæuola hoc loco, & etiam in *l. Stichus 20. paragraph. 2. de alim. leg.* heredem non teneri: quia non heres rogatus est alimenta præstare, sed Mæuius legatarius. heres non suffert onera indicta legatario; non teneri etiam heredem Mæuij, quia ad eum vsusfructus fundi non transiit, ex quo relicta sunt alimenta; non teneri, inquam, heredem Mæuij, nisi manifestissimis argumentis probetur, vo- D luisse testatorem etiam morte Mæuij finito vsufructu præstari iisdem, ex eo, quod ex commodo vsusfructus Mæuius redegisset, & ad heredem suum transmisisset, si modo id quoque præstandis alimentis sufficeret, parandis & præstandis annuis 600. scilicet. Nam etsi cauere soleat fructuarius proprietario, *finito vsufructu restituturum se, quod inde exstabit*, hæc sunt verba cautionis, *l. 1. in princ. & §. pen. vsufruct. quem. cau.* per hanc cautionem tamen non in hoc obligatur, vt restituat emolumentum, quod iam ex vsufructu fundi percepit, quoque factus est locupletior, fecitque heredem suum locupletiorem: neque etiam eiusmodi cautione id agitur, vt restituat fundum, cuius vsusfructus ei legatus est. Proprietarius enim rem suam inutiliter stipulatur, sed hoc genere E cautionis id agitur, vt restituat, quod inde exstabit, id est, possessionem eius, quod ex fundo exstabit, Basilica vno verbo ὑφεστηκότα: neque enim præstare tenetur, quod sine dolo malo, aut culpa eius ex fundo deperiit, vel deminutum est. Quod autem ait, testatoris heredem, ad quem vsusfructus rediit, alimentariis non teneri, non pugnat cum *l. si ab eo, tit. seq.* quæ solet obiici, quia ea *lex*, non de vsufructu loquitur, qui desiit esse & amissus ad proprietatem rediit, sed de vsufructu, qui nunquam cœpit esse, quique semper remansit penes proprietarium. Vsusfructus ille, qui recurrit ad proprietatem, sine onere recurrit ex causa lucratiua. hic qui nunquam à proprietate recessit, remanet penes proprietarium cum onere, vt si ab herede Titio legatus sit vsusfructus, & à Titio alij fideicommissum relictum: Titio, viuo testatore vita

defuncto, aut repudiante legatum post obitum testatoris, vsusfructus fundi remanet penes heredem cum onere fideicommissi, etiam ex testamento militis, vt ait *d. l. si ab eo, & l. vlt. inf. de his, quæ pro non script. hab.* Denique fideicommissum heres præstare debet, quod legatarius nunquam debuit, neque debere potuit, cum ad eum legatum non peruenit, *l. 78. de leg. 1.* quæ est coniungenda cum *d. l. si ab eo.* Et priore quidem casu, id est, legatario viuo testatore vita defuncto, non mirum, si vsusfructus remaneat apud heredem cum onere fideicommissi, quia & ad fiscum pertineret cum onere, si quidem & in vsufructu leges caducariæ locum haberent Iulia & Papia, quæ cætera legata, quæ deficiunt viuo testatore, puta morte legatarij, iubent esse *in causa caduci*, id est, recidere in fiscum, sed recidunt vtique cum onere ex Constitutione Imperatoris Antonini, vt Vlpian. scribit *lib. sing. reg.* Et fisco igitur non admisso, similiter remanere debet apud heredem cum onere, nec debet heredum melior esse causa quam fisci. Idemque seruatur, & quocunque alio casu non est locus legi Iuliæ & Papiæ, veluti libertis aut parentibus heredibus institutis, quoniam legata, quæ viuo testatore deficiunt, apud eos remanent cum onere fideicommissi, *l. Celsus, de leg. 2.* Extraneis heredibus institutis recident in fiscum, similiter cum onere fideicommissi. Posteriore autem casu, quem notaui supra, id est, legatario post mortem testatoris repudiante legatum, recto quidem & summo iure legatum apud heredem remanet sine onere fideicommissi, quod à legatario relictum erat: sed vt voluntas defuncti exitum habeat, nec intercidat fideicommissum, cogitur legatarius, qui repudiauit legatum in ipso articulo, vel paulo ante repudiationem, actiones suas fideicommissario cedere, *l. Imperator, de leg. 2. l. si filius §. vlt. de fid. lib.* vel etiam sine cessione, id est, etiam non cessis fideicommissario actionibus à legatario, fideicommissario accommodabuntur vtiles actiones in factum, vt Bart. sensit recte in *l. 8. §. certum, de leg. 2.* Nam in iure plerunque, vbi ex cessione siue mandato directa actio competit, sine cessione competit vtilis, *l. ex legatis, C. de legat. l. pen. C. de hered. vend. l. 4. C. si cert. petat.* Et hæc de prima specie h. l. Sequitur secunda in §. *qui Marco.* qui solebat salarium certum viuus præstare quotannis Marco amico suo, *viro docto*, inquit, cuius industria & disciplina vtebatur moriens vxore herede scripta, ita cauit: *Domina sanctissima, scio te de amicis meis*
D *curaturam ne quid his desit, veruntamen & Marco, &c.* Maritus dominus dicitur, *l. ea quæ, de don. int. vir. & vxor.* & vicissim vxor domina, *l. vxorem, in princ. de legat. 3. l. vlt. §. 1. de aur. & arg. leg.* Et nominatim Epictetus: αἱ γυναῖκες ἀπὸ τῶν δεκατεσσάρων ἐτῶν ἀπὸ ἀνδρῶν κυρίαι, καλοῦνται. *Mulieres*, inquit, *ab anno 14. à viris, dominæ vocantur.* Ex illa scriptura testamenti, quam hic Scæuola proponit, idem recte respondit, Marco non tantum octingenta deberi, quæ palam ei legata sunt, sed etiam salarium annuum, quod ei viuus præstare solebat. Id enim significauit his verbis: *Scio te de amicis meis curaturam, ne quid, &c.* Sicut nec me viuo quidquam eis deerat, quod perinde est, atque si dixisset: Scio te Marco & cæteris amicis præstituram, quæ viuus præstare solebam. si octingenta reliquisset Marco salarij, seu alimentorum nomine, sane non deberetur salarium, quod
E ei viuus præstabat. & hoc vult *l. alimenta §. Basilicæ, inf. de alim. leg.* quam obiicit Accurs. At non salarij, non alimentorum vice proponitur Marco octingenta legasse, sed salario consueto hunc honorem superadiecisse. Denique præter annuum, quod ei præstitit, & semel octingenta Marco reliquisse videtur, vt in *l. 10. §. pen hoc tit.* Tertia species hæc est. qui Lucio Titio viuus præstabat 40. annua, & salarij nomine, quo se tueretur & aleret certam summam, ac præterea festis diebus certum pondus argenti, aut pro eo pecuniæ numerum certum, quo ornaret se, & exhiberet domumve aut familiam suam, is eidem L. Titio reliquit, *quæ viuus præstabat auri pondo tria,*

A quoad viuet, hæc sunt verba testatoris, quæ auri pondo tria viuus præstitisse non proponitur, quid fiet? quidve de hoc legato statuemus? Et Scæuola respondit, tanti testatorem æstimasse videri summas & argenti pondo, quæ L. Titio viuus præstabat. Pondus & numerus mutuam functionem recipiunt, adeo vt heres qui iussus est certum pondus dare, æris, auri, vel argenti, ipso iure liberetur pro eo dando pecuniam numeratam, *l. 1. §. vlt. l. 9. l. cum aurum §. 1. de aur. & arg. leg.* Et inde hoc loco: certum pondus argenti, aut pro eo pretium. Et ideo ex hac scriptura testamenti Lucio Titio debentur ea omnia, quæ à testatore viuo accipere solebat, quæ consummata testator efficere existimauit auri pondo tria. Est subtilis Scæuolæ animaduersio.

B

Ad L. XX. Annua.

L. 20. Annua his verbis legauit: Si morarentur cum matre mea, quam heredem ex parte institui. *Quæsitum est, an mortua matre, conditio adposita defecisse videatur, ac per hoc neque cibaria, neque vestiaria his debeantur. Respon. Secundum ea quæ proponerentur, deberi.*

§. 1. *Attia fideicommissum his verbis reliquit:* Quisquis mihi heres erit, fidei eius committo, vti det ex reditu cœnaculi mei, & horrei, post obitum sacerdoti & hierophylaco & libertis, qui in illo templo erunt, denaria decem die nundinarum, quas ibi posui. *Quæro vtrum his duntaxat, qui in eo tempore, quo legabatur, in rebus humanis, &*
C *in eo officio fuerint, debitum sit, an etiam his, qui in locum eorum successerunt: Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, ministerium nominatorum designatum, cæterum datum templo. Item quæro, vtrum vno duntaxat anno, decem fideicommissi nomine debeantur, an etiam in perpetuum decem annua præstanda sint? Respondit, in perpetuum.*

ANnua alimenta testator libertis legauit, sub conditione, *si cum matre sua morarentur.* mortua matre viuo testatore, vel post mortem testatoris nihil refert, non desinunt libertis alimenta deberi, quia per eos non stat, quo minus cum matre morentur, sed per fatum conditionis humanæ, & ideo conditio habetur pro impleta, *l. 13 sup. hoc tit. l. 14. & l. 28. in princ. inf. de con-*
D *dit & demonst.* Legatum fuit conditionale, & non remunerationis vice pro opera impensa matri, vt *l. 10. sup. hoc tit.* Sed ipsorum tantum legatariorum respectu relictum est, quod latius memini me exponere in *d. l. 10.* Neque vero à sententia *h. l.* deflectit *l. in testamento 27. inf. de condit. & demonstr.* quam adduxit Accurs. quasi hunc *l.* consentientem, Barr. tamen quasi discrepantem. Est vero species *d. l. in testamento* & relatu & explicatu dignissima. Testator iussit *sibi ab heredibus suis monumentum fieri, ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Pub. Septimij Demetrij*, & nisi id heredes fecissent, magna eos pecunia multabat, vel ærario inferenda, vel collegio Pontificum. heredes, quia non erat in via Salaria monumentum Pub. Sept. Demetrij, ideo nullum defuncto monu-
E mentum fecerunt, quæritur an inciderint in pœnam. Et siquidem appareat testatorem sensisse de monumento Pub. Sept. Damæ. cui fortasse amicum & familiare erat, pro Dama Demetrium dicere, nec inepte. Nam idem est, *Dama*, vel *Damas*, & *Demetrius*, vt *Menas* idem est & *Menodorus*, & in Actis Apost. *Elimas*, pro *Elimodoro*, & in Pauli Epistola quadam *Olympias*, nomen viri non fœminæ, pro *Olympiodorus*. Et apud Fulgentium 10. Mythologiarum, *Artemon*, pro *Artemodorum*. Sic *Apollo*, *Apolonius*, *Apollodorus*, idem *Zenas* & *Zenedorus*. Idem & illo quidem casu cum de monumento Damæ probatur sensisse testatorem, quod soleret *Damam*, qui sic dicitur diminuta forma, *Demetrium*, dicere, quod non soleret conterere nomen Demetrij, illo casu heredes incidunt in pœnam, qui non fecerunt monumentum defuncto, ad

exemplum illius quod erat Pub. Sept. Damæ. At si non appareat, de quo monumento senserit testator, inculpati sunt heredes, & ideo aduersus eos pœna non committitur. Principis tamen aut Pontificum auctoritate, vt docuimus in *l. 7.* compelluntur defuncto monumentum adstruere, etiamsi ad nullius exemplum, quod nusquam apparet esse, tamen pro modo facultatum, & dignitate defuncti. Hæc est sententia *l. in testamento*, quæ omnino consentit cum *h. l.* Nam sicut in *h. l.* conditio legati defecisse non videtur si per legatarium non stat, quo minus eam expleat, ita in *l. in testamento*, pœna non committitur non facto monumento, si iusta fuerit causa heredibus non faciendi monumenti, cuius exemplum non habebant certum, de quo intellexisset testator. Altera species h. l. est in §. *Attia*, & est huiusmodi. Testator heredibus fideicommisit, *vt ex reditu cænaculi sui & horrei*, quod forte magno locare solebat, *sacerdoti & hierophylaco, & libertis illius templi ministerio destinatis*, vt Agonis illa liberta Veneris Erycinæ apud Cicer. in Diuinat. vt his, inquam, daret denarios 10. die nundinarum quas ibi posuerat, posuerat scilicet ibi nundinas siue mercatum, & instituerat permissu principis in agro suo, vbi illud templum erat: sine permissu principis, nec in agro suo instituere nundinas licet, *l. 1. inf. de nundin.* Ait autem Scæuola, denarios 10. non tam personis videri relictos, quæ tempore testamenti ministri illius templi erant, quam templo, non tam dico ministris, quam ministerio, vt in *l. 42. C. de Episc. & Cler.* Ad vsum nostri temporis, si quid Episcopo illius Ecclesiæ legatum sit, Ecclesiæ relictum videtur, nisi contrarium specialiter probetur, quod & confirmatur, *c. requisiuisse, ext. de testam. & can. Pontifices 12. qu. 3.* Ac præterea addit Scæuola, quamuis non adiecerit testator, *annuos*; puta dari denarios decem annuos, quod non adiecit, nec proponitur adiecisse, ei tamen templo dari deberi denarios decem quotannis, & in perpetuum, in æternum, quamdiu id templum manet, nec dissolutum fuerit, aut improbata eius loci religio, sicut & in *l. defuncta 58. §. vlt. de vsufr.* quæ cum hoc loco optime congruit. Relicta sexta parte fructuum ex reditu fundi, & nullo alio adiecto, dicitur eam partem sextam quotannis deberi, nimirum quia hoc satis significat reditus nomine, ex reditu. Est enim omnis reditus anno tenus.

Ad L. XXI. Liberto.

Liberto suo ita legauit: Præstari volo Philoni, vsque dum viuet quinquagesimam omnis reditus, quæ prædiis à colonis vel emptoribus fructus ex consuetudine domus meæ præstantur. *Heredes prædia vendiderunt, ex quorum reditu quinquagesima relicta est. Quæsitum est, an pretij vsuræ, quæ ex consuetudine in prouincia præstarentur, quinquagesima debeatur. Respondit, reditus duntaxat quinquagesimas legatas, licet prædia vendita sunt.*

§. 1. *A liberto, cui fundum legauerat ferentem annua sexaginta, per fideicommissum dederat Pamphila annua dena. quæsitum est, si lex Falcidia liberto legatum minuerit, an Pamphilæ quoque annuum fideicommissum minutum videatur: cum ex reditu legata sint, qui largitur, etiam si Falcidia partem dimidiam fundi abstulerit, annuam Pamphilæ præstationem. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, non videri minutum: nisi si alia mens testatoris probaretur.*

MVltæ & variæ continentur species in hac *l.* de annis & menstruis legatis, & omnes cognitu perquam necessariæ, nec tamen donatæ ab Interpp. plena aut perspicua interpretatione. Prima species hæc est. Patronus liberto vsque dum viueret, legauit quinquagesimam partem omnis reditus, *qui è prædiis*, sic legendum, non vt vulgo, *qui pro prædiis*, à colonis & ab emptoribus fructus ex consuetudine domus suæ præstabatur. Obserua quod ait, reditum prædiorum præstari à colonis, *partiariis* scilicet, vel ab emptoribus fructuum, id est, conductoribus siue redemptoribus, qui prædia nummis colunt, non partibus: nam *reditus* proprie est, qui redigitur ex locatione conductione prædiorum. Et ideo ait: Omnis reditus, qui ex prædiis à colonis, qui conductores sunt, & ab emptoribus fructus, qui etiam conductores sunt (alij colunt partibus, alij nummis) præstaretur, quinquagesima pars liberto daretur; sic igitur emptores fructuum hoc loco accipiendi sunt, pro conductoribus scilicet, vt Hygenus 2. *de limitibus constit.* quod ait, *mancipibus ementibus*, sic ipsemet interpretatur, *id est, conducentibus.* Eodemque modo Festus *emptitium* militem mercenarium, id est, conductitium, & Gaius scribens de publicanis, qui & ipsi proculdubio emptores siue redemptores, id est, conductores vectigalium sunt, adnotauit in *l. veteres, de act. empt.* Veteres promiscue vsos esse emptionis & venditionis appellationibus, non quidem in ipso negotio, quod proprie emptio venditio dicitur, emptionem venditionem appellantes, vel contra venditionem appellantes emptionem, quod nunquam fecerunt, sed vt subiicitur in *l. seq.* etiam in locatione & conductione promiscue vsos esse appellationibus emptionis & venditionis, locationem scilicet appellasse venditionem; vt & nominatim Festus scribit censorum locationem, olim à veteribus venditionem dictam; & contra conductionem appellasse emptionem, vel redemptionem. Vnde manifestum est post *d. l. veteres*, quod subiicitur ex alio libro Gaij, nempe ex 21. ad edict. prouinc. quo etiam eum tractasse de publicanis indicat *l. 2. de publ.* quæ ex eodem lib. sumpta est, id quod subiicitur esse interpretamentum, *d. l. veteres.* Et illo igitur loco, quod iam pridem ostendi, esse legendum, *id est, & in locatione & in conductione*, vt coniuncta *l.* vtraque, coniunctus vterque Gaij locus efficiat hunc sensum: Veteres emptionis & venditionis appellationibus promiscue vsos esse, etiam in locationibus & conductionibus. Verum ad rem. patronus liberto legauit partem quinquagesimam ex reditu prædiorum suorum, heredes prædia vendiderunt; quod iure licito fecerunt, *l. fundi, tit. seq. l. vlt. §. vlt. de contr. empt.* adeo vt nec onus legati sequatur prædia, vel emptorem prædiorum, quia neque prædialis, neque personalis seruitus constituta est, sed contracta tantum obligatio in personam heredis, & quæ non potest egredi personam heredis, & vel in prædia transire, vel in emptorem prædiorum, vt memini me fusius ostendere in *l. 12. sup.* At quæritur, an vsurarum pecuniæ, redactæ ex venditione prædiorum venditorum, an vsurarum inquam, eius pecuniæ, quæ ex consuetudine in ea prouincia frequentantur, heredes partem quinquagesimam legatario præstare debeant. Nec sine causa hoc quæritur, nam pretium videtur successisse in locum prædiorum, vt *l. si & rem, de pet. her.* & vsuræ pretij videntur esse loco reditus: quinimo sæpissime vsura pecuniæ reditus dicitur & fructus, *l. Titius, de præs. verb. l. 2. de vsufr. ear. re. quæ vs.* Ac præterea quem reditum prædiorum testator præfiniuit ex consuetudine domus suę, eum etiam reditum prædiorum nobis metiri licet ex consuetudine prouincię, in qua ea de re agitur, in qua venierunt prędia: quod enim est domus suę cuique mos in redituum ratione, id est prouincię mos in causa, in modo percipiendarum vsurarum, *l. 1. & l. 37. de vsur. l. idemque §. si procurator, Mand. l. cum seruus §. in vsurarum, de leg. 1.* Ratio igitur quærendi id, quod ante retuli & dubitandi non erat exigua. Videl. an non esset pręstanda quinquagesima reditus, qui ex consuetudine domus patrisfamil. redigebatur ex locatione prædiorum, sed quinquagesima vsurarum pecuniæ redactæ ex venditione prædiorum? Verum ea ratione Scæuola nihil mouetur: respondet enim, non consuetudinem seruandam esse, quę in prouincia seruatur in exactione vsurarum, vt pro ea consuetudine etiam pecunię redactę ex venditione prędiorum vsurę legatario pręstentur pro parte quinquagesima, sed spectandam esse consuetudinem domus testatoris, vt scilicet pro modo

redituum, quos ex suis prædiis ferre solebat, legatario supradicta quinquagesima præstetur, qua ratione seruata, plus feret legatarius, quam si vsurarum ratio haberetur pro more regionis. Terra enim multo maiore cum fœnore quod accepit, reddit, quam vlla vsurarum obligatio, vllave vsurarum exigendarum consuetudo atque finitio. Et si quando forte id reddit minore cum fœnore, atque adeo, si quando conductoribus remissionem fieri oporteret propter sterilitatem, *l. ex conducto* §. *2. loc.* hoc quoque casu ex voluntate testatoris legatario ex eo quod solebat redigi ex locatione prædiorum, etiamsi quo anno redactum nihil sit, pars quinquagesima præstabitur, *l. 17.* §. *vlt. sup. hoc tit.* quia testator dixit, vt quinquagesima reditus præstaretur ex consuetudine domus suæ. Itaque multum interest, vtrum reditus prædiorum, qui solebat redigi ex consuetudine, an vsuræ pretij redacti ex venditione prædiorum, quinquagesima legatario præstanda sit. Et quia reditus duntaxat prædiorum ex consuetudine domus testatoris quinquagesima legata proponitur, ideo prudenter ait Scæuola, reditus duntaxat consueti quinquagesimas esse præstandas, licet prædia vendita sint: legauit quinquagesimam, sed tamen quinquagesimæ præstabuntur consueti reditus. Sic enim ait. *Respondit, reditus duntaxat quinquagesimas legatas, licet prædia vendita sint*, quia etsi ea reditu quinquagesimam legauerit singulari numero, tamen quotannis multiplicatur legatum, vt *l. defuncta* §. *vlt. de vsufr.* qui ex reditu prædij legauit partem sextam, perinde est, atque si legasset partes sextas, hoc reditus nomen satis demonstrat, qui in se quotannis redit sua per vestigia, vt ille ait: Itaque valde notandum est quod ait, *quinquagesimas deberi.* Altera species hæc est: Liberto patronus legauit fundum ferentem 60. eiusque fideicommisit, vt *Pamphilæ ex reditu eius fundi daret annua dena alimentorum vice*, si lex Falcidia minuat legatum fundi liberto relictum, Scæuola tum hoc loco, tum in *l. maritum* §. *vlt. ad leg. Falcid.* scribit, non ideo fideicommissum annuum Pamphilæ minui, si modo ex residuo fundi reditu, quem legatarius percipit, parari & præstari integrum fideicommissum possit. Est enim relictum ex reditu fundi, & reditus qui superest, detracta Falcidia, integro fideicommisso præstando, id est, denis præstandis sufficit. Ergo integrum præstandum est. Fundus ferebat 60. Falcidia igitur abstulit legatario 25. quod superest heredi sufficit denis prestandis. Et congruit omnino cum hoc responso quod Papinianus ait, in *l. cum pater* §. *si pars, de leg. 2.* si is, cui mortis causa donatum est, qui non minus patitur Falcidiam, quam legatarius, si Falcidiæ locus sit, ex constitutione Seueri, *l. 2. C. de mort. caus. don.* si inquam, donatarius mortis causa donationis rogatus sit ex rebus donatis alij annua vel alimenta prestare, deminuta donatione per l. Falcidiam non minui fideicommissum alimentorum, sed de residuo si largiatur & sufficiat ad præstationem legati, integrum fideicommissi onus in residuo donationis consistere; & hoc facere non fauorem alimentorum; sed, vt ait, voluntatem defuncti, qui de maiori pecunia non dubie alimenta præstari voluit. Itaque si post detractionem Falcidiæ, maior sit residua pecunia, ex ea debent præstari integra alimenta, integrum fideicommissum, sine vlla deminutione. Idque verum esse ait Scæuola hoc loco, etiamsi Falcidia partem dimidiam fundi abstulerit. Quid vero hoc est? Lex Falcidia ex singulis rebus legatis aufert quartam, non dimidiam partem fundi. quid est igitur quod ait, *etsi Falcidia, &c. abstulerit?* Non dicit: *lex Falcidia*, sed *Falcidia.* Falcidiæ autem nomen est generale, nec enim portionem tantum complectitur eam, quæ hereditate onerata legatis supra dodrantem; de legatis detrahitur ex l. Falcid. sed etiam eam, quæ detrahitur de fideicommisso ex Senatusconsulto Pegasiano. Vtraque est quarta. Complectitur & eam, quæ detrahitur ex l. Glicia, quæ vulgo dicitur deberi iure naturali, quæ est etiam quarta, & fuit semper ante Iustinianum. hodie est tertia vel dimidia pro numero liberorum. Complectitur etiam eam, quæ ex constitutione Diui Pij impuberi arrogato, & sine causa emancipato, vel exheredato debetur, quæ est etiam quarta. Item complectitur eam, quæ patrono debetur ex l. Papia, quæ est dimidia pars cuiusque rei, quæ fuerit in bonis liberti, *l. 1.* §. *pen. si cui plus quam per l. Falcid. l. debitor* §. *1. de pig. act. l. 2.* §. *vlt. l. 43. & l. 45. de bon. lib.* Et ad hoc genus Falcidiæ, quæ patrono debetur, respexit Scæuola hoc loco, dum ait: *Etiamsi Falcidia partem dimidiam abstulerit*, puta iure patronatus: Nam iure testamenti, id est, iure l. Falcidiæ, Falcidia non aufert nisi quartam. Vt cum proponitur fundus ferre 60. non aufert nisi 25. Iure patronatus autem Falcidia aufert 30. aufert dimidiam partem. Ergo etiam si Falcidia auferat dimidiam partem fundi, non ideo tamen minuit annuum fideicommissum, quia tunc ex reditu alterius dimidiæ partis legatarius redacturus sit 30. quia totus fundus ferebat 60. Satis abundeque ea pars sufficit præstandis Pamphilæ annuis denis. illud maxime obseruandum est, non hoc Scæuolam dicere, quod est certissimum, ex sua persona legatarium non posse Falcidiam inducere in fideicommisso annuo à se relicto, sed hoc dicere, quod interueniente Falcidia minutum sit legatum fundi, non ideo etiam minui fideicommissum annuum. qua de re dubitari poterat: namque alias vni legatis pluribus rebus, vel donatis mortis causa, & ab eodem iisdem rebus omnibus, vel parte earum alteri per fideicommissum relicta, legatario vel donatario Falcidiam passo, minuitur quoque fideicommissum pro rata, non quod in in eo legatarius Falcidiam exerceat, quia non potest: hoc enim est heredis munus, non legatarij. Lex Falcidia lata est heredis causa, non legatarij, *l. potest, ad leg. Falcid.* sed quod heres ipsemet detraxerit Falcidiam ex singulis rebus legatis, etiamsi à legatario aliis essent per fideicommissum relictæ. quod autem heredis facto non legatarij, minutum est fideicommissum, id etiam deminutum legatarius fideicommissario præstat, *d. l. cum pater* §. *si pars, l. pœnales* §. *vlt. ad leg. Falcid.* Quæ lex idem esse ait, si viginti legatis, à legatario sint per fideicommissum relicta quinque, & heres ex viginti detraxerit Falcidiam, puta quinque: nam fideicommissario non præstabit legatarius solida quinque, sed quod deducto quadrante superetit, nempe tria & dodrantem vnius, & consequenter, si legatis viginti, à legatario sint totidem per fideicommissum relicta, & heres ex viginti detraxerit Falcidiam, id est, quinque, remanserint apud legatarium quindecim, legatarius fideicommissario præstabit id duntaxat, quod ceperit, quod apud eum remansit, id est, quindecim, non viginti, vt *l. Lucius* §. *heres, ad Trebell. l. si mihi Stichus. de leg. 1.* Denique legatarius imputat fideicommissario Falcidiam, quam passus est, & quam heres non minus detraxit ex aliis rebus vel summis legatis, quam ex ea re vel summa, quæ erat fideicommisso subiecta. Duo tamen casus excipiuntur in *d. l. pœnales* §. *vlt.* quibus legatarius fideicommissario non imputat Falcidiam, quam passus est. Vnus casus hic est, si testator legatarij fidei commisit, *vt totum quidquid ex testamento cepisset, alij restitueret*, quo genere non vetat testator Falcidiam deduci, sed quam deducere legatarius non potest, etiam declarat, se nec imputari velle fideicommissario, sed totum legatum velle præstari fideicommissario, etiamsi id minuerit Falcidia: aut debuit potius legatarius repudiare legatum, si intellexit Falcidiam interuenire. Alter casus hic est, si legatarius, qui passus est Falcidiam, rogatus sit *suum vel alienum seruum manumittere*, quia omnimodo fideicommissam libertatem præstare debet sine vlla imputatione. hoc vt ait lex illa, fauor libertatis exposcit. Porro his duobus casibus addi debet tertius ex hoc §. & *d.* §. *si pars*, si legatarius rogatus sit, *Ex reditu fundi legati annua dena præstare*, vel *alimenta præstare*, & detracta fundi Falcidia, tantum ex fundo legatario supersit, quantum annuo fideicommisso siue alimentis satis est. His tribus casibus exceptis

legatarius fideicommissario imputat Falcidiam, quam passus est. non detrahit ipse Falcidiam, sed quam detraxit heres, etiam ex re fideicommisso subiecta, merito fideicommissario imputat.

Ad §. II. Filium.

Filium ex dodrante, vxorem ex quadrante instituit heredes, & filij fidei commisit, vt nouercæ restitueret hereditatem: ab ea autem petit vt infirmitatem filij commendatam haberet, eique menstruos aureos denos præstaret, donec ad vicesimum quintum annum ætatis peruenerit: cum autem impleßet eam ætatem, partem dimidiam hereditatis ei restitueret, filius, deducta dodrantis parte quarta, ex qua institutus erat, nouercæ hereditatem restituit: & postea impleuit vicesimum quintum annum ætatis. Quæsitum est cum nouerca vniuersæ hereditatis haberet dodrantem, semunciam, & sicilicum, an eius partem dimidiam priuigno suo restitueret? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, tantum restituendum. quantum cum eo, quod Facidiæ nomine filius deduxisset, semissem faceret. Idem quæsiit, an quod infirmitati filij pater consulere voluerit, fructus quoque medij temporis nouerca eis restituere deberet. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, debere.

IN hoc §. proponitur tertia quæstio, cuius species talis est: Testator filium minorem, quam 25. annorum natum heredem institutum ex dodrante rogauit, *vt nouercæ suæ*, quæ vxor secunda testatoris erat, quam & ipse testator heredem instituerat ex quadrante, *vt ei restitueret hereditatem sine mora post mortem testatoris*, id est, vt ei restitueret dodrantem suum, & ab vxore petiit, vxoremve rogauit vicissim, *vt infirmitatem priuigni sui commendatam haberet, quoadusque peruenisset ad annum ætatis 25.* & est similis commendatio in *l. 18. §. vlt. sup.* & vt interim ei præstaret alimentorum vice menstruos aureos denos. Cum autem impleßet annum ætatis 25. vt ei restitueret semissem, id est, dimidiam partem totius hereditatis. hæc est voluntas testatoris, secundum quam, mortuo eo, filius nouercæ restituit hereditatem, deducta Falcidia, id est, deducto sextante & sicilico. hic est quadrans dodrantis. *Sicilici* voce vtitur, quæ est vox Syra sua origine, & is quid sit satis declarat Volusius Mæcianus Iurisconsultus in lib. illo singulari & pulcherrimo de asse, qui iuris studosis prius ediscendus est, quam Institutiones, & meo iudicio sane temere accedunt ad iuris disciplinam, quibus non bene nota est distributio assium. *Sicilicus* est quarta pars vnciæ. Ergo semunciæ dimidia pars. Vncia habet quatuor sicilicos. Semuncia duos. Deducto igitur sextante & sicilico, quę est Falcidia dodrantis, restituit filius nouercę semissem, semunciam & sicilicum. Impleto autem ætatis anno 25. quo nouerca rogata est vt filio restitueret semissem totius hereditatis, quęritur vtrum nouerca priuigno debeat restituere vniuersæ hereditatis, quę ad eam peruenit, semissem, id est, dimidiam partem, id est, trientem, semunciam, sicilicum, & sicilici dimidium, id est, tria scrupula, quoniam ad eam peruenit dodrans, semuncia & sicilicus, cuius pars dimidia est, quod dixi, triens, semuncia, sicilicus, & sicilici dimidium; ad eam, inquam, peruenit dodrans, semuncia, & sicilicus, nempe quadrans iure institutionis, quia instituta erat ex quadrante, semis autem, semuncia, & sicilicus iure fideicommissi à filio relicti; an vero, quia iam filius habet sextantem & sicilicum iure Falcidię, quam deduxit ex dodrante suo iure testamenti, vt ait *l. quis duos, de vulg. subst.* an, inquam, ad explendum semissem, ad explendam totius paternæ hereditatis dimidiam partem, satis sit nouercam ei restituere quadrantem tantum, semunciam, & sicilicum, quod Scęuola verius esse ait, quia testator non eius, quod ad nouercam peruenisset, sed totius hereditatis suæ semissem filium maiorem effectum habere voluit. Quamobrem Falcidiam, quam deduxit filius, imputabit in semissem sibi à nouerca, cum esset annorum 25. per fideicommissum relictum, quia Falcidiam sumpsit ex hereditate patris iure testamenti, vt dixi, ex lege Falcidia, & contra voluntatem patris tamen. Nam omnis Falcidia, omnis deminutio est contra voluntatem testatoris, qui solidum reliquit, *l. Titia, ad leg. Falcid.* Falcidia est contra voluntatem, sed potior est lex voluntate, vt in *§. hinc nobis. Nou. de hered. & Falcid.* Falcidia autem imputata in fideicommissum, id est, in semissem à nouerca relictum, quod semissi deest, id ei nouerca supplebit ex eo quod de mariti bonis ad eam quoque iure peruenerit, nimirum filio habenti tantum sextantem & sicilicum iure Falcidię, supplebit quadrantem, semunciam & sicilicum, id est, vt ait, tantum eis restituet, quantum cum eo, quod Falcidię nomine filius deduxit semissem facit hereditatis paternę. Ac præterea eius supplementi fructus, quos medio tempore nouerca percepit, priuigno restituet, optima ratione, quia testator diem fideicommissi contulit in ætatem legitimam filij, non vxoris, sed filij sui causa, vt infirmitati eius consuleret. Ergo fructus medij temporis filio perire non debent, quod omnino congruit cum *l. si ita relictum §. Pegasus, d. leg. 2. & l. 3. cum Pollidius, de vsur.* Verum ad hæc illud obseruandum, nouercam restituere priuigno non tantum quadrantem, quem iure hereditario percepit, quia ex quadrante instituta erat: sed & ex eo, quod iure fideicommissi à priuigno accepit, semunciam, & sicilicum, quantum scilicet explendo semissi hereditatis paternę satis est, quod pugnare videtur cum *l. si Titius, de legat. 3.* quam obiicit hoc loco Bartolus, quæ lex aperte ait rogatum restituere hereditatem, eam tantum partem restituere debere, ex qua institutus erat, non quam percepit iure fideicommissi. Sed in ea re nullus est labor, quoniam in hac specie manifestum est testatorem omnimodo voluisse vt filius totius hereditatis suæ semissem haberet; & hac in re tota voluntas testatoris spectatur: alioquin sane nouerca nihil ex eo, quod iure fideicommissi cœpit restituere, priuigno deberet. Et ita hæc quęstio explicatur illo loco: *filius, deducta dodrantis parte quarta, ex qua institutus erat: ex qua*, id est, ex parte dodrante: nam sic loquuntur nostri auctores, ex parte sextante, in *l. vlt. quando dies leg. ced.*

Ad §. 3. Lucius.

3. §. Lucius Titius testamento patriæ suæ ciuitati Sebastenorum centum legauit, vti alternis annis ex vsuris eisdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur: & adiecit hæc verba: Quod si conditione supra scripta recipere legatam sibi pecuniam ciuitas Sebastenorum noluerit, heredes meos obligatos ei esse volo, sed habere sibi pecuniam. *Postea præses prouinciæ ex nominibus debitorum hereditariorum, elegit idonea nomina, & in causam legati Reipub. adiudicauit. Post cuius sententiam respublica à plerisque adiudicatas sibi pecunias percepit, quæsitum est, an si respublica conditionibus testamento adscriptis postea non paruerit, legatum ad filios heredes pertineat. Respondit: rempublicam voluntati testatoris parere compellendam: ac nisi faciat, in his quidem summis, quæ per numerationem vel nouationem solutæ sunt, vtili repetitione heredes adiuuandos: ab his vero nominibus, quæ neque soluerunt reipublicæ, neque nouatione abscesserunt à pristina obligatione, non prohibendos, quo minus debitum petant.*

TEstator legauit 100. patrię suę ciuitati Sebastenorum, quę est ciuitas Armenię, vt constat ex *Nou. Iustiniani 31.* ex qua Belial, id est, Antichristum venturum Sybilla prędixit. Legauit autem eam summam supradictę ciuitati, sub hac conditione siue modo, vti alternis annis ex vsuris eius pecunię certamina sub nomine ipsius celebrarentur. hęc verba, *Vti*, vel *ita vt*, modum faciunt, non conditionem proprie, *l. libertas §. hac scriptura, & l. Mania, de man. test. l. Titio centum*, trib. aut 4. locis, & *l. si*

cui legatum 28. de condit. & dem. qui tamen modus effectu ipso pro conditione obseruatur, vt ait *l. 1. C. de iis, quæ sub mod. rel.* Imo & conditio appellatur sæpe, vt hoc loco & aliis locis innumeris: at modus sane non est proprie conditio suspendit, modus contrahit: conditio impletur ante præstationem aut petitionem legati, modus post præstationem: nam satis est, si in percipiendo legato sub modo relicto, legatarius caueat heredi de adimplendo modo, alioquin petenti legatum obstat exceptio doli, *l. eas, de cond. & dem. l. peto §. pen. de leg. 2. l. cum in testamento, de fidei. libert.* vel omissa cautione præstito legato, officio iudicis cogitur legatarius modum adimplere, *d. l. libertos §. hac scriptura, & d. l. Mauia.* Vel si per errorem cautio omissa sit, incerti condici potest. cautio est incertum quid, quia in iure, non in corpore consistit, & ideo repetitur, quæ imprudenter omissa est, condictione incerti, *l. 5. §. 1. de vsufr. ear. rer.* Repetitionem autem legati soluti ob cautionem non præstitam, & modum non impletum heres non habet, nisi ex iudicio expresso defuncti, *arg. l. pater, de dot. praleg.* vt in specie hoc loco proposita, quoniam proponitur cauisse testator nominatim, *vt si conditione sine modo supra dicto, Resp. Sebastenorum nollet recipere pecuniam sibi legatam heredes sibi eam pecuniam haberent, nec Reip. præstare tenerentur.* At finge, quod & hic proponitur, non soluentibus legatum heredibus, heredibus sibi legatum Reip. relictum retinentibus, sententia præsidis prouinciæ, apud quem ea de re questa est Resp. nomina quædam debitorum hereditariorum Reip. adiudicata sunt, quæ Resp. exigeret in causam legati, & vsque ad summam legati ea Resp. exegit, nec tamen modum legato adscriptum implet, non edit alternis annis certamina sub nomine defuncti: & ideo recte Scæuola ait, & conuenienter voluntati defuncti heredibus competere aduersus Remp. repetitionem pecuniarum, quas à debitoribus hereditariis sibi adiudicatis exegit, vel quarum nomine facta nouatione iussu præsidis debitores hereditarij se Reip. obligauerunt, nihil refert, debitores hereditarij soluerint Reip. iussu præsidis, an nouationem fecerint: nam & nouatio solutioni similis est, *l. si rem §. vlt. de nouat.* Solutio fit bifariam, per numerationem, vel per nouationem quod in *h. §.* hic locus indicat, *sumis*, inquit, *quæ per numerationem aut nouationem soluta sunt.* Pecunias autem solutas Reip. heredes à rep. repetent, condictione certi ob modum non impletum: nouatione autem sublata, obligationem repetent condictione incerti, per quam efficient, vt se debitores hereditarij reponant in pristinam obligationem, vel vt subiicit, si nondum solutio aut nouatio vlla interuenerit, quæ facta fuerit Reip. à debitoribus hereditariis Reip. adiudicatis, integrum erit heredibus etiam post adiudicationem præsidis prouinciæ, post adiudicationem nominum, agere ex obligatione hereditaria contra debitores. Vnde notandum adiudicatione nominum sola non exstingui obligationem pristinam, sed solutione perimi, vel nouatione: certi sunt modi tollendæ obligationis, *l. obligationum §. placet, de oblig. & act.* qui omnes enumerantur in tit. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Inter illos modos non est adiudicatio. Et ideo in iudicio etiam fam. ercisc. quamuis adiudicatione dominium rerum hereditariarum mutetur & transeat pleno iure in eum, cui adiudicatæ sunt ab arbitro fam. erc. §. *vlt. Inst. de off. iud.* tamen adiudicatione nominum obligationis status non mutatur, *l. 3. fam. erc.* Et præterea notandum ex *h. §.* solutionem iussu præsidis factam alij quam creditori, & non consentiente creditore, debitorem liberari, ac similiter nouationem factam iussu præsidis non ex voluntate creditoris, perimere pristinam obligationem, contra quam definiatur in *l. si Stichum 8. §. vlt. de nouat.*

Ad §. 4. Largius.

Largius Eurippianus consuluit, alumno certam pecuniam patronum testamento legasse, deque ea re testamento

A *ita cauisse: pecuniam, quam Titio liberto & alumno meo* legaui, esse volo penes Publ. Mæuium, vsque ad ann. 25. ætatis eius, proque ea computari cum eo vsuras quadrantes. Quantum autem in sumptum ei statuendum sit, tu Publi Mæui, cum patris affectum ei præstare debeas, æstimabis. *Quæsitum est, an heredes à Pub. Mæuio satis accipere debuerint, soluentes eam pecuniam. Respondit, cum testamento nulla exigendæ satisdationis commemoratio fiat, satis habuisse heredes, secundum voluntatem defuncti Publ. Mæuio pecuniam numerare. Et ideo nec Titius alumnus, vel heredes eius audiri debeant aduersus heredes patroni agentes, quod satis non exegerunt. Ex ea enim numeratione etiam à Titio, ac proinde etiam ab heredibus eius liberatos esse supra scriptos heredes, nisi viuente testatore Pub. Mæ-*
B *uius soluendo esse desierit: tunc enim cautio ab eo exigenda est.*

HIc §. etiam est magni momenti. Patronus liberto & alumno suo legauit certam pecuniam, quam quidem pecuniam non voluit solui statim legatario, sed voluit heredes suos eam soluere Publ. Mæuio, forte patri naturali istius liberti legatarij, quoniam subiicit loquens ad Pub. Mæuium, *cum patris affectum erga illum habere debeas.* denique pecuniam legatam liberto heredes suos voluit numerare seu soluere Pub. Mæuio vt sc. penes Pub. Mæuium esset, donec libertus ad ætatis 25. an. peruenisset, & cauit vt interim à Pub. Mæuio eius pecuniæ liberto præstarentur vsuræ quadrantes, quæ in 100. aureos quotannis reddunt ternos, proinde voluit vt pecunia legata
C apud Pub. Mæuium fœnori collocaretur, ad finem scilic. quadrantium vsurarum, itemque vt alimentorum modus, vt sumptuum modus legatario statueretur arbitrio Pub. Mæuij. Est eadem fere species, sed non quæstio eadem, in *l. à filia §. alumno, ad Treb.* Porro heredes eam pecuniam secundum voluntatem defuncti vltro soluerunt & pernumerauerunt Pub. Mæuio, non exacta satisdatione, quod officio eorum videbatur incumbere, pecuniam sc. alumno & liberto testatori reddi, cum peruenisset ad annum ætatis 25. Quæritur, an hoc imputare heredibus legatarius possit, vel heres eius, quod eam pecuniam Pub. Mæuio numerarint, non exacta satisdatione, non exacta securitate? Et respondet, hoc heredibus imputari non posse, quia testator non iniunxit eis, vt satisdationem exigerent, sed vt
D pecuniam tantum liberto legatam fœnori collocarent apud Pub. Mæuium, quod & fecerunt secundum voluntatem defuncti, ac proinde liberati sunt à legatario & ab heredibus eius, neque ei eo nomine tenentur, quod non exegerint satis. Vnde notandum est, solutione pecuniæ legatæ heredem liberari, non tantum, si legatario soluerit, vel alij voluntate legatarij quod est certissimum, sed & si alij soluerit voluntate & iussu testatoris, qui auctor est huiusce obligationis. Notandum etiam est, Scæuolam hoc loco, qui nunquam quidquam otiose scribit, loqui de satisdatione omissa ab heredibus, non de cautione nuda. Excusantur heredes si satisdationem non exegerint, id est, si fideiussores non petierint à Pub. Mæuio, cuius fidem testator elegerat & approbauerat, quod etiam ostendit *l. Firmio §. 1. in fi. quando dies leg. ced.* Electio testatoris pro satisdatione
E est, vt in tutore testamentario receptum est, §. *1. de satisd. tut. Instit. de creationibus, C. de episc. aud.* non tamen excusantur heredes, si nec pecuniam reddi impleto anno 25. stipulati sint, id est, si & cautionem nudam omiserint, *d. l. Firmio §. 1.* Nec igitur heredes omnimodo sunt liberati à legatario vel heredibus, si & hanc cautionem nudam sibi cauere omiserint, vel si non curauerint Pub. Mæuium eam legatario cauere. Et vno casu, qui & hic notatur, non excusantur etiam heredes, si satisdationem à Pub. Mæuio non exegerint, videlicet si viuo testatore post testamentum factum, iam Pub. Mæuius lapsus facultatibus soluendo esse desierit: *tum enim*, inquit in fine, *cautio ab eo exigenda est, & cautio*, id est, satisdatio, vt supra, cum ei scilicet numeratur pecunia legata liberto. Et recte ait, viuo testato-

re, *nisi*, inquit, *viuente testatore Pub. Mæu. &c.* recte *viuente testatore:* Nam si post mortem testatoris Pub. Mæuius soluendo esse desierit, heredes excusantur, qui apud eum pecuniam fœnori collocauerint statim à morte testatoris, cum adhuc esset soluendo. Fac post collocatam pecuniam P. Mæuium euersum fuisse facultatibus suis, excusati sunt heredes, qui idoneo & locupleti pecuniam dederunt, nec legatario futuros casus & fortunam præstare debent; *l. 1. §. si magistratus, de magistr. conueni. l. etiam contutoris, de adm. tut. l. 2. §. si eo tempore, de adm. rer. ad ciu. pert.* Quod tamen Accursius non intellexit, qui hæc verba, *Viuente testatore*, pro superfluis habet, cum tamen Scæuola nihil superflue scribat.

Ad § Pater duos.

Pater duos filios æquis ex partibus instituit heredes, maiorem & minorem, qui etiam impubes erat, & in partem eius certa prædia reliquit, & cum quatuordecim annos impleuerit, certam pecuniam ei legauit, idque fratris eius fidei commisit, à quo petit in hæc verba: à te peto Seij, vt ab annis 12. ætatis ad studia liberalia fratris tui inferas matris eius annua tot vsque ad annos 14. eo amplius tributa fratris tui pro censu eius dependas, donec bona restituas, & ad te reditus prædiorum illorum pertineant, quoad perueniat frater tuus ad annos 14. *Quæsitum est, defuncto maiore fratre, herede alio relicto, vtrum omnis conditio percipiendi reditus fundorum, anniuersaria præstetur: alia, quæ præstaturus esset, si viueret Seius, ad heredem eius transierint, an vero id omne protinus ad pupillum & tutores transferri debeat. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, intelligitur testator quasi cum tutore locutus, vt tempore, quo tutela restituenda est, hæc quæ pro annuis præstari iussisset, percipiendisque fructibus finiantur. Sed cum maior frater morte præuentus est, omnia, quæ relicta sunt, ad pupillum & tutores eius confestim post mortem fratris transisse.*

HVius §. quæstio explicatu difficilior est, quam fuerunt superiores: qui habebat duos filios, vnum maiorem, quam 25. annorum natum, alterum impuberem, eos heredes instituit ex æquis partibus, & filio impuberi in partem eius à fratre coherede certa prædia per fideicommissum reliquit, quæ frater coheres eius restitueret facto puberi, & hoc amplius cum factus esset pubes, cum impleßet annum ætatis 14. similiter à fratre ei certam pecuniam reliquit, & hoc omne, ac præterea quidquid explicabitur paulo infra, filio impuberi reliquit in partem eius, id est, vice & loco partis eius, ex qua heres institutus erat, vt in *l. cum pater, in prin. de leg. 2.* Pater filiæ heredi institutæ ex parte mox in portionem eius reliquit 100. aureos & prædium Tusculanum. Ac præterea pater rogauit etiam filium maiorem vt ad studia liberalia fratris sui ab anno ætatis 12. matri eius, apud quam educabatur, vsque ad annum ætatis 14. id est, vsque ad pubertatem inferret annua dena pro mercedibus præceptorum. Vnde intelligere licet, ab anno ætatis 12. pueros studiis liberalibus informari solitos, vt de Nerone Suetonius scribit 11. ætatis anno eum fuisse traditum in disciplinam Annæo Senecæ, & de Marco Antonino Iulius Capitolinus eum adhuc puerum Philosophiæ operam vehementer dedisse, & annum 12. ingressum etiam habitum Philosophi sumpsisse. Hoc quoq; adiecit testator, vt prædiorum filio impuberi relictorum fructus siue reditus ad fratrem maiorem natu pertinerent, quod non est, vt fructus eius fierent proprij iure dominij, sed vt eos ipse perciperet interim, quoad frater ad pubertatem peruenisset, *vt ad eum fructus pertinerent*, dicit semel, sed bis infra, *vt eos perciperet*. Ergo *pertinere ad aliquem* id dicitur, cuius capiendi ius habet, non vt ipse sibi habeat, sed vt seruet aliis restituendum. Hoc igitur voluit pater vt interim fructus prædiorum impuberi relictorum filius maior natu perciperet, & ex eis scilicet, non tantum annua salaria præceptoribus impuberis inferret, sed etiam impuberi ipsi alimenta: quod etiamsi non dicat expressim, tamen intelligendum est omnino: neque enim, qui disciplinæ animi prospexerit, eum verisimile est non prospexisse etiam educationi corporis. Ac præterea etiam sequentia ostendunt, multa onera fuisse iniuncta fratri maiori, cui perceptio fructuũ permissa erat, & inter cætera hoc etiam, vt tributa pro censu illorum prædiorum ipse frater maior natu publico inferret, quoad pupillus in suam tutelam venisset, *pro censu*, inquit: Nam vt Festus scibit, *tributorum collatio alia est in capite, alia in censu.* Et recte pater imposuit onus soluendorum tributorum ei, quem fructus interim percipere voluit. Census enim siue tributa onera sunt fructuum, onera agrorum, non hominum, *l. imperatoris, de publican.* & in Nou. Theodosij, *neque diuinam domum, neque ecclesiam à quolibet publico munere excusandam.* Et inde Cassiodorus lib. 4. ait, ideo varia esse tributa, quia non est agrorum vna fœcunditas, ibi posse censum addi vbi cultura profecerit. Hæc vero, quæ exposui, cum ita testamento pater cauisset, postea mortuo fratre maiore natu, cui hæc omnia commendata sunt, & mortuo fratre impubere præterito, & extraneo herede instituto: quæritur, vtrum onus siue munus percipiendorum fructuum vel redituum ex prædiis pupillo legatis, onus tributorium, onus alimentorum, onus mercedum pupilli præceptoribus dandarum, & cætera, quæ viuus frater maior natu præstaturus erat, vno verbo, vtrum omnis conditio anniuersaria, id est, modus omnis fideicommisso adscriptus, munus omne filio maiori natu iniunctum & demandatum, ad heredem extraneum fratris maioris transferendum sit, quoad pupillus pubuerit, an vero protinus prædia annua, quę pupillo relicta sunt, & pecunia omnis, quæ pupillo relicta est, etiam ante pubertatem sint pupillo restituenda & tutoribus eius, quos scilicet accepit post mortem fratris, quoniam frater maior natu, quamdiu vixit, fuit fratri impuberi tutor legitimus, *l. tutor §. 1. ad Senatusconf. Velleian. l. 1. in prin. de leg. tut. l. 9. §. 1. de tut. & rat. distr. l. 3. C. de except.* Frater igitur maior minori, quamdiu vixit, fuit tutor legitimus, non vt Glossa & DD. volunt, tutor fiduciarius, nisi, vt Instit. docent, impubes à patre emancipatus fuerit, quod hic non proponitur, non adfingitur etiam à glossa vel DD. sed impuberi, qui mansit in familia patris, proculdubio est tutor legitimus: quamdiu ergo vixit, fuit ei tutor legitimus: post mortem eius protinus datus est ei alius tutor à magistratu, & huic tutori dato pupillo, quæritur, an protinus sint restituenda prædia: an protinus sit restituenda pecunia, quæ ei relicta est, dum peruenisset ad pubertatem, etiamsi eam nondum attigerit. Et ad quæstionem propositam ita respondet prudentissime Scæuola, secundum ea, quæ proponerentur, satis intelligi, testatorem cum filio maiore natu, quasi cum tutore locutum filij impuberis, non quasi cum herede, quem sciebat futurum tutorem filij impuberis legitimum post mortem suam, & cui ob id potissimum commendabat omnia negotia impuberis vsque dum pubuisset, id est, vsque dum desiisset esse tutor, & ideo non tantum pubertate finita tutela, quamuis eum solum casum expresserit testator his verbis, *quoad peruenerit ad annos* 14. Dico non tantum pubertate finita tutela, iam non potest amplius frater maior ex prædiis impuberi legatis fructus percipere, atque ideo annua præstare, & cætera obire onera fructuum, qui iam non est tutor, sed etiam morte tutoris legitimi, id est, morte fratris maioris tutela finita, quamuis hunc casum finiendæ tutelæ pater omiserit, idem prorsus statuendum esse, nempe vt fructuum percipiendorum facultas finiatur, simulatque onus annuorum præstandorum, idque omne statim transferatur ad pupillum & tutores postea ei datos à magistratu, post mortem tutoris legitimi, non esse transferendum ad heredem tutoris legitimi, quia heres non succedit in tutelam, heres tutoris non est tutor, *l. furti §. illud, de his qui not. infam. l. 1. in pr. de fideiu. & her. tut.* Idemque eadem ratione dicendum opinor, si frater maior natu se tutela impuberis abdicauerit: nam & hoc casu sta-

tim pupillo præstanda sunt fideicommissa, & tutori eius nouo, sicut in *l. 18. §. vlt. hoc tit.* qui conuenit maxime cum hoc loco. Soror instituta heres, cui commendata est pecunia alumno ætate paruo legata, quoad alumnus suæ ætatis factus esset. si eam pecuniam soror supradicta ex media hereditate non receperit, sed prorsus hereditatem repudiauerit, statim legatorum actio alumno datur, etiamsi nondum suæ ætatis factus fuerit: nihil enim refert, quo genere sit finita administratio rerum minoris. Et ita nihil refert, quo genere sit finita tutela, pubertate an morte tutoris, quamuis vtrumque genus non expresserit testator, sed alterum tantum. casus expressus facile trahitur ad parem casum, quamuis omissus fuerit, vt in *l. fideicommissa §. si cui, de legat. 3. l. 3. C. de instit. & substitut. l. si ita, quando dies leg. ced.* Obserua autem rationem huius responsi, qua potissimum nititur Scæuola, *quia intelligitur,* inquit, *testator quasi cum tutore locutus.* Ergo finita quoquo modo tutela, neque ipse, neque heres eius potest interuenire negotiis pupillaribus, quasi, inquit, cum tutore locutus; nam si quasi cum herede locutus sit dilato die præstandorum prædiorum, præstandęque pecuniæ in pubertatem filij impuberis, mortuo herede proculdubio non tenetur heres heredis ante pubertatem ei repræsentare fideicommissum. Et ita hæc quæstio huius §. explicanda est,

Legem 22. exposui supra in l. 5.

Ad L. XXIII. Cum quidam

Cum quidam decurionibus diuisiones dari voluisset die natalis sui: Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, non esse verisimile testatorem de vno anno sensisse: sed de perpetuo legato.

Fidei heredis testator commisit, *vt decurionibus patriæ suæ viritim diuisiones certas faceret die natalis sui.* Idem esset, *si die obitus sui,* vt plerique testatores iubent, iussisset diuisiones certas fieri decurionibus patriæ suæ in viros, valet fideicommissum vel legatum, *l. ciuitatibus, de legat. 1.* Ciuitatibus, inquit, recte legari ad diuisionem singulorum ciuium. igitur & ad diuisionem decurionum tantum, qui minores sunt senatores ciuitatum: vel etiam ad diuisionem clericorum certæ Ecclesiæ, vt Cyprianus in Epistolis sæpe scribit, Clericos inter se partiri certas diuisiones mensurnas, certas sportulas mensurnas. Et hac specie proposita cum quęreretur, vtrum semel tantum eas diuisiones decurionibus fieri, vno anno fieri, testator sensisset, an in perpetuum, recurrente die natalis sui, Impp. rescripserunt, verisimile esse testatorem sensisse de perpetuo legato fideicommisso, quia mos est ita legandi ciuitati, aut curiis siue decurionibus (nihil refert) vt pensitatio ea sit perpetua. Et huic simile est omnino, quod proponitur in *l. prox.* quæ subiecta est non alio fine, quam vt confirmaretur magis atque magis superior.

Ad L. XXIV. Cum erat.

Cum erat certa pecunia, id est, centum, Reipub. Sardianorum relicta per quadriennium certaminis Chrysanthiani: DD. Seuerus & Antoninus rescripserunt, videri perpetuam pensitationem reliquisse testatorem per quadriennium, non in primum quadriennium.

Quidam ciuitati Sardianorum, quæ dicitur Sardis & fuit regia Lydiæ, legauit certam pecuniam per quadriennium certaminis Chrysanthiani. erat scilicet illud certamen eius ciuitatis πεντετηρικὸς vt in *l. 10. de pollicit.* διὰ πεντετηρικοῦ, qui reficitur quarto quoquo anno, & certamen illud Chrysanthianum quale fuerit discere licet ex Eunapio Sardiano, qui scripsit vitas Philosophorum & Sophistarum sui temporis, & Chrysanthio æque Sardiano summo Pontifici totius Lydiæ, qui hoc certamen sub nomine suo instituerat, fuit socius, atque etiam affinitate ei

A coniunctus: duxit enim vxorem consobrinam Chrisanthius Eunapij. Hoc vero proposito Imperatoribus iisdem Seuero & Antonino similiter rescripserunt, non videri tantum semel pecuniam eam ciuitati Sardianorum relictam, puta in primum quadriennium, sed in perpetuum, quadriennio quoquo recurrente. Et notandum quæ ita Reip. relinquuntur vel curiæ, vel templo, id est, quæ annua relinquuntur, vel quæ annua vel in annos singulos relicta esse intelliguntur, esse perpetua, sempiterna, vt in *l. 6. l. 20. §. vlt. sup. hoc tit. l. 45. & l. 55.* quæ sunt Græcæ constitutiones *C. de Episc. & Cler.* quod Ecclesiæ annuum legatur, id est, perpetuum, nec finitur vllo tempore, nec exstinguitur vlla præscriptione temporis, quia cum annua legantur Reip. curiæ, templo, collegio, vel cuilibet alij

B corpori licito, proprietas legatur eorum, quæ relinquuntur, plenum dominium legatur: alia ratio esset vsusfructus, si legaretur vsusfructus Reip. vel templo, non esset perpetuus, alioquin fieret iniuria domino nudæ proprietatis, si semper ab eo recederet vsusfructus. Itaque hoc casu ne fiat iniuria domino nudæ proprietatis, recte cautum est ne vsusfructus protrahatur vltra annum 100. qui finis est vitę longęui hominis, quod explicabimus latius in *l. 8. tit. seq.* Verum ad hæc etiam obseruanda est differentia inter annua, quę relinquuntur Reip. Curię, vel templo, & annua quę relinquuntur priuato homini. Quæ priuato homini relinquuntur, non debentur in perpetuum, sed finiuntur morte legatarij. certe si relicta sint vice alimentorum, finiuntur morte legatarij, hoc est certissimum; plus dico etiamsi priuato homini annua relicta sint, non alimento-

C rum vice, ea finiri morte lgatarij, nec transmitti in heredes eius, quod notandum. Id probauimus supra ex *l. 12.* Legauit testator vni prædia Potitiana, alteri prædia Lutatiana, & ex prædiis Potitianis voluit pręstari prędiis Lutatianis annua arundinis & salicis pondo tot, quę annua proculdubio non relinquuntur alimentorum vice, & tamen quoniam ea annua videntur relicta non prædiis Lutatianis, sed ei, cui prædia Lutatiana legata sunt, annua exstinguentur morte legatarij. Ergo annua quęcunque priuato homini relinquuntur, quocunque nomine relinquantur, vel quacunque vice, morte legatarij finiuntur, quia homini mortali, qui legat annua, respexisse tantum videtur ad vitam eius, non ad posteros, quasique pręnumerasse annos, quibus vita superesset.

D

Ad L. vltim.

Filiofamilias quoad in potestate patris sit in annos singulos dena dari possunt.

IN *h. l.* hoc vnum est, recte filiofam. *dena legari quotannis, quoad in potestate patris esset.* quidni; quæ est ratio dubitandi? Ait, filiofam. ad differentiam serui, quia dubitatur, an seruo alieno ita possit legari, quoad seruiet, quia id tantum seruo alieno potest legari, quod liber factus capere posset, *l. debet §. seruo, de legat. 2.* Atqui liber factus hoc legatum capere non posset, *quoad seruiet,* sed vt filiof. ita legari potest, *quoad erit in potestate patris,* ita subiecerat Iurisconsultus in hac lege, obtinuisse & seruo quoque

E alieno recte ita legari, *quoad domino seruiat,* quoad erit in potestate domini, *l. seruo alieno, in princ. de leg. 1.* Nec quidquam obstare, quod liber factus capere non possit, quoniam illam regulam ad hunc casum trahere calumniosum est, vt ait *d. §. seruo.* Secundum hæc morte serui, quia desiit seruire, finitur legatum: & similiter morte filiifam. finietur legatum annuum, nisi scilicet probetur id fuisse relictum contemplatione patris, aut domini, vt in *l. filiofam. de cond. & demonst.*



AD TITVLVM II.

De vsu & vsufr. & reditu. &c.

CVm dixisset tit. superiore *l. 8.* annua legata similia esse vsuifructui, siue imitari vsumfructu, & tamen ab eo mutare, distareque multum, visum est faciendum, vt & de vsufructu diceret, simul ac de vsu nudo, & de reditu, & de habitatione, & de operis per legatum aut fideicommissum relictis. Vsusfructus plus est, quam vsus nudus, quod satis *Instit.* docent. Praeterea vsus est indiuiduus, vsusfructus diuiduus. *l. vsus, de vsufr. & habit. l. 1. §. si vsusfructus, ad leg. Falcid.* Vterque vero & vsus & vsusfructus est seruitus, quam praedium debet homini. Reditus autem non est seruitus, vt docui in *l. 12. sup. tit. prox.* & in plerisque etiam aliis differre ab vsufructu reditu, quod etiam ostendit *l. 38. hoc tit.* Sed recte in aliis etiam quibusdam imitari vsumfructum. Habitatio etiam, quamuis nihil aliud videatur esse, quam vsus aedium, ab vsu vel vsufructu tamen aedium longe distat: Nam vt vno exemplo hoc demonstrem; habitatio capitis deminutione legatarij, cui data est habitatio, vel non vtendo non amittitur, *l. legatum, de cap. min:* & tamen vsus vel vsusfructus aedium his modis amittitur. Operis etiam seruorum legatis, quamuis vsusfructus videatur legatus, *l. 4. de oper. seru.* quoniam in fructu hominis sunt operae, tamen operae neque morte legatarij amittuntur, neque capitis deminutione, neque non vtendo, sicut vsus & vsusfructus, qui supradictis modis amittuntur & finiuntur, quod explicabimus fusius in *l. 2. hoc tit.* Denique horum legatorum species singulae ius proprium quoddam habent, quod non est commune cum caeteris, idque in hoc tit. progressio, quam faciemus, planum faciet. Sed recte tamen sub vno tit. haec omnia collegit, Vsum, vsumfructum, reditum, habitationem, operas, quoniam multa inter se adsimilia habent, sicut & multa dissimilia.

Ad Leg. I.

Nec vsus, nec vsusfructus itineris, actus via, aquaeductus legari potest: quia seruitus seruitutis esse non potest: nec erit vtile ex Senatusconsulto, quo cauetur, vt omnium, quae in bonis sint, vsusfructus legari possit: quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. Sed incerti actio erit cum herede; vt legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet: aut ea seruitus constituatur sub hac cautione, vt si decesserit legatarius, vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.

ET vt à *l. 1.* primum incipiamus, sciendum est, Senatusconsulto, cuius fit mentio in *hac l. 1.* cautum esse, omnium, quae in bonis nostris sunt, vsum vel vsumfructum legari posse, *l. 1. de vsufr. ear. rer. l. vsufr. ad leg. Falcid.* & in *Institut. tit. de vsufr.* Igitur vini, olei, tritici, lanae, aromatum, nummorum, vestimentorum vsumfructum legari posse, quia haec omnia sunt in bonis nostris, & natura tamen harum rerum vsus non est, sed abusus, *l. 5. §. vlt. de vsu. ear. rer. quae, &c.* hoc est, his rebus vti nemo potest, quin abutatur, id est, quin absumat eas confestim, atque perdat, qui vino vtitur, vinum absumit. Abutitur ergo, non vtitur. Vestimentis etiam abutimur; quia ea vsu deterimus. Pecunia etiam non possumus vti, quin eam perdamus & alienemus; pecuniae abusus est, non vsus. Quaeso, cur in definitione vsusfructus adiectum est, *salua rerum substantia?* Quid est vsusfructus? *est ius vtendi rebus alienis salua rerum substantia?* cur adiectum est *salua rerum substantia?* An quia praedio, exempli gratia, cuius vsusfructus ad nos pertinet, perempto vel incendio, vel terrae motu, terrae fragore, perimitur vsusfructus, an igitur propterea dixit, *salua rerum substantia?* Minime. Nec enim fuit, cur in definitione vsusfructus haec sola notaretur ratio amittendi vsusfructus, cum & aliis plerisque modis amittatur, veluti morte, capitis deminutione, non vtendo, dominij comparatione, cessione facta in iure. Sed ideo adiicitur, *salua rerum substantia*, quia si talis sit rei substantia, vt vtendo depereat, iam non potest eius rei esse vsus, sed abusus. Definitur ergo proprie vsusfructus earum rerum, quae vtendo non pereunt, veluti fundi, vel aedium: earum rerum solummodo vsusfructus est, non etiam earum, quę vtendo consumuntur. illo tamen Senatusc. etiam earum rerum, quarum abusus est, non vsus, effectum est, vt quasi vsus vel vsusfructus constitui possit. Qua via? quo remedio? remedio cautionis, beneficio satisdationis, nempe eo, cui vini, exempli gratia, vsusfructus legatus est, ab herede vinum accipiente, atque ita adquirente vini plenum dominium, mox heredi satisdante de vini mensura & qualitate eadem, *cum morietur, vel capite minuetur*, quibus modis finitur vsusfructus, heredi restituenda, vel etiam de tanta pecunia heredi restituenda, *cum morietur*, aut capite minuetur, quanti vinum, quod accipit, aestimatum fuerit. Remedio cautionis multa fiunt, quae detracta cautione nec naturaliter nec ciuiliter fieri possunt. Remedio cautionis dominium constituitur ad tempus *l. vlt. C. de leg.* Remedio cautionis Mutianae repraesentatur legatum conditionale, antequam conditio extiterit, *l. 7. de cond. & demonstr.* & in hoc proposito quoque remedio cautionis rerum, quae sunt in abusu, quasi vsus vel vsusfructus constituitur, nec locus est hodie sententiae Cic. in Top. vt ea mulier, cui vir bonorum suorum vsumfructum legauit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, non possit sibi eas res vindicare, *quod vsus*, inquit, *non abusus legatus sit, quae sunt contraria*: nam ius quidem ita est detracto remedio cautionis, caeterum hoc remedio adhibito longe aliud est. Eodemque remedio Paulus ostendit in *h. l.* itineris, viae, actus, aquaeductus per fundum hereditarium, quae seruitutes sunt praediorum rusticorum, vsum vel vsumfr. legari & constitui posse, quod tamen natura non patitur per se: nam vsusfr. est seruitus, quam prędium debet homini non prędio: iter, via, actus, aquaeductus sunt seruitutes, quas praedia debent praediis: vsus & vsusfr. sunt seruitutes, quas prędia debent hominib. sunt seruitutes hominum siue personarum, illae praediorum, at sunt seruitutes tamen, tam est seruitus vsusfr. quam iter, vel via & seruitus seruitutis esse non potest, seruitus est qualitas praedij. *l. qui fundum, quemad. seru. amitt.* Seruitus, inquam, est qualitas praedij, cuius potestate praedium seruit praedio vel homini, & qualitas qualitatis esse non potest: accidens accidentis esse non potest. Non potest igitur esse vsusfr. vel vsus viae, itineris vel actus, vel aquaeductus. Verba etiam supradicti Senatusc. nempe vt omnium, quae in bonis nostris sunt, vsus vel vsusfr. legari possit, id non patiuntur, vt scilicet recte legetur vsusfructus viae vel itineris, vel actus, vel aquaeductus, quia Senatusc. ait omnium, quae in bonis nostris sunt: at seruitutes non sunt in bonis nostris ob id ipsum, quia nec sunt, sed intelliguntur. nec tamen omnino & abscise possumus etiam dicere, seruitutes esse extra bona nostra quia iura sunt quae praediis nostris, quae bonis nostris, vel nobis ipsis debentur. Qua ratione & post Senatusc. illud de nominibus dubitabatur an vsusfructus nominum legari possit, *l. 3. de vsufr. ear. rer. &c.* quia nomina, id est, obligationes debitorum in iure consistunt, non in corpore: nec sunt igitur, sed intellectu concipiuntur, abstrahuntur. Quae sunt, sensibus percipiuntur, veluti tactu, visu. nomina & seruitutes sensibus non percipiuntur, sed intellectu tantum. Verum sicut remedio cautionis vtile fit legatum, si legatus sit vsusfr. nominum, *d. l. 3. & l. 4.* Ita legato vsufructu viae, vel itineris, vel actus, vel aquaeductus, remedio cautionis, beneficio cautionis legatum perducitur ad emolumentum. Cedo, quomodo? nempe hoc modo. legatarius cui legatus est vsusfructus vię, vel itineris,

itineris, aget cum herede actione incerti, idest, actione ex testamento incerti, vt *l. non solum nostrum* §. *pen. de lib. leg.* quæ incerti est actio, quia non corpus certum, sed seruitutem persequitur, quę incorporalis atque adeo incerta res est. Incertum est, quodcunque cerni non potest, & ideo seruitus petitur per actionem incerti, *l. si tibi liberum, de act. empt. l. si binarum, de ser. vrb. præd.* Petet igitur legatarius, cui legatus est vsusfr. itineris, vel aquęductus, petet ab herede actione incerti, vt iter vel aquęductum imponat fundo hereditario, atque constituat, oblata cautione, qua heredi caueat, *se cum morietur, vel capite minuetur*, quibus modis vsusfr. amittitur, *eam seruitutem restituturum*. atq; ita cedetur quidem seruitus vię, vel aquęductus, sed effectum habebit, siue exitum vsusfr. remedio cautionis, id est, finietur via, finietur aquęductus morte legatarij, vel capitis deminutione, & fundus hereditarius in pristinam libertatem restituetur. Legamus textũ: *Nec vsus, nec vsusfructus*, &c. Hęc ita se habent summo iure: sequitur remedium, *sed incerti actio, &c. ducendi facultatem præstet*, id est, vt cedat iter, viam, aquęductum, sed non in perpetuum, *aut ea seruitus*, non est legendum, *aut*: sed, *vt, vt ea seruitus constituatur sub hac cautione*, sub hac satisdatione, est explicatio superiorum. Et illo etiam loco: *vel capite deminutus ex magna causa*, &c. Obseruandum illa verba, *ex magna causa*, adiecta esse à Triboniano; nam ex constitut. Iustin. vsusfr. non amittitur minima capitis deminutione, sed magna tantum, *l. pen. C. de vsufr.* qui tamen olim amittebatur, etiam minima capitis deminutione, veluti emancipatione legatarij, vt Paul. scribit 3. *Sent. tit. de legat.* Et vbique in *ff.* id est, certum, vsumfructum omni capitis deminutione finiri, & amitti non magna tantum, id est, maxima vel media, sed etiam minima.

Ad Leg. II. Hominis.

Hominis operæ legatæ, capitis deminutione, vel non vtendo non amittuntur. Et quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas eius ipse locare poterit. Quas si prohibeat heres capi, tenebitur. Idem est, & si seruus se locauerit. Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit. Sed seruo vsucapto, legatum perit.

HÆc lex est *de operis* serui legatis, de quibus quicquid scribit, id scribit ad differentiam, πρὸς ἀντιδιαστολὴν, vsusfr. vel vsus serui legati, vt ostendat, quamuis in plerisque operæ serui vsumfr. serui imitentur, ab eo tamen differre plurimum, & differt quidem adeo vt in *l. 1. §. vsusfr. ad leg. Falcid.* dicatur, operis serui legatis, neque vsum, neque vsumfructum in eo legato esse videri. Et in hac ipsa *l. 2.* eum, cui operæ serui legatæ sunt, fructuarium serui non esse. Et in *l. 5. in fi. vsufr. quem cau.* operas non per omnia imitari vsumfructum. Et contra tamen in *l. 5. de oper. ser.* dicitur operis serui legatis vsum datum intelligi. Et in *l. 3. & l. 4. eod. tit.* in vsufructu serui esse operas & ob operas mercedes, & retro fructus seruorum consistere in operis, vel mercedib. operarum, quæ omnia vera sunt, nec vllo modo pugnant inter se. Nam & vsufructu serui legato, operæ & mercedes operarum, quasi fructus serui ad fructuarium pertinent: & rursus operis serui legatis, vsus potius legatus videtur, quam vsusfructus, vt ait *d. l. 5.* eo quod operæ sunt indiuiduæ, sicut vsus, *d. l. 1. §. si vsusfructus*. opera vna non potest scindi in partes, opera non potest pro parte deberi. Denique operæ sunt indiuiduæ, sicut vsus, non diuiduæ, sicut vsusfr. Verum etiam est, operis serui legatis, neque vsum, neque vsumfructum in eo legato esse videri, vt ait *d. §. si vsusfructus*, quia certa absolute siue ἁπλῶς, non est vsus vel vsusfructus, sed operarum quasi proprium aliquod ius ab vsu & vsufructu diuersum, sicut de habitatione dicitur in *§. pen. Instit. de vsu & habit.* habitationem neque vsum videri, neque vsumfructum, sed quasi proprium aliquod ius esse, seiunctum ab vsu & vsufructu. Et idem dicendum esse de operis, demonstrant differentiæ,

A quę suggeruntur in *hac l.* inter operas serui, & vsum, vel vsumfructum serui. Ac primum quidem operæ serui legatæ capitis deminutione legatarij, vel non vtendo, non amittuntur. Hoc proponitur initio *h. l.* atque etiam in *l. 2. sup. de ope seru.* Et verissimum est. nec quidquam obstat §. *1. Inst. de acquis. per adrog.* quem obiicit Accursius, quoniam non loquitur de operis serui legatis, quæ non pereunt capitis deminutione, sed loquitur de operis, quas officij causa libertus patrono debet, quæ amittuntur arrogatione patroni, quæ est species capitis deminutionis. Cur ita? quia non possunt præstari extraneo, puta adrogatori, cui nullo officij genere libertus obstrictus est: operæ officiales soli patrono debentur, non extraneo. Vsusfructus autem serui capitis deminutione legatarij, & non vtendo amittitur, hoc est certissimum. Est igitur permagna hæc differentia inter operas serui & vsumfructum serui. operæ non amittuntur capitis deminutione legatarij, vel non vtendo;

B vsusfructus amittitur: Et ratio differentiæ hæc est, quia vsusfructus in actu consistit eius, cui vsusfructus debetur, quod vel nomen ipsum satis significat. Et inde in *l. 1. quan. dies leg. ced.* vsumfr. ex facto aliquo consistere eius, qui fruitur, vtitur. & in §. *dies, ibid.* non ante vsumfr. constitui posse, quam sit aliquis, qui vti frui possit: in vsufructu personam spectari quæ vti frui possit. Et ideo si fructuarius rei mobilis, vsufructu anno vel hodie triennio vsus non est, aut si rei immobilis vsufructu biennio, & hodie decennio inter præsentes, aut vicennio inter absentes vsus non est, vel si vsus est alio modo, quam quo constitutus vsufruct. est, (alio modo vti, non vti est) vsusfructus amittitur. Denique vsusfr. amittitur non vtendo per modum constitutum atque condictum, & non vtendo per

C tempus constitutum ad amissionem, nempe, quia defuit actus hominis, in quo consistit vsusfr. quia non vtitur, aut male vtitur, quod pro inusu est: male vti vsufructu, inuti est. Eademque ratione vsusfructus amittitur capitis deminutione fructuarij, quia is, in quo ab initio constitit vsufruct. desiit esse, mutato statu per capitis deminutionem, & alius factus est homo: Denique non is est homo, in cuius capite vsusfruct. ab initio constitit: Operæ autem non consistunt in actu eius, cui debentur, sicut vsusfructus; sed contraria ratione operæ consistunt in actu eius, qui debet operas. Itaque quamdiu is manet, & operari potens est, operarum obligatio manet, etiamsi is, cui debentur, propterea quod eius persona non specta-

D tur, capite minuatur, aut si diu operis illius serui vsus non fuerit. Sequitur in hac *l.* eum, cui serui operæ legatæ sunt (docet, quod sit emolumentum huius legati) ex operis serui mercedem percipere posse. Ergo operas eius locare posse. Sic colligit: *quoniam*, inquit, *ex operis serui mercedem percipere legatarius potest, etiam operas eius ipse locare poterit*. vel etiam, vt subiicit, si seruus ipse solus operas suas alij locauit, mercedes operarum legatarium percipere posse, & heredem teneri legatario actione ex testamento, si non patiatur, vel si prohibeat mercedem operarum à legatario capi, cum ipse se libertus locauit, si eas sibi heres vindicet quasi dominus, nec sinat eas peruenire ad legatarium. Hæc est sententia huius loci, sed est minimus quidam error illo loco: *quas si prohibeat heres*, &c. sic

E legendum, *quas si prohibeat, heres capi, tenebitur*, & addenda virgula, *id est*, non *idem est, id est, & si seruus se locauerit*. hoc mendo nullum est frequentius in his libris *l. 20. & l. 30. in fi. de act. emp. l. 10. §. quotiens, de compens. l. 45. pro soc. l. 76. de hered. instit. l. 1. C. de alim. pup. præst.* In quibus omnibus locis sensus, si excutiatur attente, perspicue demonstratur, non esse scribendum: *idem est*, sed, *id est*, quod subiicitur declarandi causa. Sententia igitur huius loci huiusmodi est: si seruus ipsemet operas suas alij locauit certa mercede, alioquin non esset locatio, si non interueniret certa merces, in mercede percipienda legatarium præferri heredi, nec posse ab herede prohiberi, quo minus eas mercedes percipiat, ne hoc quidem casu, cum ipse seruus se locauit: nam idem omnino proculdubio dicendum est, si le-

gatarius ipse eius serui operas locauit, quoniam ipse contraxit negotium cum conductore, & conductor ei est obligatus ex locato conducto. Hac vero in re adnotandum est, operas quidem non differre ab vsufructu: nam qui vsumfructum serui habet, potest operas eius locare, & ex eis, quas seruus ipse locauit, ferre mercedes: sed differunt tamen ab vsu: nam qui vsum nudum serui habet, non potest operas eius locare, *l. plenum 12. §. vlt. l. per seruum 14. de vsu & habit.* At quæro, an qui vsum nudum habet, si seruus se locauerit, possit ferre mercedem? Ipse quidem seruum locare non potest, aut serui operas, sed si non locauerit ipse, sed seruus sine ipso, an mercedes ad eum redire debent? Est hac de re locus singularis apud Theoph. in *§. 1. Instit. per quas pers. nob. ob. adquir.* qui locus non est contemnendus: Nam nihil optimus ille interpres adfert, quod B non sumat ex intima Iurisprudentia? Et illo quidem loco Theophilus tradit, si seruus se locauit, operarum mercedes non pertinere ad vsuarium: pertinent quidem ad fructuarium, sed non ad vsuarium; quo modo forte etiam est accipienda sententia Labeonis in *l. sed & ipsi seruo de vsu & hab.* Porro additur in hac *l.* legatarium, cui legatæ sunt operæ, si moriatur, legatum operarum transmittere ad heredem suum, *quia*, inquit, *non est fructuarius*, fructuarius scilicet, non transmitteret: vsus enim fructus perimitur morte fructuarij. Optima ratione: quia personæ eius cohæret, quia animæ eius cohæret, & ideo cum anima eius vitali perimitur, vt ait Iustinianus in *l. pen. C. de vsufr.* quia personæ eius cohæret, *l. 3. §. vlt. quib. mod. vsufruct. amitt.* Et in vsufructu perpetuo persona illa spectatur vtentis fruentis, quæ si desinat spectari posse, nec vlterius etiam vsusfructus spectabitur, aut vllus superesse existimabitur: Operæ autem non cohærent personæ eius, cui debentur, personæ legatarij, sed personæ serui, quamdiu igitur is seruus manet, manent & operæ, quas debet, & debentur legatario vel heredi eius. Ac præterea, quæ est alia differentia, quam etiam *h. l.* attingit, operis serui legatis, & seruo vsucapto, legatum operarum perimi, non etiam legatum vsusfructus, seruo vsucapto cuius vsusfructus mihi legatus est, non perit vsusfructus, quamdiu viuo, *l. iusto §. non mutat. de vsurp. & vsuc. l. locum §. pen. de vsufr.* Quia pene ratio eadem est, imo omnino eadem, quia operæ serui cohærent personæ ipsius serui. Vnde vsucapto seruo vsucapientur & ipsæ, incipientque deberi domino, qui seruum vsucepit, qui seruum per vsum suum fecit, & desinunt deberi ei, cui ante vsucapionem præstabantur: Operæ enim veluti societate quadam seruo coniunguntur, si per vsucapionem seruus mutat dominum. Ergo ei domino deinceps debet præstare operas, non alij: at vsucapto seruo, quod est adquisito dominio, adquisita proprietate serui per vsucapionem, vsusfructus non amittitur, quia seruo non cohæret, non seruum sequitur, fructuario cohæret, & nulla societate vsusfructus proprietati coniungitur. Et ita est interpretanda hæc lex.

Ad Leg. III. Hominis.

Hominis quoque liberi operæ legari possunt: sicut locari, & in stipulationem deduci.

QVod est in hac *l.* est facillimum, *non tantum serui, sed etiam liberi hominis operas posse legari.* Quid hoc est? non testatorem operas suas posse legare, quia ridiculum esset legatum, nempe collatum in tempus, quo nullæ eius essent operæ. Quid igitur hoc est, hominis liberi operas posse legari? an me posse testamento legare operas tuas? Nemo hoc dicet, cum non sis in potestate mea, liberi hominis operæ possint legari, quomodo? Vt puta si heres operas diurnas, verbi gratia, filij sui familias, quem habet in potestate L. Titio dare damnatus sit, pater filiifam. operas locare potest, vt Paulus ait *initio 5. Sentent.* Ergo & gratis operas filiifamil. alij vtendas concedere potest, A quid ni iure potestatis? Liberum quoque hominem operas suas diurnas, nocturnasque recte locare, & stipulanti promittere certissimum est, quę res non officit ingenuitati eius, *l. 11. C. de ingen. manum.* Paul. 2. *Sent. tit. de leg.* hominem liberum, qui suum statum in sua potestate habet, qui est suæ potestatis, adeo vt possit se vendere in seruitutem, & perdere libertatem suam, hominem liberum, suum statum peiorare, inquit, aut meliorem facere posse: & ideo recte locare operas suas diurnas nocturnasque: ac proinde, si mihi liber homo certas operas debet ex locatione, vel etiam ex stipulatione, ego eas alij in testamento recte legabo. Et ita his duobus modis etiam hominis liberi operæ legari possunt.

Ad Leg. IV. Si pure.

Si pure proprietas legata erit, ea ad legatarium perueniet, quamuis fructuarius heres sit institutus.

SEntentia h. l. hęc est: Cum fundi mei vsusfructus esset tuus, ego moriens te heredem feci, & eiusdem fundi proprietatem, quam habebam, proprietatem igitur nudam, L. Titio pure legaui. Si vt cętera legata ab herede proficisci dicuntur, & ab herede pręstari, ita hoc legatum dixeris ab herede pręstari, quasi quęsita proprietate fundi primum heredi, deinde pręstita legatario, hoc genere vsumfructum heres amitteret. Certi enim iuris est, vsumfructum amitti adquisitione proprietatis, id est, si fructuarius proprietatem adquisierit *l. 27. quib. mod. vsusfruct.* C *amitt.* quę res consolidatio appellatur & confusio. At ne vsusfructus heredi pereat, contra voluntatem testatoris, qui non fundum legauit, quo nomine significaretur plena proprietas fundi, sed legauit proprietatem tantum, quam ipse habebat, detracto vsufructu. Ne igitur heredi pereat vsusfructus contra mentem testatoris, melius erit dicere, hoc casu proprietatem protinus à testatore ad legatarium peruenire, nec vllo momento consistere in persona heredis. Neque igitur veluti confusione heredem vsumfructum amittere. Idque etiam verissimum est, si proprietas fuerit legata vindicationis genere, puta his verbis: *Do, lego, l. à Titio, de furt. l. 80. de leg. 2, l. 9. §. sed & creditor, de pecul.* Et hoc, si, vt proponitur in *h. l.* proprietas pure fuerit legata: nam vt eod. lib. Vlp. docet in *l. 6. de man. test.* D quę cum *h. l.* coniungenda est, si sub conditione proprietas legata fuerit, quoniam fundus interim fit heredis pleno iure, pendente conditione, non possumus negare confusione vsumfructum esse sublatum, ac proinde existente conditione legatarium plenam proprietatem plenumve dominium habiturum. Non loquitur quidem ea *l. 6.* de fundo, cuius proprietas legata fit sub conditione, fructuario herede instituto, sed de seruo, cui libertes relicta est sub conditione fructuario eiusdem serui herede instituto. verum vtriusque facti eadem est ratio, idemque ius, *l. cum filius §. dominis, de leg. 2.* Nempe vt heres, qui pendente conditione serui vel fundi, adita hereditate dominium adquisiuit, postea existente conditione beneficio exceptionis doli mali consequi à legatario & obtinere non possit, vt vsusfructus, qui in sua persona confusione extinctus est, E restauretur, redintegretur, quia obstat voluntas defuncti, quem sub conditione fundo legato, aut proprietate fundi, verisimile est sensisse de plena proprietate transferenda in legatarium. Et hac sane in re vsusfructus differt à seruitutibus prædiorum vrbanorum, vel rusticorum: Nam, exempli gratia, si herede instituto eo, cuius prædio prædium hereditarium seruit, prædium hereditarium alij legetur, vel eius prædij proprietas sub conditione, & aditione hereditatis seruitus confundatur, existente conditione legati, petenti legatario prędium obstat exceptio doli mali, nisi iterum patiatur confusam seruitutem imponi. Et ratio hęc est, quia voluit quidem testator fundum, siue prædium plenum ad legatarium peruenire, qui confusioni faciendæ causam præbuit, condi-

tione adscripta legato, sed non apparet, voluisse etiam eum, vt fundus liber & optimo iure perueniret ad legatarium, *l. seruo legato, §. si fundus, de leg. 1.* Et ideo non aliter fundum legatario præstabit heres, quam si iterum legatarius patiatur eidem fundo pristinam seruitutem imponi, vt *l. 18. de seru. l. si seruus Titij 70. l. legatum 116. §. vlt. de leg. 1.*

Ad Leg. V. Vsumfructum.

Vsumfructum, Cum moriar, *inutiliter stipulor. Idem est in legato. Quia & constitutus vsusfructus morte intercedere solet.*

HÆc l. hoc tantum vult; vsumfructum inutiliter legari Titio, *cum morietur Titius,* quia in id tempus confertur legatum quo finitur. Perperam confertur in mortem, quod morte finitur. Vsusfructus, qui constitutus morte intercideret, & à morte igitur constitui, aut initium capere non potest, quod & Modestinus ostendit in *l. Titio cum morietur, de vsufr.* Itemque Papinianus in *l. heres meus §. quamuis, de cond. & demonst.* Eademque ratione dicitur, me inutiliter stipulari vsumfructum, *cum moriar.* Idem esse iuris in legato & in stipulatione. Et hoc quidem præcipue notari arbitror hoc loco, atque etiam in *d. l. Titio,* ad differentiam seruitutis prædialis, quæ recte mihi legatur. veluti iter per fundum vicini à vicino recte mihi legatur, *cum moriar;* nam & constituta seruitus prædij morte intercidere non solet. Et hoc discrimen inter vsumfructum & seruitutem prædialem satis suggerit inscriptio *d. l. Titio,* quæ est ex lib. 9. Modest. differentiarum, quo hanc differentiam docuit inter vsumfructum & seruitutes prædiales, quod vsusfructus inutiliter legatur, *cum morietur legatarius,* seruitus non item. Non est etiam omittendum quod ait *d. l. heres meus §. quamuis,* tametsi vsusfructus, *cum morietur legatarius,* inutiliter legetur, non tamen inutiliter legari sub conditione non faciendi. velut, Lego tibi vsumfructum, si seruum tuum nunquam manumiseris: Nam etsi ea conditio non possit expleri, nisi mortuo legatario demum, atque adeo videatur tacite hoc legatum conferri in tempus mortis legatarij, tamen valet præstita cautione Mutiana. hac cautione præstita, *qua caueat se non manumissurum,* statim legatari⁹ adipisci legatum potest. remedio cautionis fit vtile legatũ, quod alioqui esset inutile.

Ad Leg. VI. Si vsusfructus.

Si vsusfructus mihi in biennium continuum à morte testatoris legatus sit, & per heredem steterit, quo minus eum mihi daret: præterito biennio, nihilominus tenetur. Quemadmodum teneretur, si res legata in rerum natura esse desiisset, quam quis deberet, moratusque esset in ea danda. Vt peti quidem iam vsusfructus, qui legatus sit, non possit: quia alius futurus sit, quam qui legatus fuerit. Sed æstimatio eius bima duntaxat facienda sit.

VSusfructus potest legari ad tempus certum ipso iure, cum tamen seruitus prædij non possit ipso iure legari ad tempus certum *l. 4. de seru.* Quoniam vbi semel hæsit prædio, euelli ab eo non potest. Vsusfructus ad certum tempus recte legatur, veluti *vsque ad biennium* continuum à morte testatoris. Et ita vsusfructus constitutus biennio finietur. Paul. 3. *Sent.* ait, tempore finiri vsumfructum, quotiens ad certum tempus vsusfructus legatur, veluti, inquit, biennio, aut triennio. At si, vt in *h. l.* ostendit, per heredis moram & calliditatem factum sit, vt intra biennium non cederetur, & constitueretur legatario vsusfructus, post biennium integra est actio ex testamento legatario in id quod interest, aduersus heredem, qua consequatur vsusfructus æstimationem bimam. Nam & si quæ alia res legata perempta esset (sicut & hic vsusfruct. peremptus est tempore biennij) post heredis moram heres

A legatario tenetur actione ex testamento, *l. si ex legati causa, de verbor. obligat.* Res quidem ipsa iam peti non potest, quæ in rerum natura esse desiit, nec dari potest, sed peti potest æstimatio eius rei, quæ periit post moram heredis, in petitionem venit, *l. eum qui §. 1. de iureiur. l. cum res §. vlt. de leg. 1.* Et ita etiam vsusfructus ipse peti iam post biennium non potest, quoniam non illud tempus vsuifruictui præstitutum fuit. si vsusfructus peteretur post biennium, alius peteretur, quam qui legatus est: non petitur ergo post biennium, quia peremptus est, sed petitur eius æstimatio bima, *l. qui vsumfru. §. vlt. & l. seq. & l. quod si heres, de vsufr.* Videtur autem ex *h. l.* quæ Pomponii ex *l. 15.* ad Sabin. coniuncta cum *d. l. si ex legati causa,* quæ est etiam Pomponii, ex lib. 9. ad Sabin. emendanda

B esse inscriptio illius *l. si ex legati causa,* vt sit ex lib. 15. vt hæc, non ex lib. 9. Nam quod omnes scire velim, in ff. seruatur ordo librorum cuiusque Iuriconf. Exempli gratia, ex lib. Pompon. ad Sabin. dantur primum leges ex lib. 1. deinde 2. 3. 4. & sic consequenter, non præpostere ex 10. forte primum, deinde ex 9. At in tit. de verb. obligat. quæ antecedunt Pomponij leges, sunt ex 15. ad Sab. non potest igitur *l. si ex legati causa,* esse ex 9. sed potius ex 15. Sicuti hæc, quæ eandem rem tractat, & ita conuenienter in eod. tit. quæ sequuntur leges post *l. si ex legati causa,* sunt ex 20. Et notandum valde hac in re legata comparari bonæ fidei contractibus, vt in *l. 3. C. in quib. caus. in integ. restit. non est necess.* Nam vt in bonæ fidei contractibus ex mora veniunt fructus & omne id, quod interest actoris; ita &

C in legato & fideicommisso ex mora heredis veniunt fructus siue æstimatio, & omne id quod interest, vt *l. is qui fideicom. de leg. 3.* Et vsuræ pecuniæ legatæ, & rei pecuniæve legatæ periculum pertinet ad heredem, non ad legatarium.

Ad Leg. VII. Operæ testamento.

Operæ testamento relictæ, quando cedere debeant? vtrum ex quo petit eas legatarius, an ex quo adita hereditas est; Et cui pereant dies, quibus æger seruus fuit? Et puto, ex die petitionis eas cedere. Quare si post petitas æger esse seruus cœperit, legatario peribunt.

HÆc l. est de operis seruorum, & est lex satis difficilis

D explicatu. Ait, *operas serui legatas cedere debere, non ex die aditæ hereditatis, sed ex die petitionis. Cedere* est ambiguum verbum. Quæro, quid hoc loco significat? an cedere operas est incipere deberi operas? Minime: Nam & antequam petantur, incipiunt deberi à morte testatoris, alioquin post testatorem, mortuo legatario ante petitionem, earum petitio non transiret in heredem, quod est falsum, *l. 2. sup. hoc tit.* An vero *cedere operas,* est iam à morte testatoris debitas solui, edi, præstari debere? Non omne, quod debetur, & statim solui debet, imo nec statim peti potest, *l. 9. vt leg. nom. cau. l. 8. §. vlt. rem. rat. hab. l. quotiens, de oper. libert. l. interdum, de verbor. obligat.* Et hæc quidem profecto mens est Vlpiani hoc loco, vt dicat, operas serui non esse præstandas à die aditæ hereditatis, sicut de vsufructu serui proditum est, & cuiuscunque rei v-

E sumfructum esse præstandum à die aditæ hereditatis, *l. 2. quan. dies leg. ced. l. 1. §. dies, quando dies vsufr. leg. ced.* Qua in re etiam distat vsusfructus ab operis, quod audi velim differentiis expositis in *l. 2.* inter vsumfr. & operas. Operas igitur serui legatas non esse præstandas vel edendas ab adita heredite, vt vsumfr. serui, sed edendas eas esse ex die petitionis, siue legatarius eas petit, siue heres eius edendas esse ex die, quo indicuntur, imperantur, petuntur, quia nec ante in rerum natura esse intelliguntur, *l. 1. de oper. seru.* Propterea quod edendæ sunt ex vsu & commodo legatarij, cum scilicet commodum legatario est, & expedit, vt & de operis dicitur, quas officij causa liberti patronis debent, *l. quoties, l. cum patron. de op. lib.* de quibus etiam operis libertorum, cum eod. lib. vnde sumpta est hæc

lex, tractaret Vlpianus vt constat ex *l. si non sortem §. libertus, de condict. ind.* mihi fit verisimile, Vlpianum operas libertorum contulisse cum operis serui legatis, quod ambæ hac in re pari iure & conditione essent. Et sane, quod his, quæ superius dicta sunt, consentaneum & consequens est, sicut cum ægrotat libertus, operæ, quæ iam cedere cœperunt, patrono pereunt, vt nominatim ait *l. interdum, de oper. lib.* Ita omnino, dum ægrotat seruus, cuius operæ legatæ, & iam petitæ sunt, atque adeo iam cedere cœperunt, operæ legatario pereunt, vt ait hoc loco Vlpianus, nec amplius in petitionem deduci possunt, petitas scilicet serui operas, & interruptas serui morbo, persequi non licet depulso morbo, sed aliæ in futurum indicendæ & petendæ sunt, quasi illarum obligatione perempta, *l. 15. de oper. lib.* Et ita est accipiendum quod ait: *Post petitas operas, ægrotantis serui operas legatario perire,* non vt DD. nostri interpretantur, quasi debeat interim ægrotus seruus legatarij sumptibus sustentari, cuius interim nullæ sunt operæ: Nam si, vt infra dicam, verum sit, ęgrotum seruum debere sustentari, sumptu legatarij, tamen id ea verba: *operas legatario perire,* non significant, sed hoc tantum, petitionem earum operarum extingui, nec de eis iudicium institui posse. Quod sic ostendo: ægroti liberti operæ patrono perire dicuntur, *d. l. interdum.* an ex eo inferes recte, impendia valetudinis liberti interim respicere ad patronum? Non vtique recte: Nam & interim non respiciunt ad patronum, cum etsi patrono operetur libertus, non patroni sumptibus, sed suis, suo victu vestituque educandus & sustinendus sit, nisi inopia laboret, *l. suo victu, & seq. de oper.* Quod tamen fateor, & iam ante dixi, non esse trahendum ad eum, cui legatæ sunt operæ serui, sed exemplo fructuarij potius impendia alimentorum, & valetudinis legatarium agnoscere debere, *l. sicut impendia, de vsufr. Sicut stipendia cibariorum,* inquit, *in seruum, cuius vsusfructus ad aliquem pertinet, ita & impendia valetudinis,* quæ semper sunt maiora, *ad eum respicere natura,* id est, naturali ratione, *manifestum est.* Fructuarius agnoscit impendia alimentorum & valetudinis, & multo magis is, cui operæ legatæ sunt, quia vt dicimus ex *l. 2. sup.* plus aliquanto est in operis serui, quam in vsufructu. Et eodem exemplo dicam, qua de re hic Doctores tractant, si mercenarij famuli operas conduxero ad certum tempus, non tantum impendia cibariorum, sed etiam impendia valetudinis ad me pertinere, si in morbum inciderit, nisi malim eius quoque temporis, quo fuerit in morbo, ei mercedem exoluere. Debeo itaque aut mercedem exoluere, perinde atque si mihi eo tempore seruisset, aut pensare eam cum impendiis valetudinis. pensatio pro solutione est, *l. 4. sup. qui pot. in pignr.* Et hæc est opinio Accursij in, *l. arboribus §. de illo, de vsufr.* multo sanior & humanior, quam Doctorum, qui omnes concordibus suffragiis opinionem Accursij damnant, existimantes, quod durum est, eius temporis, quo famulus mercenarius in morbo fuit, mercedem ei non deberi. Mouentur Doctores argumento operarum, quas liber homo locauit, quarum merces non debetur, nisi quatenus præstitit operas, nisi per ipsum conductorem stetterit, quo minus eas præstaret, vt *l. qui operas loc.* Cæterum si conductoris nulla culpa, nulla mora fuerit, sed per causam valetudinis vel quem alium casum fortuitum euenerit, vt operæ non præstarentur locatori, merces nulla debetur, aut si quæ prorogata sit, si quæ data sit in antecessum, sane pro mutuo repetitur, *l. ex conducto §. item cum quidam l. sed addo §. si quis cum in annum loc.* Verum nihil eo argumento moueri debuerunt: Nam longe alia est ratio famuli mercenarij, hic enim habetur loco serui, *l. 4. de vsu & habitat.* coniuncta interpretatione Theophili in §. *1. Instit. eod. tit. l. 1. §. familiæ appellatione, & §. si filiusfamilias, de vi & vi arm.* Et seruo, vt est in Panaretho Iesus Syrach, qui Ecclesiasticus dicitur, panis, disciplina, & operarum merces debet præstari, quas vtique semper intelligitur præstitisse qui in eadem familia mansit, licet ægritudine præpeditus eas præstare non potuerit.

Ad Leg. VIII. Si vsusfructus, &
ad Leg. IX.

Si vsusfructus municipibus legatus erit: quæritur, quousque in eo vsufructu tuendi sint: Nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla vtilitas erit nudæ proprietatis, semper abscedente vsufructu. Vnde centum annos obseruandos esse constat: qui finis vitæ longissimus esset.

Si ab eo, cui legatus esset vsusfructus fideicommissum fuerit relictum: licet vsusfructus ad legatarium non peruenerit: heres tamen, penes quem vsusfructus remanet, fideicommissum præstat. Quod & in militis testamento erit dicendum, si legatarius, à quo fideicommissum relictum est, repudiauerit legatum, vel viuo testatore decesserit.

SI vsusfructus ciuitati, vel ciuibus, nihil refert, *l. 2. de reb. dub.* municipio, vel municipibus, vel Reipublicæ legetur, certum est, eum posse amitti non vtendo per modum & tempus constitutum, *l. Mænius §. vlt. de leg. 2.* Sed & quasi morte ciuitatis finiri potest, puta si hostile aratrum in eam ciuitatem inducatur, vt passa est Carthago, & Numantia, & Saguntum, quod est in *l. si vsusfruct. quib. mod. vsusfr. amitt.* M. Tullius 3. de Republica apud D. Augustinum, ciuitatibus mortem ipsam pœnam esse, cum tolluntur, delentur, extinguuntur. Potest etiam fieri, vt si municipio vsusfructus sit legatus, is finiatur capitis deminutione municipij, puta si municipio ciuitas adimatur, quod tamen non sit facile, vt ait *l. an vsufruct. de vsufr.* quia vix potest municipiis ciuitas adimi, vt M. Tul. docet in extremo orationis pro Cæcinna. At si ciuitas neque capite minuatur, neque quasi moriatur & intercidat, ne perpetuo vsusfructus apud eam sit, atque ita nuda proprietas proprietario sit prorsus inutilis, nunquam vsufructu confuso proprietati, nunquam vsufructu recurrente ad proprietatem, placuit etiam prudentibus vsumfructum ciuitati relictum finiri spatio 100. annorum, quod est ciuile seculum Romanorum, finiri sæculo, finiri spatio 100. annorum, vt Gaius in *h. l. 1.* scribit, & in *d. l. an vsufruct.* quia is, inquit, finis vitæ longæui hominis est, & tribuitur quasi vita ciuitati, quæ tribuitur longæuo homini. Hic vt plurimum est terminus vitæ humanæ, vt ait *l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles.* Fuerunt tamen nonnulli, qui vixerunt annis vicenis atque centenis. Qua de causa, vt Trebellius Pollio scribit in Claudio, Mathematici quidam centum & viginti annos homini ad viuendum datos iudicant, quamuis non omnes eam ætatem attingant: quot enim abrumpunt stulti sibi filum ætatis suæ? *Neque amplius*, inquit, *cuiquam iactitant esse concessum, quam centum & viginti annos, etiam illud habentes Moysen solum centum & viginti annos vixisse*, sic legendum illo loco: *Centum & viginti annos non centum & viginti quinque,* vt & *Deut. cap. 31. & cap. vlt.* relatum est. *qui quidem Moyses,* inquit, Pollio, *cum quereretur, quod iuuenis interiret, responsum ei ab incerto ferunt numine, neminem plus esse victurum.* Cornelius Tacitus lib *de orat.* 120. annos vnius hominis ætatem esse. Hic vero quæritur, an vsufr. etiam fisco relictus finiatur eodem temporis spatio? Et mihi videtur, non vt ciuitati, ita & fisco vsumfr. posse relinqui, mihi videtur vsufructu fisco legato, actionem fisco denegandam esse, & longe aliam esse differentiam inter ciuitatem & fiscum. Ciuitas loco priuati hominis habetur, *l. eum qui, de verb. signif. l. 26. §. vlt. ex quib. causs. maior.* Fiscum si faceres fructuarium, faceres continuo & proprietarium: Nam perpetuus fructuarius quid à pleno proprietario differt? Quia vix vnquam reddit fiscus, quod in eum cessit semel, *l. 2. C de requir. reis.* Qua de causa & in *l. seq.* ostenditur, si vsusfructus priuato homini legatus sit, legatario mortuo viuo testatore, quo genere legatum dicitur fieri in *causa caduci*, vsumfructum hoc casu penes heredem vel proprietarium, vt *l. si Titio fructus, de vsufr.* remanere potius, quam confiscari: Nam si confiscaretur, inutilis

redderetur proprietas, fisco perpetuo retinente vsumfructum. & remanere quidem apud heredem, vel proprietarium cum onere fideicommissi, si ab eo, cui legatus vsusfructus fuerat, fideicommissum relictum fuerit. Idemque est, si legatarius legatum vsumfr. repudiauerit. Nam & hoc casu remanet legitum apud heredem vel proprietarium cum onere fideicommissi, quod iam exposui latius in *l. 19. in princip. sup. tit. prox.* Verum ad *l. 8.* quod quærit glossa, an legatum annuum ciuitati relictum æque finiatur spatio centum annorum, æque ac vsusfructus? Id etiam definiui titulo superiore, maxime in *l. pen.* & dixi, annuum legatum ciuitati vel Ecclesiæ relictum, esse sempiternum, nec vllo tempore finiri, secundum Rogerij sententiam, quia cum relinquitur annuum legatum ciuitati, plena proprietas relinquitur in perpetuum, nec ea re læditur quisquam, si ea pensitatio iudicetur esse perpetua, vsumfr. si æque diceremus esse sempiternum, magnopere proprietarius læderetur. Est igitur magna differentia inter vsumfructum & annuum legatum, & miror tamen à Rogerij sententia dissensisse Hugolinum & Bartolum.

Ad Leg. X. Si Titio.

Si Titio fundus, & eiusdem fundi vsusfructus legatus fuerit: erit in potestate eius fundum, an vsumfructum vindicare malit, & si fundum elegerit, necessario plenam proprietatem habebit, licet vsumfructum à se repulerit. Si verò vsumfructum habere maluerit, & proprietatem fundi repulerit: solum vsumfructum habebit.

SCiendum est, fundi nomine significari plenam proprietatem fundi, ac proinde non videri fundum dari ab eo, qui excipit vsumfructum, *l. 19. inf h. t. l. 56. §. pen. & l. 58. de verb. obl. l. Manius §. fundo, l. cum filius §. dominus, de leg. 2.* quod non de fundo tantum dico, sed & de qualibet alia re: Nam & cum dominum dicimus, aut seruum, aut iumentum, aut vestem, aut lancem, aut generali vocabulo, cum rem dicimus, plenam rei proprietatem dicimus, non deducto vsufructu, nisi specialiter addamus, deducto vel detracto vsufructu. Plenæ autem proprietatis duæ sunt quasi partes, vsusfructus & proprietas, *l. 126. §. 1. de verbor. obligat. l. si cum argentum mihi testamento, §. pen. de except. rei iud.* Et hic vero vsusfructus non est seruitus, vt is, de quo agitur in hoc tit. & in *tit.* generali *de vsufr.* qui separatus est à proprietate, & à Doctoribus appellatur vsusfructus *formalis*: sed, vt dixi, pars est proprietatis. Vsusfructus est, qui proprietatem comitatur, quem DD. discretionis causa vocant vsumfructum *causalem.* His cognitis finge: Testator ita legauit: *Titio fundum Seianum, & eiusdem fundi vsumfructum do, lego.* Ex hoc genere legati Titius non potest & fundum, id est, plenam proprietatem, & vsumfructum, id est, seruitutem vsusfructus vindicare. quia nemini suus fundus seruire potest, *l. vti frui, si vsusfruct pet. l. vsufruct solut. matrim.* Frustra etiam vel potius ridicule vindicauerit vsumfructum quasi partem fundi, quia iam plenum fundum habet iure legati. Quid ergo? an erit inutilis illa adiectio: *& eiusdem fundi vsumfructum?* Danda est opera, ne sit inutilis; quia & testatores, qui sui compotes sunt, nihil inutiliter scripsisse aut nuncupasse præsumuntur: ne igitur inutilis & inanis sit adiectio legati vsusfructus, quam testator sanæ mentis fecit, quamuis coniunctiuo modo legauerit *fundum, & eiusdem fundi vsumfructum,* melius erit sic rem accipere, ac si disiunctiuo modo legasset *fundum, vel eiusdem fundi vsumfructum,* vt & alias sæpe in testamentis, & in stipulationibus oratio coniuncta pro disiuncta accipitur, vel contra, rerum expediendarum causa, voluntatis defunctorum vtcunque expediendæ causa, *l. 29. & 53. de verb. significat. l. pen. C. eod. tit.* Quid si disiunctiuo modo ita legasset testator: *Titio fundum, aut eiusdem fundi vsumfructum?* in arbitrio esset Titij, vel vsumfructum

A solum, id est, seruitutem vindicare, *l. plane 34. §. pen. de leg. 1. l. 23. de leg. 2.* vel vindicare fundum, id est, plenam proprietatem. Ergo & idem arbitrium, eademque potestas & electio erit legatarij, quod & hoc loco Iulianus docet, si coniunctim fundum & vsumfructum legauit: Nec enim vtrumque vindicabit legatarius, quod nec potest, sed vel fundum vel vsumfructum tantum. Et fundo quidem electo, vsufructu repudiato, *necessario*, vt ait, *plenam proprietatem habebit*, quia fundi legatum in partes scindi non potest. Ex diuerso, vsufructu electo & proprietate repudiata, solum vsumfructum, id est, seruitutem vsusfructus legatarius habebit. Ac præterea sicut coniunctim legato fundo & vsufructu eiusdem fundi, plus quam manifestum est, duo esse legata: ita disiunctim legato fundo, & vsufructu eiusdem fundi, plus quam manifestum est, duo esse le-
B gata, ita disiunctim legato fundo aut vsufr. eius, quamuis alias vnum tantum sit legatum, quod disiunctim relinquitur, *l. 27. de leg. 2. l. 8. & vlt. de leg. 1.* Hoc tamen casu, qui est in manibus, duo intelliguntur esse legata, vt ait *d. lex plane, §. pen.* quia nihil refert disiunctim an coniunctim legauit. Nec aliter vero voluntas defuncti, qui vel vsumfructum, quamuis sit pars fundi, eligi & à proprietate separari voluit, id est, qui fundi legatum scindi voluit, si hoc mallet legatarius, non aliter, inquam, hæc defuncti voluntas ad effectum perduci potest, quam si statuamus, duo eum legata fecisse: Nam si vnum legatum esse diceremus, non posset legatarius vsumfructum retinere, & proprietatem repudiare, quia videretur legatum fundi scindire in partes, quod fieri non potest, *l. legatarius, in principio, de legat. 1. l. 4. & l. 6. & l. cum filius §. variis, de leg. 2.* Sicut,
C vt res fiat manifestior, fundo tantum legato, non potest legatarius vsumfructum vindicare, qui pars est fundi, & proprietatem repudiare, *l. 23. de leg. 2.* hoc enim esset scindere legatum, & honorem sibi vltro à testatore delatum fastidire superbe & inconstanter: nec dubium est, quin inueniantur quandocunque fastidiosi legatarij, qui magnum honorem respuant paruo contenti. Eademque ratione fundo legato aut pecunia, quia vnum legatum est in alterutra causa, non potest legatarius vel vsumfructum fundi, duntaxat vindicare, vel partem fundi, & partem pecuniæ, *l. 8. §. pen. de leg. 1.* sed vnico contentus esse debet, eoque indiuiso vel pecunia scilicet, vel fundo. Neque enim eligendo pecuniam scindit legatum fundi. At si vsumfructum eligat is, cui *fundus vel vsusfructus* legatus est, scin-
D dere videtur fundum, nisi statuamus, duo esse legata, vnum fundi, alterum vsusfructus, quod & necesse est, vt constituamus, ne non exitum habeat voluntas defuncti, quia scilicet duobus legatis relictis proculdubio vnum legatarius velle, alterum nolle potest, *l. 5. de leg. 2.* quia nec electio vnius est deintegratio aut decisio alterius.

Ad L. XI. Habitationis.

Habitationis legatum in singulos annos, ab initio anni deberi constat.

E HÆc lex ait: Habitationis legatum in singulos annos ab initio anni deberi. Si igitur habitatio legata sit in singulos annos, dies eius legati cedit initio cuiusque anni, & ab eo die quoquo anno deberi incipit cuiusque anni legatum, quia plura sunt legata, nempe quotannis vixerit legatarius, tot intelliguntur esse legata, & consequenter ab initio cuiusque anni legatum peti, & in heredem transmitti potest: quod & in omnibus legatis annuis locum habet, *l. nec semel, inf. quando dies legat. l. 1. C. eod. tit.* At si non in annos singulos habitatio relicta sit, sicut proponitur in hac lege, sed in habitationem relicta sit certa pecunia annua, vel quotannis, non ab initio cuiusque anni ea pecunia debetur, sed ab eo tantum die, quo habitationis pensio locatori præstanda est. Et ita est prodita nominatim in *d. l. nec semel § si in habitatione*, hoc adiecto

de cap.min. Itaque nec si cui relinquatur habitatio, *quoad viuet*, repetita intelligitur, quæ & inepte repetita intelligeretur. Vehementius huic responso Marcelli obstare videtur lex 17. *in princ. sup. tit. prox.* quæ Titiæ, *donec nubat*, vel *quoad nubat*, nihil refert, legatis 50. etiamsi non sit adscriptum in annos singulos, ait 50. deberi in annos singulos. Ergo plura esse legata, non vnum. Non dicam quod DD. ibi agi de legato quantitatis, puta 50. hic de legato habitationis: nam & habitatio non minus, quam quantitas in annos singulos relinqui, atque ita diuidi temporibus potest, *l. 11 sup. h. t.* Sed dicam conditionem iniectam legato in *d. l. 17. donec nubat*, hoc suadere & significare, vt videatur testator pecuniam annuam puellæ legasse pro solatio viduitatis & solitudinis, vt & ibi dixi, donec virum nacta esset, in *l. vlt. in fin. C. de ind. vid. toll.*

Ad §. Qui duos.

§. 1. *Qui duos fundos habebat, vnum legauit, & alterius fundi vsumfructum alij legauit. Quæro, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui legatus est, an fructuario seruitus debeatur? Respondit, quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest præstari via, secundum voluntatem defuncti, videtur id exigere ab herede, ita & in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi vsufructuario præstet, vt hac forma in agris seruetur, quæ viuo testatore obtinuerit: siue donec vsusfructus permanet, siue dum ad suam proprietatem redierit.*

Testator vnum fundum Titio legauit, & alterius fundi vsumfructum Caio, ad quem Caio non patet aditus, non patet aliunde via, quam per fundum, qui Titio legatus est. Quæritur, an per eum fundum via Caio debeatur? Et certum est deberi, non quidem à Titio, cui ille fundus legatus est, sed ab herede à quo vsusfructus alterius fundi legatus est, quia sine via nullum est legatum vsusfructus, *l. Gaurus de seruit. vrbanor. præd. l.* §. 1. *si vsusfr. petat.* Et ideo, sicut, si ille fundus mansisset in hereditate, nec fuisset Titio legatus, per eum heres Caio viam præstare teneretur secundum consuetudinem testatoris, qui per illum fundum solebat transire in alium fundum: Ita si fundus ille Titio legatus fuerit, id agere debet omnibus modis, prece vel pretio, vt significat lex *seruum filij*, §. *vlt. de legat. 1.* ne fundum Titius vindicet, priusquam Caio fructuario alterius fundi via præstita fuerit, siue donec vsusfructus permanet, si forte legatus sit ad certum tempus, siue donec amissus aut finitus alio modo ad proprietatem suam redierit, atque ita Titio præstabitur quidem plenus fundus, qui ei legatus est, sed cum onere præbendi transitus, aut præbendæ viæ Caio fructuario alterius fundi. Et hoc quidem casu notandum valde, viam, quæ præstatur fructuario personæ seruitutem esse, sicut vsusfructus, qui ei legatus est, personæ seruitus est, non prædij, id est, seruitus debita personæ, non seruitus debita prædio. Et simili modo igitur via, quæ propter vsumfructum fructuario præstatur, seruitus personæ est, non seruitus prædij, quia & soli fructuario seruitus prædij deberi non potest, *l. 2.* §. *1. si seru. vind.* Via igitur, quæ in hac specie præstatur fructuario, aditus est potius, vel accessus, vel transitus, vel ius siue vsus transeundi, vt loquitur hoc loco, & *in l. pen. tit. seq.* quam via. Si vsus, ergo seruitus personæ non prædij, & ita sæpe aliis casibus iter aut via non prædij sed hominis est, vt *in d. l penultim. & in l. vlt. de seru. vrb. præd.*

Ad L. XVI. Legatum ciuitati.

Legatum ciuitati relictum est, vt ex reditibus quotannis in ea ciuitate, memoriæ conseruandæ defuncti gratia, spectaculum celebretur quod illic celebrari non licet. Quæro, quid

A *de legato existimes. Modestinus respondit: cum testator spectaculum edi voluerit in ciuitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum esse, hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinauerit lucro heredum cedere. Igitur adhibitis heredibus, & primoribus ciuitatis, dispiciendum est, in quam rem conuerti debeat fideicommissum, vt memoria testatoris, alio & licito genere celebretur.*

Prædia quædam testator ciuitati suæ reliquit, vt ex reditibus eorum quotannis in ea ciuitate *memoria sua* celebraretur, vt in *l. libertis* §. *vlt. de aliment. leg.* vt, inquam, memoria eius quotannis celebraretur cuitu certo genere ludorum vel spectaculo, & in eam rem præscripta, præfinita certa summa, quæ ex reditibus prædiorum legatorum ciuitati conficeretur. Quæritur, quid fiet si illud
B spectaculi genus in ea ciuitate concelebrare non liceat? Quid si Senatusconsulto vetitum sit, ne quis tale spectaculum in ea ciuitate edat? an dicemus Rempublic. non peruenturam ad legatum prædiorum, quasi defecta conditione, & prædia cessura lucro heredis? Et respondet Modestinus in hac *l.* non ideo minus legatum Reipub. deberi, quod nec fuit sub conditione relictum proprie, sed sub modo, vt memoria celebraretur, vt in *l. liberto* §. *Lucius Titius. sup. tit. prox.* quem tamen modum idem Modestinus in fine fideicommissum appellauit, quia ex Constitutione Gordiani, cuius ætatem Modestinum attigisse constat ex *l. 5. C. ad exhibend.* ex Constitut. inquam Gordiani, id est, ex *l. 2. C. de iis, quæ sub. mod.* modus fideicom-
C missum facit, modus vim fideicommissi habet. Et hoc fideicommissum, cui debetur, *vt vsque ad certam summam ex reditibus prædiorum memoria defuncti illo vel illo genere spectaculi celebretur?* Fideicommissum illud debetur heredi, quia heredis interest, conseruari memoriam defuncti, vt & pietatem & prouidentiam defuncti, vt *l. Titio centum in princ. de cond. & demonst.* At non potest celebrari memoria defuncti ad eum modum, quem definiuit defunctus ipse, quoniam illud genus spectaculi illicitum est non potest impleri illud fideicommissum. ex præscripto defuncti, quid fiet? Et ait, adhibitis heredibus; & primoribus ciuitatis fideicommissum illud esse conuertendum in alium vsum licitum, & Reipub. necessarium, quo tamen memoria defuncti celebretur. Nihil enim refert, quo genere celebretur, modo celebretur, quoniam hic fuit præcipuus
D finis defuncti, vt sui memoria coleretur. Et quoniam vult primores ciuitatis de hoc fideicommisso conuertendo in alium vsum licitum, dispicere vna cum heredibus, inde colligunt DD. executores testamentorum, qui plerunque à testatore eliguntur, in exsequendis testamentis, heredes vocare & adhibere debere. Male ex hoc loco: hoc enim loco heredes adhibentur, quia eorum interest, propterea quod fideicommissum eis relictum est? Non ergo aliter quam si fideicommissum eis relictum sit, & suo munere igitur exsecutores fungi possunt, etiam herede non adhibito. Legatur quæso Epitome Philosophiæ moralis Philippi Melanchtonis, in qua perquam apte accommodat hanc leg. ad nostra tempora.

E
Ad L. XVII. Quidam prædia.

Quidam prædia Reipublicæ legauit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit, & adiecit: quæ legata peto, decuriones, & rogo, ne in aliam speciem, aut alios vsus conuertere velitis. *Respublica per quadriennium continuum ludos non edidit. quæro, an reditus, quos quadriennio respublica percepit, heredibus restituere debeat, vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento. Respondit, & inuitis heredibus possessione apprehensa, perceptos fructus restituendos esse, & non erogatos secundum defuncti voluntatem, in alia, quæ deberentur, compensari.*

Testator prædia quædam Reipublicæ legauit sub hoc modo, *vt ex eorum reditu quotannis sub nomine suo,*

memoriæ suæ conseruandæ gratia, vt *l. prox. sup. decuriones eius ciuitatis certos nec illicitos ludos ederent*, in eam rem præscripta certa summa, quam & heredes rogauit, *ne in alios vsus expenderent*, quod nec iure potuerunt citra auctoritatem principis, *l. 1. & l. 4. de adm. rer. ad ciu. pert.* Adfectarunt semper homines nominis sui memoriam celebrari post mortem, nec interire vna cum corpore. Hinc causa in testamētis paganis *legatariarum editionum*, vt Tertullian. loquitur in *lib. de spectaculis. Priuatorum*, inquit, *memoriis legataria editiones parentant*, id est, quæ testamentis per speciem legati indictæ sunt & iniunctæ. Christiani quoque minime profectò in affectantium Martyrum memorias celebrare solebant, vt pagani suorum hominum ad sarcophagum siue sepulchrum, *l. libertis §. vlt. de aliment. leg.* Ita Christiani ad locum, in quo martyrum conditæ erant reliquiæ, qui & ipse locus memoria appellatur. Inde D. Augustin. *lib. 22. de Ciuit. Dei cap. 8. & 10.* Martyribus, inquit, non fabricari templa, sicut diis, sed memorias, sicut hominibus mortuis: & in sacrificio, quod in memoria martyrum fit, id est, in conditorio martyrum, eos à sacerdote nominari, non inuocari. Verum ad rem, qui prædia Reipublicæ, in eam causam, quam dixi, legauit, & alia quædam eidem Reipublicæ legata reliquit, quæ & ipsi Reipublicæ debentur. Respub. verò inuitis heredibus prædiorum legatorum possessionem apprehendit, & quadriennio fructus percepit, neque tamen ludos edidit, quos sibi edi defunctus iusserat. Et hac de re consultus Scæuola respondit, quadrimos fructus prædiorum heredibus esse restituendos, aut pensandos eos fructus esse cum aliis legatis, quæ eidem Reipubl. testator reliquit. Pensationem pro restitutione esse, vt *l. 4. sup. qui pot. in pign. hab. l. 16. de lib. caus.* Porro, quod ait, inuitis heredibus prædiorum legatorum apprehensa possessione, fructus quadriennio perceptos heredibus esse restituendos, ex eo non est colligendum generaliter, ne quis fallatur, & quotiescunque inuitis heredibus possessionem rei legatæ legatarius apprehendit, fructus heredibus esse restituendos, quoniam non hoc ita generaliter percepit Scæuola hoc loco, sed hoc modo respondit: *Et inuitis heredibus, &c.* Et hoc sensu, quia Resp. non in eo tantum peccauit, quod ludos non edidit, de quibus caueret testator, quod non obtemperauit voluntati testatoris, sed etiam, quod inuitis heredibus possessionem prædiorum apprehendit, quod est satis inciuile, ideo multo magis fructus heredibus esse restituendos. Ceterum contumacia sola, indeuotio sola Reipub. non obtemperantis voluntati defuncti, sufficeret, id est, obligaret Remp. ad restitutionem quadrimorum fructuum: Verum apprehensa possessio inuitis heredibus sola non sufficeret, id est, non obligaret legatarium ad restitutionem fructuum, sed si quid heredis interesset, velut interueniente Falcidia, quæ per retentionem tantum seruari potest hoc iure, non per vindicationem, obligaret legatarium ad restitutionem possessionis, vt per retentionem possessionis sibi seruaret Falcidiam, vel non restituta possessione, ad præstationem eius quod interest, quod omne consequitur heres interdicto quod legatorum, de quo exstat titulus. De restitutione fructuum nulla mentio exstat, nisi hoc loco, cum inciuiliter apprehensæ possessioni coniuncta est contumacia legatarij.

Ad L. XVIII. Qui plures.

Qui plures habebat libertos, testamento suo dixit, se habitationem reliquere iis, quos codicillis designasset: cum nullos postea designauerit. Quæro, an omnes admitti debeant. Respondit, si patronus qui se designaturum personas libertorum pollicitus est, nullum postea designauit: legatum habitationis perfectum esse non videtur: non exsistente, cui datum intelligi possit.

EX h. lege intelligimus habitatione legata libertis non omnibus quos habebat, sed libertis, quos codicillis designasset, nullis designatis, ac fortasse nullis codicillis factis imperfectum, atque adeò nullum legatum esse: Neque enim omnibus libertis esse præstandum, quod constat, non omnib. suis libertis patronum præstari voluisse, sed iis duntaxat, quos postea codicillis nominasset. Nullis ergo nominatis cœpit errare potius quam legare, vt & de testamento similiter dicitur, in *l. si quis cum testamentum, sup. qui test. fac. poss.* Nullum igitur legatum est, quia nemo exsistit cui datum intelligi possit: lex est apertissima. Verum adnotandum, aliam esse rationem, *l. si quis Titio §. vlt. & l. vnum ex familia 67. §. rogo. de leg. 2. & l. Labeo §. vlt. de statulib.* quæ omnes idem concinunt: Legaui decem millia vni ex libertis, quem heres eligeret. si neminem heres elegerit, legatum omnibus libertis debetur ex Constit. Antonini: & merito, ne sit in potestate heredis legatum infirmare. In hac specie culpa est heredis: in specie proposita, culpa testatoris. Aliam item esse rationem *l. cum pater 77. §. vlt. de leg. 2.* Vicos quosquam ciuitati reliquit, quorum fines postea alia scriptura significaturum se pollicitus est, simul atque genus certaminis, quod in sui memoriam celebraretur quotannis; nec tamen id significauit: Legatum est perfectum tamen atque vtile, nimirum exsistit ciuitas, cui legatum est, exsistunt vici, qui legati sunt. In specie proposita, cui legatum intelligatur, nullus existit. Et in summa, res ita se habet, de pollicitationibus testatorum hæc est certa definitio. Pollicitatio, quam testator de re, quam dati velit, designanda, vel de legatario designando, cui dari velit, fecit, nec impleuit, nullum legatum facit. Pollicitatio autem quam fecit alia de re, si de re legata, & de legatario constat, nullum legatum non facit, sed illa pollicitatio pro superuacua habetur: nam & absque ea legatum consistit, *l pen. C. de inst. & subst.* Superuacua autem legatis non nocent, *l. si seruo, in fi. de adim. leg.*

Ad L. XIX. Si alij fundum.

Si alij fundum, alij vsumfructum eiusdem fundi testator legauerit: si eo proposito fecit, vt alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto vsufructu proprietatem eum legare oportet, eo modo: Titio fundum detracto vsufructu lego: *vel* Seio eiusdem fundi vsumfructum heres dato. *Quod nisi fecerit, vsusfructus inter eos communicabitur: quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.*

SEquitur grauior quæstio in hac *l.* Quod dixi in *l 10. sup. fundi* nomine plenam proprietatem significari, plenumve dominium, hæc lex demonstrat luculenter. Si testator, dum vult Titio legare nudam proprietatem fundi, & Gaio vsumfructum eiusdem fundi, ita dixerit *Titio fundum, Gaio eiusdem fundi vsumfructum do, lego*: errore labitur, id est, ignoratione sermonis. Nescit enim *fundi* appellatione non nudam, sed plenam proprietatem significari. Et sane si hoc animo fuit, vt Titio nudam tantum proprietatem daret, non debuit ita legare: *Titio fundum Gaio vsumfructum ex eo fundo*, sed debuit hoc modo legare: *Titio fundum detracto vsufructu do, lego; Seio eiusdem fundi vsumfructum heres dato.* Sic est legendum hoc loco, nempe circumscripta disiunctione, *vel*, quæ perperam irrepsit etiam in Florentinis, & recte à Noricis abest, & à plerisque, quæ manu exaratæ sunt. Suadet Modestinus in hac *l.* vt testator, qui eo animo est, ita loquatur: *Titio fundum detracto vsufructu do, lego, Gaio eiusdem fundi vsumfructum do, lego.* Quod si non ita legauerit, vt Modestinus suadet, sed vt proposuit initio, *Titio fundum, Gaio eiusdem fundi vsumfructum*, etiamsi si hæc mens testatoris non fuerit, vsusfructus communicabitur inter Titium & Gaium, concurrent in vsufructu Titius & Gaius, Titius habebit partem vsusfructus quasi portionem fundi, Gaius alteram partem, quasi vsumfructum, vt *l. 6. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum. l. 26. §. vlt. inf. h. t. quia*, in-

quit, *interdum plus valet scriptura, quam quod actum est*, vel, vt in Florentinis, *quam peractum sit*, id est, interdum plus valere scripturam, quam voluntatem testatoris. Itaque periclitabitur voluntas illa testatoris, qui vnum tantum voluit habere nudam proprietatem, alterum vsumfructum, nec voluit eos concurrere in vsufructu, si ita legauit per errorem: *illi fundum, & illi vsumfructum eiusdem fundi*: Nam etsi potior quidem sit voluntas testatoris subtilitate iuris, *d. l. 26.* vix tamen est potior scriptura certa & indubitata, quia & voluntatis, quæ contraria sit scripturæ certæ & perspicuæ, probatio difficillima est. Et inde *l. illa aut illa, de legat. 3. cum in verbis nulla est ambiguitas, non debere admitti quæstionem voluntatis.* cum verba manifesta sunt, coniecturam voluntatis non esse quærendam, & *l. 16. de cond. & demonst.* Ea quæ ex ipso testamento oriuntur quæ ex ipsis verbis testamenti pendent, debere secundum scripti iuris rationem, secundum scriptum expediri, & mitti quæstionem voluntatis. Et hæc quidem in legatis omniuo ita se habent, quæ ex rigore iuris proficiscuntur, vt Vlpianus ait in *lib. sing. regul. de fideicom.* In fideicommissis quæ ex sola voluntate relinquentis pendent, *l. pen. de leg. 1.* etiamsi verba aperta sint, nonnunquam admittitur quæstio voluntatis, *l. cum virum, C. de fideicom. l. quisquis, inf. de leg. 3.* In sententiis quoque iudicum nonnunquam mens iudicis spectatur potius, quam verborum subtilitas aut proprietas. Ideoque in iudicio famil. ercisc. quod est de tollenda communione inter coheredes, in quo hanc esse mentem iudicis constat, vt communionem tollat, non inducat, si vni fundum, alij vsumfructum eiusdem fundi, adiudicauerit, vsusfructus non communicabitur, sed is, cui fundus adiudicatus est, ex sententia iudicis, ex fine quem propositum habuit iudex, nudam tantum proprietatem habebit, non fundum plenum, *l. & puto §. Iulianus, famil. ercisc.* In legatis à verbis temere non recedimus, sed ius strictum & scriptum sequimur, quoad fieri potest, nec audimus facile eos, qui pro voluntate contra manifestam scripturam dicunt, aut sane periculum est non paruum, ne vbi manifesta est scriptura, habeatur ratio voluntatis, quæ contraria fuisse dicitur. Et obserua quod ait *d. §. Iulianus*, in ea specie non communicari vsumfructum, cum arbiter fam. erciscundæ *vni fundum, alteri vsumfructum adiudicauit*, id non aliò respicere, quam ad legata, ex quibus vsumfructum communicari certissimum est, non nisi ægre admissa, aut periculose introducta quæstione contrariæ voluntatis. Obserua item, hoc scripsisse Modestinum *lib. sing. de Eurematicis*, quo quidem libro cautiones, pleraque exposuit à se excogitatas: cautiones, consilia sua, vocauit Eurematica. Vnde & ex eod. lib. *l. 58. solut. matr. consulendum*, inquit, *est.* & in *l. 9. de susp. tut. optimum factum est*, sunt verba consilia dantis aut suadentis: & in *l. 45. ad Trebell. suaserim*, inquit. Et hæc quoque, quæ scripsit hoc loco Modest. non alio proposito scripsit, quam vt suaderet testatoribus, volentibus vni nudam tantum proprietatem dare, & alteri vsumfruct. eiusdem rei, ne ita darent *illi fundum, & illi vsumfr.* alioqui periculum esse, ne voluntas eorum damnum patiatur: quia, inquit, interdum plus valet scriptura, quam voluntas, id est, interdum apud iudicem maxime addictum stricto iudicio, plus valet scriptura, si perspicua sit, quam voluntas: iudiciorum strictorum aleam esse periculosam. Hic est sensus *h. leg.* Obiicitur contra eam *d. l. & puto. §. Iulianus.* cui iam respondi. Obiicitur etiam *tit. plus val. quod agit. quam quod simul. concip.* In quo titulo ostenditur actum plus valere, quam scriptum. Respondeo ibi *actum* significare rem gestam: hic actum significare voluntatem; ibi actum significare, quod re ipsa gestum est. hic significare, quod animo agitatum est: & contra, ibi scriptum esse simulatam & fictam scripturam, hic scriptum esse veram nec ementitam scripturam. hic scripturam, quo planum fit ineptam obiectionem esse. Obiicitur etiam *l. 3. C. de lib. preter* quæ his verbis: *ille filius meus alienus substantiæ meæ fiat*, ait, re-

A cte filium exheredari. Solemnitatem enim verborum, nempe: *ex heres esto* (hæc sunt directa verba, *ex heres esto*, quibus summo iure deberet concipi exheredatio) solemnitatem, inquam, verborum non esse exigendam, vbi manifesta est voluntas defuncti. Respondeo, conuersionem harum propositionum nihil inter se pugnare, vbi manifesta sunt verba testatoris, quod Modest. ait hoc loco, non requiri voluntatem defuncti, vbi manifesta est voluntas defuncti, non requiri solemnia verba. Vtraque propositio est vera. Præterea obiicitur iuris regula, *generi per speciem derogari.* Ergo inquiunt DD. vni legato fundo, alteri vsufructu eiusdem fundi, non habebit is, cui fundus legatus est, nisi nudam proprietatem, quia exemptus ei videtur de fundo vsusfructus, vsufructu alteri legato: Neque igitur inter eos vsusfructus communicabitur. Respond. regulam esse de genere, cui per speciem derogari ait, vt, si tibi legauero familiam meam generaliter, & deinde Titio Stichum, qui meus est, legato familiæ eximitur Stichus, generi per speciem derogatur: fundum autem non considerari vt genus, sed vt totum, cuius partes sunt proprietas & vsusfructus: & vsusfruct. pars adeo necessaria est, vt eo exempto fundus esse desinat. Proinde vsufructu legato fundi, legatum abrogaretur potius, quam derogaretur, neque enim fundus esse intelligitur, cui detractus vsusfructus est, *l. qui vsumfr. de verb. oblig.* Abrogari autem legatum fundi, sanus & siccus dixerit nemo. Communicari igitur vsumfructum satius est, quasi duobus legato vsufructu, vni nominatim, alteri sub nomine fundi, sub nomine totius, alij sub nomine partis, alij sub nomine totius. Postremo obiicitur *l. non aliter, de legat. 3.* quæ ait aperte recedi posse à significatione verborum, si appareat, aliud voluisse testatorem, quoniam propositio illius legis est accipienda aut interpretanda, secundum quod exigit exemplum ei subiectum, id est, interpretanda est de verbis ambiguis, quæ varie accipi possunt, vt in subiecto exemplo: Si quis *omnes iuuenes seruos, suo in ministerio habuit*, legauit: nam iuuenum appellatio variè accipi potest, & dubium est valde, à qua ætate, & in quam ætatem dicantur iuuenes, vt eadem lex explicat: nos autem loquimur de verbis perspicuis, non ambiguis. Et omnino licet hac in re ita constituere. Cum manifesta sunt verba & plana, voluntas obscura, non quærimus voluntatem: & retro, cum manifesta est voluntas, verba sunt D obscura vel ambigua, non quærimus verba.

Ad L. XX. Si seruum.

Si seruum sub conditione liberum esse iubeam, & vsumfr. eius tibi leganero: valet legatum.

SI seruum meum pure liberum esse iussi, inutiliter lego eiusdem serui vsumfructum, quia libertatis datio potior est legato vsusfruct. & in libero homine vsusfruct. constitui non potest: Sed si sub conditione eum liberum esse iussi, valet legatum vsusfructus, quia & pendente conditione vti frui seruo interim legatarius potest, & deficiente conditione libertatis omnimodo quoad viuet. Verum, existente conditione, legatarius vsumfructum amittit. Denique libertate data sub conditione, sub contraria conditione vsusfructus relictus videtur, puta, *si seruus permanserit*: vel *si ad libertatem non peruenerit*, si defecerit conditio libertatis. Et huc pertinent *lex 26. quibus modis. vs. amitt.* & lex *si post mortem 68. §. vlt. de legat. 1.* Quæro, quid sit dicendum, si seruum ex die liberum esse iussi, puta ex Calendis proximis, an interim valet legatum vsusfructus? Minime, quia potior est causa libertatis, ad diem, quia certum est, diem illum esse venturum, & certum quoque est ad eum seruum peruenturum, quod etiam ostendit *d. l. si post mortem §. vlt.*

A

Ad L. XXI. Titio.

Titio vsusfructus Stichi, aut si nauis ex Asia venerit, decem legata sunt: non petet vsumfructum, antequam conditio decem exsistat, vel deficiat, ne potestas heredis, vtrum velit, dandi auferatur.

CVm disiunctiuo modo legatur: *illud aut illud*, & quæritur cuius sit electio, heredis an legatarij, ius certissimum est ita esse distinguendum: aut per vindicationem legatur illud aut illud, veluti *Titio illud aut illud do, lego: Titius illud aut illud sibi habeto*, & tunc electio est legatarii, *l. plane. §. pen. de leg. 1. l. 23. de legat. 2.* & in hoc tit. *l. 10.* Aut per damnationem legatur illud aut illud: *damnas esto heres meus, L. Titio fundum illum dare aut decem*, & tunc est electio heredis, *l. 19. l. si ita relictum §. vlt. de legat. 2.* Id verba legatorum satis demonstrant, cui electionem testator deferri voluerit. Et secundum hanc iuris definitionem in specie huius leg. ponimus, heredem, cuius lex statuit electionem esse, fuisse damnatum Titio vsumfructum, aut si nauis ex Asia venerit, decem dare damnatum. Igitur heredem aut vsumfructum certi fundi dare pure, aut decem sub conditione, si nauis ex Asia venerit. Et ait I C. in hac specie, antequam conditio decem exsistat, vel deficiat, Titium non posse petere vsumfructum, quamuis vsusfr. ei pure relictus videatur, ne scilicet eripiat heredi electionem, *ne potestas*, inquit, *heredi, vtrum velit, dandi auferatur*, quam vtique heres habiturus est, si exstiterit conditio: sin vero defecerit, amissurus, quia deficiente conditione adscripta legato decem, vsusfructus omnimodo præstandus est, qui solus remanet in legato, *l. 2. §. Scæuola, de eo quod cert. loc.* Sed & si exsistat conditio decem, hæc verba legis, *non petet vsumfructum, antequam conditio decem exsistat, vel deficiat*, innuere videntur, vsumfructum peti posse, si vel exsistat conditio, quod est omnino falsum, quia plus causa peteretur & præriperetur electio heredi. *§. huic autem, Institut. de act.* Neque id etiam illa verba significant, aut non sunt ita accipienda, sed hoc tantummodo, non posse peti vsumfructum antequam conditio decem exsistat, vel deficiat, id est, pendente conditione, vt in *l. cum illud, quand. dies leg. ced.* vt illa verba: *antequam conditio exsistat vel deficiat*, sint Periphrasis horum: *pendente conditione.* Nec tamen in hac specie idem dicendum est, quod in specie *d. leg. cum illud*, videlicet pendente conditione morientem legatarium non transmittere ad heredem legatum pecuniæ, quia morte legatarij euanuit legatum vsusfructus, & consequenter legatum pecuniæ tantum constitit, retroque cessisse intelligitur, ac si pecunia sola ab initio legata fuisset: Retro, inquam cessisse intelligitur dies pecuniæ legatæ à morte testatoris. Ergo transmisit ad heredem, *l. si vsusfr. quand. dies leg. ced.* Et quod in contrarium ait *d. l. cum illud*, legatum non transmitti ad heredem, locum habere non potest, nisi aliter ponatur species, veluti legasse testatorem Titio centum, non vsumfr. aut si nauis ex Asia venerit, fundum illum; quia hoc casu moriente Titio pendente conditione, vtrumque ex iis, id est pecunia & fundus disiunctim tantum hæsit legato, nec huius potius, quam illius die cessisse videri potest, moriente legatario, quo momento impleri conditio potuit, id est, nauis venire ex Asia. Denique in specie *h. l.* nostra, mors Titij declarat, pecuniam sola in legato esse, aut super esse, ac proinde diem eius cessisse videri à morte testatoris. In specie autem *d. l. cum illud*, posita cum responso legis, scilicet conuenienter, vt posui, & potest poni varie, mors Titij nihil tale declarat: imo moriente Titio, vtrumque fuisse in legati causa, sub disiunctione scilicet, & pependisse vtrumque ex conditione adscripta legato fundi verum est, nec fuit ignota hæc distinctio Accursio in *d. l. cum illud.* & est verissima atque acutissima.

Ad L. XXII. Patrimonij..

Patrimonij mei reditum omnibus annis vxori meæ dare volo. *Aristo respondet, ad heredem vxoris non transire: quia aut vsuifructui simile esset, aut huic legato*, in annos singulos.

SI quis vxori suæ reliquerit patrimonij sui reditum omnib. annis, his verbis: *Patrimonij mei reditum omnib. annis vxori meæ dari volo:* Hæc verba, *dari volo*, sunt precaria & fideicommissum faciunt. per fideicommissum igitur reliquit vxori patrimonij sui reditum omnib. annis, & ait, mortua vxore finitum fideicommissum videri, quia B etsi non sit relictus vsusfr. sed reditus, qui longe diuersus est ab vsufructu, est enim corporis nomen, vsusfr. nomen iuris, tamen reditus, qui relictus est vsumfr. imitatur, *l. 6. vsumfr. quem. cau.* Et ad exemplum igitur vsusfr. finitur etiam reditus morte legatarij. At sane simile est illud fideicommissum legato, siue fideicommisso annuo vel relicto (quod idem est) in annos singulos, quia dixit, *omnibus annis*, & legata annua, etiamsi non relinquantur vice alimentorum, morte legarij finiri, constat, *l. Gaius, sup. tit prox.* Omnibus igitur annis, quod notandum, & singulis annis, vel in singulos annos, idem est, sicut fortunam huiusce diei apud Cic. *2. de leg.* valere in omnes dies, proculdubio est valere in singulos dies, atque ideo dicebatur fortuna huiusce diei.

C

Ad L. XXIII. Licet testatori.

Licet testatori repetere legatum vsusfructus, vt etiam post capitis deminutionem deberetur. Et hoc nuper Imperat. Antoninus ad libellum rescripsit, tunc tantum esse huic constitutioni locum, cum in annos singulos relegaretur.

AIt initio, legatum vsusfructus repeti posse, vt scilicet etiam post capitis deminutionem debeatur, vt scilicet postquam amissus erit capitis deminutione, redintegretur, & repeti recte tam expressim, quam tacite. Tacite repeti, vt si legetur alternis annis vel mensibus, vel diebus, vel si legetur, quoad viuet legatarius, vel si legetur vsque ad decennium, *l. 2. & 3. quib. mod. vsusf. amitt. l. 13. h. tit.* Itemque si legetur in annos singulos: nam & D hoc modo tacite repeti videtur, & relegari siue renouari in annos singulos, *l. 1. §. vlt. quib. mod. vsusfr. amitt.* Verum non tacite tantum, vt h. l. ostendit, sed etiam expressim repeti vsusfr. & relegari potest, nempe his verbis: *Lucio Titio vsumfr. illius fundi, & quotiensque capite minutus erit, eundem vsumfr. ei do, lego, l. 8. sup. tit. prox.* Et hoc est quod ait h. l. *licere testatori repetere legatum vsusfr. vt etiam post capitis deminutionem deberetur*, id est, licere expressim repetere. Licere autem dicitur, quod per legem, aut per constitutionem facere possumus, vnde subiicit, quia dixit, *licet, & hoc nuper Imperatorem Antoninum rescripsisse, ad libellum* cuiusdam, qui scilicet eum adierat per libellum. *Nec tantum*, sic iampridam ostendi esse legendum, non: *tunc tantum*, quæ lectio nec DD. placet. E nec tantum igitur huic Constitutioni, nempe vt repetatur vsusfructus, & relegetur, esse locum, cum in annos singulos relegetur vsusfructus, sed etiam cum specialiter & expresse relegatur, vt similiter in *l. 3. quib. mod. vsusf. amit. in prin.* ait, sicut in annos singulos vsusfructus legari potest, ita & capitis deminutione amissum legari posse, *vt adiiciatur*, inquit, *quotiensque capite minutus erit, eundem vsumfr. do, lego.* Pleraque licent tacite, quæ non licent expressim, exempli gratia. Tacite pacisci licet, ne de dolo agatur, vt si paciscar, ne agatur depositi, tacite pactus videor, ne de dolo agatur, & valet pactio, quæ expressim ita facta, ne de dolo ageretur, non valeret, *l. si vnus §. illud. de pact.* Tacite heredis institutio potest conferri in arbitrium alterius, veluti si ille Capitolium ascenderit, non

etiam expressim, *l. si quis Sempronium, de hered. instit.* At vsumfructum exstinctum capitis deminutione vel non vtendo, repetere licet, non solum tacitè, sed etiam expressim: nam etsi hoc palam fieri videatur contra ius publicum, quo cautum est, *vt vsusf perimatur capitis deminutione, & inusu*, non tamen ius publicum prorsus offenditur: eius enim anni, qui præcessit, legatum exstinguitur, sed non etiam insequentis anni: quia & alius est vsusfr. insequentis anni, quam qui fuit superioris anni, *l. 6. h. t.* Et hæc est sententia h. l. At imperatorem Antoninum rescripsisse ad libellum, vt *l. 2. §. item diui, de iure fisc.* Diuos fratres rescripsisse ad libellum Cornel. Rufi, & *l. vlt. de offic. proc. Cæs.* Seuerum & Antoninum rescripsisse ad libellum Hermiæ.

Ad L. XXIV. Vxori.

Vxori fructu bonorum legato: fœnus quoque sortium, quas defunctus collocauit, post impletam ex Senatusconsulto cautionem præstabitur. Igitur vsuras nominum in hereditate relictorum, ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. non idem seruabitur, nominibus ab herede factis: Tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur: aut, quod propter moram vsuras quoque reddi placuit, super his non cauebitur.

§. 1. Scorpum seruum meum Semproniæ concubinæ meæ seruire volo. *Non videtur proprietas serui relicta, sed vsusfructus.*

IAm docuimus in *l. 1. h. t.* ex SC. etiam pecuniæ & nominum (quamuis sint in abusu) vsumfr. recte legari atque constitui, præstita scilicet à legatario cautione de tanta pecunia restituenda, *cum morietur, aut capite minuetur*, quantam acceperit vel exegerit. Et ideo, si vxori testator vsumf. (quod hodie fit sæpissime) omnium suorum bonor. legauerit, etiam vsumfr. nominum, quæ testator fecit, vel heres eius ex pecunia hereditaria, vxori debetur, interposita cautione supradicta de sorte restituenda. Verum fac, nomina esse fœneratitia, obligationes esse vsurarias, an vt de sorte restituenda mulier cauere debet, vt perueniat ad legatum, *cum morietur* scilicet, *aut capite minuetur*, an ita etiam cauere debeat de vsuris? Hæc est quæstio legis. Et sane cauere debet mulier etiam de vsuris quæ iam testatori debebantur; non etiam de vsuris quæ post cautionem interpositam deberi cœperunt: de vsuris igitur quæ iam erant in bonis defuncti, non de vsuris, quæ nunquam fuerunt in bonis defuncti, puta quę post mortem testatoris & cautionem interpositam deberi cœperūt, quia ex lucro heredis proficiunt, tanquam fructus sortium defuncto debitarum. vsuræ vicem fructuum obtinent, *l. vsuræ, de vsur. l. Titius, de præscript. verb. l. 3. de vsufr. ear. rer. quæ vsu. cons.* Non debet etiam mulier cauere de vsuris, quæ heredi deberi cœperunt, qui nomina fecit post mortem testatoris ex pecunia hereditaria, quia & hæ vsuræ legato bonorum non continentur, cum in bonis mariti nunquam fuerint, *l. postulante §. vlt. ad SC. Trebell.* Et quod notat etiam *IC.* in hac *l.* quamuis post moram, quam fecit heres in præstando legato etiam vsuræ nominum, quæ fecit heres ex pecunia hereditaria mulieri debeantur, non quidem iure legati, vt dixi, quia legato non continentur; sed quia constitutum est, mulctari debere moram heredis præstatione vsurarum & fructuum, *d. l. vsuræ, l. qui solidum, l. si quis seruum 84. de leg. 2. l. diui §. 1. ad leg. Falc.* etiam de iis vsuris restituendis mulier cauere non debet, quia lucro eius cesserunt propter moram heredis. perceptæ vsuræ ab herede ex nominib. quæ ipse fecit mulieri non debentur, quia non fuerunt in bonis mariti: post moram perceptæ debentur, & omnino cedūt lucro mulieris, vt nec de eis restituendis cauere debeat. Hæc est sententia prioris partis h. l. Posterior est facillima: Ita proponitur testator legasse: *Scorpum seruum meū Semproniæ concubinæ meæ seruire volo.* est simile nomen Scorpi apud Martialem, Scorpi agitatoris. Illum seruum illi seruire volo, quæritur vtrum

A serui proprietas an vsusfructus legatus sit? Et recte ait, verbum, *seruire*, vsumfructum significare, non proprietatem: Vsumfructum igitur serui, tantum legatario deberi, quia non dixi, vt seruus esset legatariæ, sed vt seruiret. Aliud est seruire, longe aliud seruum esse, quod & Rhetores docent: Mercenarius seruit, nec tamen est seruus. Redemptus ab hostibus redemptori seruit, nec tamen est seruus. Manumissus à proprietario sine consensu fructuarij. Idemque dici potest de addicto, & de capto à prædonibus. Legatur Quint. declam. 311. & *Instit. 5. cap. 10.*

Ad L. XXV. Qui fructus.

B *Qui fructus prædiorum vxori reliquit: post mortem eius prædia cum reditibus ad heredes suos redire voluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dominus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti dedit. Etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonstrati videbantur.*

TEstator fructus certorum prædiorum legauit vxori, vsumfructum legasse videtur, *l. cum ita, inf. hoc tit.* At præterea rogauit vxorem, vt post mortem suam ea prædia cum fructibus restitueret heredi, *nullum est fideicommissum*, inquit, id est, fideicommissum illud, neque in proprietate consistit, neque in vsufructu. Denique nullum est fideicommissum, quia heres suo iure post mortem fructuarij prædia illa & fructus habiturus est: nullum & inutile C est fideicommissum, si quid mihi relinquas, quod iure meo vel habeo, vel habiturus sum omnimodo citra speciem legati & liberalitatis tuæ, *l. cum pater §. curatoris, de leg. 2. & l. post emancipationem, de leg. 3. l. 54. ad leg. Falc.* proinde ac si rem meam, aut mihi debitam, mihi legares: Nam & hoc legatum esse nullum satis apparet, quia nulla eius est vtilitas. Iure autem suo plenam proprietatem habet post mortem fructuarij, & fructus futuri temporis percepturus est, de quibus heredi restituendis testator sensisse videtur, cum rogauit vxorem, *vt post mortem suam prædia heredi restituerentur cum fructibus siue reditibus.* Sensisse videtur de fructibus futuri temporis, non de præteriti, quos iam fructuaria percepisset iure legati, aut sane inutile esset legatum vsusfr. vxori. Igitur imperitia lapsus, id est, ignoratione iuris, testator ita heredi suo ab vxore fidei- D commissum reliquit frustra, & inutiliter, quod & citra fideicommissum ad heredem pertineret ipso iure. Et notanda sunt hæc verba legis, vt est rectissime scriptum in Florentinis. *Nullum fideicommissum dominus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti dedit. Dominus*, hoc loco, id est maritus, vt in *l. vxorem 41. §. testamento, de leg. 3. l. ea quæ, de don. int. vir. & vxor.* & in antiqua inscriptione, *dominus vxori suæ optimæ titulum fecit*, dominus, hoc est, maritus.

Ad L. XXVI. Sempronius Attalus.

Sempronius Attalus ab herede suo fundum in Italiam Gaio post decennium, deducto vsufructu, dari iussit. Quæro, cum E *medio hoc decennij spatio heres vita functus sit, an post tempus decennij plenus fundus ad legatarium pertineat. Mouet enim me quod dies legati huius siue fideicommissi cesserit, ac per hoc & ad heredem legatarij pertinere potuerit: & ideo quasi circa debitum iam legatum, mortuo herede, vsufructus exstinctus sit, nec ad heredem heredis pertinere possit. Respondi: Dies quidem fideicommissi vel legati cedit statim, cum post tempus certum heres dare rogatur, siue iubetur. Sed vsusfructus nondum est heredis: nisi cum dominium deducto vsufructu, præstitit. Et ideo capitis deminutione, vel morte, perire non potest, quod nondum habuit. Idem euenit si proprietas deducto vsufructu sub conditione legata sit, & pendente conditione heres decesserit. Tunc enim ab heredis herede incipit vsusfructus, qui ex persona eius finietur: sed his casibus*

casibus de sententia testatoris quærendum est, qui vtique de eo vsufructu detrahendo sensit, qui coniunctus esset heredis personæ. Quo exstincto, solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere cœpit vsumfructum, quam si iam habere cœpisset.

§. 1. *Si fundus duobus, alij vsusfructus legatus sit, non trientes in vsufructu, sed semisses constituuntur. Idemque ex contrario, si duo sint fructuarij, & alij proprietas legata est. Et inter eos tantum adcrescendi ius est.*

SPecies h. l. hæc est. Quidam ab herede suo post decennium fundum, detracto siue excepto vsufructu, Gaio dedit per legatum vel per fideicommissum vsusfr. non tantum præsens, sed etiam ex tempore certo constitui potest, *l. 4. de vsufr.* Post decennium igitur voluit testator heredem eius fundi fructuarium esse, Gaium autem proprietarium: & mortuus est heres intra decennium, priusquam venisset dies legati. quæritur, an morte eius finitus vsusfr. & quasi proprietati suæ redditus videatur, adeo vt post decennium heres heredis, qui & ipse intelligitur esse heres testatoris, secundum regulam veterem iuris, *l. vlt. C. de her. instit. l. antiquitas, C. de vsufr.* nec minus heres heredis obstringitur legatis, quæ testator reliquit, quam prior heres, *l. 65 de cond. & demonst.* Quæritur ergo, an heres heredis post decennium teneatur Gaio dare plenam & solidam proprietatem fundi, quasi morte heredis primi, cui data erat, deducto vsufr. cum proprietate confuso commixtoque vsufructu? Et ita quidem videtur prima fronte esse dicendum, quia legatum Gaio relictum in est diem certum, puta post decennium. Ergo dies eius legati cessit perinde, atque legati puri, statim ex mortis testatoris tempore nondum mortuo herede primo, *l. 5. & 21. quand. dies leg. ced l vn. §. cum igitur, C. de cad. toll.* Cessionis autem huius, quod h. l. omnium optime demonstrat, duo sunt effectus, vt deberi incipiat legatum statim à morte testatoris, licet ante decennium peti non possit: non omne quod debetur, & peti confestim debet: & alter effectus, vt ante decennium mortuo legatario, legatum transmittatur ab heredem legatarij: Duo hi effectus cessionis, vt dixi, perspicue notantur in hac l. Theophilus notat posteriorem tantum effectum, cum definit, cessionem esse legati nondum percepti ad heredes transmissionem in § *si peculium, de leg.* quia scilicet hic posterior effectus pendet ex priore: Neque enim in heredes transmitti quicquam potest, nisi id iam defuncto, cum viueret, vel moreretur, deberi cœperit. indebita non transmittimus ad heredem. *Alias vero*, id est, alia significatione legatum cedere dicitur id tantum, quod defertur, id est, quod iam præstari debet, quodq; iam peti potest, vt in *l 7. sup. h. t.* Qua de causa & idem Theophilus eodem loco non male, cedere legata, quæ nobis deferuntur, & deferri, quorum nomine nobis competit actio, vel quæ petere & vindicare possumus, vel etiam, si malumus, repudiare. Et idem Theophilus paulo post παρχώρησιν, id est, cessionem interpretatur καταφορὰν, id est, delationem. Verum ad rem, qui de specie proposita consulebat Paulum, ita ratiocinabatur. Fundo post decennium legato deducto vsufr. eius legati dies cedit statim à morte testatoris, id est, debetur statim obligatio ex testamento eius legati nomine nascitur statim, ac proinde ad heredem legatarij trásmitti potest. vnde efficiebat & vsumfructum eius fundi statim ad heredem pertinere & perimi igitur superueniente postea heredis morte intra decénium, nec ad heredem heredis transmitti: deniq; post decennium plenum fundum legatario præstandum esse. Verum hanc rationem consultoris Paulus remouet atque reiicit: negat vsumfr. morte heredis interire potuisse, qui nunquam fuit heredis. vsusfructus scil. eius fundi fuit heredis ab adita hereditate iure proprietatis, quasi pleni dominij, iure autem seruitutis eius non est, nec esse potest, antequam proprietatem legatario præstiterit, deducto vsufr. veniente die legati. Ergo nec ante eum diem, nec antequam legatario proprietatem præstiterit, detracto vsufructu morte aut capitis deminutione heredis seruitus vsusfructus, quam non habuit,

A perire potest: desinere non videtur vsusfr. qui nec cœpit, *l. Titio vsusfr. de cond. & demonst.* Amittere heres non videtur vsumfructum, quem non habet, *l. 83. de regul. iur.* Vox est illa de via collecta: *priuatio præsupponit habitum, l. remittit. de iureiur. l. decem, de verb. oblig.* Nec obstat id, quo consultor mouebatur, quod legatario statim debetur legatum relictum in diem certum: nam deberi dicitur, & vero debetur in hoc tantum, vt transmitti possit ad heredem legatarij: non etiam vt statim ante diem proprietatem faciat legatarij, & vsumfr. constituat heres in sua persona. Imo interim heres non est fructuarius, sed fundi pleno iure dominus, & eo mortuo heres quoq; eius, heres heredis ante diem legati fundi est pleno iure dominus; post diem vero legati, id est, post decennium in hac specie competente petitione
B legati, deducitur vsusfr. ab herede heredis, & nuda proprietas legatario præstatur. Et subiicit Paulus, hac in re legatum in diem certum relictum, nihil distare à legato conditionali: Nam vt fundo legato sub conditione deducto vsufructu, & pendente conditione, herede mortuo, post existentem conditionem legati, vsusfr. incipit ab herede heredis, per deductionem vel retentionem, & in persona quoque eius finitur morte vel capitis deminutione, non etiam incipit in persona primi heredis, qui eum nunquam habuit. ita fundo legato in diem certum, deducto vsufr. & mortuo herede intra diem, idem omnino constituendum est, nec hac in re vlla est differentia inter legatum conditionale, & legatum in diem, licet quod ad cessionis causam magna sit differentia inter hoc & illud legatum: Nam legati códitionalis dies non cedit statim à morte testatoris, sed
C cum conditio exstiterit. Legati vero in diem certum dies cedit statim à morte testatoris. Qua de re est elegans definitio Vlp. *lib. sing. reg. tit. de leg. sub fin.* Et hæc quidé omnia, quæ hactenus dixi, secutus vestigia Pauli, secundú iuris disciplinam omnino ita se habent, nisi probetur aliam fuisse sententiam testatoris, veluti idem sensisse testatorem, quod consultor opinione præsumebat magis quam putabat: népe vt ne plus habebat heres heredis, quam si heres primus vsumfr. id est, seruitutem vsufr. in eo fundo habere cœpisset. quo casu heres heredis nihil habebit mortuo primo herede, & consequenter plena proprietas legatario debetur iure consolidationis, siue confusionis, quam σύρευσιν, idem Theophilus vocat. Et ideo subiicit Paulus in extremo h. quæstionis, *his casi.* id est, siue in diem certum, siue in condi-
D tionem legatum, siue fideicómissum fundi relictum sit, deducto vsufr. prætermissis strictis rationib. iuris, de mente & sententia testatoris esse quærendum, quæstionem hanc esse voluntatis quæstionem, atque ideo facti potius, quam iuris quæstionem, quę postea est in ęstimatione iudicantis, *l. 7. C. de fideicom.* Iuris rationib. esse potiorem sententiá testatoris. & fine testatoris sententia hæc fuit, vt heres primus dúntaxat deduceret, vt sibi retineret vsumfr. fundi, non heres heredis, qui etiam ipse incertus erat, *l. sciendum, de verb. sign.* vsusfr. habendi spe primo heredi erepta per mortem, qui contigit ante diem legati, vsufr. deductione heres secundus, die legati veniente, vti non potest, sed plenum fundum legatario præstare debet. Atque ita fit, quod est valde singulare, vt quemadmodum is, qui vsumfr. habet in fundo alieno, eum non transmittit ad heredem suum: ita & is qui
E nondum habet vsumfruct. sed eius tantum habendi spem in diem certum collatam, ad heredem suum eam spem non transmittat ex voluntate testatoris, quæ & plerunque eiusmodi esse præsumitur, vt etiam ostendit *l. qui vsumfr. §. 1. de vsufr.* quo loco eadem quæstio tractatur non in legatis tantum, sed & stipulationibus, & definitur eodem modo. Ait autem in extremo huius quæstionis Paulus: *Nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere cœpit vsumfruct. quam si iam habere cœpisset.* vulgo rectius legitur: *nec plus transmittit*, scilicet heres primus, *ad successorem suum, qui* heres primus *nondum habere cœpit vsumfruct. quam si legati dies cessisset*, id est, nihil transmittit ad heredem suum. Ergo heres heredis præstare plenum fundum legatario ex voluntate & sententia defuncti. In legatis

enim minus dubitatum est de voluntate defuncti, quam in stipulationibus de voluntate contrahentium, vt ait *d. l. qui vsumfr. §. 1.* Ad hæc Bartolus quærit hoc loco non ineleganter, quid sit dicendum si pendente die legati, primus heres capite minutus, & die legati existente pristino statui restitutus fuerit, an possit deducere vsumfr. Et respondet, posse, quod miror: nec enim fundum habet, ex quo deducat, & ius deductionis quod habuit, cum ipso fundo, cumque fortunis suis omnibus transit ad fiscum, vel ad patrem. nec quicquam etiam pro Bartoli sententia faciunt leges, quas adducit, lex *intercidit, de cond. & demon.* cum qua facit etiam *l. eum qui post, eod. tit. & l. 6. §. solemus, de hered. instit.* quæ deportatum & restitutum dicunt capere legatum, quod relictum est sub conditione, si conditio existat post restitutionem, quia non de deductione loquuntur, quæ fiat ex re hereditaria, sed de legato quod per se consistit, & hoc ad *l. intercidit.* quo modo etiam recte dices nihil obstare *d. §. solemus.* His addam argumentum quod aduersus hanc legem Fulgosius ducit ex *l. codicillis, sup. tit. prox.* Vbi heres heredis admittitur ad fideicommissum primo heredi relictum ad diem, id est, vsque ad annum trigesimum quintum, cur & in specie huius legis heres heredis non admittitur ad deductionem vsusfructus? Respondeo, ibi pure fuit relictum heredi fideicommissum à legatario, sed vsque ad diem certum: hic non fuit heredi relictum fideicommissum, sed deductio tantum concessa ei fuit vsusfr. eaque in diem non ad diem, quæ deductio personæ tantum eius delata videtur, ac proinde personæ eius tantum cohærere, quod significant illa verba: *qui vtique de eo vsufructu detrahendo sensit, qui coniunctus esset heredis personæ*, id est, qui coniungeretur heredis personæ & adhæresceret personæ heredis, existente die legati genere deductionis siue retentionis. Fideicommissa autem pure dantur non in personam, sed in rem, vt scilicet à legatario transeant in omnes successores in infinitum.

Additur alia de re in *§. si fundus.* Sententia h. §. hæc est: fundo coniunctim duobus legato & Tertio vsufructu eiusdem fundi, quia fundi appellatione plena proprietas significatur, *l. 10. & l. 19 sup. hoc tit.* quod iam sæpe diximus, vsusfructus communicabitur inter illos duos, quibus coniunctim fundus legatus est, & Tertium, cui vsusfructus eiusdem fundi separatim legatus est, ita scilicet, vt non singuli ferant viriles partes, id est, trientes, sed duo semissem vsusfructus. Tertius alterum semissem, quia illi duo, qui sunt coniuncti re & verbis, pro vno computantur, *l. plane 34. in princip. de leg. 1. l. vn. §. his ita 10. C. de cad. toll.* Et inter eos tantum coniunctos versatur ius adcrescendi, id est, non concurrente vno, alter integrum semissem habiturus est, concurrente vtroque, semissem inter se partientur. Denique inter illos duos propter coniunctionem duplicem versatur ius adcrescendi, non inter illos & Tertium. Et idem omnino proditum est in *l. si proprietas, de vsufr. adcresc.* quam miror non citari ab Accurs. Porro ostenditur cum hoc loco, tum illo, eandem rationem seruari, si duobus coniunctim legatus sit vsusfructus fundi, & separatim Tertio fundus: quia vsusfructus communicabitur inter illos duos & Tertium, ita vt coniuncti vnius tantum personæ potestate fungantur, & semissem duntaxat ferant, & vt inter eos tantum versetur ius adcrescendi, quia in eundem semissem vocantur, & sunt coniuncti re & verbis. Coniunctus re & verbis præfertur coniuncto re tantum; puta Tertio, *l. re coniuncti, de legat. 3.* Neque obstat huic sententiæ *l. si tibi, de vsufr. adcresc.* cuius longe alia est species: nam ibi proponitur tribus coniunctim legatus vsusfructus: & ideo concursu habent, faciuntque trientes, & inter eos omnes versatur ius adcrescendi.

Ad L. XXVII. Vxori maritus.

Vxori maritus per fideicommissum vsumfructum, & alia, & dotem prælegauit. heredes vsumfruct. ei concesserunt. Post A *biennium, illicitum matrimonium fuisse pronuntiatum est. Quæsitum est, an id, quod præterito tempore possedit, ab ea repeti possit. Respondit, id quod fructus nomine percepisset, repeti posse.*

IN hac lege proponitur, quendam vxori suæ, quæ tamen non erat vxor iusta & legitima, sed iniusta, nempe ducta contra leges vel constitutiones, per fideicommissum legasse vsumfructum cuiusdam fundi, & alias quasdam res, & præterea dotem, quam ab ea acceperat, heredes mulieri cessisse vsumfructum per errorem facti, existimantes eam fuisse defuncto vxorem iustam, & ipsa ex fundo biennio fructus percepit sine controuersia: post biennium matrimonium iniustum & illicitum fuisse pronuntiatum est: B Ait, fructus ab ea biennio perceptos tanquam indebitos heredes repetere posse: de aliis legatis, & de dote nihil dicit. Quare? quia constabat ea legata vxori illicitæ eripi à fisco quasi indignæ, & dotem quoque propter illicitum matrimonium caducam fieri, *l. 61. de ritu nupt. l. Claudius 13. de his quibus vt indig. l. vn. inf. vnde vir & vxor.* Igitur constabat reliqua legata caduca fieri, & dotem similiter caducam fieri, non etiam remanere apud heredem. Vsumfructum autem nunquam caducum fieri vlla ex causa, vt docui in *l. 9. sup. h. tit.* sed apud heredem remanere, si eum cedi legatario ius non feret, potius quam cadere in fiscum, quia fiscus possessor est tenacissimus, cui si dederis vsumfructum, & proprietatem dederis in perpetuum cum maxima iniuria proprietarij. Quod autem dico dotem & alia legata C propter iniustum matrimonium caduca fieri, ita procedit, si maior ætate fuit, quæ iniustum matrimonium contraxit: virgini enim & teneræ puellæ à viro deceptæ parcimus, nec eam repellimus à legatis ei relictis testamento viri, nec à dote ei prælegata, contra tamen virum repellimus à legatis testamento eius vxoris relictis, *l. 2. de his quibus vt indig. l. præfect. de rit. nupt. l. vlt. de leg. 1.*

Ad L. XXVIII. Quæro si vsusfructus.

Quæro si vsusfructus fundi legatus est, & idem fundo inductiones temporariæ indictæ sint, quid iuris sit. Paulus respondit, idem iuris esse & in his speciebus, quæ postea indicuntur, quod in vectigalibus dependendis responsum est. Ideoque hoc onus ad fructuarium pertinet.

D CErtum est, vectigalium publicorum, tributorum fiscalium, siue indictionum onera ad fructuarium pertinere, *l. 7. §. pen. l. 52. de vsufr.* quia & onera fructuum sunt, *l. neque, de impen. in res dot. fact. l. liberto §. vlt. sup. tit. prox.* Et non tantum indictiones ordinariæ ad fructuarium pertinent, sed etiam indictiones extraordinariæ & improuisæ, quæ statæ & solemnes non sunt, sed indictæ temporis causa, veluti ob transitum exercitus, cum possessores, per quorum prædia exercitus transit, conferre coguntur fructus in *l. 27. §. pen. de vsufr.* Ergo non solemnes tantum indictiones ad fructuarium pertinent, sed etiam temporariæ, vel, vt est apud Festum, *tributa temporaria quæ*, inquit, *postea indicuntur*, id est, post constitutum vsumfructum, hæ scilicet indictiones pertinent ad fructuarium; E nam præteriti temporis indictiones pertinent ad heredem, *l. cum seruus §. heres, de legat. 1.* Imo & futuri temporis si specialiter testator eas heredem agnoscere rogauerit vel iusserit, vt *d. l. 52. de vsufr. l. qui concubinam §. qui hortos, l. patronus §. codicillis, de legat. 3.* Item, si quæ alia sint onera, sine quibus legatarius legatum obtinere non possit, ea omnino subire heres debet: vt si militia sit legata legatario, debet legatario soluere, quod datur ordini, siue corpori eiusdem militiæ pro introitu siue honorario, vt ita in eum ordinem conscribatur & militiam obtineat, *l. pen. §. vlt. de legat. 3.*

Ad L. XXIX. Si quis vsusfructus.

Si quis vsumfructum legatum sibi, alij restituere rogatus

fit, eumque in fundum induxerit fruendi causa, licet iure ciuili morte, & capitis deminutione ex persona legatarij pereat vsusfructus, quod huic ipso iure adquisitus est: tamen prætor iurisdictione sua id agere debet, vt idem seruetur, quod futurum esset, si ei, cui ex fideicommisso restitutus esset, legati iure adquisitus fuisset.

SI is, cui legatus est vsusfructus, rogatus sit eum alij restituere, & restituerit, quid iuris est? cuius mors aut capitis deminutio spectabitur? legatarij, an fideicommissarij, vt ea contingente, vsusfructus recurrat ad proprietatem suam? Et iure quidem ciuili, vt hoc loco ostenditur, id est, summo iure mors, siue capitis deminutio legatarij spectanda est, quoniam hic solus fructuarius est: sed æquitate prætoris fideicommissarij, perinde tuendus erit in vsufructu fideicommissarius, mortuo legatario, atque ita summo iure peremp[illegible]sufructu, ac si principaliter ei legatus vsusfructus fuisset. Hæc est sententia huius legis, cui consonat, lex 4. *quibus mod. vsusfr. amitt.* Et ex diuerso quoque vice mutata, mortuo vel capite minuto fideicommissario, legatario superstite & manente in ciuitate, dicam vsumfructum non interire, quandiu vixerit, & integer status legatarij fuerit, sed à fideicommissario ad legatarium remanere, non ad heredem. Hoc ostendit aperte *l. si quis Titio, de legat. 2.* Eodemque modo si filiofamil. vel seruo legatus si vsusfructus & acquisitus patri vel domino, vt sit præmortuo filiofamil. vel seruo, vsusfructus consistit in persona patris vel domini, & in persona eius finitur. præmortuo autem patre consistit in persona filiifamil. *l. vlt. C. de vsufr.* Sed non etiam præmortuo domino in persona serui, quia seruus, qui personam per se non habet, qui est ἀπρόσωπος, vt Theophilus loquitur, ex persona eius qui domino heres exstitit, personatur, id est, χαρακτηρίζεται, vt glossæ Philoxeni recte interpretantur *personare* χαρακτηρίζειν. Et ita quod Theophilus ait in *tit. de stipul. ser.* quod seruus ex persona domini χαρακτηρίζεται, recte interpreteris, *personatur*: nam per se nullam personam habet, pro nullo, pro mortuo habetur. Heres autem domini succedere in vsumfructum domino quæsitum non potest, vsusfruct. non transit in heredem. Nec igitur ex persona heredis potest consistere in seruo. Porro ad hanc legem Accursius notat facere leg 4. *de nouat.* quæ tamen prorsus dissimilem speciem tractat: nam non loquitur ea lex de fructuario, sed de eo cui debetur vsusfr. qui sane nondum est fructuarius, nec erit antequam ei cedatur vsusfr. Cessio facit fructuarium, non debitio, non loquitur ergo de fructuario, sed de eo, cui debetur vsusfructus, qui si debitorem creditori suo delegauit, vt ei permitteret & cederet vsumfruct. sibi debitum, & cesserit, significat ea lex morte aut capitis deminutione creditoris vsumfructum finiri, nimirum, quia hic solus fructuarius nunquam fuit, nec fuisse intelligitur. Fideicommissarius tuitione prætoris fructuarius est, itemque pater & dominus, cui acquisitus vsusfr. est per filiumfamil. aut seruum. Nihil etiam cum specie huius legis commune habet lex *fundum, de actio. emp.* quam in hanc legem adduxit Bart. Vendidi fundum deducto vsufructu, quem vsumfructum falso dicebam esse Titij, forte decrepiti senis cuiusdam, vt propter vsumfructum emptor non minoris fundum compararet, qui breui esset rediturus à Titio ad emptorem & mihi tamen retinebam vsumfructum, qui forte eram iuuenis. Ego sane sum fructuarius, non Titius, qui nihil in ea re iuris habet, vel habuit vnquam, & consequenter morte mea, non morte Titij, quæ illum cito ablatura est, finitur vsusfructus. Mortuo igitur Titio vsufruct. durat in persona mea, & in fraude versatur emptor, ideoque teneor emptori ex empto in id, quod interest, ne decipiatur impune. Præterea notandum est ex his verbis huius legis, *eumque*, fideicommissariu scil. *in fundum induxerit fruendi causa*, non tantum restitutionem fieri fideicommissi re ipsa, puta, vt & datione vsusfr. inducto fideicommissario in fundum fruendi causa, sed fit etiam verbo tenus vel patientia, *l. 3. de vsufr. l. restit. ad SC. Trebell.* Notandum etiam est

A postremis verbis huius legis: *prætor id agere debet, vt idem seruetur, quod futurum esset, si fideicommissario, cui restitutus est vsusfructus, iure legati, vsusfructus acquisitus fuisset.* Ego enarro verba latius, ex quibus est colligenda differentia inter legata & fideicommissa, quæ semper obtinuit ante Iustinianum, legati iure legatario dominium legati acquiritur, fideicommissi iure possessio, non dominium, quod aperte ostendit lex 3. *si vsusfr. pet.* Sed iurisdictio prætoris possessorem vsusfructus æque tuetur ac dominum.

Ad L. XXX. Cuius vsusfructus.

Cuius vsusfructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfieret: cum ei heres pro sua parte satisdedisset: quamuis reliqui satis non darent, tamen pro ea parte vsumfructum desinere habere mulierem, ait Labeo. Idem fieri, & si per mulierem mora fieret, quo minus satis acciperet.

B

§. 1. Colono suo dominus vsumfructum fundi, quem is colebat, legauerat Agat colonus cum herede ita, vt iudex cogat heredem ex locationis actione eum liberare.

VIr vxori legauit vsumfructum bonorum suorum, *donec ei totius dotis satisfieret*, post mortem suam, non dixit: *donec ei dos solueretur vel redderetur*, sed *donec dotis ei satisfieret*; sed nihil refert, quia & satisfactio pro solutione est, *l. satisfactio, de solut.* Fit autem satisfactio varie veluti datis pignoribus aut fideiussoribus idoneis, vel dato expromissore & nouata obligatione, & aliis plerisque modis, *l. 6. §. debitores, § plane, de mun. & hon. l. si rem §. omnis, de pign. act.* At finge, cum ita legasset testator vxori suæ, vnum tantum ex heredibus mulieri satisfecisse, dato fideiussore pro parte sua hereditaria, cæteros heredes cessisse. an pro ea parte, pro qua vnus ex heredibus satisfecit, mulieri dotis nomine, finietur vsusfructus? Et refert Iauolenus, hoc loco sic videri Labeoni, puto & vero adfirmo, quia vsusfructus diuisionem recipere potest, sicut dos, *l. 1. § si vsusfruct. ad leg. Falcid.* Et subiicit, idem fieri, *& si per mulierem mora fieret, quo minus satis acciperet*, vno scil. ex heredibus offerente satisfactionem; qui satis accipit, in æquo est, quique quo minus satis accipiat moram facit, vt *l. 14 de condit. & demonst. l. 5. §. item si qua, quan. dies leg. ced.* Et hoc est, quod proponitur in priore parte huius legis ex Labeone, cui sane plurimum aduersatur, lex *inter coheredes §. pen. fam. ercisc.* quæ explicanda est diligenter. Ea *l. inter §. pen.* ex Cassio, qui diuersæ scholæ fuit non eiusdem cum Labeone, tradit, vsufructu bonorum legato vxori: *donec dos ei solueretur*, vsumfructum non perimi vlla ex parte, aliter quam si tota dos soluta sit, quia scil. hoc sensisse, hoc egisse videtur testator, vt pro dote vsusfruct. interim vice pignoris esset. pignoris autem causa est indiuidua, id est, pignus non potest liberari pro parte: nam si vel nummus vnus resideat, qui debeatur, pignus in solidum obligatum est. Denique pignus non dissoluitur, nisi soluta tota pecunia. & hoc est, quod dicitur, indiuisam esse pignoris causam *l. rem. de euict l heredes, §. idem obseruatur. fam ercisc. l. 1. C. de luit. pig. l. vnus, C. de dist. pignor.* Et ideo vnum ex heredibus soluentem totam dotem, pro parte coheredum, quod soluerit reciperare posse iudicio famil. ercisc. quia nec pro sua parte potuit pignus dissoluere, nisi soluendo totam dotem, aut si nondum quicquam soluerit, eodem iudicio posse cogere coheredes, vt pro suis quoque partibus soluant; vt fit in causa pignoris, *l. his consequenter 18. § Celsus, fam. ercisc.* Hæc est sententia *d. §. pen.* Ad hæc dico, veriorem esse sententiam Cassij, & propiorem voluntati defuncti. Cassius voluntatem defuncti spectauit, quæ in specie huius legis satis declarata fuit, declaraturve ex his verbis, *donec ei totius dotis.* Voluit itaque vsumfructum esse vxoris in solidum, donec totius dotis ei satisfieret. Igitur si pro parte tantum ei satisfiat, nihil deperit ex vsufructu, quem pignoris loco apud vxorem esse defunctus voluit. Labeonem decepit natura vsusfructus quam solam spectauit, propterea quod vsusfructus diuisionem recipit. non perscrutatus est voluntatem defuncti, quę

C

D

E

vtique semper in quæstionibus testamentorum accurate perscrutanda est. In *ff.* multa sunt vestigia harum sectarum, ex quibus hoc vnum esse affirmo, & hac in re scilicet dissensisse Cassianam scholam à Proculiana, quæ à Labeone cœpit. Posterior pars est facilis: si colono, qui certa mercede fundum meum conduxerat, legauero eius fundi vsumfructum, videor ei remisisse mercedem futuri temporis, imo & reliqua præteriti temporis; voluntates defunctorum plenius interpretandæ sunt, liberalitate scilicet defunctorum, *l. in testam. 12. de reg. iur.* Denique videor ei reliquisse liberationem actionis ex locato conducto, qua mihi tenebatur. Itaque cum herede meo colonus agere potest, vt liberetur conductione, vt remittatur ei merces, siue pretium conductionis in posterum: vt item ei remittantur reliqua præteriti temporis, *l. reliqua, de lib. leg.* quę est ex eod. lib. Iauoleni. Ac præterea, vt additur in *l. quotiens §. si colono, de vsufr.* hoc casu colonus agere cum herede potest, vt recipiat impensas præteriti temporis, quas in culturam agri fecit, impensas necessarias & vtiles, quibus meliorem agrum fecit, vt si pastina instituit, si vineta, si olivueta, si nouelleta instituit, non etiam vt recipiat impensas, quas fecit in præsentem annum, fructuum percipiendorum gratia, veluti arando, serendo. Nam hæ impensæ compensantur cum fructibus, nec vnquam repetuntur à locatore, *l. 3. de imp. in res dot. fact. l fructus 7. §. vlt. sol. matr.* Et quod de colono hic ait, idem omnino obtinet in inquilino, qui certa mercede domum conductam habuit: nam si locator ei legauerit gratuitam habitationem, legasse videtur plenam liberationem conductionis, *l. Cassius, de lib. leg.*

Ad L. XXXI. Is qui fundum.

Is qui fundum tecum communem habebat, vsumfructum fundi vxor ei legauerat. Post mortem eius tecum heres arbitrum communi diuidundo petierat. Blæsus ait: Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum diuisisset, eius partis, quæ tibi obtigerit, vsumfructum mulieri nulla ex parte deberi: sed eius, quod heredi obtigisset, totius vsumfructum eam habituram. Ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi diuidundo coniunctus pro indiuiso ex parte dimidia totius fundi vsusfructus mulieris fuisset: non potuisse arbitrum, inter alios iudicando, alterius ius mutare. Quod & receptum est.

SCiendum est, socium, qui mecum communem fundum habet, partem suam alienare, vel pignori obligare posse, etiam me non consentiente, ante litem contestatam iudicio communi diuidundo, non post litem contestatam: Nam hoc esset interrumpere iudicium diuisionis, vel contemnere potius, & alium vice sua litigatorem subiicere. Ante acceptum igitur iudicium communi diuidundo, ante iudicium siue arbitrium diuisionis, socium etiam me inuito posse partem suam alienare vel pignerare, vel si totum fundum alienauerit aut pignerauerit, pro parte sua tantum consistere alienationem aut pignerationem, mihi saluam & incolumem esse vindicationem partis meæ, *l. portionem, C. de donat. l. 2. & l. 4. C. de com. rer. alienat. l. ante diuisionem, C. de iur. dot. l. 1. & 2. C. communi diuid.* Ergo & socium partem suam alij legare posse ante iudicium diuisionis, vel si totum fundum legauerit, pro parte sua tantum legatum effectu ipso consistere, partem dico pro indiuiso: nam ante acceptum & peractum iudicium communi diuidundo, vel ante diuisionem, non pro diuiso, sed pro indiuiso partem socius habet in fundo communi, quæ pars pro indiuiso incerta est, quia & intellectu solo percipitur, non sensibus corporis, quia vndique diffusa est per totum fundum, per omnes glebas fundi. Quamobrem & illo loco Virgilij, *Vna vndique circumfundimur,* recte Seruius, *vndique,* interpretatur pro indiuiso. Pars pro diuiso est certa, & sensibus corporis percipitur, *l. placet, quib. mod. vsam. l. 1. §. hoc interdum, vti poss.* Et rursus pars pro diuiso totum quiddam verius est, quam pars fundi, *l. recte §. vlt. de verb. sign.* veluti pars fundi pro diuiso fundus verius est, quam pars fundi, *l. 6. si quis partem, comm. præd. l. plane, §. vlt. de leg. 1.* Denique partes fundi pro diuiso sunt partes ὁμοιομερεῖς, siue, vt loquuntur Dialectici, partes similares, vt partes terræ vel aquæ: nam & pars terræ est terra, & pars aquæ est aqua, & similiter pars fundi est fundus. Ad hæc etiam dico, cum fundi duæ sint summæ partes, proprietas & vsusf. si vel vnam ex ipsis partem communis socius vendiderit aut legauerit, veluti vsumfructum, vt in specie huius legis, non nisi pro parte eius venditionem aut legatum effectu ipso consistere. Non ignoro, quod vulgo iactatur, & verissimum est, rei alienæ venditionem & legatum valere, *l. rem alienam, de contrah. empt.* Sed ita hoc intelligendum esse dico, vt rei alienæ venditio valeat, quoad ipsos contrahentes tantum, vt inter ipsos vltro citroque pariat obligationem, non etiam quod ad dominum rei attinet, vt ei præiudicet aut auferat rei suæ vindicationem. Et similiter legatum valere tantum, quod ad heredem & legatarium attinet, & in specie quidem huius legis valere indistincte, siue sciens quis, siue ignorans rem alienam, aut sibi cum alio commune esse, eam legauerit, quia proponitur fundi communis vnus ex sociis vsumf. vxori legasse, *l. 10. in fin. de aur. & arg. l. 10. C. de leg.* Quoties legatur vxori, vel propinquo res aliena, vel communis in solidū, indistincte valet legatum, siue sciuerit testator, siue ignorauerit rem esse alienam, aut se in ea partem duntaxat habere. Verū quia hæc præmisisse sufficit, tempus est, vt speciem totam & quæstionē huius legis exponamus. Socius tuus, qui tecum communem habebat pro indiuiso, vsumfr. eius fundi legauit vxori suæ, non totius quidem fundi, vt *inf.* ait, sed pro parte sua dimidia tantum pro indiuiso, quod semper intellexisse intelligitur. Et ita in *l. cum in fundo. § si fundus, de iur. dot.* fundū communē datum esse in dotem, sic accipitur pro parte sua tantū. Vnde & hoc loco recte, vsumfr. fūdi glossa supplet, pro parte sua. post socij tui mortem heres eius tecū agit actione cōmuni diuid. & arbiter in hāc rem sumptus eum fundum inter vos diuisit certis regionibus, ita vt nunc, quam quisq; partem in eo fundo habebat pro indiuiso, habeat pro diuiso. Quamobrem Trebatius eius partis, quæ tibi obtigisset, mulierem nulla ex parte vsumfr. habituram, sed eius tantum partis, quæ obtigisset heredi socij quondam tui. At Trebatiū Labeo merito reprehendit, scribens falsam esse hanc Trebatij sentētiam, quia mulieri legato vsuf. fundi ex parte dimidia, totius fundi, quæ testatoris erat pro indiuiso quæsitus vsusfr. est. Ergo ius ei quæsitum arbiter cōmuni diuid. inter heredem & te iudicando mutare non potest, id est, vsumf. qui mulieri quęsitus erat pro indiuiso ex parte dimidiam, coarctare non potuit ad partē dimidiā pro diuiso, quam heredi adiudicauit. Et hæc sententia Labeonis obtinuit, quod, inquit, *& receptum est*: obtinuit ergo sententia Labeonis. Et consequenter mulier habebit etiam in parte tua vsumf. ex media parte pro indiuiso, & similiter in parte heredis. Deniq; inter te & mulierem partis, quę tibi obtigit, vsusfructus communis erit, & aduersus eam quasi cōmuni diuidundo agere debes, si ab eius societate discedere velis. Et similiter inter heredem & mulierem partis, quæ heredi obtigit, vsusfructus communis erit, quia diuisio inter alios facta non potuit mutare causam legati alij relicti. Verum quod notandum, quia diuisio peragitur inuicem, facta permutatione partium, *l si filia §, si pater fam. ercisc.* dicemus, eum qui fundi vsumfructum legauit, quod legatum valet tantum ex parte dimidia pro indiuiso, quam in fundo habuit, eum inquam, heredem ve eius, alteri euicto vsufructu à legatario ex parte dimidia suæ partis, quasi ex permutatione teneri euictionis nomine, actione præscriptis verbis in id quod interest, *l. 1. & l. 7. C. comm. vt. iud.* Diuisio igitur, vt iam ante dixi, facta inter alios, non mutat causam legati alij relicti, non mutat etiam causam pignoris: Nam exempli gratia, si quis fundi communis partem pro indiuiso pignori obligauit, post diuisionem factam inter debitorem & socium non vtique ea pars obligata est, quæ obtigit debitori, qui pignus contraxit, sed vtriusque pars pro indiuiso ex dimidia parte obligata est, *l. 7. §. vlt. quib. mod.*

pig. vel hyp. sol. l. 6. § si fundus, comm. diuid. Neque enim debitor partem, quam nunc habet pro diuiso, pignori obligauit, sed partem, quam tunc habuit pro indiuiso, quam habuit & in eius socij parte, quæ nunc ei obtigit per diuisionem. Et eodem argumento siue exemplo, diuisio etiam inter alios facta, non mutabit causam dotis quæsitæ marito: Nam si marito mulier fundum communem dederit in dotem ex sua parte pro indiuiso: postea facta diuisione fundi inter socium & mulierem, vtriusque pars pro indiuiso ex parte dimidia dotalis permanebit: Et hoc dixi, si diuisio facta sit inter alios. At si diuisio fiat inter socium & maritum, vt in *l. cum in fundo § pen. de iur. dot.* vel inter socium & creditorem pigneratitium, vt *l 7. § pen. sup. comm. diuid.* vel inter socium & fructuarium, tunc sane pars tantum pro diuiso adiudicata marito, vel creditori, vel fructuario, doti vel pignori, vel vsuifructui erit, quia iam non res inter alios iudicata aliis nocet, sed nocet iis tantum, inter quos iudicata est, & ita hæc distinguëda sunt. Porro huic legi nostræ Bart. opponit *leg. Iulianus §. idem Celsus, de act. emp.* In cuius specie eadem ratio non seruatur. fundi partem, quem cum Titio communem habebam, pro indiuiso vendidi tibi, antequam traderem, arbiter communi diuidundo inter me & Titium fundum certis regionibus diuisit, certisque lineis seu finibus liberabor à te, cui vendidi partem pro indiuiso, si partem, quæ mihi obtigit pro diuiso, tibi tradidero, quamuis eam tibi non vendiderim, sed partem, quam ante diuisionem habebam pro indiuiso. Et Bart. respondet emptorem, cui nondũ res tradita est, habere tantum aduersus venditorem actionem in personam, quod & verum est, ius in re non habere ante traditionem, quod & verum. Mulierem autem in hac specie habere actionem in rem, habere ius in fundo, id est, habere vsumfructum, totum fundum vndique circunfusum, quod etiam verum est: & ideo inquit, diuisionem inter alios factam ius mulieris mutare nõ posse, quod etiam verum est. Cæterum ius emptoris mutare posse, quod est falsum. Nugæ sunt Bartolianæ. cur quæso diuisio inter alios facta mutabit potius ius quod quis habet in personam vt emptor, quam ius quod habuit in rem vt fructuarius? non potest reddi ratio diuersitatis: vbi autem non potest reddi ratio diuersitatis, quæ nec vlla ab eo redditur, nec deteriore iure vnius, quam alterius causa, siue conditio esse debet, *l. 3. §. 1. de ini. rup. test.* Dicamus igitur potius, quod ipsemet *§. idem Celsus*, suggerit, & eo quod adstruit siue suggerit, contenti simus: Nam in iure, quantum à scripto auctorum recedimus, tantum à veritate recedimus, à quo plane recessit ille, dum excogitauit distinctionem inter ius in rem, & ius in personam, quam Celsus in supradicto §. neglexit. Dicamus igitur ex eo §. emptorem contentum esse debere parte adiudicata venditori pro diuiso, quamuis emerit partem pro indiuiso: quia & si totus fundus venditori adiudicatus fuerit, totum fundum emptor habiturus est, aut nihil ex fundo prorsus: totum, inquam, fundum habiturus est reddito venditori pretio, quod socio pro eius parte persoluit, sicut si cum ipso emptore partis pro indiuiso actum esset communi diuidundo. Eadem est conditio emptoris, idque æquitas suadet, siue cum ipso actũ sit communi diuidundo, siue cum auctore, siue venditore eius. At in specie proposita, fundo toto adiudicato heredi eius, qui mulieri legauit vsumfructum fundi pro parte sua, non est mulier totius fundi vsumfructum habitura, quia nec hæc mens testatoris fuerit: contra tamen si mulieri dictatum sit iudicium communi diuidundo, vt potest, & mulieri totus fundus adiudicatus fuerit, sane ex hac adiudicatione sibi facta, totum fundum habebit, non ex adiudicatione facta heredi. Et similiter creditor pigneratitius, cui pars fundi communis pro indiuiso obligata est, debitori adiudicato toto fundo, totum fundum pignoris iure sibi obligatum non habebit, quem haberet tamen, si totus fundus ei fuisset adiudicatus, accepto iudicio communi diuidundo inter creditorem & socium, vt potest, *l. 2. C comm. diuid. & d. l. 7. § pen. eod tit.* Eodemque modo maritus, cui pars fundi pro indiuiso data est in dotem, toto fundo mu-

A lieri adiudicato, totum fundum non habebit in dotem, sed si ei adiudicatus fuerit, tamen totum eum fundum quasi dotalem mulieri restituet, soluto matrimonio, quia beneficio partis datæ in dotem accedit altera pars, *d. l. cum in fundo §. pen. de iur. dot.*

Ad Leg. XXXII. Generali capite.

Generali capite proposito quidam in testamento suo ita adiecit: Felici, quem liberum esse iussi, vsumfructum fundi Vestigiani lego: cuius proprietatem puto te consecuturum, si non contenderis cum herede meo, sed potius concordaueris. Sed & tu heres omnia fac, vt amici sitis: hoc enim vobis expedit. *Quæsitum est, an viuente herede exi-*
B *gere possit Felix fundi proprietatem. Respondit, nihil proponi, cur Felici proprietas fundi legata videretur.*

IN hac lege multæ proponuntur species. Prima proponitur his verbis: *Generali capite, &c.* Quæro primum, quid vocet *caput generale*, quod huic legato propositum fuisse ait, nempe generalem clausulam, quæ plerunque in omnium testamentis scribi solebat: *Quisquis mihi ex suprascriptis heres, heredesve erunt, omnibus damnas sunto præstare, quod cuiquam infra legauero, præstari fierive iussero.* Hoc est generale caput. Et ita etiam appellatur in *l. Titia 34. §. pen. de legat. 2.* & in *l. post emancipationem 40. §. vlt. de legat. 3.* vel quod ita, in *l. cum quas §. codicill. eod tit.* βούλομαι πάντα τὰ ὑποτεταγμένα κύρια εἶναι: Volo omnia, quæ infra scripta sunt rata esse. Et ita Seruius in illum locum Virgilij: *Præfa-*
C *tus Diuos solio rex infit ab alto. hoc generale caput,* inquit, id est, *hanc præfationem Deorum, legi in omnibus Catonis & Gracchi orationibus, quo numina inuocantur.* Vnde per irrisionem Cicero in Diuin. *Si quid ediscere potueris, ex veteri aliqua oratione Iouem Deum Opt. Max.* (Hæc erat vsitata præfatio orationis veteribus) *aut vellem, si fieri potuisset indicem præclare præparatum in iudicium venire, &c.* Et ad eundem modum Demosthenes contra Æschynem de Corona: πρῶτον μὲν ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, &c. Et Symmachus, in epistolis. *Si nobis scribenda sit,* inquit, *forensis oratio, Iouem cæterosque Deos Catonis lege precabimur.* Quod caput, sic enim etiam vocat Asconius *in diuinatione*, vsitatum esse imperitis causidicis, & vulgare atque adeo vitiosum exordium esse M. Tullius ait *1. ad Heren.* quod in omnes, vel in plures causas
D accommodari possit. Alias dicitur exordium siue principium *galeatum*, vt declarat D. Hieron. in præfatione *lib. 1. Regnorum*, & Sulpicius Victor in *Institutionibus oratoriis.* Ad rem, eodem modo generale caput dicitur, quod scribi solet in omnium testamentis: generali igitur illo capite proposito, *quisquis mihi ex suprascriptis heres erit*, adiecit testator: *Felici, quem liberum esse iussi, vsumfr. fundi Vestigiani lego, &c.* Vsumfructum fundi Felici liberto suo legauit, & erexit eum in spem proprietatis obtinendæ ab herede, si cum eo bene conueniret, imo & heredi quodammodo mandasse videtur, vt & proprietatem ei cederet, his verbis: *Sed & tu heres omnia fac,* omnem lapidem moue, *vt amici sitis.* Vulgo legitur *facito.* Florentini habent *fac,* & interest: qui dicit *fac,* properat, qui dicit, *facito,* etiam morari ali-
E quantulum sinit, vt eleganter Celsus ait apud Pub. Cassium Grammaticum: Denique illud *fac,* enixum testatoris desiderium indicat, vt scilicet concilietur amicitia inter heredem & libertum, & vt libertus ab herede proprietatem eiusdem fundi demereatur. Vnde quæritur, an libertus ab herede etiam proprietatem eiusdem fundi exigere possit: Et præterea quamuis vsumfructum tantum fundi Felici legauit, non est tamen nouum, vt sub nomine vsus vel vsusfructus legata intelligatur plena proprietas, *l. vlt. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Si pecuniæ vsus vel vsusfructus sit legatus Titio, ita vt post mortem eius, ad Mæuium redeat, proprietas pecuniæ legatur, aut, vt ait *l. donat. §. 1. de donat.* non separata proprietas ab vsu videtur. Denique plena pecuniæ proprietas legata videtur, quia post mortem legatarij eam pecuniam restitui voluit Mæuio, & restitui non

potest fructuario; quia morte eius finitur vsusfructus. A Proinde inutile est fideicommissum Mæuio relictum, nisi statuas legatario plenam proprietatem legatam, addito onere fideicommissi. Et similiter *in l. filio, inf. hoc tit.* quam hoc loco explicabimus, si vxori legauit mundum muliebrem, lanam, linum, vestem, ornamenta, aurum, argentum, id est, vasa aurea vel argentea, quæ ipsius vsui destinata erant, vsum ve eorum, & adiecit, vt post mortem vxoris supradictæ res ad filias suas reuerterentur, quæve ex iis tunc viuerent, ait proprietatem earum rerum vxori legatam videri, eadem ratione scilicet, quia post mortem eius eas res voluit restitui filiabus, quæ restitui non possunt, si vsusfructus tantum earum vxori legatus censeatur, sed post mortem vxoris, si ei ponamus vsumfructum tantum legatum: eæ res omnes reuerterentur ad proprietarium, id est, B ad heredem, apud quem mansit proprietas, quæ est etiam ratio, *l. 15. inf. de aur. & arg. leg.* Vnde licet ita constituere generaliter: Vsusfructus alicuius rei legatus, ita vt post mortem legatarij restituatur alij, quam heredi instituto, redeatve ad alium, quam heredem institutum: vsusfructus, inquam, si ita sit legatus, eius rei plena proprietas legata videtur. Recte dixi post mortem legatarij, si ita legatus scilicet, vt restituatur illi post mortem legatarij. nam si pure, vel in diem certum iussus sit legatarius, alij vsumfructum restituere, aliud dicendum est, *l. 29. sup. hoc tit.* Recte etiam dixi alij, quam heredi instituto: nam si heredi instituto, restitui iusserit vsumfructum, quem legauit, post mortem legatarij, nullum est fideicommissum, *l. 25. sup.* Superioribus est simile, quod habetur *in l. Proculus. de vsufruct.* C Vsumfructum insulæ, id est, domus tibi do, lego, ita vt eam insulam altius non tollas, & officias luminibus alterius insulæ hereditariæ. His verbis ait *l. Proculus.* Insulam posse legari. Insulæ nomine plena proprietas significatur, hoc est certissimum, ergo his verbis plenam proprietatem insulæ, legaui, quia nec seruitutem altius non tollendi debere, alius quam proprietarius potest, sicut nec deberi seruitus alij potest quam proprietario. *l. 2. § si seru. vind.* Nec res, cuius proprietas apud heredem manet, alij rei hereditariæ seruire potest, non potest res mea mihi seruire, seruitus est ius in re aliena, non in re nostra, nulli res sua seruit. *l. in re commun. de seruit. vrban. predior. l. vti frui, si vsusfruct. petat. l. si prius. § sic & si, de aq. & aqu. plu. arcen.* Ratio quam Accursius adicit *d. l. Proculus.* quia fructuarius, inquit, etiamsi non prohibeatur à testatore: non potest ædes altius D tollere, inuito proprietario: hæc, inquam, ratio non est idonea, quia idem etiam non potest proprietarius, inuito fructuario, quoniam turbatur tectum sublato ædificio, & fit iniuria, vel proprietario, si tollatur à fructuario, vel fructuario, si tollatur à proprietario. *l. 7. § hac ratione, & l. 13. § idem Nerua, de vsufruct.* Ex his satis intelligimus, interdum ex voluntate defuncti, & habita scilicet voluntatis potius ratione, quam verborum, sub nomine vsus vel vsusfructus plenam proprietatem legatam videri. An igitur, vt in superioribus exemplis, vsus vel vsusfructus nomine plena proprietas legata videtur, sic etiam in specie huius l. hæc est quæstio, maxime propter illa verba, quæ legato vsufructu fundi, subiecit de proprietate consequenda ab herede, E siue promerenda. Et hoc Scæuola negat, quia nullum, inquit proponitur idoneum argumentum, cur etiam proprietas legata videatur, legauit tantum vsumfructum & spem fecit obtinendæ proprietatis, si bene ei conueniret cum herede, proprietatem non reliquit, atque ideo viuente herede procul dubio Felix proprietatem ab herede exigere, inquit, id est, extorquere ab inuito non potest, proprietatis petitionem viuente & nolente herede non habet. At tentari potest, mortuo herede, proprietatem Felici deberi, veluti ex causa fideicommissi, quia id maxime voluisse videtur patronus, cum dixit: *Sed & tu heres fac.* Et hoc quoque suadent verba hæc Scæuolæ: *an viuente herede exigere possit Felix fundi proprietatem*, quasi scilicet mortuo herede videatur posse exigere ab herede heredis.

Ad §. 1. Filios ex Seio.

Filios ex Seio, & filiam ex alio marito, heredes instituit æquis portionibus, & matri ita legauerat: Ælia Dorcadi matri meæ dari volo, quoad viuat, vsumfructum bonorum meorum: ita, vt post obitum eius ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his viuet, pertineat. *Filij post aditam hereditatem decesserant, quæsitum est, mortua matre, superstite filia testatricis, vsusfructus vtrum ad solam filiam, an vero pro portione hereditatis pertineret. Respondit ad eos redire, apud quos proprietas esset.* Claudius: *Non tradidit ipsum vsumfructum in vicem portionum hereditariarum post mortem auiæ, inter ipsos datum: eo magis, quod æquis partibus heredes erant scripti.*

SEquitur alia species *in § filios*, male enarrata à nostris. Mater filios, quos habuit ex vno marito, & filiam, quam habuit ex alio marito, heredes instituit æquis portionibus, & matri suæ Æliæ Dorcadi reliquit per fideicommissum bonorum suorum vsumfructum, *quoad viueret*, quæ adiectio, *quoad viueret*, vim repetitionis habet, *l. 5. § 1. quibus modis vsusfructus amittatur.* Ita scilicet vt post mortem matris vsusfructus bonorum pertineret ad liberos suos, id est, ad filios & filiam, vel ad eum, qui ex his tunc viueret, quod fideicommissum nullum est, vt didicimus supra ex *l. 25.* nam etiamsi hoc non cauerit, procul dubio pertineret ad liberos, morte matris exstincto vsufructu iure consolidationis, iure proprio. Fili post aditam hereditatem vita decesserunt, superstite sorore & matre: post mortua est mater, superstite filia, quæritur vtrum sola filia sit habitura vsumfructum bonorum omnium, quia moriente matre sola ex liberis vixit, & dixerat mater in testamento: *vel ad eum, qui ex his tunc viuet*; an vero ad filiam tantum pertineat vsusfructus pro portione sua hereditaria? Et respondet Scæuola, breuiter solens suo more, ad eos redire vsumfructum, apud quos proprietas esset. Ergo non tantum redire ad filiam superstitem, sed etiam ad heredes filiorum, quandoquidem filij post aditam hereditatem defuncti, portiones suas hereditarias ad heredes suos transmiserunt. Igitur & ad heredes quoque filiorum vsumfructum redire pro portionibus hereditariis iure suo, non iure fideicommissi, quod vt dixi nullum & inutile est, *d. l. 25.* Denique filiam solam non habituram vsumfructum omnium bonorum. Et ad hoc Scæuolæ responsum notat Claudius Tryphoninus explanādi causa, vt recte sentit hoc loco Fulgosius, non vt Accursius corrigendi, Claudius interpres fuit breuitatis Scæuolæ siue explanator; notat, inquam, Claudius Scæuolam, qui ita respondit, vsumfructum ad eos redire, apud quos proprietas est, non existimasse liberis post mortem auiæ in vicem portionum hereditariarum, id est, pro rata portionum hereditariarum inter ipsos, id est, vice mutua fideicommissum, vsumfructum datum, puta, vt qui prior, vel qui priores morerentur, restituerent post mortem auiæ scilicet pro portionibus suis hereditariis vsumfructum superstiti. vel superstitibus, quod est mutuum siue reciprocum fideicommissum. Non hoc existimasse Scæuolam, quamuis dixerit testator, *vel ad eum, qui ex his viuet*, sic est accipiendum; si, qui sunt præmortui, non adierint hereditatem, atque ita nihil transmiserint ad heredes suos. Ideoque solam filiam non habituram vsumfructum, sed & cum ea in partes vsusfructus hereditarias venire heredes fratrum, maxime, quia liberi omnes proponuntur instituti ex æquis portionibus, vt quas portiones habent in proprietate, habeant & in vsufructu ipsi heredes væ eorum, morte auiæ ad proprietatem recurrente vsufructu.

Ad § 2. Vxori Vsumfructum.

Vxori vsumfructum domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento, legauerat, item vsumfru-

ctum fundorum & salinarum: Quaesitum est an lana cuiusque coloris, mercis causa parata: item purpura, quae in domibus erant, vsusfructus ei deberetur. Respondi, excepto argento, ex his, quae mercis causa comparata sunt, caeterorum omnium vsumfructum legatariam habere.

VXori legauit vsumfructum domuum suarum, & omnium rerum, quæ in iis domibus essent, *excepto argento*, id est, vasis argenteis, & insuper eidem legauit vsumfructum fundorum suorum, & salinarum: nam & priuatis salinas habere licebat, *l. Forma. §. salinae, de censib. l. 5. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* quod hodie vix licet. Excepit testator argentum, quod in domibus esset. Excipit etiam Scæuola, hoc loco, ex tacita voluntate defuncti, ea, quæ in iisdem domibus defunctus habuit promercij causa, veluti lanam, aut purpuram, quam ibi venalem habuit, sicut sales iam paratos, quos in salinis habuit mercis causa. Mox idem Scæuola ait, non cedere vsumfructum salinarum, sed cedere sales tantum, qui ex salinis eruerentur vel effoderentur, & conficerentur, quia de iis, quæ iam ibi habuit testator promercij causa, sensisse non videtur, quoniam ea ibi habuit, non vt ibi essent, sed vt illico transferrentur ab emptoribus, vel vt ipse illico ea transferret in forum, aut basilicam venundandi causa. Et ita penu legata, legato non cedit fructus promercalis, *l. 4. §. item si quis, de pen. l.* Argento legato, legato non cedit argentum promercale, *l. pediculis, §. idem cum quaereretur, de aur. & arg. leg.* Quia id tantum legasse videtur, quod vsibus suis familiæque suæ destinatum erat. Verum semper hac in re spectandum est, quid senserit testator. Nisi de promercalibus sensit legato cedunt, & de his etiam vtique sensisse videtur, si omnium bonorum suorum vsumfructum legauit. Nam & promercalia sunt in suis bonis. Et ita DD. existimant hoc loco: recte: nam & omnium bonorum vsufructu legato nomina debitorum continentur, *l. 24. h. tit.* quæ tamen domo legata, vel vsufructu domus, cum iis quæ ibi essent, non continentur, *l. si mihi Mauia 92. §. vlt. de leg. 3. l. Gaius, de leg. 2.* Idem etiam sensisse videtur testator, si ea, quæ in domibus erant, legauerit, & in iis non sint nisi promercalia. Quod ita Accursius existimat & tradit *in d. lege pediculis, §. idem cum quaereretur.* Ibidemque Bart. probat. Idem quoque sensisse videtur, si filiis & filiabus heredibus institutis, filiis præcipui titulo legauit domum instructam, vel domum, *& ea, quae ibi essent*, & amplum ac luculentum patrimonium, reliquerit, quod satis abundeque filiabus sufficiat, etiam detracta domo & omnibus rebus, quæ ibi sunt. Nam & hoc casu voluisse videtur, vt promercalia, quæ domi essent, ad filios suos pertinerent, non etiam si exceptis promercalibus, quę restant in bonis defuncti, perexigua sint. Quæ est sententia *l. quaesitum 12. §. sed & ipse Pap. 43 de inst. & instr. leg.* Ait autem Scæuola obiter, cum hæc tractat: *Lana cuiusque coloris, itemque purpura:* separat purpuram à lana, vt & *l. cum quaereretur, §. lana, de leg. 3. & l pediculis, §. Labeo, de aur. & argent. leg.* quamuis purpura nihil aliud sit quam lana, purpura sine murice tincta, sed hæc lana ab alia lana separatur, propter purpuræ eximium vsum & pretium. Cur vero purpuram ex aduerso lanæ ponit, etiam lanam tinctam lanam esse putat, quod tamen Sabinus negabat, *l. si cui lana, de leg. 3.* Paulus admittebat, vt patet, *ex 3. sent. tit. de leg.* admittebant etiam alij. Idque & *in hoc §.* illa verba indicant, *lana cuiusque coloris*, quę non acceperim de colore naturali, sed de fucato, quem tinctura adfert. Subiicitur consultus fuisse idem Scęuola, ab eodem, qui & eum de superiore quæstione consuluerat, an priore capite, vxori legato vsufructu prædiorum, vt supra expositum est, si posteriore capite testator rogauerit vxorem, *vt ex vsufructu sibi legato contenta esset in annum decimum quintum, annuis quadringentis, & vt quod amplius in vsufructu esset, id proficere sineret lucro heredis*, an, inquam, videtur recessisse à priore capite, quod simpliciter vxori legauerit vsumfructum omnium prędiorum, ita vt vxor non amplius ex vsufructu domuum, fundorum, salinarum ferre

A possit, quam quadringinta? Et quia erat plus quam manifestum, testatorem recessisse à priore voluntate, à superiore capite, eleganter Scæuola respondet, *satis id, quod quaereretur, aperte verba, quae proponerentur, declarare*, quod perinde est, atque si dixisset, stultam consultationem esse, vt *in l. Domitius, qui test. fac. poss.* vel hoc in dubitationem male deduci, vt in *l. 67. de solut.*

Ad §. 5. Lucius Titius.

Lucius Titius, testamento suo, Publio Maeuio fundum Tusculanum reliquit, eiusque fidei commisit, vti eiusdem fundi partem dimidiam vsusfructus Titiae praestaret. Publius Maeuius villam vetustate corruptam, cogendis & conseruandis B *fructibus necessariam aedificauit, quaero, an sumptus partem proportione vsusfructus Titia adgnoscere debeat. Respondit si prius, quam vsumfructum praestaret, necessario aedificauit, non alias cogendum restituere, quam eius sumptus ratio habeatur.*

HVius §. responsum ad verbum Paulus repetit in *l. Titius de vsufr.* eum, cui testator legauerat vsumfructum fundi, rogauerat, *vt partem dimidiam vsusfructus alij cederet & praestaret*, si legatarius in eo fundo villam vetustate corruptam cogendis & conseruandis fructibus (villa est pars fundi) *c'est vne grange*, suis sumptibus necessario refecit, partem dimidiam sumptuum à fideicommissario seruare potest per retentionem fideicommissi, vel partis vsusfructus, opposita scilicet exceptione doli mali, vel etiam, vt C Accursius adiicit recte, officio iudicis, si omiserit exceptionem doli. Et comprobatur belle hæc Accursij adnotatio, *l. sumptus, de rei vind. & l. 14. §. 1. communi diuid.* Et ita etiam generaliter is, qui in alieno solo ædificauit suis sumptibus, sumptus, quos fecit seruare potest per retentionem tantum rei, vindicante rem domino, non etiam per actionem, *l. Paulus respondit, de dol. except. l. idque, §. 1. de act. empt. l. si quis sciens, C. de rei vindicat.* Denique sumptus, quos fecit, reputare potest, non repetere. Scæuola ait hoc loco villæ ædificationem fuisse necessariam, villam necessario fuisse ædificatam, duobus locis, ac si velit, non nisi necessariarum impensarum reputationem legatario competere, quod tamen fortasse non vult, sed necessariarum impensarum maxime, vt proposuerat consultor, reputationem esse, nec D tamen ideo exclusit reputationem etiam vtilium impensarum, nec etiam excludenda est, vt docet initium Obseruationis 10. Illinc assumes, quod ad hoc latius comprobandum facit. Igitur legatarius non ante præstabit fideicommissario partem dimidiam vsusfructus, quam ab eo receperit pro ea parte impensas necessarias, vel vtiles, quas in fundum fructuarium facit. Et hoc est quod dicimus, seruari à legatario impensas per retentionem: vel quod idem est per reputationem: vel quod idem est per exceptionem doli mali. Quod si forte per errorem legatarius omissa reputione siue retentione, vsusfructus partem præstiterit, incerti condictio ei competit, quasi plus debito præstiterit, per quam condictionem possessionem condicit, rem incertam, quam retinere potuit, nec retinuit: retinere enim potuit, E quoad sumptuum factorum in villæ refectione partem fideicommissarius refudisset. Et hoc de condictione incerti ostendit *l qui exceptionem, §. si pars, de cond. ind. & l. heres 21. ad S C. Treb. & l. 60. de l. 1.* quæ coniungenda est cum extremo, *l. si in area 33. de cond. ind.* quæ etiam ad hanc rem pertinet. Condictio, inquam, incerti legatario competit, qui per errorem sumptuum reputationem omisit, non vt Accursius opinatur, actio neg. gest. quia nullum in ea re versatur negotium fideicommissarij, qui nondum acceperat vsumfructum, quæ tamen actio neg. gest. dabitur altero casu, quem Accurs. cum superiore coniunxit, videlicet, si post præstitam partem vsusfructus ex causa fideicommissi legatarius villam refecit, quia tunc egit fructuarij negotium, & sibi quoque prospexit in futurum, quoniam ad se rediturus est vsusfructus, *l si absente. de vsufr.*

Ad §. 6. Duas filias.

Duas filias & filium mente captum heredis scripsit.filij portionis mente capti data vsumfructum legauit in hac verba: Hoc amplius Publia Clementiana præcipiet sibi quartæ partis hereditatis meæ, ex qua Iulium Iustum filium meum heredem institui. Petoque à te, Publia Clementiana, vti fratrem tuum Iulium Iustum alas, tuearis, defendas pro eo, pro quo tibi vsumfructum portionis eius reliqui, donec mentis compos fiat & conualescat. *Quæsitum est, cum filius in eodem furore in diem mortis suæ perseuerans decesserit, an vsusfructus interciderit? Respondit, verbis, quæ proponerentur, perseuerare legatum, nisi manifestissime probetur, aliud testatorem sensisse.*

PAter filias & filium mente captum heredes instituit ex disparibus partibus, filias ex dodrante, filium mente captum ex quadrante, & portionis filij mente capti vsumfructum præcipui titulo legauit vni ex filiabus, rogauitque eam, *vt quoad frater resipuisset, quoad frater conualuisset, eum aleret & tueretur, & quæcunque opus ei esset, ipsa dependeret.* si frater in eodem furore vita decesserit, quæritur an quasi conualuerit frater, vsusfructus finiatur in persona filiæ. Mors enim secundum Sophoclem est, βίλαστος ἰατρὸς τῶν νόσων. De qua etiam Æschylus: Μόνος κακῶν ἰατρεῖς. *Sola*, inquit, *mederis morbis curatu difficillimis*. Respondet autem Scæuola, non finiri vsumfructum. Et addit lex *ambiguitatem, C. de vsufr.* in qua eadem quæstio à Iustiniano proponitur, perinde esse ac si *quoad viueret*, filiæ eius portionis legatus vsufructus fuisset: denique morte fructuarij finiri vsumfructum, non morte proprietarij, id est, filij mente capti, *l. neque, quibus modis vs. amitt. l. 3. C. de vsufr.* Marcus Tullius in Topicis; *si paterfamilias*, inquit, *vxori ancillarum vsumfructum legauerit à filio, neque à secundo herede legauerit, mortuo filio, mulier vsumfructum non admittit*, id est, morte proprietarij non amittitur vsusfructus; quod & superiores leges dicunt. Verum Scæuola addit hanc exceptionem, nisi manifestissime probetur, aliud testatorem sensisse. probationes exigit verbis manifestiores. Et vtique semper manifestissimæ & euidentissimæ probationes contrariæ voluntatis requiruntur, cum ius commune & verba testatoris refragantur, vt *l. libertas §. vlt. de man. test. l. plane §. sed si non corpus, de leg. 1.* Et hoc nimirum in hac specie manifestissime probari conuenit, propter filij mente capti vtilitatem, filiæ legatum vsumfructum, vt filij morte finiatur vsusfructus: alioquin dicemus vsumfructum perseuerare etiam filio mortuo, cuius rei argumentum præbet lex *illis libertis, de condit. & dem.* quam tamen DD. huic *l.* aduersam faciunt. Sed omnino congruit exceptio illius *l. illis libertis*, cum exceptione huius leg. Responsum autem vtrumque etiam conuenit. Et præterea etiam nihil obstat huic responso lex *alumnæ §. ab heredib. de adim. leg.* ibi testator Lucio Titio legauit 60. sub hoc modo: *vt si moreretur testator in prouincia, curaret corpus eius in patriam reportari*, qua cura non eodem testamento translata ad heredes suos, proculdubio, vt ait, ademisse Lucio Titio pecuniæ legatum videri. quo nihil equidem moueor, quia ibi legauit sub modo, qui pro conditione est, *l. 1. C. de his, quæ sub. mo.* vt scilicet ea pecunia curaret corpus, &c. hic legauit pure, addito onere fideicommissi. Item ibi transtulit onus impositum legatario ad heredes suos. hic onus fideicommissi non transtulit ad alium. Magna igitur est diuersitas inter hanc & illam speciem, nec ita temere ex qualibet specie argumentandum est. Nec obstat etiam lex *liberto §. filium, sup. tit. prox.* quam iidem Doctores obiiciunt, vbi scilicet fideicommissum, quod pater ab vxore herede instituta filio reliquit, filio debetur cum fructibus: nec quicquam est amplius, si breuiter vis tibi perstringi eum §. In eo §. fideicommissum, quod ab vxore herede instituta pater filio reliquit, *cum peruenisset ad iustam ætatem*, filio debetur maiore effecto cum fructi-

A bus, propter rationem ibi allatam. nihil etiam eo moueor, quia ibi filius mortuus non est, & peruenit ad iustam ætatem, hic mortuus est, nec recepit sanitatem, in ipso furore mortuus est. Nihil etiam obstat lex *liberto §. vlt.* vbi mortuo fratre maiore natu, à quo pater fideicommissum reliquit fratri impuberi, *cum adoleuisset*, etiam antequam adoleuerit, statim ei tutorive fideicommissi petitio competit, propter rationem, quam ibi explanaui; quia etiam ea species longe diuersa est: hic proponitur mortuus fideicommissarius, ibi proponitur mortuus is, à quo fideicommissum relictum est, fideicommissarius autem viuere.

Ad §. penult.

B *Heredis instituti fidei commisit, filio suo annua decem præstare, aut ea prædia emere, & adsignare, vt vsumfructum haberet, reditum efficientia annua decem. Filius fundos sibi herede secundum matris voluntatem traditos locauit. Et quæsitum est, defuncto eo, reliqua colonorum vtrum ad heredem filij fructuarij, an vero ad heredem Seiæ testatricis pertineant. Respondit, nihil proponi, cur ad heredem Seiæ pertineant.*

IN *§. pen. huius legis* hoc ostenditur, quod est summe notandum: mater heredem suum rogauit, *vt filio præstaret annua decem*, vel, *certa prædia sibi emeret, quæ ferrent annua decem, eorumque vsumfructum præstaret, traderet, adsignaret* (*adsignare* hoc loco pro *tradere* positum est) *filio.* traditis ei prædiis & adsignatis, id est, inducto filio in
C prædia fruendi causa, vere vsumfructum filio legauit, non aliter nisi sub disiunctione, *annua decem, vel vsumfructum prædiorum, quæ ferrent annua decem.* si prædia filius locauerit, & moriatur filius, nondum finita locatione, ait, reliqua colonorum, id est, pensiones, siue mercedes præteriti temporis deberi heredi filij, heredi fructuarij, non heredi matris, qui est proprietarius, & ad quem vsusfructus rediit, mortuo filio: quia etsi vsusfructus finiatur morte fructuarij, nec transeat in heredem eius, nec item alij fructus fructuario acquisiti intelligantur, quam qui ab eo percepti sunt, & in horrea reconditi, vel à solo separati ita vt hoc solum resideat, vt in horrea reponantur: denique fructuario acquiruntur tantum fructus, quos percepit ipse vel alius ipsius nomine, *l. 8. sup. tit. prox.* Quanquam hæc ita sint, tamen pro rata eius temporis, quo constitit vsusfructus he-
D redi fructuarij fructus debentur, quod etiam optime comprobat siue indicat lex *si operas, de vsufr. & l. 18. §. vlt. de stip. seru.* Et probat aperte *l. vsufruct. §. si post litem 4. si vsusfr. pet.* & *l. si quis domum, §. 1. loc.* & omnium optime *hic §. pen.* Et ita videmus, mortua vxore, inter maritum & heredem vxoris diuidi fructus fundi dotalis pro rata temporis, quo stetit matrimonium, *l. fructus §. Papinianus, sol. matr.* Et est æquissimum, vt & mortuo fructuario idem statuamus. Est æquissimum, inquit *d. lex si quis domum §. 1.* quæ est sententia maxime notanda.

Ad §. vltim.

E *Vsumfructum tertiæ partis bonorum suorum vni ex heredibus legauerat. quæsitum est, an pecuniæ, quæ ex rebus diuisis secundum æstimationem effecta est, tertia præstanda sit. respondi, heredis esse electionem, vtrum rerum, an æstimationis vsumfructum præstare vellet. Item quæsitum est, tributa, præterea, quæ vel pro prædiis, aut mouentibus deberi & reddi necesse est, an eximenda sint ex quantitate, vt reliquæ duntaxat pecuniæ, si hoc heres elegerit, reddi debeat. Respondit reliquæ pecuniæ tertiam præstandam.*

TEstator duobus heredibus institutis, vni ex eis præter portionem hereditariam legauit vsumfructum tertiæ partis bonorum suorum: etiam partis bonorum vsusfructus legari potest, *l. etiam partis, de vsufr.* sicut pars bonorum etiam legari potest, *l. 23. de leg. 1.* quæ hodie id ob-

tinuisse ait: Nam legatum olim tantum singularum rerum erat legatum. Sed & placuit postea, vt partis bonorum partisve hereditatis legatum consisteret, *l. mulier* §. *vlt. ad SC. Trebell.* sed speciem, quam cœpimus proponere, persequamur. Post mortem testatoris inter coheredes accepto iudicio familiæ erciscundæ, res singulæ hereditariæ æstimatæ sunt iusto pretio, sicut fieri solet in eo iudicio, atque etiam in iudicio communi diuid. *l. Maeuius* §. *vlt. famil. ercisc. l. 10.* §. *ult. comm. diuid. l. 3. C. eod. tit.* Et ita inter coheredes res omnes hereditariæ diuisæ & adiudicatæ sunt pari pecunia, vni scilicet adiudicatæ sunt res quædam tanti æstimatæ, & alij quoque aliæ res tantidem æstimatæ. Æstimatio æqualitatem constituit inter coheredes. Et ait Scæuola, electionem esse heredis, id est, coheredis, ex cuius persona tantum consistit prælegatum tertiæ partis bonorum coheredi relictum, quoniam heredi à semetipso legatur inutiliter, à coherede vtiliter: electionem, inquam, esse heredis, id est, coheredis, ex cuius parte legatum consistit, vtrum rerum quæ ei obtigerunt iudicio diuisionis, tertiam partem dare velit fruendi causa, an pecuniæ, hoc est, æstimationis tertiæ partis, interposita scilicet cautione, si pecuniam dare elegerit, de tanta pecunia restituenda, *cum morietur vel capite minuetur,* quantam accepit. pecuniam accipit pro æstimatione siue pretio, vt in *l. eum qui, de furt.* pecuniam æstimationis intelligit, pecuniam pretij. Et interest vero quandoque plurimum, vtrum rerum an æstimationis vsumfructum dare eligat heres, qui prælegato oneratus est: nam si præter vsumfructum tertiæ partis bonorum in hac specie, res quædam alia hereditaria eidem heredi prælegata sit & coheres rerum vsumfructum dare elegerit, ea re deducta, quę pręlegata est, cęterarum duntaxat rerum vsumfructum pręstabit pro parte tertia, quia eadem res sępius pręstari non potest, *l. si seruus legatus* §. *Stichum, de leg. 1.* Sed si elegerit pręstare vsumfructum æstimationis, eà re, quę etiam eidem pręlegata est, non deducta, tam eius rei, quam cęterarum rerum æstimationem pręstabit: Nam ex eodem testamento & res & eiusdem rei æstimatio deberi & pręstari potest, *l. nutu* §. *1. de leg. 3.* Et hoc quidem discrimen exponitur in *l. si alij vsus* §. *1. de vsufr.* Quę autem electio in hac specie coheredi datur, eadem etiam datur heredi cuilibet parte bonorum extraneo legata, quamuis, quod notandum, nulla rerum ęstimatio facta sit, nempe vt in potestate heredis sit rerum partes an ęstimationem legatario pręstare velit. Et ita est proditum in *l. 26.* §. *vlt. sup. de leg. 1.* Ad hęc sciendum est, quia vsumfr. tertię partis bonorum vni ex heredibus testator pręlegasse proponitur, quia dixisse proponitur, *bonorum partem*, ante omnia deduci debere ęs alienum, & præter æs alienum deduci quoque & eximi debere tributa, quæ iam fisco debentur pro prædiis, aut animalibus, & ex residuo partem tertiam esse præstandam immunem & liberam: & hanc deductionem fieri, non tantum, si coheres rerum tertiam partem præstare malit, sed & æstimationis: quia vt dixi, bonorum vsusfructus legatus est, & bona (si, vt nostri auctores, proprietatum verborum sumus retinentissimi) intelliguntur ea duntaxat, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum 39.* §. *1. de verbor. signif. l. 11. de iur. fisc. l. mulier bona, de iur. dot. l. 2.* §. *1. de coll. bon.* Quint. declam. *273. Bona quæ sunt? vt opinor,* inquit, *quæ detractis alienis deprehensa sunt,* deducto ære alieno omni, detractis oneribus bonorum; Et tributa vtrique sunt onera bonorum; Et ad hæc valde pertinet *l. vlt. h. tit.* quam hoc loco explicabimus, nihil interest, inquit, vtrum *bonorum* quis, an *rerum tertiæ partis* (quod & de qualibet alia parte dici potest) vsumfructum legauerit, sed plerunque vxoribus, quæ olim solidum capere non poterant ex testamentis maritorum, legabatur vsusfructus tertiæ partis bonorum, l. Iulia & Papia non permittente vxori legari plus quam decimam partem bonorum, & præter decimam vsumfructum tertiæ partis, vt nominatim Vlp. scribit *lib. sing. reg. de decimis.* Nihil autem interesse, inquit, vtrum bonorum, an rerum vxori forte, tertiæ partis

A vsumfructum reliquerit. Sic Florentini habent: *Nihil interest,* & manuscripti complures, hi maxime, qui sunt melioris notæ. Vulgo perperam: *Multum interest.* recte igitur, *nihil interest, vtrum bonorum, an rerum vsumfructum legauerit.* legata vero præstantur semper deducto ęre alieno. prius exsolui oportet æs alienum, deinde legatum aut fideicommissum. æs alienum non absumit legatum, legatum præstatur sine onere, nisi si quod onus fideicommissi legatario testator ipse imposuerit, *l. 1.* §. *denique, ad SC. Trebell.* sed vt hæc ipsa *l. vlt.* indicat, alia tamen in re interest, *bonorum* dixerit, an *rerum*: Nam si *bonorum* dixerit tertiam partem, vel tertiæ partis bonorum vsumfructum, etiam nomina debitorum legato continentur, *l. 24. hoc tit.* æs alienum non continetur, sed æs suum continetur, id est, quod debetur defuncto, non quod defunctus debet. At si dixerit, *rerum* vsumfructum do, lego, vel tertiæ partis rerum vsumfructum do, lego, nomina debitorum, siue actiones hereditariæ, quas habuit defunctus, non continentur: in bonis enim computantur etiam actiones, *l. 49. de V. S.* non item in rebus. An legato fundo, an legatis ædibus continentur etiam actiones, quas defunctus habuit? quis hoc dicet? in rebus legatis non continentur actiones etiamsi sint quædam actiones, quibus res illæ causam dederint, *l. si mihi Maeuia* §. *vlt. de leg. 3.* Et hoc est, quod ait *l. 1.* §. *si heres, ad SC. Trebell.* actiones personales (nam de iis etiam loquimur, non de hypothecariis) non sequi fundum legatum, hypothecarias, sequi, si fundus sit obligatus hypothecę; bona tamen sequi, si bona legata sint parsve bonorum. Et ita illam legem paucis scite & adseuerate interpretamur. Porro ait Scæuola hoc loco, *tributa præterea, quæ vel pro prædiis aut mouentibus deberi & reddi necesse est, Praterea* vt sit aduerbium, vbi *mouentia* proprie accipiuntur pro animalibus, quia se ipsa mouent, vt *l. 1. de ædil. ed.* sunt αὐτοκίνητα. Mobilia mouentur, mouentia mouent se, vel aliam quamque, & ita voluentia Cornelius Fronto ait, esse quæ voluunt, volubilia quæ voluuntur. Et pro mancipiis etiam & pecoribus tributa publico inferri constat, nedum pro prædiis, ex *l. 4.* §. *in seruis, &* §. *pen.* si expendantur illa verba: *quæ nata sunt, inf. de censib.* Et quod ait, *quæsitum est, an deducenda sint ex quantitate pecuniæ siue æstimationis tributa præterea, vt reliquæ duntaxat pecuniæ, si hoc heres,* id est, coheres, *elegerit, reddi debeat,* coheredi scilicet, cui tertiæ partis bonorum vsusfructus legatus est, quod, inquam, ait *tributa præterea,* quod male in Florentinis scribit diuisim, *Præterea,* sicut & in omnibus libris in §. *1. hac lege,* etiam perperam scribitur diuisim *in vicem,* cum sit scribendum, *inuicem,* vt sit aduerbium. Et ita sententia illius §. *h.* erit manifestior, quæ est huiusmodi: Scæuolam non credidisse ipsum vsumfructum portionum hereditariarum inuicem inter ipsos, id est, vice mutua datum. Ad rem ergo, quod ait, *tributa præterea,* id est, æs alienum, quærit; an & tributa pręterea sint deducenda bonis, vt reliquę pecunię pręlegatum coheredi pręstetur? Æs alienum cum dicimus, voluntarium dicimus, quod debemus ex contractu voluntario. tributorum collatio ęs alienum est necessarium, & loco æris alieni potius, quam æs alienum, vt & impensa funeris, quæ dicitur etiam deduci loco æris alieni, antequam legatariorum aut Falcidiæ ratio habeatur: vt item pretia seruorum testamento manumissorum, vt item dos, quam defunctus à nutu accepit, quam filius heres institutus in ponenda ratione l. Falcidiæ deducit æris alieni loco, *l. si dos socero, ad leg. Falc.* quæ omnia ex bonis eximuntur, siue deducuntur legata parte bonorum, & ex residuo præstatur pars, *l. 9. de leg. 2.* aliter quam si hereditatis pars legata esset: nam hereditatis nomen etiam onera comprehendit, *l. 8.* §. *vlt. eod. tit.* Hereditatem hereditatisve partem absumit æs alienum, & quicquid æris alieni loco est, bona autem nequaquam. Bona videlicet si naturaliter accipiantur, vt accipi etiam ea oportet in legatis, quæ scilicet commodum adferunt, non incommodum. non sic accipiuntur ciuiliter. Duplex est significatio bonorum, vna ciuilis, altera naturalis, vt in *tit.*

de bon poss. Bona ciuiliter accipiuntur, & idem complectuntur, quod hereditatis nomen, id est, commoda & incommoda omnia.

Ad leg. XXXIII. Sempronio.

Sempronio ea, quæ viuus præstabam, *dari volo. Is etiam habebat in testatoris domo, quæ vni ex heredibus prælegata erat. Quæsitum est, an habitatio quoque debeatur? Respondit, nihil proponi, cur non debeatur. 1. §. Ex his verbis testamenti:* Libertis meis, quibus nominatim nihil reliqui, quæ viuus præstabam, dari volo, *Quæsitum est, an libertis qui cum patrono suo in diem mortis habitabant, etiam habitatio relicta videatur? Respondit videri. 2. §. Codicillis ita scripsit:* Nigidium, Titium, Dionem libertos meos senes & infirmos, peto, in locis, in quibus nunc agunt, senescere patiamini. *Quæro an ex hoc capite liberti suprascripti ex fideicommisso fructus locorum, quibus morantur, recipere debeant, cum alia, quæ eis specialiter legata sunt, sine controuersia consecuti sunt. Respondit, verbis, quæ proponerentur, id petitum, vt ad eum modum paterentur heredes ibi eos esse, ad quem modum ipsa patiebatur.*

SI libertis vel cui alij legauero, *quæ viuus præstabam,* & is in domo mea mecum, me viuo, habitauerit, quamuis domum vni ex heredibus prælegauero, habitationem ei vel eis in ea domo, quam viuus præstabam, gratuitam legasse videor, & habitabunt in ea vna cum herede, cui domus prælegata est, vt *l. 1. §. vlt. sup. tit. prox.* Vna cum herede, recte, quia legatum habitationis non derogat legato domus, nec dici potest, hoc casu speciem derogare generi, quod nimis multis verbis hic DD. tractant, vt solent esse in re facili multi, in difficili muti. Neque enim habitatio species est domus aut pars, sed res est sui & proprij generis. Quod si cum heredibus suis collocutus testator vel testatrix ita dixerit: *Peto vt illos libertos meos senes & infirmos in illis locis in quibus nunc agunt, senescere patiamini* non continuo videtur eis eorum locorum fructus per fideicommissum legasse, nisi & eos perceperint viuo testatore: sed hoc tamen videtur legasse, vt ibi habitarent & agerent ad eum modum, quo ibi agebant testamenti facti tempore. Et ait consultor in hac specie ad Scæuolam, *cum alia,* inquit, *quæ his specialiter legata sunt, sine controuersia consecuti sunt,* an scilicet hoc est semper intelligendum, an etiam sine controuersia illorum locorum fructus recipere debeant: quod negat Scæuola, nisi & eos receperint viuo testatore. Quoniam id tantum petitum videtur, vt ad eum modum heredes ibi libertos illos senes & infirmos esse paterentur, ad quem modum testatrix patiebatur.

Ad Leg. XXXIV.

Codicillis fideicommissa in hæc verba dedit: Libertis, libertabusque meis, & quos in codicillis manumisi, fundum, vbi me humari volui, dari volo; vt qui ab his decesserit, portio eius reliquis adcrescat, ita vt ad nouissimum pertineat. Post cuius nouissimi decessum ad Remp. Arelatensium pertinere volo. hoc amplius libertis libertabusque meis habitationes in domo quamdiu viuent. Pactiæ & Trophimæ diætas omnes, quibus vti consueuit, habitet. Quam domum post mortem eorum ad Remp. pertinere volo. *Quæsitum est, Reip. fideicommissum vtrum ab herede, an a libertis datum sit. Resp. secundum ea, quæ proponerentur, posse ita verba accipi, vt eius legatarij, qui nouissimus decederet, fidei commissum videatur. Idem quæsiit, defunctis quibusdam ex libertis, quibus habitatio relicta erat, an portiones domus, in quibus hi habitauerant, iam ad Rempublicam pertineant. Respondit, quoad aliquis eorum viuat, fideicommissum Republicæ non deberi.*

IN hac lege hæc proponitur species: Patronus libertis suis per fideicommissum fundum legauit, *ita vt qui ex eis prior moreretur, quiue priores morerentur superstitibus portiones suas restituerent, donec ad vnum fundus perueniret in solidum.* Post mortem autem vltimi siue nouissimi voluit eum fundum pertinere ad Rempublicam *Arelatensium.* hæc fuit celebris Resp. in Gallia, & dicitur ab Ausonio altera Roma. Eo autem genere testator libertos in eo fundo inuicem substituit, nouissimo autem morienti substituit Remp. vt in *l. Titia Seio, §. Seia, de leg. 2.* Eisdem libertis habitationes reliquit in domo aliqua, & Pactiæ, & Trophimæ, quæ erant ex libertabus, præcipue reliquit diætas quibus vti consueuerant in eadem domo. *Diætæ* sunt propriè γυναικῶνες, quæ sunt in interiore parte ædium, vt vel hic locus indicat: & post mortem quoque eorum earumque, eandem domum ad eandem Remp. pertinere voluit. B Ait Scæuola fideicommissum Reip. relictum videri à libertis, non ab herede, ab eo scilicet liberto, qui nouissimus moreretur, nec quamdiu vel vnus ex libertis superest, Remp. ad fideicommissum admitti posse. Hæc est sententia primi responsi huius legis. Cui opponitur lex *vlt. §. pen. de leg. 2.* (nunquam desunt Doctorum oppositiones, quoniam eas petunt vnde, vnde, vel iuste vel iniuria, id est, calumniose, & plurimum subtiliter) vbi libertis legato relicto, iisdemque rogatis, vt eo contenti essent, quamdiu viuerent: post eos vt id legatum perueniret ad filios testatoris, ait, prout quisque libertorum vita decesserit, filiis pro portionibus defuncti fideicommissum deberi; portionem defuncti deberi, superstitibus cæteris collibertis. Sed nihil est, quod tam facile dilui possit. Ibi neque liberti inuicem substituti sunt, neque filij nouissimo C morienti: sed hoc tantum dixit: post vos res legatas filiis meis restituatis, quæ verba, *Post vos,* sunt diuidua, & sic accipiuntur, ac si separatim legato relicto libertis, Gaio, Tito, Mæuio, dixisset, post Gaium, post Titium, post Mæuium, videlicet cum inuicem substituti non sunt. cessante mutua substitutione, verba illa, *post vos,* diuidenda sunt pro numero personarum. Idemque eadem ratione statuendum est, si dixerit post mortem vestram, vt in *l. Lucius, §. Gaio, ad Treb.* Nam hæc verba diuidenda sunt, vbi facta non est mutua substitutio, id est, vbi inuicem inter ipsos libertos non est fideicommissum datum. Opponitur etiam superiori parti h. l. in qua dicitur, non ab herede, sed à libertis legatariis fideicommissum Reip. Arelatensium, relictum videri, *l. si seruus §. qui margaritæ, de leg. 1.* D vbi creditore pigneratitio rogato pignus vendere, & quod ex pretio supra debitum amplius redegisset, restituere Titiæ, ait fideicommissum Titiæ relictum videri ab herede, quamuis cum eo testator locutus non sit, non à creditore, cum quo locutus est, sed hoc ita, quia creditor legatus non est, nec poterat onerari fideicommisso. *Quem non honoro, non onero.* In hac specie liberti, à quibus relictum erat fideicommissum, legatarij erant, quod & Bartolus animaduertit.

Ad §. Qui Semproniam.

Qui Semproniam ex parte decima, Mæuiam ex parte decima, alumnum ex reliquis partibus instituerat heredes: curatorem alumno dedit cum iure facere putaret, & curatoris E *fidei commisit, ne pateretur fundum venire: sed cum Sempronia & Mæuia nutricibus suis frueretur reditu eius, & ima parte testamenti ita adiecit:* Omnem voluntatem meam fidei heredum meorum committo. *Quæsitum est, an tertias partes vsusfructus fundi nutrices ex fideicommisso petere possint, quamuis curator ei receptus sit, quem iure dare non poterit alumno. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, vtiliter fideicommisso voluntatem suam confirmasse. Id igitur cuique dedisse, vt & nutrices vna cum alumno reditu fundi vterentur.*

ALumnum minorem 25. annis, & nutrices eius, quæ ei infantulo lac præbuerant, heredes instituit, & alumno curatorem dedit, & a curatore nutricibus fideicom-

missum reliquit, nempe rogauit, *ne curator pateretur fundum quendam hereditarium venire, sed cum nutricibus vteretur, frueretur reditu eius*: quo genere videtur ei vsumfructum fundi & nutricibus reliquisse. & in inferiore parte testamenti adiecit, *omnem voluntatem meam fidei heredum meorum committo*. Qua clausula non commisit suam voluntatem curatori, sed alumno tantum & nutricibus. Quamuis autem curator iure datus non sit, quia curator testamento recte non datur, *l. 1. de confirm. tut.* sed tutor tantum, propterea quod lex 12. tabul. de tutela tantum loquitur: *super tutela pecuniave rei sua*, non dicit, *super cura*. Et curatorem vel tutorem dare non licet, nisi quatenus lex permittit. Curator igitur in hac specie non iure datus est, quia datus est testamento: tamen fideicommissum ab eo nutricibus relictum valet, perinde atque si ab alumno relictum esset, vt & fideicommissum à tutore, non iure dato, relictum valet, quia ab ipso pupillo relictum videtur, *l. peto §. mater, de leg. 2.* Et similiter fideicommissum relictum à curatore non iure dato, ab adolescente relictum videtur, & valet igitur. Et ita Scæuola hoc loco respondit, consultus, an nutrices in vsufructu illius fundi saltem partes trientes habituræ essent. *quæsitum est*, inquit, *an tertias partes*, id est, trientes *vsusfructus fundi ex fideicommisso petere possint, quamuis curator ei receptus sit, quem iure dare non potuerit alumno*, scribendum est hoc loco vno ductu: *quamuis curatorei*, pro *curatori*, vt in *l. 31. vxorei* pro *vxori*. Et sensus hic est: quamuis curatori iure non dato, vsumfructum fundi receperit, id est, exceperit, quamuis vsusfructus fundi sit curatori receptus, reseruatus vna cum nutricibus, vt fundo frueretur cum nutricibus: non ideo tamen minus nutrices ad fideicommissum admitti, non ideo etiam minus curatorem partem facere nutricibus, & ideo nutricibus trientes tantū deberi, non semisses. Trientes tantum deberi, perinde atque si curator concurreret, qui tamen non concurrit: nec enim quod curatori datur quasi curatori, qui iure curator non est, id ei debetur. Et non est nouum in iure, vt partem faciat, id est, vt eius persona numeretur in partibus faciendis, qui partem non capit, *l. huiusmodi §. si Titio, l. plane §. si coniunctim, de leg. 1.* Fruentur ergo fundo nutrices vna cum alumno, vt Scæuola respondet, non vna cum curatore, qui partem quidem facit, sed partem non fert. Alumnus vicem subit locumque curatoris. Hæc præcipua vis huius responsi, quam glossulæ & Doctores nullo modo percipiunt,

A lus, *tunc*, vt *l. 4. §. vlt. de condit. & demonstr.* quæ plurimum ad hanc quæstionem facit. Igitur non nisi post completa in eam diem, id est, post completum quinquennium, fundus pertinet ad libertos, id est, fundi fideicommissum eis non debetur, nisi peracto quinquennio. interim ergo fundus erit heredis pleno iure. Et ad huius rei comprobationem similia argumenta duci possunt ex *l. si cum §. 1. si quis caut. & l. 8. & 124. de verb. obligat.* Promisi hominem certo die sisti in iudicio sub pœna, & is homo intra diem constitutum periit, dolo malo meo. an statim pœna aduersus me committitur, quia certum est, eum hominem nunquam sisti posse, qui dolo malo meo periit? Minime: sed expectari diem oportet, quo hominem sisti promisi, quia tota stipulatio est collata in diem, alioquin frustra dies adiecta esset. Item ex *l. Statius §. vlt. de iur. fisc.* vbi

B ostenditur, fideicommissum relictum post mortem heredis, bonis omnibus heredis publicatis, non deberi statim à fisco, qui ei successit, sed expectandam esse mortem heredis. Itemque ex *l. cum tale §. Mænia, de cond. & demonstr.* vbi legatum mulieri, *si non nupserit*, relictum proximis Calendis, relictum in diem certum, licet ipso iure mulieri remittatur conditio viduitatis, mulieri tamen non debetur legatum statim, antequam dies venerit, quia legatum non est tantum conditionale, sed etiam in diem. Eademque est ratio *l. 8. de verbor. oblig.* Nihil autem obiiciunt glossæ, vel Doctores, quod non legenti stomachum moueat, vel risum, & vel maxime, quod stultis etiam obiectionibus suis qua ratione sit respondendum, aut plane non esse respondendum, non vident. In *l. aliquando §. vlt. ad Senatusc. Velleian.* quæ obiicitur, si mulier in diem ex-

C promiserit pro alio, ea intercessio mulieris infirmatur statim, antequam dies venerit ex Senatusconsulto Velleiano, & datur actio in veterem debitorem, non in mulierem: denique non expectatur dies in quam mulier intercessit, quid ni? Nihil enim attinet, vt idem §. ostendit, nec interest cuiusque eam diem expectari, cum in ea causa sit vetus debitor, vt omnimodo debeat suscipere actionem veterem. In *l. fundus, si vsusfr. petat.* quæ etiam obiicitur, fundum tibi legauit detracto vsufructu, & mihi eiusdem fundi vsumfructum sub conditione. ego expecto conditionem, tu interim fundum possides pleno iure, & eodem plane modo in hac specie liberti expectant diem, interim heres fundum possidet, habet & tenet. tantum abest vt hæc dissonent, vt vel maxime consonent.

D

Ad l. XXXV. Vxori.

Vxori vsumfructum villæ legauit in quinquennium à die mortis suæ. Deinde hæc verba adiecit: & peracto quinquennio, cum eius vsusfructus esse desierit, tunc eum fundum illi & illi libertis dari volo. *Quæsitum est, cum vxor intra quinquennium decesserit, an libertis proprietatis petitio iam, an vero impleto quinquennio competat, quia peracto quinquennio testator proprietatem legauerat. Respondit, post completum quinquennium fundum ad libertos pertinere.*

VXori legauit vsumfructum villæ in quinquennium continuum, numerandum à die mortis suæ: vsusfructus recte legatur & constituitur ad certum tempus. vt *l. 6. sup. & l. 37. inf. l. 3. §. 1. quibus modis vsusfr. amit. l. vt puto §. vsusfructus, famil. ercisc. l. 1. §. item si ex die, quan. dies leg. ced.* Et villæ vsufructu legato, quod notandum, etiam legatus videtur vsusfructus agri vel fundi, vt Paulus definit 3. Sentent. *Villis* (hæc sunt eius verba) *vel agris separatim legatis, alterum alteri cedere.* Idem testator pe[illegible]ito quinquennio, atque adeo tempore finito vsufructu, *tunc* (hæc sunt verba testatoris) *fundum libertis suis dari voluit*, id est, plenam proprietatem. quæritur, an mortua vxore intra quinquennium, statim libertis fundum restitui oporteat? Quod Scæuola negat, quia libertis fundus relictus est ex die: dies igitur expectanda est, & extrema quidem dies quinquennij, quam significat articu-

Ad l. XXXVI. Sticho.

Sticho testamento manumisso fundi vsusfructus erat legatus. Et cum is vti fruique desisset, fidei heredum testator commisit, vti eum fundum darent Lucio Titio. Sed Stichus testamento suo eiusdem fundi proprietatem nepotibus suis legauit. Et heredes Stichi ex testamento eius, legatariis nepotibus eum fundum tradiderunt. Quæsitum est, cum nepotes legatarij ignorauerint conditionem fundi suprascripti, priore testamento datam, & plus quam tempore statuto possederint, an eum fundum sibi acquisierint. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, legatarios sibi acquisisse.

E §. 1. *Idem quæsiit, si aliquo casu legatariis auferri possit, an repetitionem ab heredibus Stichi eius nepotes habere possint. Respondit, supra quidem de acquisitione responsum: verum si ex alia causa acquisitio cessasset, videri Stichum, si post mortem eorum, quibus proprietas legata esset testamentum fecisset, potius quod habere se crederet, quam quod onerare heredes vellet, legasse.*

STicho liberto suo *fundi vsumfructum* legauit, & cum morte Stichi, vel alio modo finitus esset vsusfructus, fidei heredum commisit, vt fundum ipsum darent Lucio Titio. Stichus moriens, eius fundi proprietatem, quam non habuit, nepotibus suis legauit, quibus & heredes Stichi fundum tradiderunt bona fide accipientibus, id est, ignorantibus causam fundi, & conditionem testamento

prioris testatoris datam, eumque fundum nepotes, plus quam statuto tempore (statutum tempus suffecisset) bona fide, vt diximus, & titulo pro legato possederunt, & vsuceperunt, proculdubio dominium eius fundi acquisiuerunt, non iure legati, quia heredes Stichi non plus iuris in eos transferre potuerunt, quam ipsi habuerunt, sed iure vsucapionis, quod plenum ius tribuit, *l. 17. in fine, de rei vindic.* Nec quo minus dominium fundi vsucapione acquirerent, mala fides Stichi si qua fuit, vel heredum eius eis impedimento fuit, vt ostendit *l. an vitium §. de diuers. temp. præscript. & l. vlt. pro empt. & l. vlt. pro dot.* Quæ duæ sunt ex eodem Scæuolæ libro. At ex contrario, facito, nepotes nondum vsucepisse fundum, & antequam implerent iustum tempus vsucapionis, aliquo casu amisisse possessionem fundi. quæritur, an si ab heredibus eis fundus legatus est, ex legati causa fundum petere possint? Quod videtur, quia alienę legatum valet, & quidem hoc casu valet indistinctè, siue sciuerit Stichus fundum esse alienum, siue ignorauerit, quia proponitur legasse nepotibus suis coniunctis personis, *l. 10. C. de leg.* Et quod in contrarium sumitur ex *lege vxor, eod. tit.* nihil est. *Vxor,* inquit, *quæ tantum vsumfructum habuit, res tuas non potuit legare.* Imo potuit, si scierit esse tuas, & instinctè, si coniunctis personis eas legauit. Quid ergo est, quod ait, *legare res tuas non potuit?* id est, plenam proprietatem earum. Hoc nempe est non potuisse eam hoc genere legati earum rerum dominium transferre in alium, ceterum legatum valere, quod ad heredem vxoris & legatarium, nihil est certius. Verum in hac specie, si ita, vt diximus, Stichus nepotibus suis fundum legauit, cum iam esset præmortuus L. Titius, cui priori testamento fundus relictus erat, cum finitus esset vsusfruct. Verius est, nepotibus legatum non deberi, quia considerandum, quo tempore nepotibus eum fundum legauerit: eo nempe legauit tempore, quo in rebus humanis esse desierat is, qui sperabat proprietatem fundi, & exspectabat, atque ideo imperitia lapsus videtur fundum nepotibus suis legasse, quod crederet fundum suum esse è medio sublato L. Titio. Imperitia certe lapsus quia mortuo L. Titio proprietas fundi remanebat apud heredes patroni, à quibus nunquam recesserat. Cęterum hæc opinio Stichi posterioris testatoris facit, vt heredes suos onerare voluisse non videatur, ad præstandam rem alienam, quam suam esse opinabatur, quamuis eam legauerit coniunctis personis, id est, nepotibus suis. Denique non videtur eam aliter nepotibus suis legaturus fuisse, quam si eam suam esse credidisset, de qua mente testatoris vbi constat, ne coniunctis quidem personis legatum debetur. in dubio debetur indistinctè, siue sciuerit testator rem esse alienam, siue ignorauerit, vt institutiones docent, & aliæ leges plerę que.

Ad L. XXXVII. Vxori.

Vxori meæ vsumfructum lego bonorum meorum, vsque dum filia mea annos impleat octodecim. *Quæsitum est, an prædiorum tam rusticorum, quam vrbanorum, & mancipiorum, & suppellectilis, itemque Calendarij vsusfructus ad vxorem pertineat. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, omnium pertinere.*

Hvius l. sententia hæc est: qui *vsumfructum bonorum suorum* legauit, vt hic proponitur maritus vxori suæ vsumfructum bonorum suorum legasse. Et similiter in *l. 32. §. 2. & l. 24. hoc tit.* vxori, idemque si alibi cuilibet proponatur quis vsumfructum bonorum suorum legasse, vt *l. vsusfr. ad leg. Falcid.* Et nihil refert, siue bonorum suorum vsumfructum legauerit, *quoad viueret legatarius, sine in vitam legatarij,* an vsque *ad certum tempus,* vt in specie h. l. Vxori vsumfructum bonorum suorum legauit, donec filia sua impleuisset annos 18. Siue igitur quis in vitam, siue ad certum tempus vsumfructum bonorum suorum legauerit, omnium bonorum vsumfructum legasse videtur. Vsumfr. igitur prędiorum vrbanorum & rusticorum, vsumfr. mancipiorum, vrbanorum similiter & rusticorum, vsumfr. mobilium, veluti supellectilis aut penoris, & vsumfr. quoque Calendarij, id est, nominum debitorum, vt *d. l. 24. sup. hoc tit. l. 1. C. de vsufr.* Obligationum igitur & actionum quas habet, videtur legasse, non etiam, quibus obstrictus est, quia earum nullus est vsus. Obligationum, vt loquuntur actiuarum, non passiuarum; nam passiuæ oneri sunt, non fructui. *Ergo Calendarium* hic non potest accipi, nisi de actionibus, quas testator habuit, non de actionibus, quibus obstrictus fuit. Et bonorum denique appellatione æs suum continetur, non æs alienum in omni parte iuris, nummi sui non nummi alieni, & alia vis est appellationis rerum, *l. vlt. h. t.* Nam sub appellatione *rerum* neque æs suum continetur, neque æs alienum, sed nuda rerum corpora. At sub appellatione *bonorum,* continetur æs suum. Eodem vero exemplo, id est, sicut qui legat vsumfructum bonorum, omnium bonorum vsumfr. legat: ita qui dicit *heres meus damnas esto dare,* vel quid aliud, perinde est atque si dixisset omnis heres meus, *l. si pluribus, de leg. 2. l. si plures, de leg. 3.* Qui legat penum, videtur legare omnem penum, *l. 4. §. pen. de pen. leg.* Qui vestem suam legat, omnem vestem, quam habet, legat, siue virilem, siue muliebrem, *l. Plautius, de aur. & arg. leg.* Indefinita oratio accipitur pro vniuersali, sed non vtique necessario semper: neque enim, si verum est, ciuem Romanum fecisse testamentum, necessario sequitur omnem ciuem Rom. fecisse testamentum. At necessario tamen indefinita accipitur pro particulari: vt si verum est ciuem Rom. fecisse testamentum, necesse est aliquem ciuem Rom. fecisse testamentum. Denique ratum hoc est inter Dialecticos, & natura manifestum, indefinitam necessariò accipi pro particulari, pro vniuersali non necessario, quod & tradit Martianus Capella lib. 4. qui est de Dialectica. Porro sciendum est omnium bonorum vsufr. legato, si legatum excedat dodrantis æstimationem, id leg. Falc. minui, *l. omnium, de vsuf.* Qua ratione, aut quomodo? nempe, heredib. ex æstimatione vsusfr. præstito eo, quod superat dodrantem, vt *l. 1. §. si vsusfr. in fin. ad leg. Falc.* Fructus autem integri legatario cedunt, quod obtinuit olim indistincte, siue liberi aut parentes siue extranei heredes instituti essent. At hodie ex *Nou. Iustiniani 18. de trien. & semis.* liberis aut parentibus heredibus institutis, & vsufr. omnium bonorum vxori legato, liberis aut parentibus heredibus institutis, vt dixi debetur bonorum, quæ morientis fuerunt, Falcidia plena, non deducto vsufr. & reliquorum duntaxat bonorum vsusfr. pertinet ad vxorem, & ita minuuntur corpora fructuum, minuitur bonorum ratio: Namque pars quadrans bonorum, vel hodie triens aut semis datur liberis, vt eam habeant pleno iure: pars autem reliqua datur vxori, cui relictus vsusfr. omnium bonorum. Ad hæc quæritur, si legauero vsumf. omnium bonorum meorum, vel, quod idem est, bonorum meorum, vt hæc lex ostendit, an etiam futurorum bonorum vsumfructum legasse videor, quæ post testamentum adquisiui, quod tentat Accurs. *l. quoties §. vlt. de vsufr.* Mihi falsum videtur, quia hæc demonstratio, *bonorum meorum,* quæ & semper intelligitur, id est, semper intelligitur sensisse testator de bonis, quæ tunc eius erant, cum faciebat testamentum: hæc, inquam, demonstratio expressa vel tacita præsens tempus significat, non futurum. Et ita est proditum in *l. si ita esset legatum, de aur. & arg. leg.* & facit *l. vxorem §. testamento, de leg. 3.* Nec moueor, qua motus est Accurs. *lege vlt. C. quæ res pign. oblig. poss.* Quoniam, qui generaliter pignori obligat *omnia sua bona,* vel *sua bona,* intelligitur pignerasse etiam futura, quamuis id non dixerit, quia hic mos est generaliter contrahendi pignoris in hæc verba, *quæ habeo, quæque habiturus sum.* Hunc esse aut fuisse morem, indicat lex *vlt. C. de remiss. pig. & l. & quæ nondum 15. §. 1. sup. de pign.* & quod est in more positum, id semper agi intelligitur, etiamsi non exprimatur, vt *l. vlt. C. de fideiuss. l. si seruus communis §. locaui, inf. de furt.* coniuncta *l. in prædiis. sup. in quibus caus. pign. vel hyp.*

hyp. tac. l. quod si nolit §. quia assidua, de Ædil. edic. Mos autem non est legandi omnia bona sua præsentia & futura. Itaque sive *omnia bona sua* legavit, sive *omnium bonorum suorum vsumfructum*, non videtur sensisse de futuris. Item quæritur, an is, cui legatus est vsusfructus omnium bonorum, teneatur respondere creditoribus hereditariis, tanquam heres, qui tamen non est heres nec successor iuris, sed rerum tantum. Et Bartolus, qui existimavit eum teneri creditoribus hereditariis, qui vtitur fruitur omnibus bonis iure legati vel fideicommissi. movetur hac ipsa lege, quod vsufructu bonorum vxori legato, dicat etiam Calendarij vsumfructum ad vxorem pertinere. perperam omnino, quia Calendarij nomine æs suum intelligitur, non æs alienum, vel, vt illius idiotismum imiter, obligationes actiuas, non passiuas, quia vsumfructum legavit, & passiuæ oneri sunt, non fructui. Nihil est apertius. & prætereà tantum abest vt is, cui vsusfructus omnium bonorum legatus est, onus æris alieni agnoscere debeat, vt nec onus illud incumbat ei, cui omnia bona legata aut donata sunt, qui iuris successor non est. fateor teneri eum actione hypothecaria, si bona omnia hypothecæ, vel pignori obligata sint, hoc nemo negabit. Fateor etiam, eum teneri actione Pauliana, si ei donata sint omnia bona in fraudem creditorum, *l. omnes §. 1. quæ in fraud. cred.* Nego eum teneri actione personali ex contractu donatoris, vel quasi contractu. non tenetur certe actione personali is, cui legata sunt omnia bona, quia ei legatum non præstatur, nisi deducto ære alieno, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* Et præterea deducta Falcidia, quæ supersunt, vbi satisfactum est creditoribus, & heredi scripto, cui semper Falcidia illibata servari debet, ea sola pertinent ad legatarium. ergo ei non incumbit onus æris alieni, quod iam deductum est. Et alia est ratio (ne quis cum Bartolo etiam hoc argumento vtatur in contrarium) eius, cui heres rogatus est restituere omnia bona, vel omnem rem, quæ testatoris fuit, *l. nam quod §. vlt. ad Trebell.* quia vt ait *l. cogi,* quæ illam sequitur, testator, qui rogavit heredem, *vt restitueret Titio omnia bona sua*, vel *vniuersam rem suam*, vel *vniuersa bona sua*, de successione sensisse videtur, puta vt fideicommissarius esset successor iuris, & vicem locumque heredis obtineret, qua ratione fideicommissarius obligatur ære alieno, & ei restituuntur bona non deducto ære alieno, *l. 38. eod. tit.* Fideicommissarius obligatur tanquam heres pro dodrante, si Falcidia interuenerit, vel in assem si non interuenerit, vt in testamento militis, vel si heres coactus adierit hereditatem, & restituerit, quo etiam casu cessat Falcidia ex Senatusconsulto Pegasiano. At legatis omnibus bonis verbis directis, de pecunia sensisse videtur testator, sive de corporibus hereditariis, non de successione, & legatarius legatarius est, non fideicommissarius Trebellianus. Donatis autem omnibus bonis inter viuos, vel rebus omnibus, ea etiam duntaxat donata intelliguntur, quæ supersunt deducto ære alieno. Ergo ad legatarium non transit onus æris alieni, quod prius deductum est. Deductio æris alieni etiam in donationibus inter viuos locum habet, sive res, sive bona donaverit: at legis Falcidiæ deductio sane non habet locum in donationibus inter viuos, sed locus est constitutionibus, quibus placet immensam donationem in extraneum collatam, à liberis postea susceptis, in totum rescindi *l. si vnquam 8. C. de revoc. don.* vel ab iis liberis, qui fuerunt donationis tempore, non in totum quidem rescindi, sed rescindi tantum pro modo portionis legitimæ, quod satis ostendunt constitutiones tituli *de inoff. donat.* Quia igitur sive bona, sive res, sive bonorum rerumve pars donata sit, ante omnia deducitur æs alienum, & res ære alieno solutæ donatario præstantur, consequens est, eum non respondere creditoribus donatoris: quinimo etsi ea lege donatio facta sit nominatim, *vt donatarius subiret onus æris alieni,* quod quidem etiam semper actum intelligitur, si donator vsus fuerit non bonorum, sed

Digest.

A hereditatis nomine: Exempli gratia, si hereditatem Seianam, id est, quæ ad se à Seio peruenerat, donaverit: nam videtur eam donasse cum suis oneribus & incommodis, simul & commodis, quoniam hoc hereditatis nomen significat, quod est nomen iuris, non corporis. Et ita est proditum in *l. hereditatem, de donat.* Verum & hoc quoque casu donatarius à creditoribus Seij conveniri non potest, quia nullum negotium cum eis gessit, sed donator tantum cum eo experiri potest actione præscriptis verbis, in id quod interest, *d. l. hereditatem, & l. legem 9. & l. cum res, C. de donat.* vel donatione perfecta nudo consensu, vt hodie fit ex constit. Iustiniani, per retentionem hereditatis, vel per retentionem rerum donatarum, cum id actum est, vt onus æris alieni donatarius sustineret, extorqueri à donatario

B potest cautio per retentionem, sive exceptionem doli mali, petente donatario, quod sibi donatum est, exprimi ab eo potest cautio *defensum iri, & indemnem servatum iri donatorem,* sicut convenit adversus creditores, vt fit in aliis plerisque causis, *l. cum filius §. Lucio, de leg. 2. l. qui concubinam §. cum ita 2. de leg. 3.*

Ad leg. XXXVIII. Fundi Æbutiani, & leg. XLI. Cum ita.

L. 38. Fundi Æbutiani reditus vxori meæ quoad vivat, *dari volo: quæro, an possit tutor heredis fundum vendere, & legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamil. ex locatione fundi redigere consueuerat. Respondit posse. Item quæro, an habitare impune prohiberi possit. Respondit non esse obstrictum heredem ad habitationem præ-*

C *standam. Item quæro, an compellendus sit heres reficere prædium. Respondit, si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quæro, quo distat hoc legatum ab vsufr. Respondit, ex his, quæ supra responsa essent intelligi differentiam.*

L. 41. Cum ita legatum esset, fructus annuos fundi Corneliani Publio Mævio do, lego: *perinde putat accipiendum esse Labeo, ac si vsusfructus fundi similiter esse legatus, quia hæc mens fuisse testatoris videatur.*

IN hac *l. 38.* quæritur, cum fundi reditus vxori legatus est *quoad vivat,* & filio impubere herede instituto, eique tutore dato, an tutor eum fundum vendere possit, permissu prætoris sc. vti oportet, etiam invita vxore,

D si modo offerat vxori annuam quantitatem, quam ex locatione eius fundi testator redigere consueuerat, quæ proprie reditus dicitur, & redactus, & refectus, reditus à redeundo: nam & fructus redire dicuntur. Varro 1. de re rust. *fructus pro impensa ac labore redire.* Redactus à redigendo, vt in *l. defuncta § vlt. de vsufr.* Et in libr. Palladij de re rust. *redactus,* inquit, *tenues colligemus.* Refectus autem à reficiendo, *l. Lucius §. heredem 12. ad SC. Trebell.* Nam & fructus & prædia refici dicuntur, Varro 1. de re rust. *Nemo,* inquit, *sanus debet velle impensam & sumptum in culturam facere, si non potest refici, nec si potest fructus reficere, si videt eos fore pestilentia infectos* Et idem 4. de ling. latin. *damnum esse, quotiens minus refectum est, quam quanti constat.* Respondet autem Scævola ad quæ-

E stionem propositam, tutorem heredis fundum vendere posse, quod confirmat etiam *l. liberto, in pr. sup. t. prox. l. vlt. §. vlt. de contr. emp.* Quod & adeo verum est, vt nec emptorem vel fundum sequatur onus legati, quia legato reditu fundi, neque realis, neq; personalis servitus constituta est *l. 12. sup. t. prox.* In arbitrio igitur heredis esse, vtrum reditus vxori sive matri præstare velit, an æstimationem, vt *l. 32. §. vlt. h. t. l. 26. §. vlt. de leg. 1.* Item quæritur in hac lege an in eo fundo habitare vxor prohiberi possit? Et respondet, prohiberi posse, quia pecuniæ tantum reditus, vel fructuum corpora pro arbitrio heredis, vt dixi, ei leg. sunt non vsusfr. fundi, non servitus, non ius in fundo. Aliud est reditus aliud vsusfructus. Vsusfructus nomen est iuris, reditus nomen corporis, vel pro corpore æstimationis. Item quæritur,

an compelletur heres reficere fundum forte deteriorem factum? Et ait, non cogi, nisi facto & culpa eius minores reditus facti sint. Et prçterea cum ab eodem Scçuola quçreretur, quid legatum reditus distaret à legato vsufructus: Respondit, satis ex iis, quæ supra respondisset, intelligi differentiam. Quo modo? nempe quia heres non potest vendere fundum fructuarium, id est, plenam proprietatem cum effectu, quia ab emptore fructuarius vsumfructum vindicare potest, *l. pen. §. vtrum, si vsusf. petat.* heres nudam proprietatem vendere potest, *l. 2. C. de vsuf.* non fundum. Item fructuarius in fundo habitare prohiberi non potest, quia nec vsuarius, qui minus iuris habet, *l. si habitatio §. vlt. de vsu & hab.* Et hinc apparet differentia, quæ ex eo pendet, quod vsusfructus est seruitus, ergo ius: Reditus non est seruitus. Addit Accursius aliam differentiam quam arbitror esse veram, quia reditus quotquot annis accipiuntur de manu heredis, vsumfructum autem fructuarius quotquot annis suo iure percipit. Rectè igitur in hac Rubrica separatur reditus ab vsufructu, quia, vt iam ostensum est, multum distat vsusfruct. à reditu. Commune tamen hoc est inter legatum vsusfructus & legatum reditus, quod vtrumque finitur morte legatarij, etiamsi non sit adiectum, *quoad viuet*, (quod tamen est adiectum in hac specie) *l. 22. sup. h. t. l. 6. vsuf. quem cau.* Item commune hoc est, quod siue reditus legatus sit, siue vsusfr. heres cogitur reficere quod suo suorumve facto deterius factum est, vt & fructuarius similiter; non etiam, quod vetustate forte vel alio casu maiore deterius factum est, *l. 7. §. quoniam, l. 65. de vsuf. l. 2. si vsufr. pet.* Opponitur autem huic separationi reditus ab vsufr. *l. 41. inf. h. t.* cum qua congruit omnino *l. si quis ita, de vsufr.* quibus memini me respondere in *l. 12. sup. tit. prox.* Si paterfam. ita legauit, *fructus annuos fundi illius Pub. Mæuio do, lego*, ex voluntate defuncti vsusfr. debetur, mens ea videtur fuisse testatoris, qui dixit, *fructus annuos lego*, vt legaret vsumf. Hanc, ait, esse sent. Labeonis, & duci ex mente testatoris. ex mente certe potius, quam ex verbis, quia fructuum verbo non ius, sed corpus significatur, *l. vacca, de euict.* Sed hæc plerunque est mens testantium, hicque loquendi mos, vt fructum accipiant pro vsufructu. Proinde qui fructus annuos legauit fundi certi, vsumfructum eius fundi voluisse legare videtur; quanquam minus apte legare videtur, quanquam minus apte legatus sit. Adde & vsumfruct. fundi ex mente testatoris legatum videri, si velle se dixerit, vt quis frueretur fundi reditu, quod ostendit *l. 34. §. qui Semproniam, sup. hoc tit.*

Ad L. XL. Illi cum illo.

Illi cum illo habitationem lego. *Perinde est, ac si ita,* illi & illi, *legasset.*

Siue dixerit testator: *Illi & illi habitationem vel vsumfructum lego*, siue, *illi cum illo habitationem lego*, veluti *mulieri cum liberis suis vsumfructum fundi lego*, vt *l. si mulieri, de vsufr. adcresc.* Et in *orat. pro Cæcin.* mulieri vsumfructum, vt vna fruatur cum filio. ij sunt coniuncti re & verbis, & inter eos versatur ius adcrescendi, quæ est sententia huius *l.* Et sic in *eod. tit. de vsufr adcresc. l. si quis Attio* dicitur, nihil interesse, ita legetur *vsusfructus illi, & illi cum Mæuio*, an ita, *illi & illi Mæuio*, articulum, *cum*, vim habere coniunctionis: & ideo, si dixerit, Gaio & Seio cum Mæuio, Seium & Mæuium non vocari in vnam partem, & Gaium in alteram, sed tres partes fieri per concursum, perinde atque si dixisset, Gaio & Seio & Mæuio. Et in *l. triplici 142. de verb. sign.* re & verbis coniunctionem contingere, si ita dixerit: Titius cum Mæuio heredes sunto, & idem extat in *l. Titia § pen de leg. 1.* & in *l. si seruo sub conditione, de statulib.* Idemq; locum habet, non tantum in heredibus vel legatariis, sed etiam in reb. legatis: nam & qui legauit fundum cum domo, vtrumque coniunctim legasse videtur. Et duo sunt legata, non vnum, *l. si quis inquilinos §.*

A *si ita, de leg. 1.* Verum huic parti obstat *l. 5.* cui addi potest etiam *l. 1. de instruct. & instrum. leg.* Vbi hoc interesse dicitur inter legatum *fundi cum instrumento*, & legatum *fundi & instrumenti*, quod priore casu fundo alienato à testatore post testamentum factum, instrumentum fundi non debetur, posteriore casu debetur. Sed vt respondeam, non negat vtrumque deberi: debetur enim vtrumque fundus & instrumentum, si testator non mutauerit voluntatem, sed non pari modo, parive iure. Fundus enim debetur tanquam res principalis: instrumentum tanquam accessio fundi, cum ita dixit: *fundum cum instrumento do, lego.* Cæterum vnum legatum est fundi sc. & ideo si viuus testator fundum alienauit, neq; fundus debetur quia ademptus intelligitur, neq; instrumentum, quia accessionis locum obtinet. B Et vt ait *l. 2. de pec. leg.* quç accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptæ fuerint. Eademq; ratio est serui legati cum peculio: nam seruo alienato à testatore, vel manumisso, vel mortuo viuo testatore, nec seruus debetur, nec peculium, quia peculium est accessio serui, *l. 1. & 2. inf. de pecul. leg.* & in *Inst. §. si quis ancillas, de leg.* Contra vero, si fundus legetur cum domo, fundo alienato domus debetur. Cur? quia domus non est accessio fundi. Et simili modo, si seruus legetur *cum vicario suo*, vel *cum vicariis suis*, vel si ancilla legetur *cum natis suis*, cum *part. suis*, alienato, vel manumisso, vel mortuo seruo seruave, debentur vicarij & partus, *l. 3. & l. 4. de pecul. leg.* quia homo hominis accessio non est, hoc non fert dignitas hominis, vt homo hominis sit accessio. Ergo articulus *cum*, acC cessionem non significat, si res id non patiatur, quæ hoc articulo, veluti nodo & vinculo quodam alij copulatur, sed si id res patiatur, accessionem profecto significat. Et vbi accessionem non significat, duo sunt legata: vbi accessionem significat, vnum est legatum. Et consequenter, si legetur *fundus & instrumentum*, semper duo legata esse intelliguntur, quia articulus *&*, nunquam admittit accessionis significationem. sed neque articulus *cum*, aliter accessionis significationem admittit, quam si qualitas rei ferat, quam ille articulus alij coaptat atque coniungit. At certe coniunctionis vim vterque articulus habet, sed modo coniungit, vt patefeci, quod coniungit quasi accessionem, modo quasi rem æque principalem. Quod valde notandum est.

D

Ad l. pen. In fructu.

In fructu id esse intelligitur, quod ad vsum hominis inductum est: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est: sed id tempus, quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit: itaque cum olea immatura plus habeat reditus, quam si matura legatur: non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse.

Sententia huius l. hæc est: Oleam immaturam esse in fructu, atque adeo oleam immaturam legi à fructuario posse. est sane in fructu, quia, vt ait, maioris reditus est olea immatura quam matura, olea strictiua quam caduca. Immatura & cruda sapore præstantior est, & ad escam vtilior, & minus amurcæ habet, ac proinde etiam E vtilior oleo faciendo, & tamen, quod prima specie obstare videtur, qui in olivueto alieno oleam immaturam decerpsit, quasi damnum iniuria dederit, tenetur act. leg. Aquil. *l. seruus seruum §. si oliuam, ad leg. Aquil.* Cur ait? quia vix est, vt decerpserit oleam immaturam sine iniuria arborum, & damno sequentis anni: sane si vapulet olea vel quatiatur pertica, marcescit, & minus olei fert, quod auctores rei rusticæ docent omnes, patresfamil. oleum cautius legunt & religiosius. Quod autem de dolo hic est proditum, idem de sylua cædua & fœno statuit *l. si absente §. vlt. de vsufr.* vt immaturam syluam cæduam, puta antequam quinquennium exierit: nam non cædi solet nisi quinto quoque anno: vt, inquam, immaturam syluam cædere, & immaturum fœnum fructuarius cædere possit, quia & hæc vsui hominibus

sunt, immaturum fœnum vsui est immaturaque sylua cædua, si cædatur intempestive: & non naturalis maturitas in his rebus spectanda, sed tempus fructuario commodum, vel colono, vel domino: legi autem hæc aut cædi possunt, cum iis personis est commodum aut vtile, nec exspectabunt, si volent, naturalem maturitatem. vnde, vt hæc lex ostendit, colonus poterit, si hoc malit, immaturam oleam legere, vel immaturum fœnum, immaturamve syluam cæduam cædere, si hoc vtilitas & necessitas eius exigat. quid ni? si modò id faciat sine dolo malo, & iniuria domini. Nec enim sub finem anni locationis, hoc ei in fraudem domini consulto consilio facere licet, *l. & hæc distinctio* §. *cum fundum loc.* quam & in hanc rem Accursius notauit rectissime.

L. vlt. explicauimus *sup.* in §. *vlt.* leg. 31.



AD TITVLVM III.

De seruit. leg.

Ad L. 1.

Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legauit: quæsitum est si quid ex superiore taberna in inferiorem inædificatum est: num inferior oneri ferendo in superioris tabernæ loco contineretur. Respondit, seruitutem impositam videri. Iulianus *notat: Videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim hæc seruitus imposita est, aut ita legatum datum est:* Tabernam meam, vti nunc est do, lego.

Seruitutes aut personarum sunt, siue hominum aut prædiorum, *l. 1. sup. de seruit.* Dixit de iis, quæ personarum sunt in tit. superiori: in hoc dicit de iis, quæ prædiorum sunt. *De seruitute legata*, id est, de seruitute prædiorum vrbanorum, vel rusticorum. Nam plerunque seruitutem cum dicimus, seruitutem prædij dicimus, quod multis exemplis comprobari potest. vnum proferre satis erit, nec id quidem sine pretio, vt *l. vt pomum, de seruitut.* quam DD. nostri existimauerunt esse difficillimam, & memini me adolescente in scholis nulla alia de lege disceptatum magis. vt *pomum*, inquit, *decerpere liceat, vt spatiari, vt cœnare in alieno possimus, seruitus imponi non potest.* nihil est facilius. Seruitus prædij scil. quia nihil prædij nostri interest, vt possimus decerpere pomum ex arbore aliena, aut vt spatiari vel cœnare in alieno, id est, nihil ea res proficit prædio nostro, personæ tamen, quin ea seruitus concedi possit, non est dubium, *vt spatiari in alieno liceat, valetudinis vel sanitatis causa, vt cœnare, voluptatis aut amænitatis, aut forte necessitatis*, si alia nobis cœnatio non suppetat. Itemque, *vt pomum nobis decerpere liceat ex arbore aliena*, quod nomen generaliter est accipiendum, vt contineat omnes fructus, & pomi nomine etiam intelligitur non vnum, sed plura, vt in *l. fructus, de vsur. Si pomum decerpserit*, & similiter, in *l. si seruus seruum* §. *si oliuam immaturam ad leg. Aquil.* non vna oliua significatur, sed plures immaturæ. vt igitur poma decerpere liceat ex alieno viridario, seruitus personæ constitui potest. quid ni? Sed non seruitus. de qua agitur in eo tit. id est, seruitus prædij, quæ si non sit vtilis prædio & inutiliter constituitur. Est autem inter seruitutes prædiorum vrbanorum vna, quæ *oneris ferendi* causa imponitur, quam inferior vicinus debet superiori, vel potius, quam inferiora ædificia debent superioribus, *l. sicut, in princip. si seruitus vind.* Et de hac specie seruitutis agitur in *l. 1. huius tit.* cuius species hæc est. Quidam binas tabernas negotiationis siue hospitij causa coniunctas habebat, vnam inferiorem, atque depressam, alteram superiorem siue elatiorem, cuius onera paries inferioris tabernæ sustinebat, paries, in-

A quam, proximus, vel paries vterque, qui tabernam inferiorem claudebat ex vtraque parte, *& erat*, inquit, *aliquid ex superiore taberna in inferiorem inædificatum.* Fac inædificatam porticum, siue ambulationem transuersa contignatione, inædificatumve conclaue, vt in *l. pen. de dam. inf.* Qui vero ita duas tabernas coniunctas habebat, vtrasque diuersis legauit. *eas*, inquit, *singulas duobus legauit.* Minicius Natalis Iurisconsultus existimauit, eadem onera sustinere debere eum, cui inferior taberna legata esset: imo quod plus est, quodve apertius est, à testatore inferiori tabernæ seruitutem oneris ferendi impositam videri, vel quod idem est, in *superioris tabernæ legato*, vt vulgo legitur rectius, quam in Florent. in *superioris tabernæ loco*: in superioris tabernæ legato inferiorem oneri ferendo contineri, id est, in superioris tabernæ legato hoc quoque contineri, vt onera eius inferior taberna sustineat, atque adeo vt is, cui inferior taberna legata est, si opus sit, cogatur reficere parietem ad superioris tabernæ onera sustinenda. Hęc fuit sententia Minicij, quam tamen Iulianus in h. l. qui ad Minicium notas scripsit, non aliter admittit, aut probat, quam si vel nominatim à testatore seruitus oneris ferendi imposita sit, vel oneris seruandi inferiori tabernæ, quod & in venditione exigit *d. l. pen. de dam. inf.* vel si, quod vice nominis est, tabernam inferiorem ita legauerit, *tabernam meam, vti nunc est, do, lego.* Seruitus testamento imponi potest, *l. potest, commun. præd. l. si testamento, de seruitut. vrb. præd. l. 5. de seru.* sed nominatim imponenda est vt & in contractibus, *l. quidquid, commun. præd. l. pen. de euict. l. in vendendo, de contr. empt.* Siculus Flaccus in lib. de condir. agrorum. *Itinera*, inquit, id est, seruitutes, *sub exceptione nominari in venditionibus agrorum solent*: nominatim, inquam, vel certa demonstrationis nota, quæ vice nominis fungatur, vt verbis supradictis: *tabernam meam vti nunc est.* Alias vero vetustate, vel quo alio casu corruptum parietem, is cui legata est taberna inferior, reficere non cogitur, nec alter legatarius ab eo vindicare potest seruitutem oneris ferendi, quæ nec vlla fuit viuo testatore, quia nemini res sua seruit, nec testamento impositæ eius vllum argumentum extat, si nec nominatim eam imposuerit testator, nec signo aliquo indubitabili illam demonstrauerit, veluti his verbis, *tabernam meam vti nunc est*: Et eadem ratione in *l. si cui ædes, de leg. 3.* si quis legauerit ædes, quibus ex aliis ædibus suis proxime iunctis testator conclaue interpositum habebat, ex Iuliani sententia idem onus conclauis seruandi ita demum sufferet, si ædes vti nunc sunt, ei legatę sint, vel nominatim imposita seruitus oneris conclauis seruandi, vt *d. l. pen.* Neque vero hic quidquam obstat *l. damnas* §. *1. sup. tit. prox.* Vbi legatum vsusfructus fundi tacite (nec necesse est vt nominatim) sequitur via ad fundum, sine qua nullius vtilitatis esset vsusfructus legatus, quia ad fundum forte aliunde non patet via, vel aditus fruendi causa. Fateor enim tacite ea iura sequi, etiamsi non sint excepta nominatim, sine quibus legatum legatario vsui esse non potest, vt in *l. refectionis* §. *vlt. commun. præd.* non etiam ea, sine quibus per se legatum vtile est, nisi nominatim imposita sit, aut demonstratione certa, quæ sit vice nominis, & potest vtile esse legatum superioris tabernę, etiamsi onera illius non sustineat inferior: Nam fulturæ sufflamina, tibicines, refecta taberna idem pręstare possunt. E Et similiter in specie leg. *pen. si seru. vind.* fundo legato, ne in etiam casis fundi coniunctis, vindicante fundum legatario, vt ait, ex causa legati, vel eodem desiderante sibi dari fundum actione in personam ex causa fideicommissi, quę differentia obiter ex ea l. notanda est inter legatum & fideicommissum: legatum, vindicationis scilicet, petitur actione in rem, fideicommissum persecutione in personam, his verbis: *Aio mihi dari oportere.* Ait autem heredes in hac specie eas tantum seruitutes casis excipere posse (hæc est mens l.) sine quibus casæ, quę remanent apud heredem, nec legato continentur, inutiles forent, puta excipere posse iter, vel accessum ad casas.

Ad l. II. Fundum.

Fundum communem habentibus legari potest via: cum & communis seruus recte viam stipulatur: & cum duo ei qui ipse viam stipulatus fuerit, heredes extiterint, non corrumpitur stipulatio.

HÆc l. est de seruitute viæ, & quod in ea de via, idem dici potest & de aliis seruitutib. prædiorum. Via, vel quæ alia seruitus prædiorum in partes diuidi non potest: via diuiduitatem, vt loquuntur DD. non recipit, *l. si is qui quadraginta* §. *vlt. ad leg. Falc.* Et hoc maxime seruitus distat ab vsufr. Nam vsusfructus diuidi in partes, & pro parte diuisa vel indiuisa legari & constitui potest, etiam ab initio, *l. 5. de vsufr.* Via ab initio pro parte legari aut constitui non potest. Recte ab initio; nam pro parte retineri potest, quæ in solidum ab initio consistit & indiuisim, at pro parte adquiri non potest, *l. 11. §. vlt. de seru. l. 3. & l. vlt. hoc tit.* Hoc quanquam ita sit, potest tamen via legari duobus aut pluribus pro indiuiso communem fundum habentibus, vt ei fundo debeatur: quia hoc genere via non scinditur in partes, sed toti fundo adquiritur in solidum, singulisque dominis fundi viæ petitio competit in solidum, quod proponitur initio h. leg. Vni ex sociis via legari non potest, quia si posset, valeret tantum pro parte vnius, & pro parte seruitus adquiri non potest. at omnibus sociis legari potest. Eademque ratione omnes socij, aut eorum seruus communis, qui fungitur vice omnium, recte stipulatur viam ad fundum communem: nam & singuli ex stipulatu agere possunt in solidum, quod etiam h. l. ostendit, & *l. si vnus ex sociis, de seru. rust. præd.* Adiicitur & tertius casus in *h. l.* & in *d. l. si vnus ex sociis,* si, cum esset vnus fundi dominus in solidum, is viam stipulatus sit, & vita decesserit duobus relictis heredibus, quia iam duo sunt fundi domini, non vnus, vt initio stipulationis, non ideo corrumpitur stipulatio, quia non in partes, sed in solidum via singulis heredibus debetur, quod ostenditur præterea in *l. via, de seru. l. 2. §. ex his, de verb. oblig.* & *l. heredes §. an ea stipulatio, fam. ercisc.* Ergo singulis heredibus via debetur in solidum, & singuli eam vindicare possunt in solidum, pro parte nullo modo, quia via diuisionem non recipit. Singuli igitur viam vindicare possunt in solidum, & quamuis singulis dominis vel heredibus his tribus casibus via cedi non possit in solidum, quia singuli fundi dominantis domini non sunt solidum. Vnde si duo sint domini vel heredes, qui fundum communem habeant, via & huic cedi non potest in solidum, & illi similiter, quia fundi non sunt domini in solidum. Quamuis itaque ob eam rem difficilis sit cessio seruitutis, difficilis sit præstatio viæ, tamen vno agente & vindicante viam in solidum, aut petente ex stipulatu, quia præstari non potest pro parte, hic exitus iudicij erit, vt vel heres aut promissor, quocum agitur, omnibus dominis, omnibusve heredibus stipulatoris cedat viam, vel actori æstimationem viæ inferat, pro parte tantum hereditaria, quod illæ ll. demonstrant. Ratio autem differentiæ vt ad id redeam, inter vsumfructum & seruitutem, cur vsusfructus sit diuiduus, seruitus indiuidua, hæc est, quia in fructibus id est, in corporibus fructuum potissimum consistit, quæ diuisionem recipiunt; seruitutes autem in vsu consistunt, non in corporibus, & vsus indiuisus est, vt ait *l. via de seru.* Denique frui pro parte possumus, vti pro parte, & pro parte non vti, non possumus, *l. vsu, de vsu. & hab.* Pomponij est *d. l. via.* quæ illa vtitur ratione, *quia vsus seruitutum indiuisus,* id est, indiuiduus est, ad quam forsitan addidit Pomponius, quod ex eodem libro inter cætera fragmenta ex Bibliothecha Petri Criniti, Iul. Cæsar Scaliger dono dedit Arnoldo Ferrono Senatori Burdegalensi, vt ipsemet testatur in commentariis longe doctissimis, *quos ad consuetudines Burdegalenses edidit tit. de feudis.* Fragmenti illius verba sunt elegantia: *seruitutes diuidi non possunt:* A *nam earum vsus ita connexus est, vt qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.* hæc sunt verba Pomponij, quæ latius explicant superiora, quæ sunt in *l. via, quia vsus seruitutum indiuisus est.* Vti quidem fundo possum pro parte, itemque naui, aut curru, aut vehiculo, vt ait *l. si vt certo §. vlt. Commod.* videlicet si non omnia loca fundi, nauis, aut vehiculi teneam, si vna tantum regione fundi vtar, vt in *l. is qui fundum 31. sup. tit. prox.* at seruitute vti non possum pro parte, sicut nec campo Martio, aut porticu, aut balneo publico: namque his reb. etiamsi alij mecum iisdem vtantur, in vniuersum vtor, non in partem: neque enim eo minus vtor iis rebus, quod & alij eis vtantur. si viam progredior, exempli gratia, etiamsi & alij per eandem viam progrediantur, viam pergo, viam progredior vniuersam, pro parte: denique vsus viæ & similiter non cuiuscunq; B seruitutis prędiorum indiuiduus est, & vero his tribus casibus, qui proponuntur in hac *l. 2.* Vno, si duobus fundum communem habentibus via legetur: Altero, si omnes socij, vel eorum seruus communis viam stipuletur ad fundum communem. Et tertio, si stipulator vita decesserit, duobus relictis heredibus, quibus casibus dicimus, & legatum valere & stipulationem, nihil est impedimento, quod retro perstrinximus, viam esse indiuiduam.

Ad l. III. Si fundum.

Si fundum Manio, & ad eum viam per alium fundum, & eundem fundum sine via Titio legasset, si vterque fundum vindicasset: sine via legato fundum cessurum, quia neque adquiri per partem seruitus possit. Et si prius Manius C *fundum vindicaret, altero deliberante posse dubitari, an si postea ea Titius omisisset, via legatum saluum esset. Et hoc magis videbatur. Quanquam si sub conditione quis fundum legasset, viam pure, aut pro parte fundum pure, pro parte sub conditione, & viam sine conditione, si pendente ea legati dies cessisset, interiturum fore via legatum. Vt responsum est, cum alteri ex vicinis, qui fundum communem habebant, viam sub conditione alteri pure legasset, pendente conditione, decessisset: quia alterius legatarij persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur.*

IN h. l. mihi est pertractanda quæstio de indiuiduitate seruitutum, quæ est obscura satis, nec admodum procliues explicatus habet. Quamobrem necesse habeo cum h. D *l. 3.* connectere *l. 2.* & rursus species in ea propositas saltem paucis attingere, atque etiam *l. vlt. hoc tit.* quæ pertinet ad eandem quæstionem. In principio nos statuere oportet regulam illam, quæ vulgo iactatur, & extat locis inumeris iuris nostri: *Ab initio parte fundi indiuisa seruitutem legari, vel in stipulatum deduci, dari, cedi, præstari, constitui, imponi, adquiri, vel remitti, aut adimi non posse:* quæ regula ducitur ex ipsa substantia siue natura seruitutis, quæ cum in vsu consistat, & vsus natura sit indiuiduus, necesse est vt & ipsa sit indiuidua, *l. 11. & l. 17. de seruit. l. fundus, de seru. rust. præd. l. stipulationes non diuiduntur, de verb. oblig. l. si is qui quadraginta §. pen. ad leg. Falcid.* Dixi ab initio: nam ex postfacto retineri & conseruari potest seruitus pro parte: vt iam adquisita fundo meo solida E via, si vicino cuius fundus seruit meo, id est, cuius fundus meo debet viam, fundi mei partem pro indiuiso vendidero & tradidero, & partem retinuero, pro parte quam retinui & viam retineo: & vice versa, si vicinus, cuius fundus meo seruit, mihi partem sui fundi vendiderit, partem retinuerit, pro parte, quam retinuit fundo meo seruire debet, atque ita seruitus, quæ ab initio in solidum imposita & constituta fuit, ex post facto retinetur pro parte tantum, *l. vt pomum §. 1. de seruit. l. si quis ædes §. 1. de seruit. vrban. præd. l. vnus ex sociis, de seruit. rust. præd. & l. pen. §. vlt. de verb. oblig.* Facilius est pro parte retinere seruitutem ab initio iure constitutam, quam ab initio eam constituere pro parte, vt facilius quoque in plerisque partibus iuris retentio conceditur, quam vindicatio, *l. 1.*

de pign. Dixi item, pro parte fundi indiuisa: Nam pro parte fundi diuisa seruitutem constitui & remitti posse constat, quia non est fundi pars proprie, sed fundus *l. 6. de seru. l. si quis duas §. si quis partem, commun. præd.* Ex hisce principiis, quæ certissima sunt, multæ quæstiones definiuntur, quarum maximam partem percensebo, & ita persoluam hanc quæstionem de indiuiduitate seruitutis. Si nondum adquisita seruitute, sed mihi tantum stipulanti promissa, promissori partem fundi mei, cui viam promisi, vel iter, vel actum, vel aquæductum, nihil refert, pro indiuiso vendidero & tradidero, an vitiatur stipulatio? an corrumpitur & extinguitur, adeo vt ex stipulatu cum illo agere non possim? Sic videtur, omnino, quia pro parte fundi quam retinui, seruitus peti, dari, adquiri non potest, *d. l. 11. de seruit. l. si sub. vna §. 1. de verb. oblig.* Adquisita seruitus potuisset retineri pro parte, nondum adquisita non potest adquiri pro parte. Eademque ratione, si ex diuerso is, qui mihi stipulanti viam promisit, partem fundi sui pro indiuiso mihi vendiderit, stipulatio corrumpitur, quia pro parte, quam retinuit, fundo meo cedi & adquiri via non potest. At quid si duobus aut pluribus fundum communem habentibus vicinus viam legauerit per suum fundum, quæ est prima species *l. 2.* an valet legatum? Valet, quia tametsi neque singulis sociis pro parte via adquiri possit, propter regulam supradictam, neque in solidum, quia singuli fundi domini non sunt in solidum, agere possunt ex legati causa, & vel hoc consequi, vt viam omnes habeant, vel vt ei, qui agit, æstimatio viæ præstetur pro sua parte: via non potest scindi in partes, æstimatio viæ potest. Et eodem modo quæ est species secunda legis 2. Si seruus communis ad fundum communem dominorum viam stipulatus sit, valet stipulatio, quia perduci ad effectum potest, vel omnibus dominis cessa siue data via, vel ei, qui agit ex stipulatu, præstita æstimatione viæ pro sua parte. Et recte lex *si vnus ex sociis, de ser. rustic. præd.* dari eis viam posse, id est, sociis omnibus, quia non etiam ei soli qui agit, dari potest, neque solida, neque pro parte. Recte igitur, *eis*, non *ei*. Item, quæ est tertia species leg. 2. si is, qui stipulatus est viam ad suum fundum proprium, ante constitutam viam vita decesserit, duobus relictis heredibus, non corrumpitur stipulatio, sed singuli heredes ex stipulatu agere possunt in solidum, quo iudicio non hoc quidem consequetur actor, vt via sibi cedatur solida vel pro parte, quia nec potest, sed vt cedatur sibi & coheredi: vel si hoc nolit reus, vt sibi præstetur æstimatio viæ pro parte hereditaria, *l. 17. de seruit. l. 2. §. ex his, de verb. obligat. l. heredes §. an ea stipulatio, famil. ercisc.* Ex diuerso quoque, si promissor viæ, antequam cederet viam & constitueret, vita decesserit duobus relictis heredibus, singuli heredes stipulatori tenentur in solidum, quia cedendo viam pro parte hereditaria, nihil agunt, *d. §. ex eis, & d. l. 7.* Idemque seruatur in legatis, vt ostendit *l. vlt. huius tit.* quæ hic explicabitur, puta si à pluribus heredibus via legata sit per damnationem, aut per fideicommissum, quia singuli heredes legatario tenentur in solidum, & vnum legatarius eligere potest, à quo desideret sibi viam dari solidam, propterea quod via per partes scindi non potest: aut si legata sit via à pluribus heredibus per vindicationem, & vel vnus ex heredibus adierit hereditatem, statim solida via vindicari potest, non exspectatis cæteris heredibus, qui nondum adierunt. Et hoc vult lex *vlt.* Nunc descendamus ad species propositas in hæc leg. 3. quæ sunt quatuor.

Prima species hæc est: Mæuio pure legaui fundum, & ad eum viam per alium fundum meum, eundem fundum Titio legaui, sine via tamen, vtique per vindicationem, vt illa verba indicant: *Si vterque fundum vindicasset*: neque enim hoc iure vindicaret fundum vterque, nisi vtrique per vindicationem relictus esset, veluti his verbis: *Mæuio fundum illum do, lego, Titio eundem fundum do, lego,* Mæuius & Titius sunt re coniuncti, & conditio coniunctorum re hæc est, vt ab initio singuli solidum habeant, concursu partes faciant, *l. coniunctum, de legat. 3.* atque adeo vt non concurrente altero, alter qui legatum amplectitur solidum habeat, quod iure adcrescendi fieri dicitur: quia solido, quod ei ab initio datum est, nihil demitur, nihil decrescit solido, nihil demit concursus legatarij, qui nec concurrit, sed repudiat legatum: quæ pars alioquin decresceret concurrente legatario, eo non concurrente adcrescere videtur, & in lucro putatur. Fundo igitur, vt proposui, Mæuio legato cum via, & Titio sine via, vtroque concurrente & vindicante fundum, viæ legatum extinguitur, quia concursu partes faciunt, & Mæuius, cui soli via legata est, neque in solidum viam adquirere potest, quia fundum solidum non capit, neque pro parte, quia via

B pro parte adquiri non potest: & tantum abest vt hoc casu viæ legatum consistat, vt &, si prius Mæuius fundum vindicauerit, deliberante Titio de amplectendo vel repudiando legato, & postea Titius omiserit, id est, repudiauerit legatum, atque ita Mæuius totius fundi dominus esse cœperit iure accrescendi, dubitari dicat posse & in hoc casu, an Mæuio debeatur: quia scilicet interim deliberante Titio non intelligitur fundi fuisse dominus, nisi pro parte. Sed magis tamen est, vt via Mæuio debeatur perinde atque si ei soli fundus legatus esset, quia retro dominium totius fundi ei adcreuisse videtur *l. quia retro, ad leg. Aquil.* Perperam autem Rogerius hæc verba huius legis: *Si postea Titius omisisset*, sic interpretatur, post mortem testatoris, ante aditam hereditatem. perperam, vt dixi, quia omitti, id est, repudiari legatum vtiliter non potest, ante-

C quam delatum sit, *l. 1. §. decretalis, de success. edic.* Non defertur autem legatum, nisi ex die aditæ hereditatis, *l. 32. in princip. de legat. 2. l. seruum filij §. 1. l. si tibi homo §. cum seruus, de legat. 1.* Ergo vt valeat repudiatio Titij, necessario ponendum est, eum repudiasse post aditam hereditatem, non ante aditionem: alioqui inanis esset repudiatio, quasi non suo tempore facta.

Secunda species hæc est: Fundum Mæuio legaui sub conditione, & eidem ad eum fundum viam pure. Species prima est de duobus legatariis, hæc de vno legatario, quia nec apte poni potest in duobus, puta vt Mæuio legauerit fundum sub conditione, & Titio viam pure ad eundem fundum, quia ille fundus non pertinet ad Titium: ergo ridiculum esset ei legare viam ad eum fundum, qui

D ad illum non pertinet. Specie igitur posita in vno legatario tantum, vt ponitur hoc loco, si Mæuio fundum legauero sub conditione, eidemque viam pure, si pendente conditione dies legatæ viæ pure cesserit, cessit inutiliter, quia via non potest adquiri vel præstari nondum habenti fundum, *l. 1. commun. præd.* & ideo viæ legatum extinguitur, vt *l. cum filius §. seruus, de legat. 2.* nec conualescere potest, si postea existat conditio legati fundi, quia, vt ostenditur eleganter in *l. vltim. commun. præd.* actus quidem viuentium suspendi possunt; exempli gratia, si vni ex sociis inter viuos pure cessa sit seruitus, quod factum videtur inutiliter, non continuo tamen cessio illa iudicatur esse inutilis, quia potest ex post facto confirmari, alteri quoque socio postea cessa eadem seruitute. Prior igitur cessio interim suspendi-

E tur. posterior illam confirmat, & corroborat: Verum actus defunctorum, negotia vltimorum temporum, vltimarum voluntatum, quibus non est adscripta conditio, vel dies inserta, suspendi non possunt, *d. l. vlt. insi.* Ideoq; (exemplo enim opus est) si vni ex sociis via legata sit pure, alteri sub conditione, dies puri legati cedit inutiliter, nec confirmatur ex post facto, si conditio extiterit conditionalis legati. In viuis videtur durare voluntas eadem, quod in defunctis fingi non potest, quorum voluntas vltima voluntas est.

Cedere autem in hoc proposito, cedere diem viæ pure legatæ est, vt in *l. 7. sup. tit. prox.* & in *l. 1. §. dies. Quand. dies vsusfr. leg. ced.* Quid est? Est incipere deberi viam vel adquiri, quod non fit, antequam heres adierit

hereditatem, *d. l. vlt. commun. præd. & l. vlt. hoc tit.* qui heres vtique si non adierit, nihil in testamento scriptum valet, *l. si nemo, de regul. iur.* Quantum ad transmissionem, vt & Cynus & Bartolus animaduerterunt, dies legatæ seruitutis pure, vel ex die certo cedit ex die mortis testatoris: quantum vero ad debitionem vel adquisitionem attinet, ex die aditæ hereditatis demum. aliud est diem cedere, quantum ad transmissionem, aliud quantum ad debitionem, adquisitionem, vel obligationem. Dies vsusfructus legati quantum ad transmissionem nunquam cedit quia cum persona fructuarij extinguitur vsusfruct. *l. vn. §. libert. C. de caduc. toll.* quantum ad obligationem vel adquisitionem cedit ab adita hereditate, *d. l. §. die, quando dies leg. ced.*

Tertia species poni potest & in vno legatario, & in duobus: sed ponatur etiam in vno. Mæuio partem fundi pure legaui, & partem sub conditione, eidemque viam pure legaui. pendente conditione, si cesserit dies alterius partis quæ pure legata est, simul ac viæ, quæ etiam pure legata est, quod ad viam attinet, inutiliter cesserit, quia via Mæuio, nec solida adquiri potest, pendente conditione, id est, nondum toto fundo adquisito, nec pro parte fundi, quæ iam ei quæsita est, quia seruitus pro parte adquiri non potest. Proinde hoc quoque casu viæ legatum perimitur: aut enim solida solido fundo adquirenda est, aut si non possit nisi parti fundi, irrita & nulla constituitur.

Quarta species ponitur in duobus legatariis. Mæuius & Titius fundum communem habebant. vicinus per suum fundum Mæuio legauit viam pure, & Titio eandem viam sub conditione. pendente conditione cessit dies legati puri, nimirum adita hereditate. cessit inutiliter, quia vni ex sociis pro parte via adquiri non potest, & ideo legatum viæ extinguitur, & neque Mæuio debetur via, neque Titio, licet conditio extiterit: aut enim vtrique adquiritur, aut si non potest vtrique, neutri; *quia*, inquit, in extremo leg. quæ verba sunt obscura, *alterius legatarij persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur,* hoc est, vt adumbrem quodammodo sensum horum verborum, quia Titij persona, cuius legatum adhuc pendet ex conditione, impedimento est, ne die puri legati Mæuio relicti cedente, solidus fundus cum via à Mæuio vindicetur. Quid hoc est *solidus fundus?* Mæuius qui pro parte tantum fundi dominus fuit, illo impedimento sublato, potuisset ne solidum fundum vindicare? quis hoc dicet, vt dominus pro parte vindicaret solidum? Genus est loquendi valde nouum, quo omnes significari putant, quod propter viam & solidum fundum quodammodo Mæuius vindicaret, sublata persona Titij, sublato impedimento. Vindicaret enim viam solidam solido fundo, id est, non sibi tantum, sed & socio, impedimento illo sublato, non sublata persona socij. solidam viam dico, vt *l. 17. de seruitut.* solidum fundum non vindicaret sine via, sed cum via tantummodo. Ergo viam potius solidam solidi nomine quam solidum fundum. Et ita perquam anxie omnes hæc verba interpretantur, quasi vi illata. At sane, quia & valde durum esset illud loquendi genus atque inusitatum. quod & inusitatum prorsus est, hæc verba extrema: *quia alterius legatarij persona impedimento esset, quominus solidus fundus cum via vindicaretur,* meo iudicio sunt referenda ad principium huius capitis, quia & intermedia, si recte legantur, obiter interposita sunt, ac si diceret quod diximus in principio huius capitis, *fundo Mæuio legato cum via, & Titio sine via,* vtroque concurrente, viæ legatum interire verum est, quia Titij persona impedimento est, quo minus solidum fundum cum via vindicet Mæuius, quod puto verius esse & apertius. Illud non est omittendum, sicut in secunda & tertia specie pendente conditione cessisse diem viæ legatæ. Ait enim, *dies cessisset,* ita & in hac quarta specie idem esse ponendum, & consequenter in eius positione esse legendum: *pendente conditione dies cessisset,* vt sup. non *decessisset,* testator scilicet, quod iam pridem ostendi. Nam si ponas, testatorem decessisse pendente conditione, non ideo confestim interierit viæ legatum: imo debebitur via, si extiterit conditio ante aditam hereditatem, ante diem legati cedentem, & postea dies cesserit. Exposui quæstionem difficillimam.

Ad l. IV. Si is, qui duas.

Si is, qui duas ædes habebat, vnas mihi, alteras tibi legauit: & medius paries vtrasque ædes distinguat, interuenit eo iure eum communem nobis esse existimo, quo, si paries tantum duobus nobis communiter esset legatus. Ideoque neque me agere posse, ius non esse alteri ita immissas habere. nam quod communiter socius habet, & in iure eum habere constitit. Itaque de ea re arbiter communi diuidundo sumendus est.

HVius legis hæc est species: qui binas ædes coniunctas habebat, quas medius paries distinguebat, aut disterminabat, vt loquitur *l. 4. §. pen. fin. reg.* qui *intergerinus paries* dicitur, quod inter confines struatur, & quasi intergeratur apud Plinium *lib. 35. cap. 14. in fi.* & apud Festum, & in glossis Philoxeni, qui idem paries onera vtrarumque ædium sustinebat, vt *l. 36. de dam. inf.* Is paterfamil. inquam, singulas ædes duobus legauit, mihi vnas, tibi alteras. paries erit communis inter me & te, perinde atque si communiter mihi & tibi legatus fuisset: Et ideo nullam inuicem negatoriam actionem habemus in rem, puta eius non esse in eum parietem ligna vel trabes immissas habere. non possumus inuicem agere hoc modo: *ius tibi non est in hunc parietem, ligna aut trabes immissas habere,* quia hæc actio negatoria est de seruitute, & nemo nostrum ea immissa habet in communem parietem iure seruitutis, sed iure suo, propterea quod paries est communis. si communis, ergo meus & tuus. res autem sua nulli seruit, *l. in re communi, de seru. vrb. præd.* vbi rei suæ nomine significatur communis, vt in duodecim tab. *vti legassit suæ rei, l. verbis, de verb. sign.* suæ rei appellatione continetur etiam communis, *l. 1. C. qui test. fac. poss.* Ergo neque res sua pleno iure, neque res communis cuiquam seruit. Itaque si qua propter parietem communem contentio aut controuersia sit inter me & te, ea non per actionem negatoriam aut confessoriam, quæ de seruitutibus sunt, *l. 2. si seru. vind.* sed per actionem communi diuidundo diriménda est, vt in *d. l. in re communi.* & in *l. si ædes, communi diuid. De ea re,* vt ait in hac *l.* id est, de communi pariete, *sumpto arbitro communi diuidundo,* qui, quod opus est, immitti sinat, vel tolli iubeat, quod societati expedit tolli. *De ea re,* inquit, *arbiter communi diuidundo sumendus est,* non etiam agendum negatoria, aut confessoria, quia hæ actiones sunt de seruitutibus, & hic seruitutis nulla mentio, nulla ratio, quæ haberi possit, de ea re arbiter communi diuidundo sumendus est. Eodem modo Vitruuius 2. cap. 8. *Cum arbitria,* inquit, *communium parietum sumuntur,* id est, cum de communibus parietibus sumitur arbiter communi diuidundo. Hæc est sententia huius loci. In contextu ait: *Ideoque neque me, neque te agere posse ius non esse alteri ita immissas habere,* trabes scilicet, ita ligna trabesve immissas habere. ligna sunt *les poultres:* trabes *les solineaux,* vt loquimur, & infra. *Nam quod communiter socius habet, & in iure eum habere constitit.* Rectius, *& id iure eum habere, &c.* Nam quod communiter socius habet, & id eum iure habere constitit, id est, iure suo, iure societatis, non iure seruitutis, vel sic, & in id immissum eum iure habere constitit.

Ad l. V. Etsi maxime.

Etsi maxime testamenti factio cum seruis alienis ex persona dominorum est, ea tamen, quæ seruis relinquuntur, ita valent, si liberis relicta possent valere. Sic ad fundum domini seruo via frustra legatur.

SEntentia huius legis hæc est: Ad fundum domini seruo viam inutiliter legari, quæ tamen ipsi domino legare-

tur vtiliter, cur non etiam seruo? quia id tantum seruo legatur recte, quod & libero facto, eidem posset legari: quandoquidem & liber fieri potest, antequam legati dies cesserit, & petitionem legati adipisci. Atqui libero facto non posset legari vel adquiri via ad prædium alienum *l. si quis duas* §. *1. commun. præd.* Ergo nec seruo. Nec obstat quod testamenti factio est cum seruis alienis ex persona dominorum (quam obiectionem & Iurisconsultus mouet in hac lege) id est, serui alieni ita demum ex testamento capere possunt, si & domini ex eodem testamento capere possent, non aliter, *l. non minus, de hered. instit. l. 12. §. regula, de leg. 1. l. debitor § seruo, de legat. 2.* Hoc nihil obstat, nihilque eo mouetur hoc loco Papinianus, quia scilicet non ideo tamen minus inspicitur persona serui, puta an id, quod ei legatur, libero facto legari, aut competere possit. Et, vt res sit facilior, sic statuamus: Si quæris generaliter, an possit legari seruo, inspice personam domini: si domino non possit, nec seruo possit: si dominus fuerit incapax, & seruus eius incapax fuerit: & retro, si possit domino, possit & seruo: si dominus sit capax legati, erit & seruus legati capax. Sin autem quæris specialiter, an hoc vel illud, an hæc vel illa res possit legari seruo, respice ad personam serui, an & eidem libero facto eadem res possit legari: si non possit libero, nec seruo poterit: vt libero non possit legari seruitus ad fundum domini quondam sui: Ergo & seruo frustra legabitur. Contra, si possit legari libero, poterit & seruo, licet domino eius ea res non possit legari: vt, si seruo legetur res domini, vel quod domino debetur, valet legatum, quod non valeret, si domino relinqueretur. & vtile erit legatum, si die legati cedente, seruus ad libertatem peruenerit. Denique legatum ipsum in specie ex persona serui vires accipit, ius capiendi ex testamentis in genere ex persona domini est: quæ tamen distinctio etiam in stipulationibus locum non habet, quod notandum, & hac in re distant legata à stipulationibus, vt & in aliis plurimis causis. Quia seruus non tantum ius stipulandi habet in genere ex persona domini, vt est proditum in *principio tit. de stipulat. seru. lib. 3. Institut.* sed etiam ius hoc vel illud stipulandi, hanc vel illam rem stipulandi in specie seruus habet ex persona domini, non ex persona sua: & ideo viam seruus recte stipulatur ad fundum domini vel dominorum, *l. 2. hoc tit. l. 7. §. vlt. l. 17. de stipul. seru.* Legatur tamen seruitus seruo inutiliter ad fundum domini. Et ratio differentiæ est, quia stipulatio statim domino adquiritur, nec adquiri vnquam potest seruo, nec si manumittatur: Legatum autem, quod seruo relinquitur, non statim adquiritur domino. certe nemini adquiritur, neque seruo, neque domino, antequam dies legati cedat; & die legati cedente, fieri potest vt ad libertatem seruus peruenerit, quo casu nec domino adquiritur legatum, si via seruo legata sit ad fundum domini, neque seruo, quia fundum non habet. Denique qui legat, non videtur domino legare: seruus tamen, qui stipulatur sibi, regulariter domino stipulari videtur, *l. 1. in princip & l. 15. de stipul seruor.* Quod autem dicit ad fundum domini seruo viam frustra legari, an idem obtinet in fundo peculiari? an etiam ad fundum peculiarem seruo via frustra legatur? Et idem omnino dicendum est, quia liber factus viam adquirere non potest: ad eum fundum aliter, quam si manumisso peculium sit relictum, sed si liber factus sit adempto peculio, frustra ei legata est via ad fundum peculiarem, qui mansit in dominio domini. Tentant tamen vulgo, aliud esse dicendum in fundo peculiari ex *l. 17. de legat.* Et his verbis: *Seruitus quoque seruo prædium habenti, recte legatur.* Seruus, inquiunt, non potest habere prædium, nisi peculiare. Ergo ad prædium peculiare seruo seruitus legari potest. Et ita legitur in Florentinis: *Seruitus quoque seruo prædium habenti recte legatur*, quæ tamen verba nullum idoneum sensum referunt. Primum seruus nihil habet proprij, habere potest peculium, sed dominium peculij non habet ipse, sed dominus: quinimo peculium serui nostri peculium nostrum dicitur, *l. 16. §. vlt. de vsu. & habit.* & in

A bonis nostris esse, §. 1. *Instit. Quibus non est permissum fac. test.* Ergo nec peculium proprie seruus habet. *Habere* proprie ius dominij significat, *l. possessio quoque, §. 1. de adquir. possess. l. stipulatio ista, §. hi, qui sunt. de verb. obligat.* Item, vt iam dixi, ad prædium peculiare frustra seruo legatur seruitus, quia nec eam liber factus aliter adipisci potest, quam si peculium ei relictum sit. Præterea ait, *seruitus quoque seruo*, qui articulus, *quoque*, notat similem casum adiungi superiori, vt in *l. 14. §. 1. de legat. 3.* Et hic casus est dissimillimus *l. 17.* Initio dixit, etiam ea, quæ futura sunt, recte legari, veluti *insulam, quæ nascetur in flumine*, vel, *quod ex ancilla nascetur.* Longe dissimilius est, quod sequitur: *Seruitus quoque seruo prædium habenti, recte legatur.* Quid hic igitur facit illud *quoque?* Et præterea
B scriptura huius versus est varia: nam in Florentinis quidem legitur, *seruitus quoque serui prædium habenti.* in omnibus aliis abest illa vox *seruo*. Et ita legitur: *Seruitus quoque prædium habenti, recte legatur.* At hæc sententia non est digna notatu: *Seruitus quoque prædium habenti, recte legatur*, quis hoc nescit? Imo non alij legatur recte, quam prædium habenti. Et præterea eadem dissimilitudo remanet semper. Vnde quæram & hic, quid hic faciat ille articulus *quoque*. Semper existimaui, deesse negationem & illam vocem *seruo* abundare, quæ non est in aliis libris, & ita esse legendum: *Seruitus quoque prædium non habenti recte legatur*, id est, nunc non habenti, & ita congruit omnino hæc sententia cum superiore: Nam sicut superius dixit, etiam futura recte legari: ita subiicit, futuro quoque
C prædio, id est, futuro ædificio recte seruitutem legari; quod etiam ostendit *l. si seruitus §. vlt. de seru. vrb præd. l. Labeo, de seru. rustic. præd.* Quia etsi legatarius nullum prædium habuerit testamenti tempore, possit adquirere in vicinia prædium die legati cedente, & adquisitum habere. Itaque ille locus nullo modo potest aptari ad prædium peculiare.

Ad L. VI. Pater filiæ.

Pater filiæ domum legauit, eique per domus hereditarias ius transeundi præstari voluit. Si filia domum suam habitet, viro quoque eius transeundi præstabitur. alioquin filia præstari non videbitur. Quod si quis non vsum transeundi per-
D *sona datum, sed legatum seruitutis esse plenum intelligat: tantundem iuris ad heredem quoque transmittetur, quod hic nequaquam admittendum est: ne quod affectus filiæ datum est, hoc & ad exteros eius heredes transire videatur.*

PAter filiæ legauit domum, & ad eam ius transeundi per alias domus hereditarias, quod ius est personale, vt *l. damnas §. 1. sup. tit. prox.* nam ius prædij, vsus est transeundi: non iter, aut via. si filia domum legatam habitet, marito quoque eius in eam domum transeundi ius præstabitur, quamuis sit ius personale, quod cohæret personæ filiæ, non tamen ideo marito ius denegabitur transitus in domum vxori legatam per domus hereditarias: alioqui filiæ non videretur præstari transitus, à qua maritus diuellitur. Denique vt domus, ita transitus debet esse in promis-
E cuo vsu viri & vxoris: non transit quidem hoc ius ad heredem filiæ, quia personalis seruitus est, *l. non solum §. 8. de lib. leg.* Sed debet tamen esse in promiscuo vsu viri & vxoris, hoc indiuidua vitæ consuetudo exigit, quam heres patris à quo transitus legatus est, dissuere non potest, filiam admittendo, maritum excludendo. quod si intelligas, patrem filiæ legasse viam. & hanc seruitutem imposuisse domibus hereditariis, proculdubio & ad heredes suos viam filia transmittet, quia seruitus est prædio legata, quod vocat, *seruitutis plenum legatum*, eleganter, non soli personæ. At in hac specie, quam proposui, quia effectu filiæ legauit ius transeundi per domos hereditarias in domum ei legatam, hoc ius transeundi personæ potius legasse videtur, quam prædio. Et ideo ad filiæ, quia vsuaria tantum est, transitus, heredes exteros hoc ius transmitti non potest.

ad heredes exteros, inquit quod non frustra ait. an igitur ad filios hoc ius transmitti potest? Quod dici potest, nempe, vt quod affectu filiæ, filiæ concessum est, transeat ad affectus eius, id est, ad filios, quamuis personæ tantum filiæ concessum sit, non etiam ad exteros: & ita videmus priuilegia quædam personalia, quæ data sunt fœminis, non transire quidem ad exteros heredes, sed transire tamen ad filios, *l. maritum*, & *l. etiam*, *sol. matrim. l. 1. C. de priuig. dot.* adhibita glossa Accursij, *l. 2. C. Theod. de sponsal.* Vt autem Iurisconsultus hoc loco ideo putat, ius transitus personæ datum, non domui, quod affectu personæ sit datum, affectu filiæ: ita proculdubio in *l. pen. de seru. rustic. pred.* aqua vel aquæductus concedi videtur personæ, non prędio, quia affectu fratris fratri conceditur: & quia etiam adiecit, vt frater aqua vteretur, quocunque vellet, ὅπου ἂν θέλῃ, vt in *l. 1. §. preterea, de aqua quot. & æst.* ait, aquæductum non esse fundi seruitutem, si quocunque duci possit. si aquæductus esset seruitus fundi, non posset aqua duci quocunque, sed in fundum tantum, cui seruitur. Ergo certissimum argumentum est, aquam datam personæ, non rei, si ei personæ permissum sit, vt aquam duceret quocunque vellet, nulla est seruitus solius personæ ex voluntate testatoris vel contrahentium.

L. vlt. explicata est in *l. 3. sup.*



AD TITVLVM IV.

De dote prælegata.

Ad L. 1.

Cum dos relegatur: verum est, id dotis legato inesse, quod actioni de dote inerat.

§. 1. Et ideo, si inter virum & vxorem conuenerat, vt morte viri sol. matrimonio, filio communi interueniente, dos apud mariti heredem remaneret, & maritus decedens dotem relegauerit: stari pacto non debet ob hoc, quod dos relegata est. Verum & citra relegationem hoc probari debet. Nam quod est admissum, posse deteriorem conditionem dotis fieri, interuenientibus liberis: totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit, vel diuortium interuenit.

§. 2. Et verum est, commodum in dote relegata esse repræsentationis, quamuis annua die dos præstaretur.

§. 3. Est & illud, quod ob res donatas hodie post Senatusconsultum nulla sit exactio: si modo voluntatem non mutauit testator.

§. 4. Impensæ autem ipso iure dotem minuunt. Sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui: non ad singula corpora, sed ad vniuersitatem erit referendum.

§. 5. Adeo autem dotis actionem continet dotis relegatio, si viuus eam vxori (scilicet quibus licet casibus) soluerit, vt cesset legatum.

§. 6. Sed & si mancipia fuerint in dote non æstimata, & hæc demortua sint: legatum dotis in his euanescit.

§. 7. Sed & si dotem promiserit mulier, neque dederit: & decedens maritus vxori dotem prælegauerit: mulier nil amplius, quam liberationem habebit: Nam & si quis ita legauerit: Centum, quæ in arca habeo: aut, quæ ille apud me deposuit: si nulla sint, nihil deberi constat: quia nulla corpora sint.

Hic tit. est de dote, quam ab vxore, vel pro vxore acceptam, moriens maritus vxori legat, quod olim in vsu erat frequentissimum, *l. 13. h. t.* Vxori, inquam, iustæ. Iniustæ enim vxori dos frustra legatur, quandoquidem eam vxori eripit fiscus, quasi indignæ, *l. 27. sup. de vsufr. leg.* In hoc autem titulo, statim initio legis primum proponitur, *id legato dotis inesse, quod inerat actioni de dote*; & aliis verbis §. *adeo*, *dotis legatum continere actionem de* A *dote*, & §. *Celsus*, *ead. l. Eum, qui legat dotem, ius actionis de dote legare.* Dotis autem actionem vocat, actionem rei vxoriæ antiquam, qua morte mariti soluto matrimonio, vel diuortio facto, mulier repetit dotem, sumpto arbitro dotis recuperandæ, vt solebant morte mariti soluto matrimonio. Legatum dotis, quod non nisi ex morte mariti effectum habet, ait continere actionem de dote: & consequenter actionem ex testamento, quæ ex eius legati caussa mulieri competit, idem contineri quod actione rei vxoriæ, nempe repetitionem dotis, quo exemplo primum vtitur Vlpianus in hac lege, etiamsi interueniant liberi communes ex eo matrimonio suscepti. Nam nihil retinetur pro liberis, sed mulier mortuo marito, repetit integram dotem, vt actione rei vxoriæ, ita actione dotis legatæ, etiamsi, quod adnotandum, initio dandæ dotis conuenerit B inter virum & vxorem, vt morte mariti soluto matrimonio, filio communi interueniente, dos apud mariti heredem remaneat, non restituatur vxori; vel apud filium, non etiam restituatur vxori: Nam in actione rei vxoriæ huius pacti ratio non habetur, quia est contra dotem, quam mulieribus conseruari Reipublicæ interest, *l. 1. sol. matrim. l. 2. de iure dot.* Quia est contra vtilitatem nubentium, *l. 2. sup. de pact. dotal. l. 3. C. de pact. conuent. sup. dot.* Ita nec in actione, quæ intenditur ex dote legata, vlla habetur ratio huiusce conuentionis. Denique neutro iudicio huic pacto statur: sed post mortem viri omnimodo dos restituitur vxori, non etiam remanet apud heredem mariti, etiamsi communes liberi interuenerint, & ita C conuenerit. Nec obstat, vt idem Vlpianus ostendit, quod dicitur, pacto posse fieri deteriorem conditionem dotis, quia huic sententiæ locus non est, quoties morte mariti soluitur matrimonium, sed tunc duntaxat, cum morte mulieris soluitur matrimonium, vt *l. 29. §. 6. de pact. dotal. l. 6. C. de pact. conuent. sup. dot.* Vel etiam, cum diuortio soluitur matrimonium, facto scilicet (hoc addendum) diuortio culpa mulieris, aut patris cuius in potestate est: Nam si culpa mariti factum sit diuortium, propter liberos, pacto non potest fieri deterior conditio dotis. Propter liberos hoc casu mulierem dote defraudari, vel in totum, vel aliqua ex parte, rationi non est consentaneum. Quod etiam Marcus Tullius docet in *Topic. Si viri*, inquit, *culpa diuortium factum sit, etiamsi mulier nuntium remisit, pro liberis nihil manere oportet*, & facit *l. si socer §.* D *Lucius*, & *l. Caius*, *sol. matrim.* Vbi, cuius culpa fiat diuortium, animaduertitur, non frustra: & sic, quoties morte mariti soluitur matrimonium, qui est casus legatæ dotis, de quo tractamus, non debet seruari pactum quo cautum est, vt liberis interuenientibus, dos non reddatur vxori superstiti, quia sic mulier dote spoliaretur: At morte mulieris soluto matrimonio, mulier nihil damni facit, si liberorum communium nomine maritus ex pacto dotem integram retinet. Diuortio item facto culpa mulieris, iure mulctatur dote mulier, quæ causam dissidio præbuit, & ex pacto pro liberis tota dos retinetur à viro, potius quam mulieri redditur. Et ad eos duos casus etiam coarctanda est *l. 24. de pact. dotal.* & *l. si dotali, sol. matrim.* Igitur his duobus casibus stari pacto debet, si conuenerit E inter virum & vxorem, vt tota dos liberis interuenientibus retineretur; non etiam in casu morte mariti soluto matrimonio, quoniam in hoc pacto stari non oportet, sed præferenda est mulier in ratione dotis liberis communibus. Quin & citra pactum morte mulieris soluto matrimonio, iure veteri patri, à quo dos profecta est, redditur, non quidem tota dos, sed quintæ retinentur ex dote in singulos liberos, vel si dos aliunde sit profecta, id est, si sit dos aduentitia, morte mulieris, semper tota dos repetitur à viro superstite, siue exsistant liberi, siue non, vt Vlpianus docet *lib. sing. reg. tit. de dote.* Diuortio autem facto culpa mulieris, vel patris eius, etiamsi de ea re nullum pactum interuenerit, vir ex dote retinet sextas in singulos libertos: Ita tamen, vt non plus retineat, quam dimidiam partem dotis, id est, tres sextas, vt idem auctor scribit

eodem loco, Paulus 2. *Sentent.* & est apud Boëtium in A supradicto loco Ciceronis. Et hoc quidem vnum est exemplum, quo demonstratur, dotis legato inesse ius actionis de dote. Aliud proponitur in §. *adeo.* Cessat actio de dote soluto matrimonio morte mariti: cessante actione de dote, cessat etiam actio dotis legatæ, quoniam vtraque eiusdem iuris est. Porro actio de dote cessat, si maritus constante matrimonio dotem mulieri reddiderit, quod ex certis causis legibus permissum est, *l. mutus, §. de iu. dot. l. 27. §. 1. de relig. & sumpt. funer.* Et cessat hoc casu actio de dote, quoniam nihil est, quod iam vxori præstari possit, cui repræsentata dos est antequam solueretur matrimonium, vt §. *idem Iulianus, h. l. & l. pater §. 1. h. t.* Cessat etiam actio de dote, si mancipia inæstimata in dotem data sint. & manente matrimonio suo fato demortua sint. Cessat actio de B dote, quia dos desiit esse in rerum natura. Cessat item actio de dote, si mulier dotem tantum promiserit, non etiam dederit. Ergo his tribus casibus morte viri soluto matrimonio, cessat actio de dote: Ergo & iisdem casibus, cessat actio legatæ dotis. Igitur legato idem inest, quod actioni de dote. Sed hoc posteriori casu, cum mulier dotem promisit, non etiam dedit, in hoc tamen mulier agere potest, vt à promissione sua liberetur. De dote autem nullis ex supradictis casibus vel actione rei vxoriæ, vel actione legati agere potest. Non primo casu, quia iam dos mulieri soluta est: non secundo, quia dos sine facto mariti desiit esse in rerum natura: non tertio, quia nulla vnquam dos data fuit: frustra legatur dos quæ nulla, vt frustra legantur, quo exemplo vtitur, 100. quæ in arca sunt, aut quæ ille apud me deposuit, si nihil sit in arca, si nihil apud me deposuit. C Et hactenus quidem satis demonstratum est, legato dotis contineri actionem de dote. Ad hæc nunc notandum est: *plenius tamen esse legatum dotis, quam actionem de dote.* hæc sunt verba §. *sed si vxori, Institut. de legat.* Alioquin, id est, si non esset plenius legatum dotis, plerumque inutile esset, sicut pecuniæ debitæ legatum creditori relictum inutile est, nisi plenius sit, id est, nisi commodum aliquod ex legato creditor consequatur, *l. si creditor, & l. seq. de legat. 1. l. 7. §. vlt. de legat. 3.* Videamus autem qua in re plenius sit legatum dotis, id est, quæ sint commoda in legato dotis, quæ non sint in actione de dote. Et duo commoda hoc loco exponit Vlpianus. Primum hoc est, si respicias ad ius vetus, quod in actione rei vxoriæ obtinuit ante Iustinianum, soluto matrimonio morte mariti, de quo D casu tractamus, dos quæ pondere, numero, vel mensura continetur, non est reddenda statim, sed annua, bima, trima die, id est, tribus pensionibus annuis, §. *cum autem, C. de rei vxor act.* Et inde secundæ & tertiæ pensionis mentio apud Ciceronem 2. *ad Atticum*, dotis scilicet, Tulliæ reddendæ à Crassipede, primo marito Tulliæ, annua, bima, trima die, & iisdem diebus, sicuti conuenerat, soluendæ Dolabellæ secundo marito Tulliæ. Denique ius hoc est actionis rei vxoriæ, vt dos, quæ numero, pondere, mensura constat, reddatur vxori superstiti annua, bima, trima die. Sed addenda est exceptio, quam & Vlpianus addit *lib. sing. Reg. tit. de dotibus.* Nisi, vt præsens dos redderetur conuenisset, id est, statim à morte viri, sine dilatione vlla; quę conuentio sane seruabitur, quia per eam sine fit melior conditio dotis, *l. de die. l seq. de pact. dotal. l. si vnus §. quod in specie, de pact.* At si dotem vxori decedens maritus legauerit, actio legati mulieri datur statim E post mortem mariti, sine dilatione vlla aduersus heredem, qui adierit hereditatem. Et hoc est, quod Vlpianus ait hoc loco, in dote prælegata commodum esse repræsentationis, quia dos prælegata præsenti die reddenda est, quæ iudicio rei vxoriæ redderetur tantum annua, bima, trima die: *quamuis*, inquit, *annua die dos præstaretur*, iure scilicet actionis rei vxoriæ, & annua die, id est, annua, bima, trima die, vt in *l. talis, de leg. 1. vtrum*, inquit, *annua die dabuntur*, id est, annua, bima, trima die, vt quæ præcedunt, & quæ sequuntur, ostendunt apertissime; Et Vlpianus eodem lib. reg. *Moriens*, inquit, *maritus punitur in ea*

quidem dote, quæ annua die reddi debet, id est, annua, bima, trima die. Et apud Suetonium in *Augusto*: *Produxit*, inquit, *quadam legata ad vicena sestertia*, quibus soluendis annuum diem fecit, id est, annuum, bimum, trimum diem, quoniam hæc erat vulgaris clausula conferendorum legatorum, vt ait *d. lex talis & lex cum vulgari, hoc tit.* Et quia in legato dotis præsentis temporis commodum inest, ideo dicitur prælegatum, quasi præsens, veluti ad manum dari, vel eadem ratione, qua & relegari dicitur, quia reddi potius videtur, quam dari, *l. pater §. fidei tuæ, de leg. 2.* Et hoc tit. & passim in iure promiscue dicitur *prælegatio* & *relegatio* dotis, pro *prælegatum* siue *relegatum*, vt apud Boëtium in Top. *legatio* pro *legatum*: *Similis est*, inquit, *serui vsusf. legatio, adium vsusfr. legationi.* Alterum commodum dotis legatæ, quod exponit illo loco, *Est & illud*, eiusmodi est. Ius actionis rei vxoriæ olim hoc fuit, vt de dote, quæ repeteretur morte viri, soluto matrimonio, deducerentur res à viro vxori donatæ, quia donatio inter virum & vxorem non valebat, nec confirmabatur morte, quod & aperte significatur, nempe deductionem fieri ex dote ob res donatas, in *l. rei donatæ. §. 1. sol. matrim. & l. 27. §. vlt. de rei vindic.* Et ex contrario in *l. pen. §. vlt. de don. int. vir. & vxor.* Nam dum ait, res donatas ante nuptias, quæ donatio valet, de dote non deduci, satis demonstrat, datas post nuptias, quæ donatio non valet, de dote deduci, quæ repetitur actione rei vxorię. At si dos vxori legata sit, hodie ex Senatusc. Æmiliano, siue oratione Seueri & Antonini, cuius fit sępe mentio in illo titulo *de donat. int. vir. & vx.* ac pręcipue in *l. cum hic status.* quo quidem Senatusc. donatio facta inter virum & vxorem, morte donatoris confirmatur, si in voluntate perseuerauerit vsque ad mortem. Si, inquam, dos mulieri fuerit legata, ei debetur integra, sine deductione rerum donatarum, quia nec ipso iure res donatę dotem minuunt, quia dote legata donationem confirmasse videtur, & legasse dotem integram sine vlla deductione, nisi probetur euidenter, vt ait *d. lex cum hic status, §. pœnitentiam, in fin.* eum reuocasse donationem. Ait autem hoc loco, *ob res donatas nulla sit exactio.* scripserat Vlpianus, *nulla sit deductio*, scripsit Tribonianus *nulla sit exactio*, quia hodie ex constitutione de rei vxorię actione, in §. *taceat, in fi.* ob res donatas exactio est per actionem in rem vel condictionem sine causa, non retentio ex dote: Olim erat retentio ex dote, siue deductio ob res donatas. Retentio, inquam, siue deductio. Nam res donata non minuebat dotem ipso iure. Ideo subiicit Vlpianus, aliam esse rationem impensarum necessario factarum in res dotales, quia necessarię impensę, si dos in numerata pecunia consistat, non seruantur per retentionem, ob impensas necessarias retentio non est necessaria, quia vbi pecunia est in dote, impensę necessarię ipso iure minorem efficiunt quantitatem dotis, quę quantitas sola in pecunia consistit, & consideratur, corpora nummorum non considerantur, *l. si cui nummos, de solut.* Quod si postea à muliere soluantur impensę illæ necessarię, rursus pecunia dotalis, quę minuta fuerit, creuisse videtur, *l. Quint. de impens. in res dot. fact.* At si fundus fuerit in dotem, vel quę alia res corporea data, quę non in quantitate existat, sed corpore, fundus per impensas necessarias non minuitur, vel non absumitur, neque vlla ex parte fundus desinit esse dotalis; sed retentio tantum fundi marito heredive competit, donec impensarum nomine ei satisfiat. Quare per impensas necessarias singula corpora dotis non minuuntur, & absurdum esset per pecuniam, quæ expensa est, minui corpora. Sed minuitur, quid? quantitas, si dos in pecunia fuerit: si fuerit in corporibus, minuitur vniuersitas dotis, singulæ res non minuuntur, sed vniuersæ. Ius vniuersitatis, quod intellectu percipitur, ex sententia Scæuolæ, de qua in *l. si is qui Stichum, §. quod dicitur, de iure dot.* Fundum dotalem desinere esse dotalem si tantum in fundum necessario impensum sit, quanti est fundus, ac proinde solutis impensis, fundum reuerti in causam dotis rursus. Hæc, inquam, sententia, quæ refer-

tur illo loco, non approbatur. Verius enim est, fundum non desinere esse dotalem propter impensas necessarias, & solutis impensis, vbi fundus est in dotem, & ea re non rursus crescere dotem, quæ nec decreuit, non rursus fundum redire in causam dotis, quia non desiit esse dotalis, alioquin potuerat alienari. fundus dotalis non potest alienari. at si desiisset esse dotalis, potuisset alienari, ac si interim alienatus fuisset, quid faceret mulier conferendo impensas necessarias? Paulus in *d.* §. *quod dicitur*, qui est satis difficilis, in hoc laborat, vt Scæuolam suum excuset, cuius disciplinam Paulus magni fecit, ita vt soleat dicere, *Scæuola noster*, in hoc totus est, vt excuset hanc Scæuolæ sententiam, quam nec ipse, nec alius quisquam probauit. Et ad hæc pertinet *l. 2. §. 1. & l. 6. inf. hoc tit. & l. dote, de ritu nuptiar. l. 5. de pact. dotal. &* §. *item si de dote, Institut. de actio.* qui omnes loci sunt de necessariis impensis. Necessariæ enim impensæ dotem ipso iure minuunt, id est, pecuniam dotalem, vel vniuersitatem dotis. Vtiles impensæ dotem ipso iure non minuunt, sed si sponte mulieris factæ sunt, seruabuntur per retentionem dotis. Hodie ex Constitutione Iustiniani, nec per retentionem dotis seruantur, sed dos sine mora est reddenda, maxime quæ consistit in rebus soli, quæ in aliis rebus, intra annum. Hodie non seruantur impensæ vtiles per retentionem, sed per actionem mandati, vel negotiorum gestorum, vt declarat Constitutio Iustiniani.

Ad §. 8. Si quis vxori.

Si quis vxori fundum Titianum his verbis legasset: Is enim fundus propter illam ad me peruenit: omnimodo debetur fundus. Nam quidquid demonstratæ rei additur satis demonstratæ frustra est.

SI quis simpliciter vxori dotem legauerit, his verbis, vt solet, *quanta pecunia ad me ex dote peruenerit,* aut *peruentura est, tantundem heres meus vxori dato.* Si nihil peruenerit, puta, quia mulier dotem promiserit, non dederit, sup. proxime dixi, nullum esse dotis legatum, quia & nulla dos data est. Quod comprobat etiam lex 3. & lex 5. *C. de fals. caus. adiect. leg.* Et vsus est etiam sup. exemplo eius, qui ita legauit, *centum, quæ ille apud me deposuit*, quod legatum etiam non valere constat, si nulla corpora nummorum in arca vel in deposito sunt, & hoc cum superius ostendisset, nunc subiicit in hoc §. *Si quis vxori*, valere tamen legatum, si quis vxori, simpliciter legauerit *fundum Titianum*, & mox adiecit: *Hic enim fundus propter illam ad me peruenit*, quibus verbis significauit, illum fundum ab illa sibi fuisse datum in dotem, vt *l. 6. inf. hoc tit. l. si nuptura, defun. dot.* Quid est dos? Quod propter vxorem ad nos peruenit rependendorum onerum matrimonij gratia: Nam hoc casu, etiamsi fundus non fuerit in dotem, vxori omnino ille fundus debetur, quia demonstratio illa: *Hic enim fundus propter illam ad me peruenit*, quæ falsa est, non nocet legato: Est enim superuacua, quia eo non adiecto iam perfectum satis & consummatum legatum est. Et eleganter, *quicquid*, inquit, *satis demonstratæ rei additur, frustra est*, id est, superuacua est demonstratio, quæ legato iam satis perfecto additur: & ideo legato non nocet: superfluæ scripturæ nulli nocent, *l. si seruo, de aliment. legat. l. testamentum, C. de testament.* Quam sententiam Diuus Augustinus nobis attribuit, siue fert acceptam 4. de Ciuitate Dei, cap. 26. 27. *Solet*, inquit, *à Iurisperitis dici, superflua non nocent.* Et ratio differentiæ inter hunc casum, & tres supra relatos ante hunc §. hæc est, quia superioribus tribus casibus, quæ legata res est, nulla est, nulla dos, nulla corpora nummorum, quæ sint in rerum natura: legauit enim centum, vt corpora certa nummorum, non vt quantitatem, quoniam ea certo loco circumscripsit, quæ in arca haberet, vel quæ in deposito. Circumscriptio siue notatio loci, corporis in eo positi notatio est, nec dubitandum, quin sit notatio loci, scilicet, quæ in deposito ha-

A beo, vel quæ in arca, quæ ille apud me deposuit. Nam ponere est corpus aliquod collocare. Et Vlpianus depositum ex eo dictum ait, quod ponitur. Ergo quod locatur certo loco, *l. 1. depos.* & furtum fieri rei depositæ, si loco moueatur, *l. 3. §. si rem, de adquir. possess.* Vnde qui pecuniam numeratam deponit, corpora ipsa nummorum deponit, non quantitatem, alioquin mutuum vel promutuum fuerit, non depositum, *l. Lucius 24. depos.* In specie autem huius §. *si quis vxori*, corpus, quod legauit, puta fundus Titianus, est in rerum natura, & ideo legatum valet, nec vitiatur per falsam & superfluam demonstrationem, vt in *l. quibus*, §. *pen. de condition. & demonstr.* Nam etsi centum legauerit vxori, hoc adiecto quæ mihi dedit in dotem licet, non dedit centum vxori debentur, *l. 21. de legat.* B *2. l. si sic legatum, §. 1. de legat. 1. l. legaui, in fine, de liberat. leg. l. 3. C. de fals. caus. adi. leg.* Ratio est eadem, quantitas certa legata est, quæ exstat, aut facile refici potest ex bonis hereditariis, atque ideo etiam in bonis exstare intelligitur, *l. 12. de leg. 2. l. 88. de verb. signific.* At in supradictis tribus casibus, in quibus legatum non valet, qui proponuntur in §. *sup.* res quæ legata est, non exstat, dos legata non exstat, corpora nummorum legata non exstant, & ideo legatum non valet. Et ita hæc explicanda sunt. Sequitur longe difficilior quæstio.

Ad §. Celsus.

Celsus lib. 20. Digestorum scribit: Si socer nurui dotem C *relegauit, siquidem ius actionis de dote voluit relegare, nullius momenti esse legatum: quippe nupta est. Sed si voluit eam recipere dotalem pecuniam (inquit) vtile erit legatum. Si tamen hæc dotem receperint, nihilominus maritus dotis persecutionem habebit: siue heres institutus esset familiæ erciscundæ iudicio: siue non, vtili actione. Ego puto; quoniam non hoc voluit socer, vt bis dotem heres præstet: & mulierem agentem ex testamento, cauere debere, defensum iri heredem aduersus maritum. Ergo & maritus idem debebit cauere, aduersus mulierem defensum iri, si prior agat.*

FIliofamilias vxorem ducente pater eius, qui socer est vxori, & vxor illi nurus, solet à nuru dotem accipere quia onera filij, qui vxorem duxit, quem in potestate habet, & nurus consequenter, & vno verbo totius eius ma- D trimonij onera ipse sustinet. Ergo ei dos danda est, repensatrix onerum, non filio. Atque ita si nurus dotem socero dederit, & moriens eam dotem socer nurui legauit, videndum est, vt ex Celso proponitur in *hoc* §. quid dotis nomine socer intellexerit. Hoc enim nomen bifariàm accipitur pro iure & pro corpore. Pro iure nempe actionis de dote, quo sensu dicimus, legato dotis inesse actionem de dote: Et pro corpore, id est, pecunia ipsa dotali, proue fundo dotali. Sicut hereditas modo accipitur pro iure successionis, modo pro pecunia hereditaria. Peculium modo pro iure actionis de peculio, modo de rebus peculiaribus. Imo & fundus, modo pro iure ipsius fundi, vt in §. *2. l. cogi, ad Trebell.* modo pro corpore ipso fundi; & qui dicit, fundum esse nomen iuris, non negat propterea & fundum, E quod & frequentius est, esse nomen corporis. Ad rem. Si socer ius actionis de dote legare voluerit nurui, nullum est legatum, quia constante matrimonio nulla est actio de dote: constante matrimonio nulla est actio de dote: constante matrimonio de dote agi non potest, & morte soceri matrimonium non soluitur, *l. morte, de donat. int. vir. & vx.* Denique vt demonstratum est in § *super.* quæ de dote nondum agere potest, nec de dotis legato potest. Sed si pecuniam dotalem quam à nuru acceperat, socer legare voluerit, valet legatum, & legati petitio mulieri competit; Nam etsi constante matrimonio mulier non possit à marito dotem petere, exceptis certis casibus, potest tamen dotem petere ab herede soceri, vt recipiat dotem, quam socero dedit, qui iam non est amplius subiturus onera matrimonij, *l. 10. §. 1. de leg. præstand.* Constante, inquam,

matrimonio potest petere dotem, quam socero dedit ab A herede soceri; ergo & legatum dotis, quod ei socer relegauit. Sed & maritus ipse post mortem patris dotem persequi potest. Post mortem patris statim onera matrimonij filium sequuntur, & ibi dos esse debet, vbi sunt onera matrimonij, *l. 56. & 2. de iu. dot. l. si maritus, fam. ercisc.* & dotem quidem maritus persequitur & recipit, siue sit à patre heres institutus ex parte, iudicio fam. ercisc. *l. si filia, §. hoc amplius. l. fundus qui d. tis, fam. ercisc. l. 2. C. eod. tit.* siue exheredatus sit à patre, dotem persequitur vtili actione, id est, vtili actione familiæ erciscundæ, quæ redditur etiam inter eos, qui sunt heredes, & eos, qui nec sunt heredes, nec bonorum possessores, sed ex hereditate tamen aliquid percipere & prælibare debent, vt in *l. 2. §. si quarta, fam. ercisc.* Et sane si maritus à socero, hoc est, à B patre suo ex parte heres institutus sit sub conditione, & vti oportet in defectum conditionis exheredatus, maritus pendente conditione dotem percipere potest, quia sustinet onera matrimonij. Confestim ergo post mortem patris, dotem percipere potest vtili famil. erciscundæ, *d. l. si maritus*, quam vel de vtili famil. erciscundæ, esse accipiendam titulus indicat, sub quo posita est. Si igitur pendente conditione institutionis, maritus dotem petere vel percipere potest vtili iudicio famil. erciscundæ poterit & conditione deficiente, in quem casum exheredatus est: Nam pendens condicio non impedit perceptionem dotis, nec deficiens igitur, *l. cum tale. §. si arbitratur, de cond. & demonst.* Quia igitur in specie proposita heres soceri conueniri potest, non tantum ab vxore, cui socer dotem legauit, sed etiam à marito, vt dotem restituat marito, in quem onera matrimonij translata sunt morte patris, conueniri ab vxore potest C actione ex testamento, à marito vtili actione familiæ erciscundæ, ne duplici præstatione dotis heres oneretur, ne bis, inquit, heres dotem præstet, quod nec voluisse socer, videtur. vt ei sit cautum de indemnitate, si mulier prior agat ex testamento, heres opposita exceptione doli mali, non ante mulieri compelletur soluere legatum, quam mulier ei cauerit satisdatione *defensum iri eum aduersus maritum*. Et retro, si maritus prior agat, non aliter heres cogitur dotem ei præstare, quam si cauerit ei maritus, *defensum iri eum & indemnem damno seruatum iri aduersus mulierem, si quando postea ipsa egerit ex testamento.* Et hæc est sententia § *Celsus*, aduersus quam Accursius opponit legem *mortis, de donationib. inter vir. & vxor.* nec explicat D bene. Certum est, donationem valere, si vir vxori donarit mortis causa, id est, mortis suæ causa, quia in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor esse desinunt, mortuo marito nimirum. At non valet tamen, si socer nurui donauit mortis suæ causa, videlicet si socer moriatur nondum soluto matrimonio, quia effectum habere donatio non potest, casu mortis soceri exsistente, manente matrimonio. Et hoc vult *d.* lex *mortis*. Vnde quærit Accursius, cur legatum dotis valeat, non valeat donatio, quam socer fecit nurui mortis suæ causa, & legatum dotis valet, quod effectum tamen non habet, nisi post mortem soceri. Dico siue dotem socer legauit, siue dotem donauit nurui mortis causa, vtrumque valere & donationem & legatum. Sed si aliam rem donauerit mortis causa, non dotem, donationem non valere propter rationem supradictam, quia E morte soceri nuptiæ non soluuntur, quæ quamdiu manent, nihil ad vxorem à marito vel à socero, cuius in potestate maritus est, donationis titulo peruenire potest. Non valet item legatum, si aliam rem, quam dotem, socer nurui legauit, vt Fulgosius recte sentit hoc loco, quia & legatum donatio est. Itaque vt in aliis speciebus iuris, quemadmodum definit *l. 5. C. de mor. caus. donat.* ita etiam hac in specie nulla est differentia inter legatum & donationem causa mortis: Nam si nurui alia res sit legata vel donata causa mortis, neque legatum, neque donatio valet, si dos, vtrumque valet.

Ad §. 10. Per contrarium.

Per contrarium apud Iulianum libro trigesimo septimo quæritur, si socer filio suo exheredato, dotem nurus legasset, & ait: agi quidem cum marito exheredato de dote non posse: verumtamen ipsum dotem persecuturum ex causa legati: sed non alias eum legatum consecuturum, quam si cauerit, heredes aduersus mulierem defensum iri. Et differentiam facit inter eum, cui dos relegata est, & orcinum libertum, cui peculium legatum est. Namque eum de peculio posse conueniri ait, heredem non posse: quia peculium desiit penes se habere. At dotis actio nihilominus competit, etsi dotem desierit habere.

SVperior species fuit de dote, quam socer à nuru acceptam nurui legauit. Quæ in hoc §. *per contrarium*, proponitur, est de eadem dote, quam socer filio suo exheredato, non nurui legauit. Et ideo ait *per contrarium*, quoniam superior species est de dote relicta vxori, id est, nurui: hæc species est de eadem dote relicta marito filio exheredato. Recte autem ponit fuisse filium exheredatum: Nam si à patre fuerit heres institutus, mulier ab eo dotem, quam dederat socero, cui exstitit heres maritus, petere potest, tanquam ab herede soceri, non tanquam à marito. A marito dos peti non potest, constante matrimonio, sed ab herede soceri peti potest, vt ei auferat qui non successit in onera matrimonij, & seruiat oneribus matrimonij. A filio autem exheredato, vxor nullo iure dotem petere potest, *l. si cum dote § pen. sol. matrim.* non vt à marito, & non vt ab herede soceri, quia exheres est, non heres soceri. Sed competit marito actio ex testamento legatæ sibi dotis nomine aduersus heredes scriptos à patre vt dotem ab eis recipiat: Ita tamen, vt quia mulier etiam ab eis dotem petere potest, vel petitura est omnino postea soluto matrimonio, si prior agat maritus ex legis causa vt non aliter heredes ei dotem præstent, quam si cauerit, *heredes defensum iri aduersus mulierem, quandoque postea dotem petentem*, ne bis dotem heredes præstent, vt in *l. pater inf. hoc tit.* Et mox docet, quam obrem eadem cautio heredibus necessaria sit, proposita elegantissima differentia inter exheredatum maritum, cui pater dotem à nuru acceptam legauit, & seruum testamento manumissum verbis directis, quem vocat *Orcinum* libertum, quasi Orci libertum, quia non vllus homo superstes ei patronus est, sed Orcus tantum. Orcinus libertus dicitur libertus defuncti, in §. *1. Institut de hered. qual. & differ. & l. pen. §. Dama, de legat. 2.* Quod perinde est, ac si diceret, esse Charontis, vel vt Theophil. Acherontis libertum: Orcinum, inquam, libertum, cui peculium dominus legauit. differentia est inter maritum, cui dotem à nuru acceptam pater legauit, & Orcinum libertum, cui peculium dominus legauit. Quænam vero est differentia? Orcinus libertus, cui dominus peculium legauit, conueniri potest à creditoribus hereditariis intra annum ex edicto, cum de peculio actio annalis sit, quia obligatio pecularis sequitur peculium, *l. frater, de condict. indeb.* Heres autem, à quo peculium Orcino liberto legatum est, quique id præstitit Orcino liberto, quia desiit habere peculium, non tenetur actione de peculio. Et hoc iuxta Sabinianorum sententiam. Hoc enim traditur in hoc §. ex Iuliano, qui Sabinianus fuit. Nam Proculianorum aliud iudicium fuit, vt memini me diffusius explicasse in *d. l. frater*, nec est huius loci, vt & hic ea controuersia diffusius explicetur. Hæc de Orcino liberto ita se habent, cui dominus peculium legauit. Longe aliter seruatur, cum pater dotem à nuru acceptam filio legauit, quam & filius accepit ab herede: Nam hoc casu heres soceri, à quo dos nurus legata est filio exheredato, etiamsi dotem præstiterit filio, atque ita etiamsi dotem habere desiit, dotis actione à muliere conueniri potest, quam non debuit præstare marito temere, & ideo necessaria valde est heredi cautio, vt scilicet

in præstanda filio dote sibi cautione prospiciat de indemnitate. Denique hoc casu heres, etiamsi dotem habere desierit, mulieri tenetur dotis nomine. Filius autem exheredatus vxori suæ non tenetur actione de dote, obligatio dotalis non sequitur dotem. Filius exheredatus habet dotem ex legati causa, & tamen non tenetur actione de dote. Denique obligatio peculij semper sequitur peculium: Obligatio dotalis non sequitur dotem.

Ad §. 11. Idem Iulianus.

Idem Iulianus quærit: si dotem marito relegauerit socer: an, dote soluta mulieri, legatum mariti extinguatur. Et dicit, extingui: quia nihil esset iam, quod marito possit præstari.

EX Iuliano antetulit Vlpianus, legati petitionem filio exheredato competere, cui pater dotem à nuru acceptam legauit, oblata tamen heredi patris cautione de indemnitate, quia idem etiam heres mulieri dotis nomine tenetur, quamuis dotem habere desierit, ex legati causa nimirum filio exheredato soluta. Quod & Papinianus scribit in *l. pater*, *inf. hoc tit.* Filius autem exheredatus, quamuis dotem habeat ex legati causa, mulieri suæ dotis nomine non tenetur: nec enim vt obligatio peculiaris sequitur peculium, *l. frater, de condict. indeb.* ita & obligatio dotalis dotem. Obligatio, inquam, dotalis non tenet eum, qui dotem habet & possidet, sed eum, qui dotem accepit, heredemve eius. Et hoc fuit demonstratum in §. superiori, & traditur ex Iuliano. Nunc ex eodem Iuliano docet, si forte cum dos, vt ante proposui, filio exheredato prælegata esset à socero, prius heres soceri dotem mulieri restituerit præuentus à muliere, vel soluto matrimonio: vel manente, vt *l. 10. §. 1. de leg. præst.* hoc casu legatum dotis quod socer marito reliquit, filio suo exheredato, extingui, quoniam nihil est in bonis soceri, quod ex eius legati causa marito præstari possit. Quod & Papinianus tradidit in *d. l. pater.* Et frustra igitur hoc casu heredem à muliere desiderare cautionem de indemnitate, cum, dote reddita mulieri, iam non possit à marito conueniri actione ex testamento, quia peremptum est legatum.

Ad §. 12. Idem quærit.

Idem quærit, si dos alij legata esset, eamque rogatus sit mulieri restituere: an lex Falcidia in legato locum haberet. Et dicit habere: sed quod minus est in fideicommisso, mulierem dotis actione consecuturum. Ego quæro, an commoda repræsentationis in hoc legato sic obseruentur, atque si dos ipsi mulieri fuisset relegata. Et puto habere.

SEquitur iam alia quæstio ex eodem Iuliano in §. *idem quærit*, de dote nurus à socero legata, non nurui, non filio, sed extraneo, eodemque extraneo rogato dotem nurui restituere, interueniente lege Falcidia, an & ex eo legato Falcidiam heres soceri deducere possit? Et respondet posse: sed vt subiicit, quod minus fuerit in fideicommisso dotis relicto nurui, id est, quod Falcidia resciderit, id mulierem ab herede consecuturam actione de dote, & ita Falcidiam reuocaturum, quam heres deduxit. Et vt hoc loco non ineleganter Albericus refert ex vulgari prouerbio practicorum sui temporis: *Quod amiserit*, inquit, *in syllabis, eam*, inquit, *recuperaturam in temporibus*. Idem dicendum si maritus acceptam ab vxore dotem extraneo legauerit, addito onere fideicommissi, vt vxori eam restitueret. Nam de legato quidem heres deducet Falcidiam, sed mox eam Falcidiam, quam deduxit heres, reuocabit vxor, actione de dote. Et ita Iulianus sentit. Marcellus vero, qui vbicunque in Iuliani scriptis cernit vel rimulam leuem, in eam figere solet aculeum, satius esse duxit, sublato illo circuitu, quem & tollendum idem Marcellus censet in specie leg. 5. *si cui plus quam per leg. Falcid.* Satius, inquam, sublato illo circuitu deducendæ Falcidiæ, ac deinde red-A dendæ mulieri, statim ab initio ex eo legato propter mulieris fideicommissum, ad quam omne emolumentum dotis pertinet, heredi denegare ex legato illo Falcidiæ deductionem; Et ita est proditum ex Marcello in *l. cum dotem, inf. ad leg. Falcid.* Nam *& in plerisque aliis causis*, vt ait eleganter Marcellus in ea lege, *obseruatur, vt omissa interposita persona, capientis tantum persona spectetur*, fideicommissa præstantur per interpositam personam, & quasi per sequestrem, & *per tramites*. vt inquit, Arnob. sexto, *quosdam & per quadam fideicommissa.* honor est legatarij, qui interponitur, quique fidem interponit alteri restituendi legati, honos sine re: res enim est fideicommissarij, legatarius, qui interuenit, honoratur legato, fideicommissarius capit legatum. Id autem obseruari in plerisque causis, quibusdam B exemplis propositis patefacere operæ pretium est, interpositi personam omitti, & statim transiri ad capientis personam, & statim nos transgredi quasi compendio ad eum, ad quem omne emolumentum redit. Primum, si incapaci vel indigno reddatur hereditas, vel legatum, vt id capaci restituat, omissa interposita persona, quæ incapax vel indigna est, & capacis tantum fideicommissarij persona inspecta; ad quem totius hereditatis vel legati emolumentum pertinet, propter illum, qui est capax, dicimus incapacem vel indignum admitti ad hereditatem vel legatum, vt mox restituat capaci aut digno. De incapaci est *l. 42. de leg. 2. & l. 28. de legat. 3.* & lex *cogi §. qui solidum, ad Trebellian.* de indigno est lex *legatarius, de excusation. tutor. & l. 1. §. pen. si quis aliquem testari prohib.* Item si cui legetur sub conditione, *si Titia non nupserit*, vtque idem Titiæ re-C stituat legatum, cui scilicet illa conditio viduitatis remittitur lege Iulia & Papia, omissa interpositi persona, in qua conditio illa non negligeretur si non esset rogatus legatum Titiæ restituere. spectatur Titiæ persona tantum, & illius Titiæ gratia statim die cedente legati & fideicommissi petitio est, *l. auia §. Titio, de condition. & demonstrat.* Ac similiter vsufructu vni legato, vt alij restituatur, si quæratur, cuius morte intereat vsusfructus, non legatarij, qui interpositus, sed fideicommissarij persona spectatur, *l. 26. de vsufr. leg. supra.* Ac postremo si legata sunt relicta liberis & parentibus, quibus petita bonorum possessione contra tabulas ea legata seruari solent ex edicto prætoris, quæ ipso iure infirmatur, vt & cætera omnia legata & fideicommissa per bonorum possessionem contra tabulas, quæ non D tantum heredis institutionem infirmat, sed & omnia, quæ in testamento scripta sunt. Iure tamen prætorio & singulari liberis & parentibus, & vxori legata in iis tabulis relicta seruari solent, non seruantur tamen, si ea legata extraneis restituere rogati sint, *l. 3. §. si quis, de leg. præstand.* quia non qui sint interpositi spectamus, imo hos præterimus, & transimus confestim ad eos, qui rem capiunt, interpositi nihil capiunt. Et ita in specie proposita; marito dotem legante extraneo; vt vxori restituat, ex Marcelli sententia compendiosiore via extranei persona insuperhabetur, omittitur, & perinde atque si recta vxori dos legata esset, vt breuius & melius esset dicere quod Marcellus dixit, non esse legi Falcidiæ locum, quanquam τὸ ἀκριβὲς, vt nominatim Græci interpretes notant ad *d. l. cum dotem*, exigat seruari eum ordinem, quem dixit Iulianus, deduci E nempe Falcidiam ex legato dotis extraneo relicto: ac deinde ab herede eam dotis lacunam repleri, hoc τὸ ἀκριβὲς exigit; sed non ratio melior atque benignior. Verum quia siue ita res geratur, vt Iulianus voluit, siue, vt Marcellus, effectu ipso Falcidiam heres ex eo dotis legato non retinet: Quærit Vlpianus, an saltem perinde, atque si directo mulieri dotem maritus prælegasset, heres possit Falcid. deducere ex commodo repræsentationis, vt si legata sit dos, quæ numero, pondere vel mensura continetur, quo genere repræsentatur dos, hoc est, legati iure præsenti die reddi debet, quæ actione de dote non redderetur; nisi annua, bima, trima die, vel hodie annua ex Constitutione Iustiniani: Quærit, inquam. Vlpianus, an saltem & ex hoc commodo repræsentationis Falcidiam heres deducere possit. & hoc

hoc facile admittit. Vnde notandum est, quod in sequentibus repetitur sæpius, dotis prælegatum vxori relictum Falcidiam non pati, nisi quatenus plus in eo est, quam in actione de dote, id est, Falcidiam ex dote non deduci, sed ex commodo repræsentationis duntaxat. Contra si nullum sit commodum in repræsentatione dotis, vt si dos consistat in rebus soli, quas etiam dote non legata, actione de dote statim soluto matrimonio reddi oportere certum est, tunc lex Falcidia cesset omnino in dote vxori legata, quia rem suam recipere videtur, *l. 81. §. 1. ad leg. Falcid.* Rem suam recipere videtur, & nihil aliud dos est, quam res vxoris; qua ratione etiam fideicommissum ab vxore relictum, fideicommissum quo vxor onerata est, cui dos relegata datur, non valet, quia nihil de suo dare vxori maritus videtur, qui & dotem legat, & cui nihil dederit, eum rogando obligare non possit, *l. 6. in fi. de legat. 3.* de suo quemque liberalem esse oportet, non de alieno. Nec tamen suo quodam commodo caret legatum illud dotis, quod vxori relinquitur, etiamsi absit commodum repræsentationis, puta in dotem datis soli rebus, rebus immobilibus, vt ante proposuit, quia pro actione in personam, id est, pro actione de dote, legatum defertur vxori per vindicationem, si sit relictum per vindicationem, vel per præceptionem; quæ actio, quia dominij est assertio, commodior est, *l. 3. §. si rem, de legat. 3.* Sed hoc qualecunque commodum non est tanti, vt propter id ratio legis Falcidiæ induci debeat, *l. si creditor, in fine, de legat. 1.* quia hoc commodum actionis nouæ ita percipit vxor, vt nihil decedat mariti bonis; commodum autem repræsentationis non percipit, quin mariti bonis decedat interusurium medij temporis. Cum autem ex Iuliano hoc loco proposuisset Vlpianus, dotem vxori marito legatam, eademque rogata alij dotem restituere, neque fideicommissum valere, neque Falcidia legatum minui posse.

Ad §. Idem Iulianus.

Idem Iulianus quærit: Si mulieri dos sit relegata, eaque rogata dotem restituere, an Falcidia locum habeat. Et negat habere: quoniam fideicommissum quoque negat valere. Quod si præterea quid vxori legatum sit, putat, ex residuo fideicommissum præstari. Quod vtique, habita ratione Falcidiæ, mulieri præstabitur: sed & marito ex parte herede instituto, à socero dote prælegata, legatum dotis Falcidiam passurum, videlicet, quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata. Verum quod Falcidia recidit, in familiæ erciscundæ iudicio maritum præcepturum. Quemadmodum totam dotem præciperet, si non esset relegata.

IN §. *Idem Iulianus quærit: si mulieri, &c.* quod iam satis exposuimus, subiicit ex eodem Iuliano illo loco, *quod si præterea*, si præter dotem aliquid, finge, prædia quædam vxori legauerit, & ab ea fideicommissum reliquerit, ex legato quidem non detrahi Falcidiam, sed detrahi ex legato prædiorum, & detracta Falcidia ex residuo prædiorum fideicommissum pręstari. Mox sequitur: *sed & marito:* Et hic autem locus est accipiendus de dote à socero nurui legata, & ponenda species, explicandaque sententia huius loci eiusmodi: Pater filium heredem instituit ex parte, & dotem ab vxore eius manu sua acceptam nurui legauit, vtile est legatum, & præstabitur dos nurui ex legati causa, quamuis adhuc nupta sit filio testatoris, si modo offerat heredi cautionem indemnitatis, vt demonstratum est in §. *Celsus, supra.* Sed videamus, an & ex eo legato heres possit deducere Falcidiam, ex legato dotis nurui relicto, si soceri hereditas sit exhausta vel onerata legatis. Et ait, deduci posse, quia constante matrimonio indebita dos nurui videtur legata, & ideo magnum in eo legato commodum est. Sed quod resciderit Falcidia, mox recipiet maritus, quem socer ex parte testamento heredem scripsit, iudicio familiæ erciscundæ, vt *d. § Celsus.* Quia, vt ait, & dotem totam præciperet nunc post mortem soceri oneribus omnibus matrimonij in eum translatis, si nurui à socero non esset legatum: vnde & dodrantem dotis præstitam vxori iure legati sub cautione indemnitatis, mox maritus ab vxore recipiet, quandoquidem obstricta est vxor heredi de indemni eo seruando aduersus maritum, & non possit vxor heredem aliter seruare indemnem aduersus maritum, quam si dodrantem dotis ab herede acceptum, vt æquum est, marito restitueret, quem post mortem soceri sequuntur omnia onera matrimonij. Et ita hic est explicandus §.

Ad §. 14. Mela.

Mela scripsit, si fundus in dote sit, & specialiter sit legatus, mox generaliter dos relegata, non bis, sed semel deberi fundum.

SI maritus vxori specialiter legauerit fundum, in quo solo consistebat dos vxoris, non legauit fundum, quem in dotem acceperat, non est his verbis vsus, sed legauit fundum illum, fundum Titianum specialiter: mox generaliter eidem vxori dotem prælegauit, quæritur, an bis mulieri fundus debeatur? Respondet bis non deberi, nisi manifestissime appareat hanc fuisse testatoris voluntatem, vt & fundus & æstimatio fundi ei pręstaretur, quæ voluntas non esset inanis, vt *l. nutu, §. de legat. 3. l. fundum Cornelianum, de n uat.* Alioquin si non sit manifesta contraria voluntas testatoris, bis mulieri fundus non debetur, quia non præsumitur testator duplici præstatione dotis heredem suum onerare voluisse, *l. pen. inf. hoc tit.* sed magis ex abundante dotem legasse & generaliter & specialiter, & posteriori legato suppleuisse quod omiserat priori, quo specialiter fundum legauerat, nec dixerat fundum dotalem. Denique qui bis eandem rem promittit amplius quam semel non tenetur, *l. qui bis, l. quibus, de V. O.* Ita qui bis eandem rem legat, hoc velle videtur, non amplius quam semel eam rem ab herede præstari. In dubio parcimus heredi, *l. Sempronius, de legat. 2. l. 11. §. si quis decem, de legat 3.* Et hoc loco proculdubio fundum inæstimatum intelligere oportet, nō vt Accursius dubitat, æstimatus an inæstimatus sit, quod est stultum. Nam semper, cum fundum dotalem dicimus, inæstimatum dicimus, vt in lege Iulia de fundo dotali. Nam fundus æstimatus non est proprie dotalis, sed æstimatio, *l. vn. § in fundo, C. de rei vxor. act.* Et præterea quamuis in hoc legato, quod consistit in fundo, nullum sit commodum repræsentationis, quia & citra spem legati actione de dote fundus statim reddetur, non ideo tamen est inutile legatum, maxime si per vindicationem aut præceptionem relictum sit: nam pro actione in personam, vt ante dixi, defert actionem in rem, ac propterea, si res quędam constante matrimonio donatæ fuerint vxori, dote vxori legata, fundo dotali vxori legato, propter res donatas nulla retentio fit ex dote, quia dotem integram legasse videtur, atque adeo confirmasse donationem, *§. est & illud sup. & l. 5. hoc tit.* Valde autem suauis est Bartolus, qui cum hoc non animaduerteret, ne quis arguat legatum inutilitatis, fingit conuenisse inter virum & vxorem in traditione fundi dotalis vt soluto matrimonio fundus non reddatur statim, vt iure debet statim, sed vt redderetur longiore die, quasi vero hæc conuentio non sit improbata. Hęc conuentio est contra dotem, & vtilitatem nubentium, nec valet quicquam, in *l. vt autem, de pact. dotalib.* Fingit igitur, quod iure esse non potest; sed inquirendæ sunt illæ vtilitatis causæ, quas præmonstraui ante.

Ad §. 15. Ibidem.

Ibidem Mela coniungit: si fundus in dote fuit locatus à marito ad certum tempus, vxorem, non alias fundum ex relegatione consequi, quam si cauerit, se passuram colonum frui: dummodo ipsa pensiones percipiat.

IN extremo addit de eodem fundo dotali, si forte eum fundum maritus legauerit ad certum tempus, non ante

fundum vxori heredem ex causa legati præstare debere, quam si cauerit vxor, se passuram colonum frui, quem vtique si non pateretur frui fundo dotali, heres ei in id, quod interest, teneretur ex contractu defuncti actione ex conducto. Ergo ne in damno versetur heres, ne obligetur conductori, fundi colono, cauere debet mulier, quæ legatum petit, se passuram colonum frui, quoad exierit tempus locationis, & interim ipsa pensiones percipiet. Ipso iure, vt emptor, vt fructuarius, ita legatarius non cogitur stare locationi à venditore, vel testatore factæ, sed opposita exceptione doli mali venditor, quo cum agitur ex empto, aut heres, quo cum agitur ex testamento, consequitur, vt emptor vel legatarius ei locationi stet, vel staturum se promittat, *l. 9. C. de locat. l. arbores §. 1. de vsufr. l. vlt de iure fisc. l. nihil, in fine. de leg. 1.*

Ad L. II.

Cum quis vxori sua dotem relegat, fideique commissum ab ea relinquit: hoc fideicommissum ex commodo, quod ex relegatione mulier sentit, æstimabitur; & ita Celsus quoque lib. 20. Digest. scripsit. Quod si necessaria fuerunt impensæ, quæ ipso iure dotem minuunt: amplius dici potest, si tanta quantitas dotis, quam maritus accepit, ei relegata est: oportere dici, etiam eam quantitatem posse fideicommissum erogare, quæ ipso iure dotem minuit. Esse enim mulierem legatariam, nemo est, qui dubitet. Sed & si non dos, sed pro dote aliquid vxori fuerit legatum: adhuc quasi dos relegata accipitur. Hoc amplius Iulianus scripsit, etsi non fuerit adiectum, pro dote esse legatum, hoc tamen animo relictum: adhuc eius esse conditionis. Vxor igitur, si rogetur vel dotem, vel quod pro dote legatum est, vel quod in vicem dotis sibi adscriptum est: restituere, non cogetur, nisi eatenus, quatenus diximus, restituere. Et ideo heres instituta, rogataque quantitatem hereditatis restituere, id demum restituet, quod quantitatem dotis excedit: idque quod ex repræsentationis commodo sentit. Nam & si quis, cum à nuru dotem accepisset, filium suum heredem instituerit: eumque rogauerit, quidquid ad eum ex hereditate peruenisset, restituere: mox morte vxoris dotem fuerit lucratus: id non restitueret, quod ex dote percepit, quia matrimonij causa id lucratus est, non ex patris iudicio.

§. 1. Mulier dotem promisit quadringentorum, & dedit fundos duos in ducenta, præterea nomina debitorum in residua ducenta, mox maritus eius decedens pro dote fundos ei duos, non eos, quos in dotem acceperat, reliquit: & præterea duos illos dotales, quos æstimatos acceperat, reliquit, fideique eius commisit, vt quicquid ad se ex hereditate eius peruenisset, id restitueret Seio, cum moreretur. Quærebatur, quantum esset in fideicommisso, muliere defuncta? dicebam; vxorem hanc, quæ rogata est, quicquid ad se peruenerit ex testamento, restituere, in ea esse conditione, vt id demum restituere rogetur, quod, deducta dotis quantitate, ad eam peruenit. Dotem enim recepisse eam magis, quam accepisse; saluo eo, quod ex commodo repræsentationis ab ea fideicommitti potuit. Proinde id quidem, quod pro dote maritus ei reliquit, non cogetur ei restituere: nisi plus fuit in eo, quam in quantitate dotis. Residuum vero, quod præterea illi relictum est, cum fructibus cogetur restituere. Habebit igitur præcipuam dotem, cum suis fructibus. Id vero, quod extrinsecus ei relictum est, cum fructibus, qui ad eam peruenerint, restituet.

Tota lex. 2. est de fideicommisso ab vxore relicto, cui vir dotem prælegauit, quod iam docui non valere, in *l. 1. §. idem Iulianus quærit*, quia cum dos vxori legatur, res sua legatur, non res testatoris, & ideo legato non potest imponi onus fideicommissi. Verum in *hac l.* duo casus proponuntur, quibus fideicommissum ab vxore relictum, legationi dotis impositum, valet: si non in totum, at aliquatenus. Prior casus hic est: si in legato dotis sit commodum repræsentationis, vt si dos, quæ annua die reddi solet iudicio rei vxoriæ, legata sit quæ præsenti die debetur: nam pro modo eius commodi, quod ex legato mulier sentit, fideicommissum ab ea relictum valet. Hic est primus casus. Alter casus hic est: si quod vxori legatur dotis nomine, excedat quantitatem dotis. Nam in eo, quod excedit, fideicommissum valet. possis vti exemplo proposito in *d. §. idem Iulianus quærit, l. 1. sup.* Si præter dotem aliquid vxori legauerit: nam proculdubio in eo, quod præter dotem legauit, fideicommissum consistit. Sed vtitur Vlpianus huius casus demonstrandi causa, longe propriore exemplo. Fac, dotis initio datæ fuisse quantitatem mille aureorum, & necessario maritum impendisse centum in res dotales. Impensæ necessariæ dotem ipso iure minuunt, quæ scilicet factæ sunt in corpora dotalia, prædia puta, aut mancipia. In pecuniam enim numeratam, si hæc in dote fuerit, nulla fiunt impendia: & ideo *l. 56. §. 5. de iure dot.* ponit in dote fuisse pecuniam & fundum, & impensas factas in fundum: nam in pecuniam non fiunt impensæ, pecuniam tamen ipsam, quæ est in dote, propter impensas necessarias, quæ factæ sunt in prædia dotalia, dicimus ipso iure minui. Pecunia facile minuitur per pecuniam, id est, per impensam pecuniariam. Singula autem corpora dotalia, per impensam pecuniariam, quæ necessario facta est in ea corpora, non minuuntur, sed vniuersitas, vt dixit in *l. 1. §. impensa.* Singula, inquam, corpora dotalia impensæ necessariæ non minuunt, sed vniuersitatem, id est, quantitatem, quæ ea vniuersa rerum dotalium æstimatione conficitur: quod ibi *vniuersitatem,* hic *quantitatem* vocat, & vt Iustinianus ait in *§. sed & fieri impensas, C. de rei vxor. act.* necessarias impensas minuere dotis quantitatem. Qua de re tractabo postea vberius in *l. 5.* quam vellem interim præuideri, simul ac illam *l. 56. §. quod dicitur, de iu. dot.* quæ in ea quæstione est omnium difficillima, atque vtinam præuiderent semper studiosi leges, quas essem interpretaturus, & glossas, & quidquid in ea DD. attulerunt. Sic & facilius omnia assequerentur, maiori cum voluptate. Secundum hæc prædixi, si tantam quantitatem dotis maritus vxori legauit, quantam ab ea initio accepit, mille, sicut posui, & impenderit centum, necessario in res dotales, quæ impendit, tot de dotis quantitate decessisse videntur, & remanere in dote nongenta tantum: in eo quidem quod excedit, nimirum centum, præsentis dotis quantitatem, fideicommissum ab vxore relictum valet. Vno verbo, fideicommissum ab vxore relictum, valet in commodo repræsentationis, atque etiam in eo, quod excedit præsentem quantitatem dotis. Et vtitur hac ratione Vlpianus hoc loco: Mulier, cui dos legatur, est legataria, & sane legataria est, non, vt Accursius notat, in commodo repræsentationis, vel in eo, quod dotis quantitatem excedit tantummodo, sed in dote tota: tota enim dos ex testamento peti potest, aut vindicari, *l. debitor, de leg. 2.* A legatario autem fideicommissum relinqui potest. Hæc est assumptio. Ergo & ab vxore, cui dos prælegata est, non quidem ita, vt tota dos in fideicommissum veniat, quamuis tota dos sit in legato, & quamuis etiam dotem restituere rogata sit, sed id tantum, quod in commodo repræsentationis mulier sentit, vel quod dotis præsentem quantitatem excedit. Dos autem videtur legata, vt subiicit, non tantum: si dos sit legata generaliter, vel quantitas data sit in dotem, sed & si pro dote aliquid nominatim legatum sit, vt in *l. viriles. §. 5. de legat. præst.* vel hoc animo, vt in vicem dotis esset, etiamsi non adiecerit pro dote esse legatum, sed hoc animo fuerit, vt dixi, vt pro dote esset legatum. nam in iure hæc plerunque sunt paria, dixisse & intellexisse. *l. 6. de assig. l. 88. de legat. prim.* Et hoc quidem casu, cum aliquid pro dote legatum esse intelligitur, alterutro contenta esse debet mulier, dote vel legato, iure suo, vel iudicio mariti, vt ait *l. cum ab vno, de leg. 2.* Legatum pro dote datum, non nouat obligationem dotis, sed in electione mulieris est, vtrum petat dotem, an legatum pro dote. *l. si filia. §. pen. famil. ercisc. l. 6. quando dies leg. ced.* Et huc pertinet vetus edictum Prætoris *de alterutro*, cuius fit mentio *in §. sciendum, C. de rei vxor. actio. in l. vlt. C. Theodos. de testament.* Ergo & cum vxori aliquid pro dote legatum est, fideicommissum ab ea reten-

tum non valet, nisi quatenus excedit quantitatem dotis, si forte excedat, vel quatenus ex eo commodum repræsentationis mulier sentit. Et eadem ratione, si socer, qui à nuru dotem acceperat, filium heredem instituerit, eumque rogauit, *vt, cum moreretur, quicquid ex hereditate ad eum peruenisset, Lucio Titio restitueret*, & mortua in matrimonio vxore dos apud eum remanserit, non ex iudicio vxoris, vt glossa vult, quia hoc non dicit Vlpianus, non item, vt eadem glossa tentat ex pacto, quia non potuit ea de re pacisci maritus, socero dotem accipiente, sed quia ita ius est etiam citra pactum, vt dos aduentitia, mortua in matrimonio vxore, cedat lucro mariti, *l. mulier. de cond. inst. l. 23. de euict. l. 5. de bonis dam.* Quod & multæ aliæ leges passim ostendunt, & diserte ita esse scripsit Vlpianus, *lib. reg. tit de dot.* Imo & Cornutus in Persium. Ius itaque hoc est, vt mortua in matrimonio vxore, dos aduētitia remaneat apud virum. Itemque dos profectitia, si modo pater mulieris, à quo dos profecta est, constante matrimonio vita decesserit, id est, si pater non sit, vt idem Vlpianus ostendit in regulis, eo tempore, quo moritur filia in matrimonio. *l. cum patrem C. de iur. dot.* Et hoc vero casu, cum filius à patre heres institutus est & rogatus alij restituere, quicquid ad eum ex hereditate peruenerit, & cum idem filius, mortua in matrimonio vxore, dotem lucratus est, non ex pacto, non ex testamento vxoris, sed ipso iure, in fideicommissum hereditatis; quod à filio reliquit pater, dos non venit, quia eam filius non habet ex iudicio patris, ex testamento patris, ex institutione, ex hereditate patris, sed suo iure proprio, ex causa matrimonij, eamque etiam viua vxore in computationem hereditatis, & Falcidiæ rationem deducit, tanquam æs alienum, alioquin videretur vxorem indotatam habere *l. si dos à socero, ad leg. Falcid.* Et si illa mulier dotem ab eo petierit, tanquam ab herede soceri, quod potest, *l. 10. §. 1. de legat præstand.* repelletur vulgari exceptione, *dolo facis qui petis, quod redditura es.* namque omnino dos ibi esse debet, vbi sunt onera matrimonij. Denique in fideicommissum illud hereditatis, quod à filio pater reliquit, non venit dos, sicut nec quælibet alia res filij propria, sed bona testatoris tantum, *l. coheredi. §. quod si heredem, de vulg substit.* Sed fideicommisso propriæ facultates filij non tenebuntur; & ex propriis facultatibus filij dos esse videtur, cum onera matrimonij eum sequantur post mortem patris, dos est repensatrix onerum. Eadem quoque ratio interuenit in specie, quæ hic in hoc §. *mulier.* proponitur: Mulier doti dixit vel promisit quadraginta, & dedit fundos duos æstimatos ducentis, & præterea nomina debitorum in residua ducenta. mox maritus vita decedens, pro dote ei legauit duos illos fundos, qui dotales non erant, & fidei eius commisit, *vt quicquid ad se ex hereditate eius bonisve, quicquid ad se ex testamento eius peruenisset, ad ipsa, cum moreretur. L. Titio restitueret*, videamus quid fideicommisso contineatur? Fideicommisso continetur id tantum, quod deducta dotis quantitate superest, & quod ex commodo repræsentationis mulier sentit: nam & in hoc legato commodum repræsentationis inest, quia fundi in dotem dati sunt æstimati. Ergo pecunia videtur potius in dotem esse quam fundus. *leg. 5. §. proinde. de impens in res dot. fact.* Atque ideo iudicio rei vxoriæ ea dos redderetur annua, bima die, quæ legatur præsenti die. Itaque huic legato inest commodum repræsentationis, & pro rata eius commodi, proque rata eius, quod deducta quantitate dotis superest, fideicommissum debetur; dotis autem quantitas fideicommisso non continetur, quod etiam ostendit *leg. cum pater. §. fidei tuæ, de legat. secund.* Quia suam rem mulier recipere videtur *l. 81. § 1. ad leg Falcid.* Vel sibi debitam, *leg. virilis. §. pen. de leg. præstand.* quia, inquit, hoc loco dotem recepisse eam magis, quam accepisse verum est, & sic Paulus 4. *Sent. Ab vxore, inquit, cui vir dotem prælegauit, fidei-commissum relinqui non potest, quia non ex lucratiua causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur.* Et *in dict. l. cum pater. §. fidei tuæ, quia dos ei reddi videtur potius, quam dari.* Quæ causa & relegari dicitur, vt in simili re Plinius 8. *Epist.* non reliquisse patrem opes filiæ, sed reddidisse potius, quibus auctus per filiam fuerat. In hac igitur specie, quia dotis quantitas in fideicommissum non cedit. mulier dotem præcipuam habebit cum suis lucris: quod autem plus est in legato, quam in quantitate dotis, id fideicommissario restituet cum fructibus, inquit, qui ad eum peruenerunt. Cum fructibus quare? Quia his verbis, *quicquid ex hereditate mea ad te peruenerit*, etiam fructus continentur; Minime, nempe enim his verbis fructus continentur *l. quod his verbis, de legat. 3.* quia & fructus non hereditati, nisi qui inuenti sunt in hereditate, fructus post mortem testatoris non hereditati, quia nunquam fuerunt in hereditate, sed rebus ipsis accepti feruntur. *l. 18. §. pen. ad Trebell.* Verum ne quis diutius laboret hac in re, ideo fructus in fideicommissum veniunt in hac specie, quia pro dote fundos vxori legauit vir, quare extra dotis modum nihil eum voluisse apud vxorem remanere, ne fructus quidem. Ex coniectura igitur volnntatis defuncti, mulier fideicommissario restituet, quod excedit quantitatem dotis cum fructibus qui ad eam peruenerint; Et ita Accursius sentit rectissime, adiuncto simili argumento congruenter ex *l. 3. cum Pollidius, de vsur.*

Ad L. III.

Qui ita legat vxori suæ: Titiæ amplius quam dotem, aureos tot heres meus damnas esto dare: *manifestum est dotem quoque relegasse.*

Vxori legato ita relicto. *Titiæ amplius quam dotem centum aureos heres meus* damnas esto dare, dotem quoque legatam videri non tantum aureos centum. Hæc enim verba, *amplius quam dotem*, tantum possunt, quantum si dixisset, præter dotem, vt *l 10. §. vxori. de ann. legat.* Et articuli, *amplius præter*, includunt dotem. in hac specie legati, non excludunt: &, si præterea, quam sit varia & multiplex vis huius articuli, *amplius*, aues scire, adi, si liber, obseru. 8. c. 36.

Ad L. IV.

Cum vulgari modo dies legatorum profertur, nihil eam rem ad dotis relegationem pertinere ait: quia suum diem habeat.

Si testator legata pecuniaria, quibus dies apposita non esset, *annua, bima, trima, die* dari iusserit, quam in testamentis fuisse vulgarem clausulam ait lex *talis. sup. de legat. 1.* Et Africanus hoc loco, hunc esse vulgarem modum proferendi diem legatorum, quibus dies non est apposita specialiter, & idem testator vxori dotem legauerit, datiue iusserit præsenti die, vt fieri solet, vt habeat commodum repræsentationis, cum dos numero, pondere, vel mensura continetur: Illa clausula vulgaris ad hoc dotis legatum minime pertinet, alioquin parua esset huius legati vtilitas, & secum ipse videretur pugnare testator, si quod legauit præsenti die, idem vellet dari annua, bima, trima die. Neque ineleganter Accursius hoc loco præsumit hanc fuisse voluntatem mariti, vt dos daretur vxori præsenti die, sicut dixi, nec ad dotis legatum pertineret illa vulgaris clausula: præsumit, inquam, hanc fuisse voluntatem mariti, *cum ne legatum relictum euanescat*, sic est legendum, non, *tunc ne*, propter inutilitatem, tum ex legatariæ qualitate, quæ vxor est, ac præterea, quæ proximior ratio est, legatum dotis diem suam habet, id est, diem præsentem. Ergo ad id superior clausula non pertinet, quæ pertinet tantum ad legata, quæ diem suum non habent, quæ diem nullum habent. Nec obstat lex *si quis legata, inf. de cond. & demonstr.* quæ clausulam illam ait pertinere ad proroganda ea, quæ ad præsens tempus legata sunt, quod perinde est ac si dixisset ad præsentem diem. Nam hoc non est tantum, quæ præsenti die, aut præsentia sunt legata nominatim, sed quæ pure legata sunt, vt declarat *d. l. talis*, atque distinguit etiam

lex *Titio centum*, *de leg. 2.* Nam etsi quod ad vim & effectum legatorum attinet, nihil interfit pure & simpliciter, an nominatim præsenti die legatū sit: tamen quod ad illam clausulam attinet, multum interest, pure legata sint, an nominatim præsenti die. Legatorum enim, quæ præsenti die relicta sunt nominatim, diem illa clausula non mutat, non profert; Illorum autem legatorum, quæ pure relicta sunt, diem profert. Et merito reprehenditur Alphenus in *d. l. Titio centum*, qui dicebat, illam clausulam pertinere etiam ad legata præsenti die data nominatim, & *ideo non præsenti die ea deberi*, (vt esse legendum, iampridem ostendi in *d. l. Titio centum*, & ratio peruincit) sed deberi tantum annua, bima, trima die. Et subiicitur ratio reprehensionis eadem, quæ hac lege, quia quæ præsenti die legata sunt, diem proprium habent. Ergo non proferuntur in annuam, bimam, trimam diem.

Ad Leg. V.

Dote relegata, non est heres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre, vel ob impensas alias, quam quæ ipso iure dotem minuunt. Aliud est enim, minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit: aliud, pignoris nomine retineri dotem ob ea, quæ mulierem inuicem præstare æquum est.

HÆc lex maiorem operam & industriam desiderat. Dote vxori legata præter commodum repræsentationis, quod inest legato, cum talis fuit dos, quæ annua die reddi debeat iudicio rei vxoriæ, hoc etiam commodum, qualiscumque dos fuerit, legato inest, quod ob res donatas vxori constante matrimonio heres mariti nihil ex dote retinere potest, quia, qui legat dotem præsenti die, vt sit non ignarus donationum, quas fecit. hoc videtur velle, vt non differatur renumeratio dotis propter res donatas, sed renumeretur statim, vt *l. 1. §. est & illud, sup.* Et consequenter donationes in vxorem collatæ, quasi non reuocatæ; confirmantur morte donatoris ex Senatusc. Æmiliano, atque ideo comparantur donationibus causa mortis vel fideicommissis, & Falcid. patiuntur, *l. 12. C. ad leg. Falcid.* Ac præterea dote legata præsenti die, vt dixi, videtur maritus vxori remittere impensas vtiles, quas non ignorat se fecisse in res dotales, ob quas alioquin retentio esset, ex dote, ex *d. l. 7. & 8. de impens. in res dotal. fact.* Sed quod quis legat præsenti die, vtique non vult retineri vllo modo, vllave ex parte, sed præstari confestim. Dote non legata, propter res dotales, & propter impensas in res dotales factas, & propter res amotas, morte mariti soluto matrimonio, heres mariti dotem retinet, donec res donatæ vel amotæ redditę, & impensæ solutæ sint, *l. res §. 1. sol. matr.* Vel, vt ait hoc loco Martianus, donec præstita sint ea omnia, quæ sunt ea quæ recensui, *quæ*, inquit, *inuicem mulierem præstare æquum est.* Eodem modo, quo Tullius in *Topicis* in arbitrio rei vxoriæ dicit quæri, *quid æquius melius sit, quid virum vxori, & quid vxorem viro præstare oporteat, quid inuicem alter alteri præstare oporteat*, quod & in omnibus bonæ fidei iudiciis quęritur & obseruatur, *§. in bonæ fidei, Instit. de act.* Retentiones autem illas fieri, Martianus ait hoc loco, pignoris nomine, nempe eodem modo, quo venditor, quo cum agitur ex empto, vt rem venditam tradat, eam rem retinet nomine pignoris, si emptor, qui agit, pretium totum non offerat, *l. Iulianus §. offerri. de action. emp. l. hereditatis, l. hereditate vendita, l. quod si nolit. §. idem Marcellus, de Ædil. edict.* Et rursus eodem modo, quo is, cui res commodata est, propter impensas necessarias, quas in rem commodatam fecit, eius rei retentionem habet pignoris loco, *l. emptor, in fi. de furt.* Et omnino generaliter ita constituere possis, retentiones omnes rerum ex causa fieri pignoris loco, & ideo nō omitti earum rerum retentionem, antequam tota ea pecunia soluta sit, propter quam fiunt retentiones, quia pignoris causa indiuidua est, *l rem, de euict.* Et hæc, vt initio dixi, dote non legata. Dote autem legata præsenti

A die, heres mariti propter res donatas vxori, vel propter impensas vtiles, dotem non retinet, dotis solutionem non differt, quia, vt dixi, donationes confirmasse, aut saltem non reuocasse, quod sat est, & impensas maritus remisisse videtur, qui dotem statim reddi mulieri voluit, quæ remissio impensæ, si facta esset inter viuos, non valeret, *l. in voluptuariis §. 1. de impens. in res dotal. fact.* Loquitur hic Martianus tantum de rebus donatis, & impensis vtilibus, & dote legata. Ait, heredem mariti ob res donatas, vel ob impensas illas non retinere dotem. Quæso, cur non adiecit ob res amotas heredem mariti non retinere dotem, non differre solutionem, repræsentationis dotem? Nempe, quia maritus non videtur remisisse, quod vxorem admisisse desperantem de viri vita, vel admittere, vel meditari nesciebat.
B Ergo ob res amotas heres mariti retinere dotē potest, etiāsi legata sit, vsque donec res amotas vxor restituerit, cum & petitione hereditatis & actione ad exhibendum & condictione ex iniusta causa, eas res mariti, quas amouit vxor, vel quas furata est, imminente morte mariti, persequi potest, *l. 6. §. vlt. l. 12. §. vlt. rer. amot.* Rursus quæso, cur non hic meminit Martianus retentionis, quæ fiebat propter liberos, & propter mores? Hoc temperamentum maiores *mores* dicebant, non iniurias, non crimina: amouisse dicebant non furatam esse: Cur, inquam, non meminit retentionis, quæ fiebat propter liberos & mores? Quia nimirum morte mariti, soluto matrimonio, quo solo casu quæstio de dote prælegata locum habet, nulla vnquam fit retentio propter liberos, siue dos sit prælegata, siue non, sed diuortio facto culpa mulieris, aut morte mulieris soluto matrimonio, si dos profe-
C ctitia & pater mulieris superstes sit, vt Vlp. docet *lib. sing. reg. tit. de dote.* non etiam morte mariti soluto matrimonio; sed mulier omnino dotem suam repetit, licet interueniant liberi: morte item mariti soluto matrimonio, propter mores mulieris retentio ex dote heredi mariti nulla competit. *Heres mariti*, inquit *l. rei §. 1. sol. matri. morum coërcitionem non habet*, sicut nec vice versa heres mulieris coërcetur propter mores mulieris, *l. 1. C. Theod. de dotib.* Pœnæ, quas rei commerentur, non descendunt ad heredes eorum, *l. vlt. de admin. rer. ad ciuit. pert.* Dixi, ob impensas vtiles heredem mariti habere dotis retentionem, dote non legata vxori, non etiam dote legata. Dixi, inquam, ob impensas vtiles, quia longe alia est ratio impensarum necessariarum. Impensæ enim necessariæ dotem ipso iure extenuant, vt ait
D hoc loco, id est, quantum impenditur in res dotales, tantum statim decedit de dote, & residuum duntaxat, si quid sit, id solum manet in dotem: adeo, vt qui dotem legat, non eam videatur legare, quæ fuit olim initio contrahendi matrimonij, sed eam, quæ nunc est, imminutam scilicet, per impensas necessarias. Verum huic sententiæ obstat *l. Maūio §. a me herede, de leg. 2.* Quæ tota explicanda est, quia maxime pertinet ad hanc quæstionem, & multum obstat superiori sententiæ; si maritus vxori ita dotem legauit, vt in eo §. proponitur, *A te heres peto, quidquid ad te dotis, vxoris meæ nomine ad me peruenisset, vt tantum vxori des*: videtur vxori remisisse impensas non tantum vtiles, sed & necessarias, quas fecit in res dotales. Ergo totam dotem, non habita ratione impensarum, quam accipit initio mariti heres vxori præstabit. Sic enim, inquit, ille §. in
E testamento viri, qui dotem vxori legauit, hæc verba *quicquid ad te peruenit*, taxationis loco habentur, id est, pro eo res habetur, ac si expressa ea prorsus quantitate, quam initio matrimonij ab vxore acceperat, ita legasset, *mille vxori dare damnas esto*, si mille acceperit, vt in *l. 2.* didicimus §. 1. Quod maxime dissonat ab hac *l.* quæ remissas quidem videri ait, dote legata, impensas vtiles, sed non etiam necessarias, quia quanti sunt impensæ necessariæ ipso iure, tanto minus videtur esse in dote, quæ legatur. Sed verissimum est, quod Bart. respondet, in specie huius legis, maritum non taxasse dotem, non dixisse, quicquid ad me, vel quicquid ad te dotis vxoris meæ nomine heres meus peruenerit, sed dotem legasse simpliciter, Ergo minorem effectam per impensas necessarias, vti tunc ius

erat, per impensas necessarias. Verum, vt quod restat in illo §. *à me*, exponamus, non est omittendum quod ait, aliud seruari, si non maritus vxori dotem legauit supradictis verbis, sed extraneus ab herede suo vxori eius heredis dotem ita legauerit. quidquid ad heredem suum dotis nomine ab vxore vel propter vxorem peruenisset: quia extraneus id tantum videtur vxori sui heredis legare quod iudicio dotis consecutura esset, quodque etiam consequeretur. soluto matrimonio morte viri, aut diuortio à viro, vel ab herede viri. Ergo non videtur totam dotem legasse, sed id tantum, quod superesset deductis vel reputatis impensis vtilibus & necessariis. Mariti legatum plenius est, quod taxare videtur dotem ad modum, qui fuit initio constituendæ dotis; extraneo non videtur esse curæ taxatio dotis. Sed expendamus verba. Ait, *illic autem*, id est, in testamento extranei: nam quæ sequuntur, *vbi vir, &c.* Goueanus animaduertit esse glossema imperiti cuiusdam interpretis. non fuit opus glossemate, sed si quis voluit addere, debuit addere hoc modo: *Illic autem, vbi extraneus heredi suæ vxoris legauit.* Restat, quod ad quæstionem impensarum attinet, ille §. *quod dicitur l. 56. de iur. dot.* qui merito dici potest arx huius quæstionis, de quo, priusquam dicam, pauca quædam ad *d. l. Meuio* §. *à me herede*, superioribus adiiciam, quæ opponitur *l. 5. huius tit.* quæ ait, dote vxori legata, impensas vtiles factas in res dotales remissas videri, non etiam necessarias, quæ iam ipso iure dotem minuerunt: Quod pugnare videtur cum §. *à me*, qui ait, dote legata mulieri deberi totam dotem, sine ratione deductionis impensarum, quod omnes interpretes accipiunt [illegible] tantum de vtilibus impensis, sed etiam de necessariis. Et remitti igitur videri etiam necessarias, & tentaui quidem adserere magis, quam ad serui sententiam Bartoli, qui vt tollat repugnantiam omnem, hac in re hoc modo distinguendum putat: Aut, vt proponitur in *d.* §. *à me*, ita dotem vxori legauit: *quidquid ad me, vel quidquid ad heredem meum dotis nomine peruenerit*; & hoc casu dotem totam mulieri deberi, sine deductione vllarum impensarum, quasi remissis omnibus impensis vtilibus & necessariis: Aut dotem legauit simpliciter, & tunc remissas videri vtiles tantum impensas, non etiam necessarias. Et fingit in hac *l.* dotem fuisse legatam simpliciter (*dotem vxori meæ do lego*) aut, *dotem, quam attulit mulier, heres meus damnas esto ei dare.* Fingit, inquam, in *h. l. 5.* dotem fuisse legatam simpliciter. Vnde vero id colligit? Ex his verbis, nempe, *dote relegata*, quæ tamẽ verba, si verum amamus, non tantum simpliciter, sed & quoquo modo dotem legatam significant vel simpliciter, vel quanta pecunia ad me peruenit dotis nomine, vel quidquid peruenit, vel specialiter, rebus dotalibus legatis, mille, quæ accepi in dotem, tot modis dos legatur: tot modos, inquam, complectitur, qui dotem legatam scribit vel dicit. Itaque verius est modum legandi nullam differentiam inducere, & modum illum legandi, qui est in §. *à me, quidquid peruenit*, contineri etiam his verbis, *l. 5. dote relegata.* Verius item, quod perspicue rem omnem expedit, illum §. *à me*, loqui tantum de vtilibus sumptibus, non de necessariis, quia de deductione loquitur, & solæ impensæ vtiles deducuntur, non ipso iure dotem minuunt, *l. 7. & l. 8. de impens. in res dotal fact.* Contra necessariæ impensæ non deducuntur, sed ipso iure dotem minuunt. Et ita acceptus ille §. *à me*, congruit omnino cum hac *l. 5.* Et ex vtroque loco hoc efficitur; dote vxori legata, remissas videri impẽsas vtiles, non etiam necessarias, quæ iam ipso iure dotem minorem fecerunt: totam igitur dotem esse mulieri præstandam sine deductione impensarum vtilium non etiam sine deductione impensarum, quam iam fecerunt impensæ necessariæ ipso iure. Et quo magis hoc eluceat, species & sententia illius § *à me*, quam adhuc contexui, pertexenda mihi est. Si maritus vxori ita dotem legauerit: *A te heres peto, quidquid ad te dotis vxoris meæ peruenit, vt tantum ei des.* videtur remisisse vxori impensas vtiles, quas fecit in res dotales: Ergo dotem totam, quæ ad se peruenit, non deductis impensis vtilibus, heres vxori præstabit: neque enim, vt dixi, impensæ

A vtiles ipso iure dotem minuunt, sed deducuntur. Cæterum in hac specie ex voluntate defuncti non deducuntur, *hic enim*, hæc sunt verba §. *à me, in fi. Hic*, id est, in testamento viri, qui dotem vxori legauit, quod vir dixit, *quidquid ad te peruenit*, taxationis loco habetur, id est, pro eo est, ac si expresserit quantitatem dotis, quæ ad heredem suum peruenisset, puta mille, quia & mille vtique ad heredem suum peruenisse intelliguntur: etiamsi quædam impensæ vtiles forte ad centum factæ sint in res dotales, quia, vt dixi, impensæ vtiles dotem ipso iure non minuunt: & alia est conditio necessariarum impensarum, quæ ipso iure dotem minuunt, & minorem efficiunt. Ergo ad heredem mariti peruenisse non intelligitur id, quo deminuta dos est per impensas necessarias. Itaque residuum duntaxat, quod in causa dotis mansit, vxori iure legati debetur, aliter quam si testator, cum in dotem accepisset mille, vxori nominatim legauit etiam mille. Nam integra mille debentur vxori, etiamsi impensæ necessariæ ex dote ipso iure centum resciderint, quia & illa centum vxori legauit, *l. 2.* §. *1. hoc tit.* &

B quod ait *l. 5. dote releg. vtiles impensas remissas videri*, non etiam necessarias, quia quanti sunt impensæ necessariæ, tanto minus videtur esse in dote, quæ legatur. Legatur denique dos, non quæ olim fuit, sed quæ nunc est, imminuta scilicet per impensas necessarias: hoc, inquam, plane consonat *d.* §. *à me*, qui est tantum de vtilibus impensis, & elegans vero est distinctio, quam ille §. facit inter maritum & extraneum: Nam si extraneus ab herede suo vxori eius legauerit quidquid ad heredem suum dotis nomine ab vxore vel propter vxorem peruenit, non videtur extraneus ei remisisse mulieri impensas vtiles, quæ nec ei debentur, neque

C enim ipse eas fecit, sed maritus. Idcirco maritus dotem, legata dote pure vel præsenti die, remisisse eas videtur, quæ sibi debebantur; extraneus non item, quæ ei non debebantur. Itaque legato extranei id tantum continetur, quod mulier iudicio dotis consecutura esset, quodque nihilominus à marito heredeve eius consequeretur, diuortio facto, vel morte viri soluto matrimonio, quia ex testamento extranei consequitur dotis æstimationem tantum. Iudicio autem dotis mulier consequeretur deductis impensis vtilibus id tantum, quod superesset. Et hoc est quod ait *d.* §. *à me, in fine. Ille autem videtur id legare*, extraneus scilicet, *quod in iudicio dotis mulier consecutura fuerit.* Nam illo loco verba hæc, *vbi vir vxori legauit*, vt docui nudius quar-

D tus, sunt proculdubio ex inepto glossemate quodam, quod primus aduertit vir eruditissimus & acutissimus Antonius Goueanus. Cæterum ex oppositione illius articuli (*Illic*) satis per se patet, paulo ante vulgo ita recte legi, *hic enim*, non, *hæc*, vt in Florent. *hic*, id est, in testamento viri, qui casus proxime proponitur, & semper *hic* articulus refertur ad proximum casum. *Illic igitur*, id est, in testamento extranei, qui anterior casus est. Et ita est explicandus ille §. qui vnus est ex iis, quæ in hac quæstione de necessariis impensis facessunt negotium. Alter locus est in *l. 5.* tertius & difficilior est *l. 56.* §. *quod dicitur, de iur. dot.* quem nunc interpretabor.

Ad Leg. L VI. §. quod dicitur, de iur. dot.

§. 3. *Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere: non eo pertinet, vt si forte fundus in dote sit, desinat*

E *aliqua ex parte dotalis esse, sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, Scæuola noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia, & fundus in dote sint, & necessaria impensa in fundum facta: Nerua ait dotem pecuniariam minui. quid ergo, si mulier impensas marito soluerit? vtrum crescet dos, an ex integro data videbitur; cuius manifestior iniquitas in fundo est, secundum Scæuolæ nostri sententiam: Nam si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus quemadmodum poterit fieri dotalis, data pecunia? an iam pecunia in dote esse videbitur? & magis est, vt ager in causam dotis reuertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.*

SI fundus sit in dote, vel fundi pars, per impensas necessarias prædia ipsa dotalia corporaliter non minuuntur, id est, non minuitur plaga, aut regio cuiusquam prædij: Denique prædia ipsa dotalia corporaliter non minuuntur, non extenuantur, ita vt ex parte vel in totum desinant esse dotalia, sed minor tantum fit vniuersitas dotis, & vt ait *l. 1. §. impensæ, hoc tit.* singula corpora non minuuntur, sed vniuersitas minuitur, id est, quantitas, quæ ex vniuersa rerum dotalium æstimatione conficitur, in genere quantitas dicitur in *l. 2. h. tit.* & in *§. sed nec ob impensas, C. de rei vxor. act.* Et hoc idem est ac si diceret, singula corpora non minui corporaliter, realiter, naturaliter, sed minui vniuersaliter pro rata: Nam vt eleganter ait *l. 5. de impens. in res dot. fact.* absurdum, ἀκόσμιον, id est, incongruum, vel alienum ratione communi est, corporaliter singula corpora diminui, propter pecuniam, id est, propter impensam pecuniariam. Nec propter eam pecuniam igitur corpora desinunt esse dotalia, sed tanquam dotalia in totum, vel pro parte indiuisa à marito retinentur, donec impensæ reddantur, quæ ipso iure dotis quantitatem imminuerunt. At si præter fundum, pecunia etiam sit in dote, tunc non est absurdum, pecuniam ipso iure minui per pecuniam, aut propter pecuniam, puta expensis centum necessario: si pecunia dotalis fuerit mille aureorum, centum in dotem esse desinere, & nonaginta tantum doti superesse: vel si mille necessario impensa sint in corpora dotalia, totidem doti decedere, & à marito tanquam sua, non tanquam dotalia retineri: nam, quod notandum maxime, & deminutio, quæ fit ipso iure, retentio est, *l. seruus, de action. empt. §. item si de dote, Instit. de action.* Et longe alia est ratio, quæ fit ob vtiles impensas. Hæc enim non fit ipso iure, sed opposita exceptione doli, hæc retentio est facti, illa iuris. Præterea hanc habentes, id est, retentionem facti (vtilium expensarum) si per errorem soluerunt, de indebito soluto certi condictionem non habent, *l. ex quibus, l. si in area, de condict. indeb.* Illam autem habentes, quæ est iuris (impensarum necessariarum) si soluerint per errorem, de indebito soluto certi condictionem habent, *d. l. seruus, l. 5. § pen. de impens. in res dot. fact.* Ex his omnibus sequitur, muliere satisfaciente impensis necessariis factis in prædia aut mancipia dotalia, (neque enim fiunt in pecuniam dotalem,) pecuniam, quæ simul data erat in dotem, quæ ipso iure per impensas necessarias imminuta fuerat, solutis impensis necessariis auctam esse videri tanto, quanto prius imminuta fuerat. Pecunia res est mutabilis, quæ facile minuitur, & augetur repente, & vt Leo Pontifex ait Epistola 93 *quam mutatur quod minuitur, tam mutatur etiam quod augetur.* Fundi autem corpus facile non mutatur. Vnde si impensas necessarias marito heredive eius soluerit mulier, vbi fundus est in dotem, non dicam fundum maiorem factum solutis necessariis impensis, quem impensæ necessariæ non maiorem fecerunt, non dicam fundum rediisse in causam dotis, qui non desiit esse dotalis: alioquin interim nondum solutis impensis, fundus possit alienari, & semel alienatus sane non posset rursus fieri dotalis, solutis impensis, quia iam est solutum matrimonium. Eademque ratione nec pecunia impensarum nomine soluta possit fieri dotalis iam dirempto matrimonio. Hoc igitur tantum dicam, solutis impensis necessariis, suppleri vniuersitatem dotis, vt de peculio, hoc est, peculij vniuersitate dicitur in *l. 4. §. pen. de pecul.* Cuius etiam peculij singula corpora per æs alienum, quod domino debetur, non minuitur corporaliter, sed vniuersaliter tantum: alioquin desinerent esse peculiaria, vel pars eorum. Quid est minui corpora dotalia vel peculiaria? id est, desinere esse dotalia, aut peculiaria: quod non ita est. Et ita omnino accipiendum est, exemplo dotis, quod ait *l. 6. in princ. & l. 8. in princ. de pecul. leg.* singula corpora peculiaria minui per æs alienum domini, minui non corporaliter, sed vniuersaliter, alioquin desinerent esse peculiaria. Et his rationibus Paulus motus in *d. §. quod dicitur*, in causa dotis Scæuolæ sententiam non probauit, qui, vt eam liquido exponam, ex parte quidem dicebat, fundum dotalem non desinere esse dotalem, si in eum necessario minus impensum esset, quam in pretio fundi. Quod & omnes probant, partem scilicet fundi non desinere esse dotalem, si tantum in fundum impensum esset, *per partes*, inquit, vt fit, vix vnquam vna fusione tantum impendis in fundum, quanti est fundus. Et ideo ait, si tantum in fundum impensum sit; *per partes*, quanti fundus est, tum scilicet, fundum totum desinere esse dotalem, quam partem. Sed consequenter rursus solutis impensis necessariis, fundum totum reuerti in causam dotis, quamuis solutum matrimonium sit. Quod merito improbat Paulus. Verumtamen hanc Scæuolæ sententiam probauit Tribonianus, non simpliciter, sed additis quibusdam adminiculis. Primum vt non aliter fundus, in quem tantum impensum est, quantum est in pretio fundi, desinat esse dotalis, quam si annum integrum cessauit mulier in solutione impensarum, deinde post annum, solutis impensis necessariis, vt tum fundus reuertatur in causam dotis: sed interim, dum non redduntur impensæ, vt alienari non possit. Vtrumque dico esse Triboniani siue Iustiniani, non Scæuolæ. Neque enim potuit Iurisconsultus huic rei finire annum, temporum finitio ad leges pertinet, aut Constitutiones, non ad Iurisconsultos. Non potuit etiam Scæuola constituere interim fundum, qui non esset dotalis, qui impensis absumptus fuisset, non posse alienari, quia l. Iulia, quæ fundum dotalem alienare vetat, sane non dotalem alienare permittit. Opus igitur fuit Constitutione, quę hoc casu etiam non dotalis inhiberet alienationem. Qua de causa & hæc verba *d. §. quod dicitur, & magis est, vt ager in causam dotis reuertatur, sed interim alienatio fundi inhibetur,* Triboniani esse dico, & illa quoque, *nisi mulier sponte marito impensas obtulerit intra annum,* quibus omnibus verbis Tribonianus Scæuolæ sententiam, quę alioquin falsa erat simpliciter, adminiculatus est.

Ad Leg. VI. Cum scriptum esset, & Leg. VIII. Vir vxori, quæ.

L. 6. Cum scriptum esset: Quæ pecunia propter vxorem meam ad me venit quinquaginta, tantundem pro ea dote heres meus dato: *quamuis quadraginta dotis fuissent: tamen quinquaginta debere Alfenus Varus Seruium respondisse scribit, quia proposita summa quinquaginta adiecta sit. 1. §. Item ei, quæ dotem nullam habebat, vir sic legauerat:* Quanta pecunia dotis nomine & reliqua: pro ea quinquaginta heres dato. *deberi ei legatum, O filius, Cascellius, item & Seruij auditores retulerunt. perinde habendum esse, ac si seruus alicui mortuus, aut pro eo centum legata essent. Quod verum est: quia his verbis non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur.*

L. 8. Vir vxori, quæ dotem in mancipiis habebat, pecuniam pro dote legauerat Viuo viro mancipiis mortuis, vxor post virum vita decessit. Ad heredem eius actio legati recte transmittitur: quoniam mariti voluntas seruanda est.

MAritus, qui dotis nomine ab vxore acceperat quadraginta, ita vxori legauit, vt proponitur in *h. l. 6. quæ dotis nomine ab vxore accepi quinquaginta*, cum accepisset tantum quadraginta, *tantundem pro ea dote heres dato.* quæritur an quinquaginta debeantur? Et ait deberi, quia certa est summa, quæ legata est vxori, nec quidquam efficit, quod minus in dote fuerit: nam etsi nihil in dote fuerit, etsi nihil dotis mulier attulerit, etsi indotata fuerit: nam & sine dote matrimonium consistit, quinquaginta debentur mulieri, vt subiicit statim, & iam docuit Vlpianus supra *l. 1. §. si quis vxori.* quia non dos ipsa, sed pro dote certa pecunia legata est. Si dos ipsa esset legata generaliter, *vxori dotem heres meus dato, quæ ad me peruenit*: si dos, inquam legata esset generaliter, nec vlla esset data, nullum esset legatum, *d. l. §. adeo, sup. hoc tit.* Illo loco: *sed etsi promiserit mulier.* Sed cum pro dote legata sint 50. quinquaginta debentur omnino, sicut, qua comparatione vtitur Iuriscon-

fultus, cum Stichus seruus legatur, aut pro eo 100. si nullus fuerit Stichus, aut si fuerit mortuus, nō ideo minus debentur centum, quia non pretium Stichi legatur, sed pro Sticho pecunia certa: si pretium mortui legaretur, nullum esset legatum, *l. Titiæ §. vlt. de legat. 1.* Et ita in *l. 8. h. tit.* dicitur: Sicut cum in dotem essent mancipia legata inæstimata pro dote, maritus vxori pecuniam legauerit, & mancipia demortua sint constante matrimonio sine culpa mariti, post mortem viri soluto matrimonio, pecuniam legatam deberi vxori heredive eius omnino, quæ tamen non deberetur, si non pro dote pecuniam legasset, sed dotem ipsam, & dos interiisset constante matrimonio, *d. §. adeo*, illo loco, *sed & si mancipia*, ait in fine *legis, dos ipsa.* ἔμφασις pronominis significat dotem generaliter legatam, non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur.

Ad Leg. VII.

Pater dotem à nuru acceptam filio exheredato legauit. Heres patris, opposita doli exceptione, non ante soluere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio.

1. §. Sed si prius quam legatum filio solueretur, mulier dotem suam recuperauit, frustra filius de legato aget.

2. §. Sed si lex Falcidia locum in legato dotis aduersus filium exheredatum habuerit, & mulier solutionem ratam fecerit, propter eam quantitatem quam heres retinuerit, vtilis actio dotis ei dabitur. Quod si ratum non habeat, defendi quidem debebit heres à viro, qui se defensurum promisit. Sed si totam litem vir solus subierit: actio iudicati, si cautum non erit, pro ea quantitate, qua iure Falcidiæ petenda est, aduersus heredem dabitur.

HÆc lex est satis explicatu difficilis: nam & multa complectitur, est enim Papiniani, qui de quæstionibus sibi propositis respondet cumulatissime semper, & vt dicitur lyræ, quam in manus sumit, fides omnes tangit. Quod autem in *h. l. 7.* proponitur initio, dotem, quam pater à nuru acceperat, filio exheredato legauit, quem post mortem patris, sequuntur onera matrimonij, vtile legatum esse, non ante tamen heredem ei dotem præstare debere, quam cauerit defensum iri heredem aduersus mulierem, quandoque soluto matrimonio dotem repetentem: & ita quidem demum vtile illud legatum esse, nisi prior egerit mulier actione de dote aduersus heredem soceri vel diuortio facto, & dotem ab herede soceri recuperarit: hoc enim casu legatum illud dotis nurus, quod filio exheredato reliquit pater, inutile efficitur, quia nihil est quod ei præstare possit, dote soluta nurui: Id, inquam, omne satis exposuimus in *l. 2. §. per contrarium & §. seq. h. tit.* Quæ sequuntur ergo, tantum explicanda nobis restant. Sequitur, *Sed si lex Falcidia locum, &c.* legatum illud dotis à nuru acceptæ filio exheredato relictum, de quo hic agitur proculdubio Falcidiæ rationem patitur, si hereditas soceri sit exhausta, vel onerata legatis, quia non res sua ei legatur, sed magis res vxoris: si res sua ei legaretur, nihil ei legato deminueret Falcidia, sed res est mulieris magis quam viri; Et ita si ex eo legato Falcidiam retinuerit heres soceri, & filio exheredato soluerit dodrantem, & mulier, vt ponit, hanc solutionem ratam fecerit, postea soluto matrimonio mulier ab herede soceri actione de dote id tantum repetet & consequetur, quod ex dote Falcidiæ iure heres soceri retinuerit, quia dodrante residuo heredem soceri ratihabitio mulieris liberabit, *l. solutum, de solut.* Nec filius exheredatus, licet dodrantē acceperit, mulieri tenetur actione de dote, vt dodrantem restituat, sed tenetur tamen ex stipulatu, quia, quod notandum, vix vnquam mulier suæ mentis solutionem dodrantis marito factam ratam facit, quin ei stipulanti prius cauerit maritus, soluto matrimonio dotem reddi. Ergo actione ex stipulatu possit dodrantem à marito repetere soluto matrimonio, sed non actione de dote, quia maritus exheredatus est à patre, qui dotem accepit. Quod si mulier ratam nō

A fecerit solutionem dodrantis marito factam ab herede soceri ex legati causa, soluto matrimonio, dotem integram, ab herede soceri mulier repetet: priori casu quadrantem dotis tantum, cum ratam solutionem fecit. Verum heres soceri, indemnis damno à marito seruatur ex cautione, quā initio dixit maritum heredi cauere debere. Ideoque de dote agente muliere in solidum aduersus heredem soceri, maritus vt promisit heredi mariti, heresve eius in solidum de dote tota, quæ petitur ab herede soceri, suscipiet defensionem litis motæ aduersus heredem, & condemnabitur, &, quod amplius est, condemnatus conuenietur actione iudicati pro dodrante, quem percepit ab herede patris, quia pro dodrante videtur intercessisse in rem suam, id est, litem

B subiisse in rem suam & suo nomine, *l. Plautius, de procur. l. 4. de re iud.* Procurator vel defensor in rem suam datus si condemnetur, tenetur actione iudicati, non dominus litis, quia res sua agitur principaliter, & ideo pro dodrāte quem habet, ipse tenetur actione iudicati. Denique dodrantem, quem habet, mulieri debet restituere, cui condemnatus est: pro quadrante autem quem heres retinuit iure Falcidiæ: *pro ea*, inquit, *quantitate, qua iure Falcidiæ retenta est*, sic legendum omnino, *retenta est*, non, *petenda est*, sicut paulo supra, *propter eam quantitatem, quam heres retinuerit* iure Falcidiæ. Nam ante Iustinianum Falcidia fuit in retentione tantum, non petitione, *l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. & l. 93. inf. ad leg. Falcid.* quod & alij plures loci demonstrant. Retenta igitur pro ea quantitate, quæ iure Falcidiæ debetur, *retenta*, non, *petenda*: Falcidia enim non repetitur, sed retinetur. Pro

C quadrante igitur ipse heres, quem maritus defendit, tenetur actione iudicati, non maritus, quia pro ea parte maritus in rem alienam intercessit, non in suam rem, heredis nomine, non suo: Litigauit igitur partim proprio nomine, partim alieno. Ita est, nec est absurdum, vt eodem iudicio, quis certet partim proprio, partim alieno nomine, *l. 1. §. in propria: quand. appell. sit.* Et hoc in iure certissimum est, defensorem litis alienæ condemnatum, non teneri actione iudicati, nisi quatenus in rem suam intercessit, sed teneri dominum litis, id est, executionem fieri aduersus dominum litis. Quid est *actio iudicati?* Executio iudicationis; Et hæc quidem, vt ostendimus in Papinianum ita se habent, si maritus, cum pro herede litem subiret, conuento à muliere actione de dote, mulieri non cauerit iudicatum solui, si mulier promiserit hanc cautionem, iudicatum solui, quam à

D defensore debuit exigere: nam si maritus mulieri cauerit iudicatum solui, subeundo litem pro herede soceri, ipse solus maritus tenetur mulieri ex stipulatione iudicatum solui, non etiam heres soceri vlla ex parte: sed quia voluntate heredis litem subiit, proculdubio regressum habebit aduersus heredem per actionem mandati pro rata Falcidiæ, vt pro ea parte sibi restituat, quod mulieri soluit, nihil est æquius.

Ad §. 3. Sed si prius.

3. §. Sed si prius quam legatum filio solueretur, mulier diuertit, quanquam ipsa nondum præcipere dotem possit: non ideo tamen actio filij differtur: quia tunc iisdem diebus filio solui

E *dotem, responsum est: cum patri pro parte heres extitit: & ad præceptionem dotis soluto matrimonio postquam heres extitit, admissus est.*

HIs, quæ ante dicta sunt, locus est, si filius exheredatus, constante matrimonio dotem sibi legatam testamento patris, quam pater à nuru acceperat, actione ex testamento, qua legata peti solent, sit consecutus. Nunc tractat quid sit dicendum, si antequam filius dotem consecutus sit actione ex testamento, solutum fuerit matrimonium diuortio, & dos, qua de agitur, quod necessario ponendum est, numero contineatur vel pondere, vel mensura, vtri potius heres soceri dotem præstabit mulieri actione de dote, an viro actione ex testamento? Et mulieri quidem non tenetur dotem præstare actione de dote statim, sed annua, bima, trima die. Viro autem ex testa-

mento teneatur statim, & fruetur vir commodo medij temporis, id est, per interualla illa fruetur dote, aut eo, quod nondum secutum ex dote superesit. Nec, vt docet, obstat, quod est responsum, iisdem diebus, id est, annua, bima, trima die, hodie annua die filio dotem esse soluendam, quibus & mulieri: nam hoc non est generaliter verum & omni casu. Hoc denique tunc duntaxat locum habet, vt & Papinianus explicat, cum filius à patre ex parte heres institutus est, nec abstinuit se bonis paternis. Diuortio enim postea facto, non præcipit dotem statim iudicio familiæ erciscundæ, sed annua, bima, trima die, sicut mulier, vt quibus diebus mulier dotem reddere tenetur, quasi maritus, & quasi heres patris, iisdem & ipsa dotem præcipiat, non maturius. Nos autem non de filio herede instituto loquimur, sed de exheredato, cui non est inuidendum B commodum medij temporis, nihil aliud laturo ex bonis patris. Estque hic locus in hanc rem valde singularis, sed valde vitiatur ab interpunctionibus, vt & Bart. cognouit: nam post hæc verba, *quia tunc iisdem diebus dotem filio solui responsum*, subdistinguendum est, non pungendum; interponenda est subdistinctio, vulgo virgula, non punctum, & postea verba, quæ sequuntur, *cum patre filius, pro parte heres exstitit*, &c. Post hæc, *admissus est*, pungendum est, non vt legitur, subdistinguendum, interponenda punctio, non subdistinctio, vt §. *vlt. huius l.* incipiat ab his verbis: *Si forte per errorem*. Et ita congruere videtur omnino interpretatio, quam dedi, nec desideratur quidquam amplius.

A permitti ei debet vtilis actio ex stipulatu, quasi ex stipulatione tacita de indemnitate aduersus filium. At rursus finge, quod attigit Papinianus, heredem soceri non esse idoneum ad dotem mulieri restituendam. Quid fiet mulieri? neque enim aduersus maritum de dote actionem habet, quia exheredatus à socero est, *d.* §. *per contrarium*, & quam habet actionem de dote aduersus heredem soceri, ea est inanis propter inopiam soceri, & heres quoque soceri ex cautione, quam interposuit, non habet actionem, quam cedat mulieri, non item ex cautione interposita, scilicet, tacita, cui locus non est, nisi dote soluta mulieri. An igitur dos mulieri peribit? quod non est ferendum. Reipublicæ enim interest dotatas esse mulieres, *l. 2. de iure dot. l. 1. sol. matrim.* Igitur hoc casu necessario danda est mulieri vtilis & extraordinaria actio de dote aduersus virum, licet exheredatus sit, ad quem dos peruenit ex legati causa. Et hæc est sententia huius legis. Illud non est omittendum, ideo in hac quæstione, & in *l. 2.* poni filio exheredato dotem vxoris suæ legatam, quia heres ex parte institutus recipiet dotem totam, etiam citra spem legati, coheredibus præstita cautione indemnitatis, *l. si filia* §. *hoc amplius, famil. ercisc.* Et solus quoque vir dirempto matrimonio mulieri teneretur actione de dote, qua exheredatus, aut qui se bonis paternis abstinuit, non teneretur, *d.* §. *per contrarium, l. si cum dotem* §. *pen. sol. matrim.* Ideo etiam in hac quæstione ponit filium heredem institutum ex parte, quia heredi instituto ex asse inutiliter dos legaretur, vel quidlibet aliud.

C

Ad §. Si forte per errorem.

§. 4. Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit, & ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, vt indebitum fideicommissum non repeteretur. Cautionis enim præstandæ necessitas solutionem moratur: non indebitum facit, quod fuit debitum, sed non erit iniquum, heredi subueniri. §. *vlt. Quid ergo si patris heres soluendo non sit? nonne iuste mulieri dabitur aduersus virum vtilis actio dotis? Cui dos perire non debet: quia non interposuit per errorem heres cautionem.*

SEntentia hæc est: Si filius exheredatus cui pater dotem à nuru acceptam legauit, aut per fideicommissum reliquit, de legato, aut fideicommisso dotis, cum herede patris egerit. Iam dixi initio, opposita exceptione doli, non ante heredem soluere legatum compelli, quam ei cautum D sit de indemnitate, & de retentione propter mulierem, quæ soluto matrimonio cum eodem herede de dote sua experiri potest. Nunc quærit, quid sit dicendum, si per errorem omissa cautione eiusmodi, heres filio soluerit legatum, ac deinde soluto matrimonio à muliere dotis iudicio conueniatur tanquam heres soceri, qui dotem accepit? In hoc casu heres an condicet legatum solutum filio quasi indebitum? Minime: quia vt ait eleganter, cautionis præstandæ necessitas solutionem moratur: non enim filio soluitur ante præstitam cautionem, non indebitum facit, quod fuit debitum. Aliud est solutionem morari & retardare. Aliud facere indebitum. Quid igitur fiet? Æquum est heredi subueniri, ne duplici præstatione dotis oneretur contra voluntatem defuncti. Et hoc tantum ait, non esse E iniquum heredi subueniri, extra ordinem scilicet. At qua via? non dicit specialiter. Sed dicere possumus heredi subueniri, data vtili condictione, quasi ex cautione siue stipulatione tacita de indemnitate: data, inquam, condictione vel actione ex stipulatu tacita in filium, ac si filius heredi cauisset de indemnitate, maxime si iam heres mulieri dotem soluerit. Neque enim est nouum in iure, vt quoties per errorem omissa est cautio, quæ desiderari poterat, quæ morari solutionem poterat petitæ rei vel pecuniæ, tum agatur quasi ex cautione tacita, *l. 5.* §. *pen. de vsufr. earum rerum. l. in numerationibus* §. *vlt. de solut. l. his verbis, de adopt.* Et ita in hac specie, ne heres in damno versetur, ne bis idem præstare cogatur, semel viro, & iterum vxori,

Ad Leg. IX.

Vxori meæ fundum Cornelianum, & quæ nuptura obtulit æstimata in speciebus restitui volo. Respondi non æstimatum prædium in dotem datum exceptum non videri: sed vniuersa dote prælegata, rerum æstimatarum pretium non relictum: verum ipsas res, quales inuenirentur.

PRoponitur maritum accepisse in dotem ab vxore fundum Cornelianum inæstimatum, & alias plerasque res æstimatas. Quod ad res æstimatas attinet, magis pecunia, id est, pretium rerum in dotem esse videtur, quam res siue species, hoc est, corpora æstimata, *l. 5.* §. *proinde si, de impens. in res dot. fact. l. 5. C. de iur. dot.* Itaque diuortio aut morte viri soluto matrimonio, fundus quidem Cornelianus reddetur statim: residua autem dos annua, bima, trima die; nec tamen ideo est inutile legatum fundi Corneliani, quod in eo nullum sit commodum repræsentationis, quia, vt docui, in *l. 1.* §. *vlt. hoc tit.* legatum pro actione in personam defert actionem in rem, per quam dominium nanciscimur statim, *l. 3.* §. *si rem, de leg. 3.* vel pro actione ex stipulatu, in quam dos deducta erat, defert actionem ex testamento, quæ sua quædam commoda habet, & præterea legatum heredi aufert retentionem ob res donatas, vel ob vtiles impensas factas in fundo. Vnde si maritus vxori ita legauit; *Vxori fundum Cornelianum inæstimatum & alia, quæ nuptura obtulit æstimata, in speciebus reddi volo*, recte Papinianus hic ait, hoc legato non tantum contineri res æstimatas, sed & fundum Cornelianum, qui inæstimatus erat. Denique vniuersam dotem prælegatam videri nulla re excepta: Ita scilicet, vt res ipsæ dotales præstarentur, quæ datæ erant, quales quales inuenirentur eo tempore, quo vir vita decederet, etiam deteriores factæ sine dolo aut culpa viri, *l. 11. C. de iure dot.* Dos æstimata pacto, fieri potest etiam constante matrimonio inæstimata, *l. cum maritus, & l. vlt. de pact. dot.* Et multum interest æstimata an inæstimata sit: Nam si æstimatæ sint res dotales, periculo mariti deteriores fiunt, quia maritus eas emisse videtur, & suas fecisse emptionis iure, æstimatio venditio est, *l. 10.* §. *pen. de iure dot.* Si sint inæstimatæ, deteriores fiunt periculo mulieris, cuius potissimum res sunt, casu, scilicet, fortuito, periculo mulieris. Nam doli aut culpæ mariti ratio habetur omnino in iudicio dotis, *l.*

etiam §. 1. *l. pen. in princ. sol. matrim.* Item res soli æstimatę à marito alienari possunt, non etiam inęstimatæ, quia alienationi obstat lex Iulia, quæ est de fundo dotali inęstimato, aut de quocunque prædio. Ac præterea, vt dixi initio, si res dotales æstimatę sint, dos redditur annua, bima, trima die, si inęstimatę sint, redduntur statim. Itaque multum interest, dos sit æstimata an inæstimata. Cęterum quæ initio fuit æstimata, postea etiam manente coniugio, pacto inæstimata fieri potest. vt & pacto, ita & testamento, dos aut pars dotis, quæ æstimata est, inæstimata fieri potest, vt in specie huius legis. Herede rogato res ipsas, species ipsas vxori restituere, quod est restituere statim, itaque non liberabitur offerendo pretium earum. Dubitabatur autem in propositione hius legis, an huiusmodi legato, fundus inæstimatus contineretur, quia cum iusserit in speciebus ipsis dotem reddi, non in pecunia, de æstimatis tantum rebus sensisse videtur, non de inæstimatis. Sed placet vt & inæstimatæ legato contineantur, & peti possint actione ex testamento. Denique vt nihil excepisse videatur, qui ita legauerit, vt proponitur in *h. l.* & ita hæc lex explicanda est.

Ad Leg. X.

Si Seia pro dote 100. fundus legatus sit, idemque Mænio: quod Mænio Falcidia aufert, pro eo quasi concursus non fuerit, mulier plus vindicet, quia amplius sit in dote mulieris.

HÆc lex crucem fixit omnibus, pusilla, sed valde difficilis: pro dote centum, quod est centum mille, vt decem sæpe in iure pro decem mille, maritus fundum Titianum minoris pretij vxori legauit: mox eundem fundum eodem testamento Mæuio legauit. vxor & Mæuius re coniuncti sunt. ergo singuli ab initio solidum, concursu semisses habent, *l. 1. §. interdum, de vsufr. accresc. l. coniunctim, de legat. 3.* Vtroque concurrente & fundum vindicante, si lex Falcidia interueniat, propter alia complura legata, quæ exhauriunt, & absumunt hereditatem, non potest quidem Falcidia detrahi ex eo, quod mulier pro dote iure legati capit, quia nec ob id, quod ei pro dote legatum est, fideicommissum ab ea relinqui potest, quia res sua ei legata videtur, cum vel dos, vel aliquid pro dote legatur, *l. 2. §. sed etsi hoc tit.* Potest tamen Mæuio Falcid. detrahi, & quidem Falcidia totius fundi. Quod tamen Mæuio Falcidia resciderit, id non manebit apud heredem, quod notandum, sed accedet mulieri, quasi pars fundi legati pro dote. Atque ita mulier vindicabit in fundo plus quam semissem, nempe dodrantem. Mæuius habebit quadrantem tantum, perinde atque si concursus non fuisset, quippe cum partes sunt inæquales, quas concursus faceret æquales. In causa hoc est, quia, inquit, amplius est in dote mulieris, quam in fundo. Ergo æquum est vt & amplius habeat mulier, quam Mæuius collegatarius, & quod superest ex dote, vt id repetat actione de dote. Hic est sensus huius legis, & nunc quidem facilis. At videtur Scæuola, qui est auctor huius legis, quod aliquatenus simile est, huic rei coniunxisse, quod ex hoc libro proponitur in *l. si Sticho, de pecul. leg.* Sticho manumisso peculium legatum est, & Titio seruus peculiaris, qui & seruus vicarius dicitur. Ille autem, qui eum habet in peculio seruus ordinarius, cui testamento manumisso, id est, orcino liberto peculium legatum est, si quid is seruus domino debuerit naturaliter: nam ciuiliter non potest, id deducitur de peculio legato, non de seruo peculiari siue vicario. aliud est peculium alioque iure, aliud seruus peculiaris, alioque iure. Peculium potest esse accessio serui, vicarius non potest esse accessio serui ordinarij, *l. 1. & 4. de pecul. leg.* homo homini non potest esse accessio; vt similiter aliud est peculium, aliud merx peculiaris, *l. 1. §. peculiarem, de tribut. act.* peculium deducto ære alieno dominico legatario debetur: seruus peculiaris legatus eam deductionem patitur. Deductio ea fit ex vniuerso peculio non ex re peculiari, non ex seruo peculiari, non ex merce peculiari, quinimo quantum peculio legato detractum erit ob id, quod domino debetur, vt Scæuola ait eodem lib. in *l. si Sticho*, tantum ei accedet, cui seruus peculiaris legatus est, hoc est, tantum ei non decedit. Accedere dicitur, quod non decidit, sicut sæpe adcrescere dicitur, quod non decreuit, quod tamen decrescere potuisset. Species est lucri vel accessionis, si non decreuerit, quod decrescere potuit. Denique sicut in specie huius legis deminutio legati Mæuio relicti, id est, deminutio Falcidiæ totius fundi in hoc profuit mulieri, vt dodrantem, hoc est, amplius ex legato fundi consequatur, quam concursus Mæuij ferat, qui eam tantum admittit in semissem: Ita in specie *d. l. si Sticho.* deductio totius æris alieni dominici, quæ fit ex peculio seruo manumisso legato, proficit alteri legatario ad consequendum solidum legatum serui peculiaris, quod ei relictum est, quod & similiter in Falcidia seruari ostendit *l. ex asse, ad leg. Falcid. & l. 5. §. si legata, & §. vlt. de legat. præst.* Est autem in iure frequens computatio deductionis æris alieni dominici, quæ fit ex peculio, & deductionis Falcidiæ, quæ fit ex legatis aut fideicommissis, vt *l. 8. §. 1. commun. diuid.* Et ita eod. lib. dico Scæuolam contulisse deductionem æris alieni dominici cum deductione Falcidiæ, ac proinde huic legi recte coniungi *d. l. si Sticho.*

Ad Leg. XI.

Seia, cum nuberet Lucio Titio, dedit dotis nomine centum aureos, & adhibuit Quintum Mutium, qui nihil numerauit, sed dotem stipulatus est, si morte mulieris solutum fuerit matrimonium. Seia moriens testamento suo ita cauit: Lucio Titio marito meo, cui maximas gratias ago, dari volo super dotem, quam ei dedi, tot aureos. *Quæro, cum instituit Lucium Titium conuenire Quintus Mutius ex stipulatu actionem, an repellere eum maritus possit ex verbis testamenti. Respondit, si Quintus Mutius, mandante Seia, non donationis causa, stipulatus est, heredibus mulieris eum teneri: & ideo Quintum Mutium exceptione repellendum esse, quod si donationis causa Seia stipulari permisisset, videri eum in eum casum, qui morte mulieris exstitit, mortis causa stipulatum: & ideo fidei eius committi potuisse in eum casum dicendum fore.*

MVlier cum marito centum aureos numeraret dotis nomine, adhibuit Q. Mutium, qui dotem sibi reddi stipularetur morte mulieris soluto matrimonio, & illum interposuit siue adhibuit, vel quasi procuratorem, qui stipularetur præsente muliere, constat parare mulieri vtilem ex stipulatu actionem, quasi & ipsa, quæ pręsens erat, videatur stipulata, *l. si procuratori, de verb. obligat. l. si dictum §. si præsente, de euict.* aut quod quandoque ex stipulatione Q. Mutius, qui interpositus est, consecutus fuerit, id mulieris heredibus pręstare debere iudicio mandati: vel etiam adhibuit illum, quasi donatarium mortis suæ causa, quia si moreretur in matrimonio, voluit donatam esse pecuniam dotalem Mutio. Hæc cum ita gesta essent, postea moriens in matrimonio mulier, ita marito legauit: *Marito supra dotem, quam ei dedi, tot aureos dari volo;* quo genere & dotem ei legasse videtur *l. 3. sup. hoc tit.* Adhibuerat initio Q. Mutium, qui sibi dotem reddi stipularetur in casum mortis suę, & nunc moriens iubet dotem relinqui apud maritum. Vnde quęritur, an cum marito Quintus Mutius recte agat ex stipulatu? Et ita distinguit: vel Quintus Mutius intercessit, vt procurator mandato mulieris, & vt procurator stipulatus est in casum mortis mulieris, dotem sibi reddi, vel intercęssit, vt donatarius causa mortis, quoniam mulier ei donatam volebat. Si vt procurator intercessit, siue vt mandatarius, maritus eum repellere potest exceptione doli. dolo facit, qui petit, quod aut mihi, aut heredibus mulieris, qui mihi dotem pręstare debent, redditurus est, iudicio mandati. Hæc quidem exceptio nihil valet, si dicas, dolo facis, qui petis, quod alij reddituр-

rus es, *l. si socer §. Lucius sol. matrim.* Cęterum hęc exceptio valet, dolo facis, qui petis, quod mihi mox redditurus es, *l. 8. de doli excep.* Hęc etiam valet, dolo facis, qui petis, quod alij redditurus es, qui idem mihi mox pręstare tenetur, atque adeo, quod aut mihi aut illi mandato vel voluntate illius redditurus es, *l. 9. de condict. caus. dat.* & in hac specie: nam & Quintus Mutius à marito petit quod mox heredibus mulieris redditurus est actione mandati, & confestim heres mulieris marito ex legati causa. Quod si Q. Mutius intercessit vt donatarius mortis causa, cum id ageretur inter eum & mulierem, vt ei donaretur mortis causa, & consequenter, vt ait, si stipulatus sit mortis causa, mortis scilicet mulieris (nam vt ex Festo licet intelligere, qui id tradit ex Iurisconsultis nostris, stipulatio mortis causa dicitur, non tantum quę morte promissoris, sed & quæ morte cuiuscunque infirmatur, vt hic morte mulieris) hoc, inquam, casu, quia constat à donatario causa mortis, qui legatario comparatur, fideicommissum relinqui posse, *l. cum pater §. eorum, de legat. 2. l. ab eo, C. de fideicommiss.* Dicam & hoc casu mulierem, quę marito dotem legauit, fidei Quinti Mutij commisisse videri, vt dotem à viro non exigeret. Itaque & hoc casu Q. Mutius ex verbis testamenti repelletur exceptione doli: fideicommissa nuda voluntas facit, etiamsi is, qui fideicommissum relinquere voluit, nihil fuerit locutus cum eo, quem fideicommisso onerare voluit, *l. pen. de legat. 1. l. peto, de legat. 2.* Cum eo satis loqui videtur, cum dotem legat marito postrema voluntate, vt scilicet dotem acceptam restituat mortis causa marito, aut breuiori via apud maritum esse sinat.

Ad Leg. XII.

Qui dotem in pecunia numerata, & æstimatis rebus acceperat: vxori ita legauit: Seię vxori meę, si omnes res, quę tabulis dotalibus contineantur, heredi meo exhibuerit, & tradiderit summam dotis, quam mihi pro ea pater eius intulit: dari volo hoc amplius denarios decem. *Quæsitum est, cum res in dotem data plures ipso vsu finitæ essent, nec moriente, marito fuerant: an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeatur? Respondi, videri conditioni paritum, si quod ex rebus in dotem datis superérat, in potestatem heredis peruenit.*

QVi à socero pro vxore in dotem acceperat pecuniam, & alias quasdam res æstimatas, vxori legauit summam dotis, quam acceperat sub conditione, si omnes res, quæ tabulis dotalibus continentur, heredi suo exhiberet, & traderet, quæ scilicet & venditę intelliguntur propter æstimationem. Recte dixit, *summam dotis*, quia in pecunia dos consistit, non in rebus ipsis æstimatis, & pręter eam quoque dotis summam vxori legauit *denarios decem*, id est, decem millia, quod & temon, qui forte superpositus erat, notę quę decussem significat, demonstrat. Quęritur, si ex illis rebus ęstimatis, quę tabulis dotalibus continentur, tabulis nuptialibus, quędam vsu detrita & consumpta sint, veluti vestimenta, nec sint in rerum natura eo tempore, quo maritus vita decessit, an nihilominus legatum vxori debeatur, quasi relictum sub conditione impossibili? Impossibilis conditio non vitiat legatum, quia pro non scripta habetur, *l. ab omnibus §. 1. de legat. 1. l. 3. de condit. & demonstr.* vel etiam, quia ipso iure pro impleta habetur, *l. 4. §. vlt. de condit. instit.* coniuncta *l. Mutiana §. vlt. de condit. & demonstr.* Imo & in hac specie, vt Scęuola respondet, reapse videtur impleri conditio, si modo cæteras res, quæ exstant, heredi mulieris exhibuerit & tradiderit: nam testator, quamuis dixerit omnes res, quæ tabulis dotalibus continentur, de iis tantum exhibendis sensisse videtur, quæ exstabant: neque igitur in hac specie fuit impossibilis conditio, sed fuit possibilis, quæ impleri debet omnino & re ipsa; & vtique implebitur, si heredi mulier tradiderit res, quæ supersunt. Ad hæc de conditione impossibili si quæras, cur tamen ea vitiet contractum, te iubebo consulere *l. non solum, de oblig. & act.*

Ad L. XIII.

Paulus: *Si filiusfamil. vxorem cum haberet, dotem ab ea acceperat: deinde paterfamil. factus, dotem ei (vt solet) legauit: quamuis patri heres non erit: tamen id legatum debetur.*

FIliusfamilias ab vxore dotem accepit, quam vxor potius socero, id est, patri mariti dare debuit, qui & filij & nurus onera sustinet quasi caput familiæ. Verum nihil refert, quia perinde est, atque si ipsi socero dotem dedisset; acquiritur enim mox socero per filium iure potestatis. Ac si postea filius factus sit sui iuris, & ad eum simul cum dote translata sint onera matrimonij, & moriens, vt solet, dotem vxori legauerit, vt solet, inquam, nempe his verbis, *quanta pecunia dotis nomine pro vxore mea ad me peruenerit, peruenturave,* &c. *l. 6. & vlt. hoc tit. l. quisquis, de legat. 3. l. 3. C. de fals. cau. adiec. legat.* Legatum, inquit, valere, etiamsi filius patri heres non exstiterit, & si exheredatus fuerit, vel si abstinuerit se bonis paternis. Ratio est euidens, quia non ex bonis paternis dotem habet, sed suo iure, matrimonij causa, *l. 1. §. Celsus, l. 2. §. nam & si quis, hoc tit.* Denique dotem habet proprio iure propter onera matrimonij, quæ eum sequuntur statim soluta patria potestate.

Ad Leg. XIV.

Theopompus testamento facto duas filias & filium æquis partibus instituit heredes, & codicillis ita cauit: τὴν θυγατέρα μου Κρισπῖναν ἣν εὐχόμην ἐκδοῦναι ᾧ ἂν οἱ φίλοι μου καὶ οἱ συγγενεῖς δοκιμάσωσι. φροντίσει ἐκδοῦναι Πολλιανὸς εἰδώς μου τὴν γνώμην ὅτι τοῖς ἴσοις καὶ τὴν ἀδελφὴν αὐτῆς ἐξέδωκα. *id est,* Filiam meam Crispinam, quem vellem tradi nuptui, cuicunque amici mei & cognati approbabunt: Prouidebit tradi Pollianus sciens mentem meam in æqualibus portionibus, in quibus & sororem eius tradidi. *Pollianus à marito puellæ iuratus, scripsit voluisse patrem eandem quantitatem in dotem accipere etiam minorem filiam, quam maior accepisset: quæro, an eandem summam, dotis nomine coheredis, extra partem hereditatis, minoris filiæ præstare debeant. Respondit, eum, cuius, notio est, æstimaturum, vt eadem quantitas, ex communi præcipua minori filiæ, dotis nomine detur.*

DVas filias & filium æquis portionibus heredes scripsit, & codicillis ita cauit, vt hic proponitur, τὴν θυγατέρα μου, &c. Recte *codicillis*: nam testamenta ante Theodos. Græca, vel qua alia lingua, quam Latina conscripta, non valebant, codicilli valebant, *l. hac consultissima §. vlt. C. de testament.* Codicillis igitur ita cauit, τὴν θυγατέρα, &c. Sensus hic est, filiam meam Crispinam, quam optaui nuptui collocari ei, quem amici mei & cognati elegerint, Pollianus collocari curabit, cui nota est voluntas mea, nè minus scilicet Crispina habeat in dotem, quam habuerit soror eius, quæ iam nupta est. Hoc codicillis cauit, & post mortem eius Pollianus à marito Crispinæ iuratus, id est, iureiurando conuentus fuit, rogatus cum obtestatione iurisiurandi, siue adiuratus Pollianus scripsit id omnino voluisse patrem, quod & satis expressum, vt eandem quantitatem Crispina acciperet in dotem, quæ erat minor natu, quam maior accepisset: Et is conuenienter Scæuola ait hoc loco, Crispinę dotis nomine eandem quantitatem dandam ex communi pecunia hereditaria præcipui siue prælegati titulo extra partem hereditatis. Idque æstimaturum, id est, arbitraturum iudicem famil. ercisc. scil. Vnde conficie definitionem prælegati. *Prælegatum est,* quod extra partem hereditariam heredi præcipuum datur de communi pecunia, adiuncta *l. 2. inf. de instr. & instr. leg.* & *l. cum responso, C. de leg.* Id autem ita fit, non quod Pollianus ad-

iuratus ſcripſerit, eam fuiſſe voluntatem patris, neminus daretur in dotem Criſpinæ, quam ipſe dediſſet ſorori eius, quia nec iurato cuiquam vni fides habetur, *l. 8. C. de teſtib.* Atque adeo nec pluribus teſtibus ſingularibus, vt vocant, & vnicis in eo, de quo teſtimonium perhibetur, *cap. bonæ & cap. cum dilectus, extra, de elect. cap. licet, extra, de prob. cap. tum literis, extra, de teſtib.* Quare Scæuola apud Valer. libro. quarto, *peſſimi exempli eſſe vnius teſt. credere.* Quintil. declam. 358. *Succurrant,* inquit, *vobis Catonis & Scipionis, & tot clariſſima noſtræ ciuitatis nomina, quorum vnico teſtimonio fides nunquam eſt habita.* Conſtantinus tamen Imperator in Conſtitutione quadam ad Ablauium præfectum prætorio, quæ eſt in extremo C. Theodoſ. & à Carolo Magno pro lege relata eſt in ſua Capitula, vt & ab omnibus ſubditis ſuis obſeruaretur, quos commemorabo, & referam, vt intelligatis, quam amplum fuerit imperium Caroli Magni: Francis, Alemanis, Vngaris, Baioariis, Saxonibus, Gallis, Burgundionibus, Britonibus, Longobardis, Beneuentanis, Bauaris, Vaſconibus, Hiſpanis. Conſtantinus, inquam, in ea Conſtitutione iubet vt omnes iudices indubitanter licet ab vno Epiſcopo perhibitum teſtimonium accipiant, nec alium quemquam audiant præter Epiſcopum. Sed memineris, quod eſt in vita Stephani Iunioris à Damaſceno conſcripta, alios eſſe ἐπισκόπους, alios eſſe ἐπισχόποις: & de Epiſcopis loquitur Conſtantinus, quales an vlli ſint hodie dubium eſt. At in hac ſpecie, vt cœpi dicere, non tam ſtatur ſcripto vnius Polliani, quam voluntati patris, qui aperte ſatis declarauit, quas partes fecerit in hereditate, nempe ſcriptis ex æquis partibus, & pares eſſe velle in dote, quod & tacente patre per ſe argumentum æqualium portionum hereditariarum ſatis arguebat, *l. generali §. 1. in fi. ſup. de vſufr. leg.* Ergo male colligunt ex hoc loco, vnius teſtimonio ſtari: quod non magis eſſe poteſt, quam vt nullius teſtimonio ſtetur: namque vnus teſtis vulgo dicitur nullus teſtis. Male etiam, qui lenius loquuntur, vnum teſtem inducere præſumptionem, vel inducere ſemiplenam probationem; Vnde hoc enim ſumpſerunt, vnum teſtem inducere præſumptionem? Sane prudentem virum, gnarum temporum & hominum, nullam in præſumptionem temere vnus teſtis induxerit. Præterea nec vnum teſtem inducere præſumptionem, Ioannes aſſerit recte ex *l. maritus, de quæſt.* Et quod ait *l.* in fi. *teſtam. quem. aper.* tabulas teſtamenti obſignatas 7. teſtium ſignis ſuſpectas fieri, ſi vel vnus ex ſignatoribus neget ſe ſuum ſigillum agnoſcere: hoc, vt ſuſpectæ tabulæ fiant, non ex negatione ſignatoris venit, ſed magis ex qualitate ſigilli incogniti: quod res loquitur, plus mouet, quam quod fabulator homo. Ac præterea ſuſpicari & præſumere, ſunt diuerſa: qui ſuſpicatur, aliquid præuidet: qui præſumit, iam animo ſuo rem ipſam videt: & plus eſt præſumere, quam ſuſpicari: nam eſt plus quam putare. Diuus Hieronymus *aduerſus Rufin. de auctoribus: ſic noſſe te dicis, vt putes potius, quam præſumas.* Vnde item ducunt illud genus ſemiplenæ probationis, an quia, quod & aiunt, duo teſtes plurimum faciunt plenam probationem, vnus fecerit ſemiplenam? Eodem argumento, quia duo faciunt numerum, dicam, vnum facere ſeminumerum, atque ſeminumeri, vel ſemiplenæ probationis nulla vnquam mentio.

E

Ad Leg. XV.

Licet placeat, pignoratas res, vel in publicum obligatas, heredem, qui dare iuſſus eſt, liberare debere. Tamen, ſi is, qui tales res in dotem accepit, dotem prælegauerit, non cogetur heres liberare eas, niſi aliud ſpecialiter teſtator dixerit.

Regulariter, ſi quis ſciens legauit alij *res ſuas*, creditoribus ſuis pigneratas, neceſſe habet heres eas luere & præſtare legatario liberas, *l. ſi res, de legat. 1. l. prædia. C. de fideicommiſſ.* Idemque eſt, vt ait, ſi legauit *res in publicum obligatas*, id eſt, fiſco vel reipublicæ obligatas, vel tacito iure, vt in *l. tutor §. 1. de pign. act.* *Rem in publicum obligatam*, inquit, eodem modo. Verum, ſi maritus ab vxore dotis nomine res pigneratas, vel in publicum obligatas acceperit, eique dotem prælegauerit, hic caſus ab illa regula excipiendus eſt: neque enim cogitur heres eas res pignerare vel reluere, quoniam exemplo actionis de dote, quæ ineſt legato dotis, tales res reſtitui oportuit ſoluto matrimonio, quales datæ ſunt. Et hoc, vt ait, niſi aliud ſpecialiter teſtator dixerit, nempe, vt eas lueret heres, & liberas vxori præſtaret. quod ſi dixerit, proculdubio eius commodi ratio in computatione legis Falcidiæ habebitur, & pro modo quoque eius commodi fideicommiſſo mulier onerari poterit, quia dotis exceſſus eſt: plus enim in legato dotis eſt, quam ſit in ipſa dote.

B

Ad Leg. penult.

Qui dotem à matre vxoris acceperat, & ſtipulanti ei promiſerat: teſtamento vxori dotem legauit. Cum quæſitum eſſet, an vxor dotis ſummam conſequi poſſet? Reſpondit Scæuola, non videri dari vxori, quod neceſſe ſit matri reddi, alias ſic reſpondit, non videri, niſi manifeſte vxor docuiſſet, eam teſtantis voluntatem fuiſſe, vt onerare heredes duplici præſtatione dotis vellet.

Qvi dotem accepit à ſocru, à matre vxoris, eidem ſtipulanti, ſi prior moreretur in matrimonio, promiſit dotem reddi. Deinde moriens legauit dotem vxori, quæ ex ſtipulatione debet reddi ſocrui: Quæritur, an ex legati cauſa petitio mulieri competat? Et in hanc rem Paulus

C adducit duo reſponſa Scæuolæ, quorum vno Scæuola reſpondet, non videri dari vxori, quod neceſſe ſit matri reddi: & ideo non valere legatum vxori relictum, quia non ſolet dos à marito legari, niſi ei, cui debet reddi. Relegatur enim verius, quam legatur, & erraſſe videtur maritus, quaſi exiſtimauerit ſe vxori dotem reddere, quam ſocrui debuit reddere. Et ſimiliter altero reſponſo non deberi legatum vxori, niſi manifeſte vxor doceat eam teſtantis voluntatem fuiſſe, vt oneraret heredem duplici dotis præſtatione. Manifeſta opus eſt probatione contrariæ voluntatis: nam in dubio præſumitur teſtatorem noluiſſe heredem onerare præſtatione duplici eiuſdem rei. In dubio heredi parcitur, *l. Sempronius, de leg. 2.* quia & heredem magis teſtator dilexiſſe videtur. Euenit in hac ſpecie longe

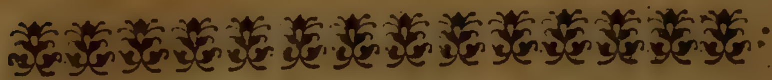
D aliud, quam in ſpecie *l. 11.* Nam in ſpecie *l. 11.* qui dotem alij promiſerat, eam capit iure legati, & legatum valet, ſtipulatio non valet. Contra in hac ſpecie ſtipulatio valet, legatum non valet. Legitur autem Florentiæ hoc loco, cum refertur prius reſponſum Scæuolæ; *non videri dari vxori, quod iuſſit matri reddi.* Et in poſteriori reſponſo etiam legitur, *non videri.* Repone, vtroque loco deberi, pro videri. Priori loco non dicitur dari, & poſteriori, non deberi. Eſt ſimile mendum, in *l. pen. §. ſi teſtator, de leg. 2.* Et forte in *l. prædiis §. vlt. de leg. 3.* Seneca ſecundo naturalium quæſtionum: *Cum ſanitas,* inquit, *videatur eſſe fato, fato debetur & medico,* ita emenda: *cum ſanitas debetur fato, videatur & medico,* ſubintellige, deberi, quia & ad nos beneficio fati per huius manus venit.

Ad L. vltim.

Vxori ita legauit: Vxor mea, quicquid ei comparaui, & quod mihi dedit, è medio ſibi ſumat, *Quæro, an dos prælegata videatur? Reſpondit, verbis, quæ proponerentur, videri, & de dote legata loqui: niſi aliud teſtatorem voluiſſe, probaretur. §. 1.* Titiæ vxori meæ, quanta pecunia ad me, inve ſtipulationem dotis eius nomine peruenit, quæ dos eſt dotalibus duobus conſignatis inſtrumentis centum aureorum. *Quæſitum eſt, an vtramque ſummam conſequi poſſit. Reſpondit, nihil proponi, cur non poſſit.*

Qvod eſt initio *l. vltim.* apertum eſt: Si quis vxori legauerit his verbis: *quicquid ei comparaui, & quod mi-*

bi dedit, dotem legasse videtur. His verbis, *quod mihi dedit*, legatur dos, etiam si dotis nomen non exprimatur. Sequitur. Dote certa promissa, & duobus dotalibus instrumentis ea de re confectis & consignatis, quorum vno scriptum est, vxorem promisisse sexaginta; Finge, vel doti dixisse sexaginta, altero hoc amplius promisisse quadraginta eodem nomine. Si maritus vxori legauit, vti hic proponitur, quicquid ad se, vel in stipulationem dotis nomine peruenit, vtriusque instrumenti summ nam vxori deberi, id est, centum integra, quod vtique verum est, etiam si nunquam ea vxor marito numerarit. *l. vlt. Cod. de fals. caus. adiect. leg.* Quia certa est quantitas dotis, aliter, quam si dotem legasset generaliter, quam vxor promiserat, non deberat, neque enim mulier amplius, quam liberationem habebit, *l. 1. §. adeo. sup. hoc tit.*



AD TITVLVM V.

De optione legata.

OPtio datur legatario, si testator dixerit, *optato*; electio, si dixerit *eligito*, veluti *ex vniuersa familia mea seruum vnum*, vel, *seruos tot optato aut eligito*. Et propterea optio datur expressim, electio etiam tacite, veluti seruo simpliciter & indistincte legato, quod significare videtur, *l. 3. qui & à quibus manum.* Optio est actus legitimus, & solemnis. *l. actus. de reg. iur.* qui peragitur pure sine dilatione, sine die, conditione, qui expletur, & effectum habet statim, nec iteratur, aut repetitur, vt optio tutoris olim, quę mulieri dabatur testamento viri, de quę *T. Liuius lib. 39.* cum scribit de Hispala fœmina, quæ detexit Bacchanalia (mulieres in perpetua erant tutela olim.) Et inter cætera pro præmio ei datum est, vt esset ei tutoris optio, quasi ei vir testamento dedisset. Ergo illa tutoris optio, & optio serui vel cuiusvis rei legatæ, est actus legitimus & solemnis. Qui autem sit effectus huius distinctionis, in interpretandis singulis legibus, suis locis ostendemus.

Ad Leg. I.

Diuus Pius Cæcilio Proculo rescripsit eum, cui seruorum legata sit electio, tres posse eligere.

IN initio h. l. ex rescripto D. Pij, ostendit Vlpian. à testatore, qui numerosam familiam habebat, seruorum electione data non adscripto numero, tres duntaxat seruos eligi posse ex vniuersa familia testatoris. Cuius rescripti ratio hæc est: quia frugi hominem quantumuis locupletem, deceat contentum esse seruis tribus. Valer. 4. *de continentia*, & Apuleius 1. *Apo. pro seipso, Marcum Catonem tribus seruis contentum Hispanias rexisse.* Et Athenæus cap. *vlt. lib. 6. Iulium Cæsarem Britannica expeditione secum duxisse tres seruos duntaxat.* Seneca *lib. de consolatione: Catoni fuisse tantum tres seruos.* Hæc est ratio l. Et delenda omnia, quæ in eam comminiscuntur Interpp.

Ad Leg. II. III. IV. & V.

L. 2. Quotiens serui electio vel optio datur: legatarius optabit, quem velit. §. 1. Sed & homine generaliter legato, arbitrium eligendi, quem acciperet, ad legatarium pertinet. §. 2. Data igitur optione si quis optauerit alienum seruum, vel hominem liberum: videndum est, an consumpserit optionem? & puto, non consumi. §. 3. Eum cui centum amphorarum electio data sit acetum eligentem, non consumere optionem, si id acetum elegerit, quod vini numero paterfamilias non habuit.

A *L. 3. Scilicet si ante exhibitionem, hoc est, ante degustationem acetum elegerit.*

L. 4. Scyphi electione data: si, non omnibus scyphis exhibitis, legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet. Nisi ex his duntaxat eligere voluisset, cum sciret & alios esse.

L. 5. Nec solum si fraude heredis, sed etiam, si alia qualibet causa id euenerit.

SCiendum est, vnius serui optione vel electione legata per vindicationem, vt recte addit Vlpianus *lib. sing. reg. tit. de legat.* nempe his verbis: *optato, eligito.* legatarius optat vel eligit, quem mauult ex familia testatoris, nihil certius: sed, vt subiicit, etiam per vindicationem seruo generaliter legato, legatarius eandem electionem habet; per vindicationem seruo generaliter legato: nam si per damnationem, puta, *heres damnas esto dare illi vnum seruum*, B heredis est electio, *l. si substituto §. 1. de leg. 1.* Si per vindicationem dixerit, *optato*, vel, *eligito*, legatarij est electio, *l. seruus legatus §. cum homo, de legat. 1. l. heredes §. si incerto, famil. ercisc. l. qui hominem. & l. seq. de adimend. legat.* Et non in hac *l.* tantum, sed etiam in *l. 9. §. 1. hoc tit. & l. 3. qui & à quib. manum.* hæc simul ponuntur quasi paria, optionem serui dare, vel seruum generaliter legare. Vide & in *l. his consequenter, in princ. famil. ercisc. si ex pluribus heredibus*, inquit, *vni generaliter per optionem seruus legatus sit.* Videtur legendum. *Generaliter, vel per optionem seruus legatus.* Priore modo optio vel electio serui datur legatario expressim, Posteriore modo, id est, seruo generaliter legato per vindicationem electio datur tacite, vt idem Vl- C pianus ait, eodem *lib. sing. reg.* Non est autem plerumque eadem vis taciti & expressi. Posset hoc demonstrari innumeris exemplis sumptis ex iure. Ita etiam in hoc proposito, non est eadem vis expressim datæ optionis vel electionis, & tacitæ. Nam legatum optionis conditionale est, id est, habitum semper fuit ante Iustinianum pro conditionali, quasi insit ei conditio, *si elegerit, si optauerit legatarius*, & ideo legatarius non aliter transmittit ad heredem suum, quam si viuus optauerit seruum, vel quam aliam rem ex defuncti bonis, cuius ei electio vel optio data est, *§. optionis, Instit. de legat.* Legatum vero generaliter relictum, non est conditionale, si seruus legetur generaliter, etiamsi moriatur legatarius, antequam eligat seruum, legatum transmittit ad heredem, *l. nec semel. §. pen. quan. dies leg. ced.* Sicut & si legatur *illud aut illud, vtrum elegerit*, etiamsi D moriatur, antequam elegerit, legatum transmittit ad heredes, *l. 19. hoc tit.* Legatum autem optionis, vt dixi, non transmittit ad heredem aliter quam si viuus optauerit, quia conditionale est. Est & alia differentia, quia is, cui optio serui legata est (dico serui exempli gratia) etiam optimum eligere possit. Ita videtur Rogerio, & placet. Nam & Marcus Tullius 2. *de Inuent.* eum, cui vasorum argenteorum pondo centum, quæ volet, legata sunt, significat magnifica vasa, & pretiose cælata petere posse. Nec Rogerio quicquam aduersatur *l. vlt. §. sed & si quis, C. commun. de legat.* qua se tuetur suorumve opinionem Accurs. itemque Bartolus aduersus Rogerium, quia ille §. non loquitur de optione legatario data, sed de seruo legato Titio arbitrio Caij, quod semper pro boni viri arbitrio accipitur, non E pro libero, & dissoluto arbitrio Caij. Et bonus vir vtique non sic arbitratur, vt Titio optimus detur, velut actor, siue dispensator, qui tuetur omnia negotia domus, multo melius quam dominus ipse, cuius iactura, vt ait *l. vlt. de offic. pref.* sæpenumero non ad substantiam, sed ad totius domus euersionem pertinet: Et legato quoque seruo generaliter, hoc est, electione data legatario neque tacite, neque nominatim legatarius poterit optimum eligere, veluti actorem; sed neque pessimum eligere cogetur, *d. l. legato generaliter.* Addit Vlpianus in *hac l.* aut significat potius, optione legata nonnisi semel optionem fieri posse. Quod & aperte proditum est in *l. 5. de leg. 1. & l. 8. §. pen. hoc tit.* Seneca 4. *Controuersiarum: Non oportet*, inquit, *amplius optare quam semel. Omnis nimia potentia saluberrime breuitate*

tate constringitur. Idque ita procedit, si recte & legitime optio facta fuerit, non si perperam, vt puta si legatarius elegerit seruum alienum, vel liberum hominem, cui legata erat optio hominis, id est, serui; neque vero aliorum hominum, aliarumve rerum optio vel electio legatur, quam eorum earumve, qui quæve sunt in bonis testatoris: Ergo ex alia familia, vel ex liberis hominibus homo frustra eligitur. nec igitur per hanc electionem illegitimam, electio, quæ iure competit, consumetur: quia nihil agit, qui non eligit legitime. denique nihil egisse, nihilque elegisse videtur. Et in *l. Titia* §. *1. de auro & arg. leg.* quam obiicit Bartolus hoc loco sine ratione, etiam optio non fit ex aliis rebus quam hereditariis. Ponitur ibi, quem Sempronio legasse coopertoria Tabiana (quæ scilicet conficiuntur Tabiis vrbe Italiæ, auctore Stephano, vbi fuit Remus educatus) Legasse, inquam, coopertoria Tabiana, & tunicas tres cum palliolis, quæ elegerit: & ait, si sint tunicæ singulares cum palliolis, seorsim relictæ in bonis, ex iis duntaxat eligi posse; si nullæ sint, singulares ex synthesi vestium hereditariarum, heredem scilicet præstaturum legatario tres tunicas cum palliolis, aut veram æstimationem earum, ex συνθέσει vestium, hoc est, ex vniuersa veste in vestiario composita in arcis aut prælis. hoc est synthesis vestium, vel etiam quod dicimus in Idiotismo, *vn habillement complet*, synthesis cultrorum, *vn gaine de cousteaux*, synthesis calicum apud Statium Papinium, synthesis medicamentorum apud Q. Serenum. *Magis*, inquit, *scrinia regis Mithridatis cum raperet victor, deprehendit in illis synthesin, & vulgata satis medicamenta risit*, id est, synthesin medicamentorum. Denique in illa *l. Titia* §. *1.* non eligitur quippiam à legatario, quod non fuerit in bonis testatoris. Idemque est dicendum, si is, cui optio vel electio data est, elegerit eum, de quo non cogitauerit testator: vt si elegerit seruum, quem in eodem testamento pure vel sub conditione manumisit: hæc electio non fit legitime: & ideo pro non facta habetur, *l. 9.* §. *1. hoc tit.* Idem etiam est, si optarit seruum ante aditam hereditatem: neque enim legatarius optat seruum ante aditam hereditatem, cui optio serui legata est, *l. 16. hoc tit. l. Iulianus, de leg.* 1. quia heredem præsentem esse oportet, cui exhibeam familiam. Et pari ratione, vt subiicit in *hac l. 2.* si centum amphorarum vini electio data sit, & legatarius eligat acetum, quod paterfam. qui testamentum fecit, vini numero non habet, electio non consumitur: videlicet si acetum ante exhibitionem & degustationem elegerit: recte si elegerit acetum, quod paterfam. vini numero non habuit, electionem nullam esse: Nam si elegerit acetum, quod testator vini numero habuerit, electio valet, & quia consumitur, & hoc acetum legato continetur, *l. 3. tit. seq.* quæ est ex eodem lib. Vlpiani, & sunt coniungendæ hac in parte. Recte etiam *l. 3. hoc tit.* ait, ante exhibitionem & ante degustationem, si acetum elegerit, quod paterfamilias vini numero non habuerit, electionem non consumi, quia nihil elegisse videtur: Nam post exhibitionem totius vini, quod est in bonis, & post degustationem, si acetum elegerit, hoc casu electio consumitur, quia facta censetur legitime. Denique semel legitime facta electio consumitur, nec mutari aut iterari potest, *l. 20. inf. hoc tit.* hoc est proprium actuum legitimorum, vt semel fiant tantum, nec mutentur, aut iterentur: Nam & sic aditio hereditatis, quæ est etiam actus legitimus & solemnis, *l. actus, de reg. iur.* fit semel tantum, *l. si solus* §. *vlt. de adquir. hered.* Et quod ait *l. 3. ante exhibitionem*, ex eo apparet etiam optionem serui fieri solemniter, scilicet ab herede. Ergo post aditam hereditatem, exhibita vniuersa familia & singulis seruis probatis, pertentatis, inspectis, optionem vini fieri, omni vino exhibito, aperta cella vinaria, apotheca, horreo, omni, inquam, vino exhibito & degustato. Ac similiter optionem scyphorum fieri, omnibus scyphis exhibitis, vt *l. 4. & 5.* Et ideo si fraude heredis vel alia qualibet causa, optione serui vel vini, id est, certæ mensuræ vini, vel scyphorum legata, si non sint exhibiti omnes serui, omnes scyphi, omne vinum, & legatarius elegerit, cum existimaret omnia exhibita, nihil suppressum, electio non consumitur, quia nec recte facta intelligitur. si sciens non omnes scyphos exhibitos ex iis, qui sunt exhibiti, elegerit, rata est electio, & consumitur. Sed si errauerit existimans, omnes scyphos exhibitos, cum non essent, irrita est electio. Denique omnes sunt exhibendi: quin etiam solet legatarius eo nomine actione ad exhibendum agere, priusquam optet & vindicet, *l. 3.* §. *item si optare, ad exhibend. l. si vendidero* §. *si ad exhibendum, de furt. l. 8. & vlt. hoc tit.* Et ideo in specie legis 4. legatarius, etiamsi fraude heredis quædam res suppressæ, nec exhibitæ sunt, non ideo agit actione de dolo, quamuis dolum fecerit heres: quia integra ei electio manet, integra vindicatio. Et longe diuersa est species legis *si quis adfirmauit*, §. *1. de dolo*, quam obiicit Accursius. In ea namque ponitur, vniuersam familiam fuisse exhibitam, sed dolo malo & falsa persuasione heredis vel alterius, legatarium deteriorem seruum elegisse: hoc casu non superest ei, nisi actio de dolo: quia electio consumpta est, quia elegit ex vniuersa familia.

Ad Leg. VI. VII. & L. VIII. princip.

L. 6. Mancipiorum electio legata est. ne venditio quandoque eligente legatario interpelletur, decernere debet prætor, nisi intra tempus ab ipso præfinitum elegisset, actionem legatorum ei non competere. Quid ergo, si die præterito, sed antequam venderet heres, vindicare legatarius velit? Quia non est damnum subiturus heres, propter quod decernere prætor id solet: & quid, si die præterito, quem finierit prætor, heres aliquos ex seruis, vel omnes manumiserit? Nonne prætor eorum tuebitur libertatem? Ergo totiens actio deneganda non est, si omnia in integro sint. Idem est, etsi pignori aliquos ex his seruis heres dederit post diem, vel vendiderit.

L. 7. Imo & si quosdam seruos distraxit, quosdam retinuit: non est audiendus legatarius, si velit optare ex retentis ab herede, cum iam dispofuerit familiam heres.

L. 8. Si tibi electio serui, & mihi reliqui legati sunt: decernendum est à pratore, nisi intra certum tempus optaueris, petitionem tibi non datum iri.

Electione legata vnius mancipij, vel duorum, aut plurium mancipiorum, vel ἀοείσως, mancipiorum (quo casu trium electio data intelligitur, *l. 1. hoc tit.*) non potest heres in fraudem & euersionem legatæ electionis vllos seruos ex familia defuncti vendere, aut pignori opponere, aut manumittere, donec legatarius elegerit, quia singuli quodammodo sub conditione legati sunt, si elegerit legatarius, *l. 3. qui & à quib. man.* Alioqui venditio aut manumissio, quam fecerit, priusquam legatarius elegerit, postea eligente legatario seruum manumissum aut venditum, interpellabitur. Quod ne accidat, si dies ex testamento præscripta non sit, intra quam eligeret legatarius, & diutius traharet electionem, postulante herede, in *l. 14.* §. *vlt. hoc t.* vel postulante emptore hereditatis, *d.* §. *vlt.* vel postulante alio legatario, cui reliqui serui legati sunt, vt *l. 8. in pr. hoc tit.* postulante aliquo, cuius interfit optionem fieri quamprimum: prætor diem definit, intra quem eligat legatarius, simulque decernit, nisi intra illum diem elegerit ius electionis, & petitionem siue vindicationem serui ac seruorum, post diem illum minime habiturum, vt *l. 8. in princ.* post diem factam electionem irritam fore, quod tamen decretum ita demum habebit effectum, vt in hac *l. 6.* demonstratur, si post diem res non sit integra, vt puta si iam heres quosdam aut omnes seruos hereditarios vendiderit, pignerauerit, aut manumiserit: neque enim postea legatarius audietur, si velit eligere, quia res non est integra. Denique neque ex iis poterit eligere, quos vendiderit, pignerauerit, aut manumiserit heres, neque ex his, quos retinuit, si non omnes vendidit, aut manumisit, quia consumptum est ius electionis. Denique dispositionem & formam suæ familiæ, quam post diem heres fecit,

quasi extincta electione, intempestiua & sera electio legatarij interturbare aut infringere non potest, *l. 7. hoc tit.* Sed si post diem decreto definitum, intra quem legatarius elegerit, res adhuc sit integra, id est, si nullos seruos heres vendiderit, pignerauerit, aut manumiserit, tunc non est deneganda electio legatario: quia nihil damni facturus est; & ita cessabit tum etiam ratio decreti, quod heredis causa interponitur, ne heres in damno versetur: puta si seruo vendito post diem electo & vindicato, conuentus actione ex empto emptionis nomine, vel electo seruo pignerato conuentus à creditore actione pigneratitia, quibus actionibus vtrique tenetur in id, quod interest creditoris vel emptoris, si post diem facta electio valeret, electo quoque seruo ante manumisso heres damnum faceret iuris patronatus. Verum vbi res est integra, cum nullos seruos heres vendiderit, aut pignerauerit, aut manumiserit, nihil horum extimescit. Proinde hoc casu electio etiam post diem decreto præfinitum facta valet. Cessante enim causa, decretum cessat & sententia decreti: nec verba solum decreti, sed finis & sententia inspicienda est; Et hæc sunt, quæ continentur in *l. 6. & 7. & initio legis 8.* Persequamur reliqua quæ sunt in *l. 8.*

Ad Leg. VIII. §. I.

Si ex quatuor viriolis duæ, quas elegissem, mihi legatæ sint: siue duæ solæ relictæ sint, siue ab initio duæ solæ fuerint, valet legatum.

IN §. 1. ostenditur, electione legata, etiamsi electioni nullus sit locus, valere legatum. Et hac ratione legatum, quod erat conditionale (omne enim legatum optionis est conditionale) haberi pro puro. Finge: Testator ex quatuor viriolis legauit mihi duas, quas elegissem. is nunquam habuit nisi duas, vel habuit quidem quatuor testamenti tempore, mortis vero tempore duas tantum, vt nullus sit electioni locus, cum duæ tantum supersint. Quæritur, an legatario debeantur? Et ait deberi, vt ait lex 13. *in princ. hoc tit.* quasi pure legatas deberi non sub conditione, quia legatum optionis conditionale est, vt dixi. Sed hoc casu vt conseruetur voluntas defuncti, non optio, sed duæ viriolæ videntur legatæ pure. *Viriolæ* sunt armillæ virorum fortium, quæ & *dextrocheria* dicuntur: hodie etiam in scuto familiæ dominorum de Villas pingitur manus argentea cum dextrocherio sparso multo murice pontico, vnde & viriolati nomen. Tertullianus de Pallio: *Hæc ornamenta cum essent propria virorum fortium, temere matronas vsurpasse.* Inde & apud Capitol. in Maximino mentio muliebris dextrocherij.

Ad §. II.

Vnius hominis mihi & tibi optio data est, cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde in eundem optaueris: vtriusque nostrum seruum futurum. Quod si ante decessissem, vel furiosus factus essem: non futurum communem, quia non videor consentire, qui sentire non possim. Humanius autem erit: vt & in hoc casu, quasi semel electione facta, fiat communis.

DVobus coniunctim legata est optio vnius serui, si cum vnus optasset, nec mutasset voluntatem, alter collegatarius eundem seruum optauerit, seruus ille erit inter eos communis pro indiuiso. Recte, si non mutasset voluntatem; quia interim, dum collegatarius distulit optare, liberum ei est mutare voluntatem: quod si fecerit, seruus non erit communis, quia quo tempore nouissimus optat, in eundem ambo non consentiunt; Et ita etiam, quum optio legata est intra tempus certum: *optato hominem intra dies 30.* si semel optauerit, pœnitentia actus mutare voluntatem potest, si modo supersunt aliquot dies ex iis, qui optioni præfiniti sunt. Idque exemplo heredis instituti cum

A cretione, hoc est, finito certo tempore, intra quod adeat hereditatem: Nam intra illud tempus heres subinde mutare voluntatem potest, quandiu id tempus largitur atque permittit, quod docet Vlpianus *lib. sing. reg. tit. qui heredes inst. poss.* In proposita specie nihil egisse videtur, qui prius optauit, priusquam collegatarius optaret. Quamobrem vt subiicit, si optauerit vnus, priusquam alter optauit, vita decesserit, aut furere cœperit, postea alter eundem seruum optando nihil agit. Ideo seruus quem alter optauit, licet eundem optauerit vterque, non erit communis, quia non videtur posteriori, qui optauit, quod tamen necesse est, consentire mortuus aut furiosus, qui nihil sentire potest: si non potest sentire, ergo nec consentire. Et subtili ratione non fit seruus communis, nisi quo tempo-

B re nouissimus eundem seruum optet, etiam consentiat is qui prius optauit, id est, declaret, se in priori voluntate perseuerare. Et hoc ita se habet subtili ratione. Benignius tamen ait esse, vt seruus ille sit communis inter collegatarios, quasi semel electione facta, quod postea interpretabor. Interim admonendi sumus, eandem interuenire rationem in *l. per fundum, de seruit. rustic. præd. & l. vlt. comm. præd.* Si fundus sit communis inter me & te, & ego solus inuito vicino cessero iter aut viam ad eum fundum, subtili ratione, non aliter vicinus iter aut viam vindicabit, non aliter vicinus, cui ego cessi iter aut viam, ea vtetur, quam si tu eidem cesseris eandem seruitutem, & tua demum cessio confirmabit meam, mea erit interim inutilis. Humanius tamen erit, vt & hoc casu, etiam antequam tu cesseris viam vicino, ego vicinum itinere aut via vti vetare

C non possim: Interim igitur cessio mea non fuerit inutilis. Et ita etiam in hac specie subtili iure optio demum nouissimi confirmat superiorem optionem, videlicet, si eo tempore, quo nouissimus optat, in vnum hominem ambo consenserint, nec mutauerit voluntatem, qui prius optauit. hoc subtili iure. verum humanius & benignius est vt si eo tempore non consentiat, qui prior optauit, puta qui furere cœpit, aut vita decessit, sufficiet eum semel optasse, nec mutasse voluntatem. Neque enim furore prior voluntas perimitur, sed vt ait *l. patre, de his qui sunt sui vel al. iur.* remanent adhuc quædam reliquię prioris voluntatis. Denique consentire videtur, qui non potest dissentire, vt in hoc §. 2.

D

Ad §. vltim.

Si rerum depositarum electio mihi relicta sit: & ad exhibendum, cum eo, apud quem depositæ sint, agere potero: & cum herede agere, vt is, depositi agendo, facultatem mihi eligendi præstet.

IN §. *vlt. huius l.* sequitur: Legata optione à testatore rerum apud Titium depositarum, legatarium actione ad exhibendum in id, quod interest, agere posse, vel cum depositario, vel cum herede: cum depositario, vt exhibitis rebus omnibus depositis, possit optare & vindicare rem, quam optauit, *l. 3. §. item si optare, ad exhib.* vel cum herede eadem actione ad exhibendum agere potest, vt in *l. 2. tit. seq.* vt scilicet heres actione depositi res depositas recu-

E peret, & exhibeat palam, atque ita legatario quam volet eligendi potestatem faciat. Actio ad exhibendum datur aduersus quemcunque, qui rei aut rerum restituendarum facultatem habet, aut habere potest rebus redactis in suam potestatem.

Ad Leg. IX. Princip.

Cum ita legatur: Titio Stichum do, lego, si Pamphilum non elegerit: *simile est, atque si ita legatum fuisset:* Titio Stichum aut Pamphilum, vtrum eorum volet, do, lego.

QVod est initio huius *l.* apertissimum est: Si testator ita legauit, *Titio Stichum do, lego, si Pamphilum non*

elegerit; perinde est, ac si ei legasset *Stichum aut Pamphilum, vtrum elegerit.* Quod legatum notandum est tamen longe differre à legato optionis: Nam legatum optionis est conditionale, & fuit semper ante Iustinianum. Ipsum *optandi* verbum siue optionis conditionem facit, & conditio est, expressa igitur, non tacita. Qua de causa in *Instit. §. optionis de legatis*, male additur, *tacitam.* Quæ vox abest à Theophilo: neque enim est tacita conditio, sed expressa, quæ satis exprimitur optionis verbo. Legatum autem, *illud aut illud vtrum elegerit*, non est conditionale: Effectus hic est, quia electio transmittitur ad heredem legatarii. Et ita est proditum *in l. 19. hoc tit.* Et similiter electione legata tacite, veluti seruo generaliter legato, legatum non est conditionale, & ius electionis legatarius transmittit ad heredem suum, etiamsi decesserit, antequam eligeret, *l. nec semel §. pen. quando dies leg. ced.*

Ad §. 1.

Quæsitum est: Si Stichus sub conditione liber esse iussus sit, & mihi optio serui data esset, vel seruus generaliter legatus esset: quid iuris esset? dixi, commodius constitui, eum, qui sub conditione libertatem Sticho det, & optionem seruorum, non cogitare de Sticho, sicuti constat, non cogitare eum de eo, cui præsentem libertatem dederit, secundum quod, si Stichum optauero, vel elegero, nihil agam: & ex cæteris nihilominus optabo.

LEgauit optionem serui, & Stichum vnum ex seruis suis sub conditione liberum esse iussit, non dedit ei libertatem, sed statulibertatem, vel statutam libertatem. non fecit eum liberum, sed statuliberum. Statuliber est is, cui directa data est libertas sub conditione. Vel finge: Sticho præsentem libertatem dedit is, cui optio serui legata est. Stichum si eligat, nihil agit, quia de eo optando cogitasse non censetur, testator, qui optionem legauit. Denique legato optionis Stichus non continetur, & legatarius, qui illum elegit, nihil agit, quia non legitime, sed illicite illum elegit, non consumit sibi ius electionis quod habet. Itaque integra ei est alterius serui optio. *Ex cæteris*, inquit, *seruis nihilominus optabit quem volet.* Et hoc quidem facilius admittimus, si Sticho data sit pura & præsens libertas, quia desiit esse in bonis defuncti. Statuliber est in bonis heredis & seruus heredis, *l. & post litem, in fine, famil. ercisc.* Nec tamen etiam hic optatur legitime, quia implicitus ei est casus libertatis, quia obtingere ei libertas possit, nempe existente conditione, *l. vlt. si ex nox. caus. agat.* At quæritur, quid sit dicendum si conditio statulibertatis defecerit, antequam legatarius optarit, an tunc poterit optare? Quod non videtur, quia, vt ante dictum est, de eo non cogitauit testator, sed de eo non cogitauit, in casum scilicet existentis conditionis, obtingentis libertatis. Itaque verius est, & Stichum optari posse: quia, inquit, vt Quintus Mutius sentit, ipsa libertate legatum perimitur aut minuitur, perimitur in persona Stichi, ipsa libertate legatum perimitur, non datione, inquit, statutæ libertatis Et nota ἔμφασιν, pronominis *Ipsa libertate. Statulibertas* non est ipsa libertas. Itaque legatum optionis in persona Stichi non perimitur hoc solo, quod data sit libertas sub conditione, sed ita demum, si existat conditio: & consequenter, si non existat conditio, si deficiat viuo testatore, vel post mortem ante aditam hereditatem, id est, antequam ius optandi legatario competat, *l. 19.* in fi. *h. t.* poterit legatarius post aditam hereditatem Stichum optare, si velit. Nam, vt ait (qui locus est singularis) sicut libertatis pure datæ dies cedit ab adita demum hereditate, *§. libertatibus, C. de caduc. tollend.* Ita statutæ libertatis cedit ab adita hereditate, & eodem tempore spectandum est, exstiterit nec ne conditio statulibertatis. Et hæc est sententia huius §. Vnum obstat huic loco, quo ex sententia Mutij, ait, ipsa libertate legatum perimi non datione statulibertatis. Obstat lex 39. in *pr. de statulib.* quæ diserte ait, legatum statulibertatis tolli.

A Hæc dicit datione statulibertatis legatum non perimi, quæ videntur esse repugnantia. Legatum statulibertatis perimitur, si existat conditio, vt & ibi Græci interpretantur in Basil. Non tollitur sola datione statulibertatis. Et illius loci hæc est Species, Heres legauit Titio Stichum, & item Stichum liberum esse iussit sub conditione, si Titio centum dedisset, & ait, interim, seruum esse heredis, non legatarij, quamuis si dederit Titio centum, non possit eam pecuniam ab eo heres petere. Ceterum interim, antequam expleat conditionem, videtur esse seruus heredis non legatarij, quia expleta conditio tollit legatum, & statulibertatem illico, id est, ipsa libertate vel statulibertate, cuius conditio exstitit.

B

Ad L. X.

Si Pamphilo seruo Lucij Titij seruus generaliter legatus sit, deinde dominus Pamphili, postquam dies legati cesserit, eum manumisisset: si quidem Lucius Titius seruum vindicauerit, exstinguitur Pamphili legatum, quia non esset in hereditate, qui possit optari. Si vero Lucius legatum à se repudiasset. Pamphilum optare posse legatum, constat. Licet enim manumissione Pamphili duæ personæ constituerentur, Titij & Pamphili: vnius tamen rei legatum inter eas vertitur: Et Titio vindicante, optio exstinguitur: repudiante, Pamphilus optare potest.

C SPecies legis decimæ hæc est: Pamphilo seruo, id est, Lucij Titij seruo per vindicationem homo generaliter legatus est pure, sine conditione, aut non adiecto die certo: Electio est legatarij, quem velit accipere post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris, iam eligendi iure Pamphilo quæsito, & per Pamphilum Lucio Titio domino suo. Lucius Titius Pamphilum manumisit, eligendi & vindicandi eius, quem elegerit, potestas Lucio Titio quæsita est, Lucio Titio competit, *l. 5. §. vlt. quand. dies legat. ced.* nec manumissione perempta est. Itaque si post manumissionem Lucius Titius seruum elegerit & vindicauerit, non potest manumisso electio competere, quia electio domini consumpsit omne ius legati, nec iam vllus seruus in hereditate esse intelligitur, qui eligi possit, semel electo vno ab eo, qui ius eligendi habet, puta à domino, à manumissore. Sed si

D Lucius Titius à se repulerit & repudiauerit legatum, nec voluerit quenquam eligere quem volet: manumisso integrum est eligere quem volet, manumisso integra est petitio & vindicatio legati. Nam etsi seruo legatum relictum sit eo tempore, cesseritque dies eius legati eo tempore, quo seruus erat in potestate domini nondum manumissus, atque adeo quo potestas domini vnius personæ intellectum inducebat in domino & seruo, & nunc manussione, inquit, duæ personæ discretæ constitutæ sunt, vt ait Theophilus in §. *cum seruo, de legatis*, non ideo tamen euanescit legatum, quia etsi iam non habeantur pro vna persona, soluta potestate per manumissionem, vna tamen est res legata, quæ inter manumissionem & manumissum vertitur, quę res si vindicetur ab vno, velut à domino, non vindicabitur ab altero: Et contra

E tra si non à domino vindicabitur ab vno, velut à domino, non vindicabitur ab altero: Et contra si non à domino vindicatur, puta repudiato legato, tamen à manumisso vindicabitur. Ceterum in vindicatione prior & potior est manumissor, manumissus posterior: neque enim auditur, si eligere aliter velit, quam si manumissor à se legatum repudiet. Et in hanc rem hæc lex est singularis valde, neque quicquam pręterea est. Verum interim notandum, homine generaliter legato, vnum hominem, vnam rem, vnam speciem esse in legato, non genus, aut totum corpus. Vnius rei, inquit, legatum vertitur inter manumissorem & manumissum, quod vel ab hoc, vel ab illo vindicetur. Cum tamen non vnus homo expressim, non vna res legata sit, sed seruus generaliter & indistincte. Idq; etiam optione

legata esse: verum recte Bartolus asserit in *l. seq.* optione data serui, vel cuiusque rei vnam rem tantum esse in legato, ideoque optione serui data vni, & Sticho alteri legato, Sticho electo ab eo cui optio data est, eos concurrere in Stichum, in Stichi dominium pro partibus, nec locum esse in hac specie satis tritæ regulæ, *Generi per speciem derogari*, quia species legatur, cum optio legatur, non genus, cum homo generaliter legatur. Valde etiam obseruandum est, hanc legem esse de seruo generaliter legato, quod legatum purum est, vt memini me docere superius. Si purum, ergo & cedit statim à morte testatoris, & purum esse ostendit lex *nec semel*, §. *pen. quando dies legat. ced.* non autem loqui hanc legem de optione serui legata, quoniam hoc legatum est conditionale, quasi relictum sub conditione, si elegerit, *l. 3. qui & à quibus manumiss.* §. *optionis, Institut. de legatis*. Et consequenter dies legatæ optionis non cedit à morte testatoris, sed à die, quo elegerit post aditam hereditatem: Nam electio facta ante aditam hereditatem, nullius momenti est, quia fieri debet præsente herede, & exhibente vniuersam familiam defuncti, *l. 26. h. t.* Et ideo optione serui legata, non erit locus sententiæ huius legis, quandoquidem, si dominus, antequam eligeret vel optaret seruum, cui optio legata est, manumiserit, omnino electio potius ad manumissum, quam ad manumissorem pertinet, manumissor eligendo nihil agit, soli denique manumisso electio competit. Quæ differentia notanda est.

Ad L. XI.

Si Eros Seio legatus sit, & Eroti fundus deinde optio serui Manio data fuerit, isque Erotem optauerit: fundus ad solum Seium pertinebit: quoniam adita hereditatis tempore is solus erit, ad quem posset legatum pertinere. Nam & cum seruo communi alter ex sociis legat: idcirco ad solum socium, totum legatum pertinet, quoniam die legati cedente solus est, qui per eum seruum possit adquirere.

QVæstio l. 11. est difficilior. Sciendum est, seruo proprio, quem testator alij legauit, exempli gratia, Lucio Titio, eundem testatorem recte legare sine libertate, *l. de seruo legato, de legat. 1.* seruo proprio alij non legato inutiliter legare sine libertate, *l. 6. C. de legat.* quia id non potest heres seruo dare, quin & videatur sibi ipsi dare, quandoquidem seruus ei acquisiturus est, non potest heres id seruo debere, quin & debeat sibi, quod fieri non potest: necesse enim est, distinctas esse personas debitoris & creditoris, actoris & rei, dantis & accipientis. Si valeret legatum seruo proprio alii non legato relictum sine libertate, idem esset actor & reus, nempe heres esset actor & reus, idem debitor & creditor, dator & acceptor legati. At seruo proprio, quem alij legauit testator, sane vtiliter legat sine libertate, quia hoc casu non confunduntur personæ quæ natura disiunctæ sunt, vt ait lex *cum seruo 17. quand. dies legat. ced.* quæ est coniungenda cum hac lege 11. hoc casu non concurrit in eadem persona emolumentum legati, & obligatio iuris, id est, eadem persona, puta, heres non debet sibi ipsi legatum, sed alij. Verum dies legati seruo legato relicti non cedit, mortis testatoris tempore, vt ceterorum legatorum, quæ pure vel in diem certum relicta sunt: sed cedit à tempore aditæ hereditatis demum, *d. l. cum legato 17.* Et ratio hæc est, quia seruo Lucio Titio legato, quod legatur, legatur eo animo, vt id Lucio Titio adquirat, quia nihil ipse proprium ne momento quidem habere potest, & Lucio Titio id acquirere non potest, antequam Lucius Titius eius serui dominium acquisierit. Quod cum non acquirat ante aditam hereditatem, *d. l. seruo legato* consequens est, & legati illius diem apud Lucium Titium non cedere ante aditam hereditatem. Qua ratione & seruo testamento manumisso relictum legatum: vel, quod idem est, seruo proprio relictum legatum cum libertate, non cedit, nisi ab adita hereditate, §. *libertatibus, C. de cad. tollend.* quia scilicet eo animo relinquitur, vt & libero facto acquiratur. Liber autem fieri non potest ante aditam hereditatem, quia libertates & statulibertates à die aditæ hereditatis demum vires accipiunt, *l. 9. in fi. sup. hoc tit.* Ergo nec legati dies vtiliter apud eum cedere potest ante aditam hereditatem, id est, antequam ei obtigerit libertas. Denique legatum, quod seruo legato legatur, differtur in id tempus, quo seruus Lucium Titium legatarium dominum habiturus est: quod autem seruo cum libertate legatur, differtur in id tempus, quo liber futurus est, *l. 1. §. ad eos, ad leg. Falcid.* Id in vtroque est tempus aditæ hereditatis, ergo & vtriusque legati dies non cedit ante aditam hereditatem: alioquin inutile foret vtrumque legatum, si ante aditam hereditatem cessisset: cessisset enim inutiliter. Et vt hic in seruo, de quo præcipue institutus est sermo, planum faciamus, cui, cum esset Lucio Titio legatus, aliquid legatum est, si dies legati ei seruo relicti cederet à morte testatoris, ante aditam hereditatem cederet inutiliter, quia eo tempore, mortis scilicet, dominum, cui legatum acquirat non habet. Imo, inquies, habet dominum hereditatem iacentem, eique hereditati iacenti nondum aditæ, acquirit legatum ex alieno testamento, quod est verum, *l. non minus, de heredib. instit. l. si Titio 55. §. 1. l. 82. §. vlt. de legat. 2.* Verum ex testamento domini hereditati legatum acquirere non potest, alioqui in eadem persona concurreret obligatio iuris & emolumentum legati, id est, eadem persona, nempe hereditas, quæ personæ defunctæ vicem sustinet, *l. heres, de vsurp. & vsucap. l. hereditas, de acquir. rer. dom. l. denique §. quæsitum, quod vi aut clam, l. cum hered. C. depos.* Eadem, inquam, persona nempe hereditas iacens, quæque interim personæ defuncti vicem obtinet, deberet legatum, eidemque deberetur, quod natura non patitur. Non habet igitur hoc casu hereditatem pro domina, vt ei acquirere possit, quia ei ex testamento domini non potest acquirere. Mortis quoque testatoris tempore is seruus L. Titium, qui legatus est, dominum non habet, nec fingitur habere, vt ei legatum, quod sibi datum est, acquirere possit, quia non ante L. Titius serui legati, vel omnino quisquam legatarius rei, vel pecuniæ sibi legatæ dominus fit, quam hereditas adita fuerit, *l. seruum filij §. 1. l. si tibi §. cum seruum, l. seruo legato, de legat. 1. l. eleganter §. si seruum, de dolo.* Et falsum est, quod Accursius sæpenumero notat, post aditam hereditatem fictione iuris, recte legatarium rei legatæ dominium acquisiuisse videri, à mortis testatoris tempore; neque etiam id recte colligit ex *l. si seruus legatus, de noxal. act.* vel ex *l. à Titio, de furt.* Nam, quod ait, recta via dominium rei legatæ, per vindicationem scilicet, ab eo, qui legauit, ad legatarium transire, hoc non est recta via à morte testatoris, sed ab adita hereditate demum, quæ deliberante herede, interim fuit domina rei legatæ, *l. 80. de legat. 2.* Quæque interim sustinuit vicem eius qui legauit. Et recta via, id est, non per factum heredis, sed ipso iure. Quia igitur L. Titius serui legati non ante dominus efficitur, quam adita hereditas fuerit: ideo receptum est, ne inutiliter cederet dies legati seruo relicti, non mortis tempore diem cedere, sed ab adita hereditate, quia adita hereditate statim seruus legatario acquiritur, eundemque legatarium mox sequitur legatum relictum seruo legato, *d. l. 13. hoc tit.* & *d. l. 17 quando dies legat. ced. l. heredis §. vlt. eod. tit.* si modo in eo §. *vlt.* vti oportet, emendate legatur hoc modo: *vel si cui seruus legatus est, & eidem seruo aliquid.* Et hoc quidem, quod diximus, seruo legato recte legari, & diem legato vtiliter cedere ab adita hereditate, à quo tempore etiam legatarius serui dominium acquisisse intelligitur. Hoc ita procedit, si legatarius agnouerit legatum; agnitio legati retrotrahitur ad tempus aditionis, non ad tempus testatoris: Nam si à se repudiauerit, legatum seruo legato & repudiato relictum inutile est, quasi relictum seruo proprio sine libertate, quia quod repudiatur, nec legatum videtur. Rursus idem illud ita procedit, si legatum serui præcedat legatum, quod eidem seruo datum est: Namque ita contemplatione eius,

qui prius legatus est, seruo legari videtur, vt ei acquirat. Et sic species proposita legitur, vbicunque hac de re tractatur, prius fuisse legatum seruum, deinde eidem seruo aliquid. Quod si contraria ratione prius seruo legatum detur sine libertate, deinde idem seruus alij legetur, facile adducor vt credam, non valere legatum seruo relictum, quod nec contemplatione eius, cui postea seruus legatus est, relictum videtur: nam si fauore libertatis, nihil refert, seruo legato data libertas præcedat an sequatur legatum, *l. 10. de manumiss. testam.* Detracto igitur isto fauore, vt in hac specie, de qua agitur, ordo scripturæ seruandus est. Est & tertius modus, quem addi velim superiori propositioni, nempe, si seruus legatus, cui & postea aliquid legatum est, interim non manumittatur à testatore inter viuos, dies legati ei relicti cedit mortis tempore, non exspectata aditione hereditatis, *d. l. cum legato 17. l. quæsitum §. duob. & §. si quis Stichum, de lega. 1.* & manumissione exstinguitur legatum serui, *l. Titio, l. 27. §. vlt. de adimend. legat.* Eodemque modo, si à testatore alienetur post testamentum factum citra necessitatem dies legati cedit à morte testatoris, nec exspectatur aditio hereditatis, & pertinet ad emptorem, & legatum serui euanescit, *d. l. quæsitum §. seruus, & §. si quis Stichum.* His cognitis, quæ sunt certissima principia iuris, ex quib. pendet species huius *l. 11.* Finge: Stichus Seio legatus & Sticho fundus, deinde optio serui Mæuio data est, post aditam hereditatem (vt oportet) Mæuius optauit legatum fundi à Sticho relictum, vtrum sequatur Mæuium an Seium? vel, an communicetur inter Seium, qui Stichi dominium acquisiuit adita hereditate, & Mæuium qui eiusdem Stichi dominium optione acquisiuit? vt in *l. 20. in fi. hoc tit.* Et Iulianus ait hoc loco, inspiciendum esse aditæ hereditatis tempus, quia eo tempore cedit dies legati Sticho relicti, & eodem tempore solus Seius Stichi dominus fuit, quia eo tempore solus est, ad quem Sticho relictum legatum peruenire possit, nondum à Mæuio facta optione serui quam nec facere potuit, nisi post aditam hereditatem, *l. 16. h. tit.* At postea Mæuio concurrente, & optante Stichum eundem, Stichus fit communis Mæuij & Seij, vt in specie *l. si domino 99. de leg. 1.* Cum domino Stichus legatus est, & Pamphilo seruo eius optio serui. Pamphilo postea manumisso, & optante eundem Stichum, Stichus fit communis inter eum & manumissorem. Denique legato optionis continentur etiam seruus alij legatus, quod notandum, ita vt possit eligi. Imo & statuliber continetur, sed non etiam liber, cui præsens libertas data est, *l. 9. sup.* quia præualet libertas, *l. vlt. §. pen. de vulg. substit.* Fit igitur, vt dixi, in specie proposita Stichus communis Mæuij & Seij pro indiuiso, quasi inter re coniunctos: nec enim coniunctionem, quæ re per se contigit, quippiam impedit quod eadem res vni sit legata pure, nempe Seio, alteri sub conditione, nempe Meuio: quia legatum optionis est conditionale. Denique re coniuncti sunt duo legatarij, etiamsi vni pure, alteri sub conditione eadem res legata sit. Idque est proditum aperte in *l. idem §. vlt. de vsufr. accresc.* Denique Stichus erit communis Seij & Mæuij. Cęterum fundus Sticho legatus non erit communis, sed serui proprius manebit in solidum, quia die legati cedente, solus fuit Seius, cui legatum acquiri posset, vt hoc Iulianus in hac *l.* comprobat, à simili, non à minori, vt Glossa, quam & ob id reprehendit Albericus: si seruo communi duorum, vnus ex dominis legauerit aliquid sine libertate, legatum valet, quasi alieno seruo relictum, propter partem socij, eiusque legati dies cedit ex mortis testatoris tempore. Et erit quidem is seruus communis inter heredem qui hereditatem adierit, & socium testatoris, sed legatum ei seruo relictum soli socio testatoris acquiritur, quia die legati cedente, id est, mortis tempore, is solus fuit, qui per eum seruum legatum acquirere posset, nondum adita hereditate, quę ostenduntur etiam in *l. Plautius, ad leg. Falcid. & l. verum §. si seruo pro soc.* Paulus 3. *Sent. tit. de leg. Communi,* inquit, *seruo, cum libertate, & sine libertate legari potest, totumque legatum socio testatoris acquiritur.* Ceterum seruus to-

A tus socio testatoris minime acquiritur: sed fit communis inter heredem & socium testatoris. Similitudo est optima, neque vero huic exemplo simili quicquam obstant leges quas adducit Accurs. *l. per seruum §. 1. de acquir. rer. domin. & l. proinde §. 1. de stipul. seruor.* Nec tamen explicat bene: explicabo paucis. Species est: Si vnus ex sociis seruo communi fundum vel pecuniam donauerit inter viuos, fundus vel pecunia erit communis inter donatorem & socium, *d. l. per seruum.* Cur? Quia & ad donatorem pertinere potest, pro parte dominij, quasi donatio consistat tantum pro parte socij. Eademque ratione in *l. proinde,* si seruus communis ab vno ex dominis simpliciter stipulatus sit fundum dari, fundus fiet communis inter promissorem, fundus pertinet fundive dominium promissor retinet, pro parte dominij. Et stipulatio valet tantum pro B parte alterius socij, quæ ita sunt in donatione & stipulatione, de quibus sunt illæ ll. Longe secus est in legato, quo de agimus: nam si vnus ex sociis, seruo communi fundum legarit, die legati cedente, id est, mortis testatoris tempore, fundus pro parte dominij ad heredem pertinere non potest, quia nondum adiit hereditatem. Ergo acquiritur in solidum alteri socio necessario, si legatum vires acciperet, si legati dies cederet ex præsenti tempore, vt donatio & stipulatio, *l. vsufr. de stipul. seru.* vt actus quilibet viuentium solet statim ex præsenti tempore vires accipere, etiamsi sit conditionalis, *d. l. vsusf.* Ita, inquam, si legatum vires acciperet ex præsenti tempore, quod ex dominis communi seruo legauerit, res legata seruo communi, esset communis inter testatorem, & alterum socium, & conse- C quenter inter testatoris heredem, & alterum socium. Sed quia legatum non statim vires accipit, sed ex tempore mortis testatoris demum: Ideo totum acquiritur socio, cui & soli eo tempore acquiri potest, non etiam heredi, qui nondum adiit.

Ad L. XII.

Seruo generaliter legato: verius est, omnes heredes, si eis electio, data est, eundem dare debere, si non consentiant heredes, ex testamento eos teneri.

SEntentia *l. 12.* hæc est: homine generaliter legato, si testator electionem heredib. dederit, non legatario, he- D redes in vnum, quem legatario dent, consentire debere, aut si dissentiant, eos ex testamento legatario teneri, vt scilicet vnum eundemque hominem eligant, & dent non vnus partem vnius, alter partem alterius, quæ actio ex testamento, incerti est actio, quia incertum hominem petit: nam & qui generaliter legatus est, incertus est, *l. cum incertus, de l. 1. l. hered. §. si incerto, fam. ercisc.* Et quidem iudice imminente, vt ait, *l. huiusmodi,* in fi. *de leg. 1.* Adiecto scilicet actioni ex testamento: heredes compelluntur in vnum hominem consentire, vnumque præstare, ne alioqui eludatur voluntas testatoris, & legatario pereat legatum, quod nec omnino positum est, ponive potuit in voluntatem heredũ, *l. senatus §. legatum, de leg. 1.* & compelluntur statim. Nec enim est verum quod Baldus scribit, heredes in annum differre electionem posse, & si intra annum non elegerint, tum E electionem transferri ad legatarium: Quod male ducit, ex *l. vlt. §. sed & si quis, C. commun. de leg.* quia ea lex, quæ est Constit. Iustiniani, non loquitur de heredibus, vel herede, cui electio permissa est, qua de agimus, sed loquitur de extraneo, vt puta, si Caio legauerit seruum, quem extraneus, puta L. Titius elegerit. Alia autem est conditio heredis, longe alia extranei: nam heres ex testamento in hoc obligatus est vt hominem eligat, & electum legatario præstet. Ac proinde die legati cedente, statim ad eligendum compelli potest. Extraneus vero ad id non est obligatus, nec inuitus eligere cogitur, sed neque etiam vltra annum, vt ibi constituit Iustinianus, cunctari, & electionem protendere potest: sed si intra annum non elegerit, tunc electio legatario datur illa Constitutione Iustiniani, sub hoc modo,

vt tamen non eligat optimum: qui tamen optimum eligeret, si à testatore nominatim ei electio data esset, vt docui in *l. 2.* & ita explicandus est ille §. *sed & si quis.* Verum tamen est, quod hic notauit Accursius, etiam heredes, quibus electio permissa est, si inter se dissentiant in eligendo seruo, sorte rem posse dirimere, vt propalam edicit, *d. l. vlt. §. 1. commun. de leg.* Nam & in aliis plerisque causis iure ciuili sortes sunt receptæ, *l. 1. de iudic. l. 5. famil. erc. l. 2. C. quando & quibus quar. pars det. lib. 10. & Nou.* 162. Nemo etiam est, qui nesciat, proconsulibus & prætorib. prouincias olim sortito fuisse permissas. Iudices quoque sortito datos in singulos annos, vel quæstionibus, apparet ex SC. quod proponitur in *l. 2. C. de bonis eor. qui ante sent. Cum,* inquit, *damnatus nemo videri possit, in hunc annum, antequã de eo forte* (vel *sorte,* quod idem est,) *Romæ iudicium redditum esset,* &c. Item in l. Corn. de sicar. apud Vlpianum *lib. 7. de offic. proconsf. Prætor iudex ve quæstionis, cui sorte obuenerit quæstio de sicariis, vt quærat cum iudicibus, qui ei ex lege sorte obuenerũt.* hęc sunt verba l. Cornelię. Quint. *lib. 4. c. 7. Scio,* inquit, *esse quæsitum, vtra pars deberet, prior dicere, quod in foro, vel atrocitate formularum, vel modo petitionum, vel nouissime sorte diiudicatur.* Et Salomon in Prouerb. *cap.* 18. in hanc sententiam, *Lites sedat sors, & rem, quæ inter potentes vertitur, dirimit.* Et in specie *h. l.* 12. non erit absurdum, si heredes, quib. electio permissa est, non consentiant vt inuicem rem dirimant sorte, & cum hominem pręstent legatario, quem sors duxerit.

Ad L. XIII.

Si optio serui mihi data fuerit, & Sticho aliquid testator sine libertate legasset: tunc sequens legatum consistit. cum tota familia ad vnum, id est, Stichum, reciderit, vt quasi pure legato, vtiliter sit legatum. Nec aduersatur Catoniana si voluntarius heres institutus sit: quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui. Quod si necessarius heres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam, inutile est.

§. 1. *Pomponius scribit: emptore hereditatis postulante, vt is, cui serui optio legata sit, optet videndum esse, an prætor, vt id faciat cogere debeat legatarium, quemadmodum si heres institutus id postularet: quia potest per heredem id emptor consequi. Et quare non possit, non video.*

HVius l. quæstio est longe difficilior, & cohæret quodammodo cum quæstione *l. 11.* Verum repetenda paucis hic prinicpia duo iuris, quæ satis luculenter exposita sunt in *l. 11.* seruo proprio inutiliter legari sine libertate, *d. l. 11. l. seruo, de leg.* 1. Vnus tamen casus in *hac l.* proponitur, quo videtur seruo proprio nulli legato sine libertate relictum valere. Sensus hic est: Testator extraneo herede scripto, optionem serui dedit: Sticho autem seruo proprio aliquid legauit sine libertate, quem alij non legauerat nominatim, & viuo adhuc testatore mortalitate intercidentibus seruis, vniuersa familia testatoris ad vnum illum Stichum recidit, nec iam optioni, quæ mihi legata est, locus est, cum vnus tantum seruus superfit in familia, an is mihi debetur? Stichus mihi debetur, perinde, ac si mihi pure legatus esset: quia etsi optionis legatum fuerit conditionale, tamen hoc casu, quasi vere mihi legatus Stichus videtur, vt in specie *l. 8. §. 1. sup.* Si testator ex quatuor viriolis duas, quas elegissem mihi legauerit, & duas tantum reliquerit mortis tempore, vel duæ tantum viriolæ ab initio fuerint, mihi duæ illæ debentur quasi pure legatę. Nec nouum hoc est, vt sub conditione datum legatum, purum intelligatur, *l. aliquando, de cond. & demonst.* & contra. Id vero necesse est ita constitui in proposito casu, quia redacta familia ad vnum, non est alius in hereditate, qui possit optari; sed vel nullum, vel vnum hunc, qui superest, accipere cogor: Nec enim ex alienis seruis quenquam optare possum, *l. 2. §. 1. h. t.* quia optio datur per vindicationem his verbis, *optato eligito:* quod idem est, ac si tu diceres vindicato. Et quod notandum, iure isto in legatum per vindicationem res alienę non cadunt, *l. Stichus, de manum. test. l. 88. de verb. sign. Per vindicationem,* inquit Vlpian. *lib. reg. legari tantum possunt ea, quæ vtroque tempore in bonis testatoris sunt,* id est, testamenti & mortis tempore. Quod si Stichus, vt dixi, in casu proposito mihi debetur quasi pure legatus, consequens est, & acquisito mihi Sticho ex legati causa, quod fit adita hereditate, non ante, legatum Sticho relictum etiam mihi acquiri, vt iam non videatur testator seruo proprio legasse sine libertate, qui in hereditate esset remansurus, sed seruo mihi legato, cuius dominium adita hereditate statim acquiro recta via, non per factum heredis, *l. 8. de leg.* 1. Et hæc est sententia *h. l.* Verum eadem lex respondet regulę Catonianæ, quę huic sententię obstare videtur. Regula Catoniana dictat legatum, quod, si statim post factum testamentum decessisset testator, inutile foret, non ideo vtile fieri, quod diutius testator vixerit, *l. 1. inf. de reg. Caton.* At si statim post factum testamentum vita decessisset testator, integra adhuc & incolumi familia seruorum, nec ad vnum Stichum redacta, Sticho relictum legatum non valeret, quasi seruo proprio relictum sine libertate. Ergo non debet ideo valere, quia diutius viuente testatore interim familia ad vnum Stichum reciderit, mortuis ceteris seruis: hoc argumento videtur labefactari posse superior sententia. Verum neganda est assumptio, quia etsi statim decessisset testator, non tamen omnino inutile esset legatum Sticho relictum: quia fieri potest vt ante hereditatem familia testatoris minuatur, & ad Stichum recidat, & in Sticho solo consistat: quo casu postea adita hereditate dies legati Sticho relicto cedit vtiliter, & mihi acquiritur, quia mihi, cui data erat electio siue optio, is Stichus pure videtur legatus esse, vt seruo legatur vtiliter. Nec regula Catoniana ad id genus legati pertinet, quia dies eius non cedit à morte testatoris, sed ab adita hereditate, & regula Catoniana ad ea tantum legata pertinet, quorum dies cedit statim à morte testatoris, vt vel conceptio regulę demonstrat satis. Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret legatum, id legatum, quandocunque decessisset, non valere, *l. 1. de regul. Cat.* Respicit regula ad ea legata tantum, quę cedunt ab eo die, quo decessit testator, non pertinet autem ad ea, quorum dies cedit ab adita hereditate, vt proditum in *l. 3. de reg. Cat. l. cum legato, quando dies leg. ced.* Et hęc ita se habent prorsus & absque controuersia, extraneo herede instituto, quod etiam posui initio, cum voluntarius heres est, non necessarius: nam necessario herede instituto, veluti seruo aut filiofam. testatoris, longe aliter res se habet: nam locus est regulæ Catonianæ, vt mox explicabo. Rursus dico, necessario herede instituto, & Sticho relicto legato sine libertate, si statim testamenti facti tempore vita testator decessisset, incolumi adhuc & salua familia sua omni, dies legati Sticho relicti cessisset statim, ergo inutiliter: quia cessisset apud heredem necessarium, quasi dominum Stichi statim factum à morte testatoris: quandoquidem heres necessarius ipso iure statim heres exstitisset, etiam ignorans sine aditione, *l. ex parte, de acquir. her. l. in suis, de suis & legit. hered.* Inutiliter, inquam, cessisset apud heredem, quia heredi, vel ab ipso herede deberi vel acquiri legatum non potest: distinctas oportet esse personas dantis & accipientis: idem homo dare legatum & accipere non potest: idem debere, & eidem deberi non potest. Denique legatum Sticho relictum, si statim decessisset testator, inutile foret, quia cessisset inutiliter. Et ideo propter reg. Catonianam nec potest vtile fieri legatum Sticho relictum post testamentum factum viuo adhuc testatore, ceteris seruis è medio sublatis, familia testatoris ad vnum Stichum redacta. Proinde is quidem Stichus mihi acquiritur, mortuo testatore, quasi pure legatus: legatum autem ei relictum mihi non acquiritur, quia inutile est. quod ab initio inutile fuit legatum, aut fuisset ab initio, si obiisset statim testator, ex post facto non conualescit. Hæc est reg. Catoniana. Et obserua differentiam heredum in *h. l.* alios esse voluntarios,

& alios necessarios: Et rursus intellige, necessarios vel esse A suos, vt puta liberos, qui sunt potestate testatoris, vel esse necessarios, vt seruos testatoris. Denique necessarios subdiuide in necessarios & suos. Obserua item præter illam diuisionem heredum, differentiam, quæ est inter eos qui necessarij & voluntarij dicuntur. Necessarij statim à morte testatoris ipso iure heredes existunt etiam inuiti & ignorantes. Voluntarij non statim heredes existunt à morte testatoris, sed vltro adita hereditate. Denique heredes sunt illi, existunt, & statim apparent, vt Theoph. loquitur, ἀναφάνονται, hi fiunt. Et inde necessario herede instituto, legatum seruo proprio relictum sine libertate, inutile est quamuis postea is seruus, redacta ad vnum familia defuncti, iure legati ad eum pertinere cœperit, cui optio serui data erat. Cur vero inutile est, quamuis id acciderit? Quia B & inutile foret ab initio si statim tempore facti testamenti testator decessisset, propter reg. Catonianam. Voluntario autem herede instituto, legatum seruo proprio relictum sine libertate, & optione serui alij legata, etiamsi statim vita decessisset testator, non omnino inutile foret, cum possit ante aditam hereditatem ad vnum illum seruum Stichum redigi familia defuncti: quo casu quasi pure legatus ad eum post aditam hereditatem pertinet, cui optio serui data est. Denique dies legati seruo proprio alij non legato relicti sine libertate, necessario herede instituto, cedit à morte testatoris, & prorsus inutiliter: Voluntario autem herede instituto, in proposito casu cedit ab adita hereditate, quasi relicto seruo pure legato, & cedit vtiliter. Eandemque heredum distinctionem seruari dicimus seruo proprio C data libertate sub conditione, eidemque legato relicto pure: nam si talis sit conditio libertatis, quæ impleri possit ante aditam hereditatem mortuo testatore, veluti, *si Titio decem dederit*, voluntario herede scripto vtile legatum est, etiamsi statim decesserit testator, atque adeo hoc casu locus non est regulæ Catonianæ, quia conditio libertatis ante aditam hereditatem impleri potest, & legatum manumisso deberi post aditam hereditatem. Sed si talis sit conditio libertatis quæ non possit impleri nisi post aditam hereditatem, veluti, *si decem heredi dederit*, hoc est, ei qui adierit, & vt dixi, si sit voluntarius heres scriptus, inutile est legatum pure relictum seruo, cui data est libertas sub illa conditione: quia statim mortuo testatore inutile foret legatum, nondum adita hereditate, atque adeo nondum competente libertate, quæ ex die aditæ hereditatis tantum D vires accipit, impleta conditione. Ac plane hoc casu locus esset regulæ Catonianæ. Et hoc scripto herede voluntario. scripto autem herede suo vel necessario, qualis qualis fuerit adscripta conditio libertati, omnimodo inutile est legatum, quia dies eius cedit inutiliter tempore mortis, nimirum ante impletam conditionem libertatis, quæ nec in illo articulo mortis potuit impleri, vt hæc omnia ostenduntur in *l. Iulianus, de cond. & dem. l. quæsitum, §. 1. de leg. 1.* quæ valde confirmant differentiam inter voluntarium & necessarium heredem.

Ad §. 1.

OPtione serui data, ne diutius à legatario optio serui protrahatur, & ob eam rem impediatur omnium E seruorum, quos testator reliquit, venditio, pigneratio, vel manumissio, & ordinatio familiæ, à prætore certum tempus decernitur, intra quod optet legatarius, non tantum herede id postulante extra ordinem, vt in *l. 6. sup.* sed etiam quouis alio, cuius intersit modo, velut emptore hereditatis, cui heres scil. vendidit hereditatem, qui quidem emptor etiam heredis vicem obtinet *l. 2. §. pen. de hered. vend. l. 9. com. præd. l. 54. de pet. hered.* Postulante itaque emptore hereditatis, decretum illud prætor interponit, vt legatarius optet intra diem, post diem ne possit optare: nisi scil. malit emptor (nam & hoc potest) cum herede eodemque venditore agere, vt id ipse heres à prætore postulet. Biuium patet emptori ad ordinandam familiam hereditariam: postulatio adito prætore si velit, & actio ex empto cum herede, vt id postulet heres atque perficiat, nec alia intercludit aliam, vt & similiter biuium aperitur in specie *l. 8. §. vlt. h. t.* Idem vero decretum à prætore postulare potest, non heres tantum, vel emptor hereditatis, sed & legatarius, cui ceteri serui legati sunt, vt si testator dixerit: *Seio optato seruum, Ceteros autem seruos lego Caio.* Caius potest a prætore postulare, vt mature decernat optionem fieri à priore legatario, quia eius interest expediri quamprimum optionem, *d. l. 8. in princ.*

Ad L. XIV.

Si, cum optio serui ex vniuersa familia legata esset, heres aliquem, priusquam optaretur, manumisit: ad libertatem eum interim non perducit: seruum tamen, quem ita manumiserit, amittit: quia is electus, legato cedit: aut relictus, tunc liber ostenditur.

IN *l. 14.* notandum est, optione serui legata, heredem neminem ex seruis testatoris defuncti interim manumittere posse, ita vt ad libertatem statim perueniat, ne minuat legatario ius, quod habet, ius electionis, quam nondum fecit, *l. 3. qui & à quib. manu. lib.* aut, si quem ante optionem legatarij manumiserit, hunc ipsum legatarius poterit optare. Verum si hunc ipsum non optauerit, sed alium, retro libertas manumisso competiisse intelligitur, neque enim ab initio prorsus inutilis manumissio est. Et *d. l. 3.* non dicit, eam prorsus esse inutilem, sed per eam tantum ius electionis non euerti, aut minui. Atque ita euenit sæpe, vt quæ dubia erant ab initio, ex post facto retroducantur, & certa ac manifesta fiant, *l. quædam, de reb. dub.* Et secundum hæc, vt in h. *l.* ostenditur, siue ille seruus, quem heres manumisit, antequam legatarius optasset, postea optetur, siue non optetur, eum heres omnino amittit, quia electus cedit legatario, non electus liber erit.

Ad L. XV.

Seruo sine libertate legaui, deinde optionem seruorum Mæuio dedi, is eundem seruum optauit: quæro, an id quoque, quod legatum est, ei deberetur. Respondit: non puto legatum huius serui nomine ad dominum pertinere.

STicho seruo proprio alij non legato, quidam legauit aliquid sine libertate, & mihi optionem serui dedit. Ergo Stichum optaui, & optione statim factus sum dominus Stichi. *l. 20. inf.* Quæritur, an legatum Sticho relictum mihi debeatur? Et satis est euidens, non deberi: quia eius legati dies cessit apud heredem, priusquam seruum illum optaret: quia non possum optare, nisi post aditam hereditatem, herede præsente & exhibente vniuersam familiam, *l seq. & l. 9. §. vlt. sup. l. 10. de leg. 1.* Præcedit semper aditio hereditatis optionem legatarij. Si igitur apud heredem legati Sticho relicti dies cessit, priusquam illum optaret, inutiliter cessit, quia heredi à seipso legatum deberi vel acquiri non potest. Itaque Stichum quidem acquiro mihi, si opto: legatum autem ei relictum non acquiro, quia inutile est, nisi vniuersa familia mortuo testatore in vnum Stichum reciderit, quia tunc Stichus mihi pure legatus, & Sticho mihi pure legato legatum debetur. Valet igitur legatum Sticho relictum, quia vtiliter cedit ab adita hereditate, apud me scilicet non apud heredem.

De lege 16. dixi, quod satis est, sæpius.

Ad L. XVI.

Cum optio duorum seruorum Titio data sit, reliqui Mæuio legati sint: cessante primo in electione, reliquorum appellatione omnes ad Mæuium pertinent.

SI optio serui vel seruorum aliquot mihi legata sit, reliqui serui tibi, me non optante intra diem forte mihi

præfinitum à prætore, te postulante, vt in *l. 8. in princ. sup.* omnes serui tibi debeatur, omnis familia tibi debetur. Reliquorum enim appellatione etiam omnes continentur, *l. 95. & l. 160. de verb. sig. l. 78. §. vlt.* coniuncta *l. 80. de hered. instit.* Si Titium heredem feci ex parte, cuius capax foret, & Caium ex reliqua parte, & Titius nullius partis sit capax, Caius ex asse heres erit reliquæ partis appellatione integrum continetur. Et sic in l. Iulia de residuis, *residuorum* appellatione etiam omnis pecunia continetur. Si quis pecuniam publicam tractauit, nil reliquatus sit, sed totam pecuniam publicam depeculatus sit, tenetur l. Iulia de residuis, quia residuorum appellatione omnis pecunia continetur, *l. 4. §. leg. ad leg. Iul. pecul.*

Ad L. XVII.

Homine legato, Neratius ait, nihil agi repudiato Pamphilo. Itaque eum ipsum eligi posse.

HOmine mihi legato generaliter per vindicationem, si Pamphilum repudiaro, lex ait, me nihil agere. Recte, quia non Pamphilus mihi legatus est, sed incertus homo, *l. cum incertus, de leg. 1.* Inutiliter repudio, quod mihi delatum aut legatum non est, & Pamphilus mihi non defertur, antequam eum non optarim. Itaque integrum mihi est, eum ipsum Pamphilum optare, quia eum repudiando nihil egi, aut si quid egi, pro non acto est: atque ita fit, vt quemadmodum, quod si velim, habere non possim, id quoque repudiare non possim, *l. 117. de reg. iur.* Ita hoc casu singulari, vt &, quod si velim, habere possem, optando nimirum, repudiare non possum. At rursus, si Pamphilum post repudiationem illam inutilem elegero, atque ita Pamphili dominium mihi acquisiuero, etiam postea eum repudiare non possim, delata repudiantur, non acquisita, *l. 1. §. decretalis, de success. edic. l. Titia 1. §. Lucia, de leg. 2.* Et frustra huic *l.* opponitur *l. si vnus § sed si generaliter, de pact.* quia non de repudiatione loquitur, sed de pacto. Inter quæ duo, quantum sit interuallum, animos adhibete, docebo. Non repudiamus, nisi quæ nobis delata sunt, *d. §. decretalis.* Paciscimur etiam de nondum delatis, veluti de fideicommisso conditionali, *l. pactum, de pact. l. 1. C. eod.* & legatum conditionale, vel in diem incertum ante conditionem, vel diem repudiare non possumus vtiliter, nihil agimus repudiando; *l. 45. §. 1. de leg. 1.* Pacisci tamen de eo non petendo ante diem & conditionem possumus vtiliter, *l. & heredi §. pen. de pact.* Et sic etiam homine generaliter legato, frustra Pamphilum repudiamus, recte tamen paciscimur de Pamphilo non petendo: & Stichum forte petentibus nobis obstat exceptio pacti. Et adde, quod Accursius attigit, aliqua ex parte pactum perfici duorum pluriumve consensu; repudiationem vnius voluntate, hanc non obligare nos alteri: pactum obligare nos alteri iure naturali, & etiam iure prætorio, quatenus ex eo prætoriæ exceptiones dantur. Ad hæc maxime obseruandum est hanc *l.* loqui de homine generaliter legato, non de optione legata. Quare? quia plusquam certo constabat, eum, cui optio serui data sit, Pamphilum repudiare non posse. Cum nec ipsum legatum optionis repudiari possit, quia conditionale est: & repudiatio, quæ fit ante conditionem (quamuis conditio sit in arbitrium legatarij collata, id est, quamuis sit potestatiua, vt conditio optionis) non valet. Denique repudiatio non valet, quæ fit, antequam conditio exstiterit, qualis qualis fuerit conditio, vel casualis, vel potestatiua, *d. l. 45. §. 1. & l. 13. §. 1. de acquir. heredit.* quia intempestiua repudiatio est. Non valet repudiatio, quæ non fit tempore congruo. Impletur autem conditio optionis optando, & vbi semel optauerit, continuo acquirit, etiam nulla eius, quod optauerit, repudiatio est, quia quod acquisitum est, repudiari non potest, sera est repudiatio, atque adeo etiam intempestiua, *d. §. decretalis.* Siue sera, siue præmatura sit repudiatio, non valet. Legatum autem hominis generaliter relictum

A repudiari potest statim atque delatum est, quia purum est legatum, vt docui in *l. 10. sup.* sed non potest etiam repudiari vnus ex seruis hereditariis, puta Pamphilus. Hoc igitur interest inter legatum optionis & legatum hominis, quod neque ipsum legatum optionis, neque vnus ex seruis defuncti repudiari possit: legatum hominis repudiari potest, non etiam vnus ex hominibus.

Ad L. XIX.

Illud aut illud vtrum elegerit legatarius. *Nullo à legatario electo, decedente eo post diem legati cedentem, ad heredem transmitti placuit.*

B IVre ipso legatum optionis non transmittitur ad heredem legatarij, si legatarius decesserit post diem legati cedentem, nulla re electa, quia conditionale est, nempe si elegerit, *§. optionis, Institut. de legat.* Conditionalia, si moriamur pendente conditione, non transmittimus ad heredem. At legatum hominis transmittitur ad heredem, quia purum est, quod memini me iam sæpius dicere. Itaque hoc genus legati, de quo agitur in hac *l. 19. Stichum aut Pamphilum tibi do, lego, vtrum elegeris.* etiamsi tu nemine electo decesseris, electionem transmittis ad heredem tuum, quia scilicet, non est legatum optionis: nam vt ante aditam hereditatem eligere potes illum aut illum: optione data, non posses optare ante aditam hereditatem, *l. 16. h. tit.* Electio quæ ita datur, *illum aut illum vtrum elegeris,* non est actus legitimus, qui herede præsente peragi debeat. C Peragi potest herede absente. Optio actus est legitimus qui non potest peragi, nisi vocato & præsente herede. Denique purum est hoc legatum: *Illum aut illum vtrum elegeris.* Optionis vero conditionale. Interpretandæ autem sunt omnes leges huius tit. secundum ius, quod semper obtinuit ante Nouellam Iustiniani, quæ legatum optionis purum fecit, aut purum censeri voluit, quantum ad transmissionem: Ait lex, *decedente legatario, &c.* Post mortem testatoris iure antiquo, quo vtimur, & iure nouo post apertas tabulas, nempe ex l. Iulia & Papia. Auctor h. l. est Paulus 3. *Sent.* Sic habet inscriptio l. Et idem Paulus 3. *Sent. Per vindicationem,* inquit, *legatum, etiamsi legatarius non constituerit ad se pertinere, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit, ad heredem suum* D *transmittit.* Cur autem desiderat, vt nemine electo decesserit ante diem legati cedentem? nempe, quia si decesserit ante diem legati cedentem, legatum est in causa caduci iure isto, nec transmittitur ad heredes.

Ad L. XX.

L. 20. Apud Aufidium lib. 1. rescriptum est, cum ita legatum: vestimenta, quæ volet, triclinaria sumito, sibique habeto: *Si is dixisset, quæ vellet deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset: mutare voluntatem eam non posse vt alia sumeret, quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit. Quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere.*

E EX hac l. intelligitur, optione legata legatarium semel dumtaxat optare posse, vt *l. 5. de leg. 1.* quod satis exposui *l. 2.* Hæc autem l. exemplo vtitur huiusmodi. testator ita legauit, *Ille vestimenta, quæ volet triclinaria sumito, sibique habeto.* Legatum est optionis datæ per vindicationem. Et vestimenta triclinaria sunt, quæ cœnatoria dicuntur in *l. inter vestim. de aur. & arg. leg.* Petronius in Satyrico: *Cœnatoria,* inquit, *repetimus, & in cellam proximam ducti sumus in qua tres lecti strati erant.* Capitolinus in Maximino; *quum ad cœnam ab Alexandro rogatus esset, quod ei deesset vestis cœnatoria, ipsius Alexandri accepit.* Cyprianus in dispositione cœnæ: *Dabo singulis,* inquit, *vestes cœnatorias.* Dio vocat in Adriano στολὰς δειπνιτίδας.

Ad rem. Si cui legata sunt vestimenta triclinaria vel cœnatoria, quæ vellet: si semel dixerit quæ vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixerit, non est audiendus, mutare voluntatem non potest, vt alia vestimenta sumat, videlicet, si optio facta sit legitime, vt dixi in *l. 2.* de exceptis casibus supra notatis in *l. 8. sup.* Ratio autem est, quæ hic proponitur, quia omne ius legati prima testatione, qua se illa sumere dixisset, consumpsit, nec iam vlla vestimenta esse in hereditate intelliguntur, quæ optari possint, *l.* 10. *sup.* quinimo res statim eius fit, atque dixit, se eam sumere, nec mutata voluntate definit eius esse, dominium non amittitur nuda voluntate, nullo facto interueniente, *l. si quis vi, §. 1. de adquir. poss. l. ius agnationis, de pact.* non adquiritur etiam dominium nuda voluntate: vt si dixerit se velle illa vestimenta, sed sumptione demum aut vindicatione secuta. Notandum autem quod ait, *prima testatione*, quia optio, cum sit actus solemnis & legitimus, testatione fieri debet, vt mancipatio, vt adoptio, vt cretio, vel additio: qui enim sunt actus solemnes, & legitimi, non recte fiunt, nisi rogatis adhibitisque testibus.

Ad L. penult.

Filium & vxorem heredes scripsit: filiam exheredauit: & ei legatum dedit, cum in familia nuberet, 100. *& cum in familia nupserit his verbis:* insuper arbitratu Semproniæ matris eius, mancipia 10. quæ confestim post aditam hereditatem meam à Sempronia vxore mea eligi volo. Quæ mancipia cum in familiam nupserit, dari volo. Et si, antequam nupserit, aliquod ex mancipiis decesserit: tunc in locum eius arbitratu Semproniæ matris eius, dari volo, dum ad eam plenus numerus perueniat. Quod si Sempronia mater eius non elegerit: tunc ipsa sibi, quæ volet, eligat. *Quæsitum est, cum mater elegerit, an ea, quæ ex his mancipiis ante nuptias adgnata sunt, ad puellam supra numerum* 10. *mancipiorum pertineant. Respondit cum mancipiorum legatum in tempus nuptiarum testator transtulit, id, quod medio tempore ancillæ enixæ sunt, ad filiam non pertinere. Idem quæsit, ante nuptias, eorundem mancipiorum fructus & vsus an ad Semproniam matrem pertineant. Respondit, nihil proponi cur ad matrem pro solido pertineant.*

IN *l. pen.* hæc species est: Filio & vxore heredibus institutis, filia exheredata, filiæ legauit centum, & cum in familia nupserit, mancipia decem quæ vxor eligeret, vel cessante vxore, ipsa filia. In Florentin. hæc verba sunt superflua, *cum in familia nuberet*, rectius vulgo ita legitur, *legatum dedit centum, cum in familia nupserit, his verbis, &c.* Vxor antequam in familia nuberet, elegit decem mancipia, nec præstitit tamen, elegit tantum, & ex eis (forte 10. ancillis) adgnata sunt alia mancipia ante nuptias puellæ. Quæritur an & hæc, quæ accesserunt, mancipia pertineant ad filiam, quæ scilicet sunt supra numerum decem? Minime: nam & decem non debentur ante nuptias. Quæ igitur ancillæ interim enixæ sunt, quia tempus præstandorum decem dilatum est heredum causa, ad heredes pertinent, non ad puellam: sicut & fructus decem eorum mancipiorum, item ante nuptias pertinent ad hedem, non ad vxorem solam, vt in fine ait: *vxorem pro solido non habituram fructus.* fructus medio tempore percepti pertinebunt ad vxorem & filiam, non ad solam vxorem, quamuis ei electionem decem mancipiorum permiserit, & insuper ei iunxerit, vt in locum demortuorum, alia substitueret. Separat recte partus à fructibus seruorum. Nam partus non sunt in fructu, *l. in pecudum, de vsur.* In fructu seruorum sunt operæ, & eorum mercedes, *l. 3. de oper. seruor.* & ait hoc loco, *supra numerum.* Contendunt Grammatici, an oporteat dicere: *supra numerum*, an *super?* Hoc loco ait *supra numerum*, vt & *l. 1. C. de collegiat. lib.* 11. & Cornel. Tacitus 14. *Annal. Tres qui supra numerum praturam petebant legioni præfecit.* Et Plinius ad Traianum, *non euocaui milites quos habui supra numerum.* Et in antiquo nummo: *Nero Claudius Cæsar Drusus Germanicus Princeps Iuuentutis, Sacerdos coaptatus in omnia collegia supra numerum.* Alias dicitur super numerum, non minus recte: nam & inde supernumerarij dicuntur, *l. 2. C. de castrens. lib. 12.* & ab eodem Plinio *super numerum legitimum*, ad Traianum in epistola *de adiectione.* Et Suetonius in Claudio: *Instituit imaginariæ militiæ genus, quod vacant super numerum.*

Ad L. vlt.

Maritus vxori suæ codicillis per fideicommissum dedit prædia, item lances, quas elegerit quatuor. quæsitum est, an ex his lancibus, quæ mortis tempore sint, eligere possit. Respondit, posse.

EX *l. vlt.* notandum, electionem dari per fideicommissum, ex iis rebus, quas testator reliquit mortis tempore, etiamsi eas non habuerit testamenti tempore. Per fideicommissum dedit prædia, & lances quatuor, quas elegerit. Poterit, inquit, eligere ex iis lancibus, quæ mortis tempore sunt, etiamsi non fuerit testamenti facti tempore. Et ideo recte ait, per fideicommissum; nam per vindicationem data optione, in eam tantum venit res, quæ vtroque tempore testatoris fuerunt testamenti & mortis ex iure Quiritium, Vlpiano auctore in regulis. Atque ita non abs re ponit eas res datas per fideicommissum. Neque vero obstat huic *l. vlt. in prin. de auro & arg. leg.* quæ est ex eodem lib. vbi testator per fideicommissum reliquit *argentum viatorum*, quo vtebantur in itinere, his verbis: *Dari volo ei argentum meum viatorium.* Hæc verba, *dari volo*, sunt verba fideicommissi, & tamen debetur, ait, id tantum argentum, quod testator habuit testamenti facti tempore. Breuiter hoc ideo est, quia dixit *meum*, quo verbo præsens tempus significatur, vt expresse in *l. 8. eod.* Non obstat etiam *l. nomen §. 1. de legat. 3.* Legauit filio nomina viginti, id est, obligationes viginti, cautiones viginti, quas elegerit. Quid fecit filius? Is cum ei pater permisisset omnium rerum suarum administrationem, cum filius procuraret omnia negotia patris, securo patre, ipse tanquam procurator patris plura alia nomina fecit ampliora & luculentiora, hoc animo, vt ex eis eligeret viginti sibi legata, cum non explerent eius animum, quæ fecerat pater, qui fecerat exiguarum summarum, ipse fecit amplarum: An poterit eligere ex eis quæ fecit? Minime: Quia ea in re fraudulenter versatus est. Poterit tantum eligere ex nominibus, quæ testator ipse fecit, quæ testamenti tempore habuit, quoniam cætera ipse facit dolo malo, non potuit ipse sibi adiungere legatum. Quod confirmat *l. omnia §. cum ita, de legat. 2. & l. cum de lanionis §. Sabinus, de instr. & instrum. leg.*



AD TITVLVM VI.

De Tritico, vino, vel oleo legato.

Ad Leg. I.

Vino legato, acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit.

IN *l. 1. huius tit.* ostenditur, vino legato, vel omni, scilicet, vel certo numero amphorarum aut cadorum, acetum quoque legato contineri, quod testator vini numero habuit: non ergo acetum, quod testator vini numero non habuit, vt *l. 2. in fi. sup. tit. prox.* qui finis omnino est coniungendus cum *h. l.* Idque vero ostenditur etiam in *l. 9. inf. h. t.* Legato vino igitur continetur etiam

in legato acetum, quod vini loco testator habuit. Sunt A enim, qui in vsu habeant acetum pro vino, idque dilutum aqua, quod *compostam*, & Graeci ὀξύκρατον, vocant, quod sumant ipsi vel praebeant seruis aut famulis, nautis in naui, vt est in vsu frequens, diciturque id aqua dilutum sitim sedare melius, quam vinum. Militibus quoque in expeditione alternis vinum, alternis acetum datur, *l. de erog. mil. lib. 12.* Aduersari huic *l. 1.* videtur *l. 3. h. tit.* quae, si cui vinum legatum sit centum amphorarum, si nullum vinum reliquerit testator, ait heredem vinum emere & praestare legatario debere, id est, merum, non acetum, quod vini numero fuerit. Verum ita distinguendum est: aut vinum reliquit testator, & acetum, quod vini loco habuit. & tunc vini amphoris centum legatis, legato etiam continetur acetum, quod vini numero habuit, *l. 1. & l. 2. sup. tit. prox.* Aut nullum testator B vinum reliquit, aut acetum, quod vini numero habuerit. & tunc heres debet emere vinum, & merum praestare legatario, nec liberatur praestando acetum, quod apud venditorem vini numero fuit: qui enim vinum, cum non haberet, legauit, de vino plane sensisse videtur, quod vinum esset proprie, non de alio liquore, quo quis alius pro vino vteretur. Et ita recte sensit Accursius. Et interim obserua, ea quae pondere, numero, mensura constant recte legari adscripta quantitate & modo certo, non aliter: etiamsi nihil eorum testator in bonis reliquit: quia ex venditione bonorum caeterorum, quae reliquit testator, ea facile refici possunt & comparari, vel etiam de suo, vt se liberet heres, ea praestare potest, id est, eundem modum vini, idem pondus vini vel argenti; eundem numerum nummorum, si certus numerus nummorum sit legatus, & hoc ostenditur in *l. si pecunia, de leg. 2. l. heredes §. vlt. famil. ercisc. l. 88. de verb. signific.* At non ita etiam corpora, siue species recte legantur, si nulla talia corpora reliquerit testator, vt si homo legatus sit generaliter, legatum non valet, si nullam familiam reliquerit testator, vel si domus legata sit, & nullam domum reliquerit, *l. si domus, de leg. 1.* qui derisorium id esse ait magis, quam vtile legatum. Cur ita? Quia non apparet quod sit legatum. At legatis iis rebus, quae pondere, numero vel mensura constant, nunquam leguntur, nisi adscripto modo certo, aut inutiliter leguntur, non adscripta quantitate certa, numero, pondere, mensura. Et in legato est quantitas illa, vt legato certo pondere auri, in legato est pondus, non vasa aurea, quae testator habet. Item legatis centum nummis quantitas debetur, non centum nummi, quos habuit testator, *l. 19. in princ. de aur. & arg. leg.* Legatis igitur his rebus, certa est quantitas quae legatur, quam adiici oportet, vt sit vtile legatum, videlicet, centum amphoras vini, centum aureos, auri pondo centum, alioquin inutile esset legatum, quantitate non adiecta. Sicut & ob eam rem, id est, ob omissam quantitatem, inutilis est stipulatio, *l. triticum, l. ita stipulatus, de verb. oblig.* Nec est hac in re vlla distantia inter legata & stipulationes. Vnde & in *l. nummis, de leg. 3. nummis legatis*, id est, certo nummorum numero, alioqui inutile esset legatum. Vnde & idem quod proponitur in *d. l. nummis*, tradit Vlpian. in *l. 82. si certis §. vlt. de leg. 1. Si certus*, inquit, *nummorum numerus legatus fuerit.* Sic igitur statuit: inutile esse legatum harum rerum, quae pondere, numero, mensura continentur, nisi adscribatur certa quantitas, addita scilicet huiusmodi exceptione: nisi testator hoc intellexerit & voluerit, vt legatario omne vinum praestaretur, quod sit in hereditate, quod fuit in bonis, vel omnis pecunia, omne aurum vel argentum infectum, quo etiam modo apparet, quod sit legatum: omne enim legatum est, quod sit in bonis eius generis. At legatis aedibus, si nullas reliquerit, vel legata lance, si nullam lancem reliquerit, quid sit in legato non apparet, & ideo inutile est legatum. Idque verum est non tantum si generaliter corpus legauerit, sed & si specialiter veluti lancem illam caelatam opere Corinthio, vel caelatam illa fabrica: illo argento, vt *l. omnia §. species, de leg. 2.*

Ad L. II.

Cum alij penum, alij vinum legatum esset: excepto vino omne penum ad alium legatarium pertinebit.

Sciendum est in penu esse, quae esui potuique sunt, hoc est certissimum. Ergo & vinum est in penu. Denique penu legato vinum contineri, *l. 3. §. poculenta, de pen. leg.* Sed vt proponitur initio huius *l. 2.* Si penum alij legauerit, alij vinum, tunc legato penu vinum non continetur: quia de penu exemit vinum, quia generi per speciem derogatur, *l. 5. de manumiss. testam. l. seruus vrbanus, §. vlt. de leg. 3. l. 1. de auro & arg. leg.* quae est coniungenda cum principio huius *l. 2.* Nam, vt ibi idem auctor, Pompon. scilicet, scribit, & ostendit, si alij sunt legata vestimenta, alij vestimenta muliebria, exceptis vestimentis muliebribus, omnia alia vestimenta ad legatarium pertinere. Item vni legatis seruis vrbanis, alij seruo dispensatore, exempto seruo dispensatore, caeteros omnes seruos priori legatario deberi. ex quibus omnibus apparet generi per speciem derogari. Vnde ait in hac *l. 2.* excepto vino, omne penum ad eum pertinere, cui penum legatum est. Et dicit, *omne penum*, (quia hoc commouit Accursium) vt Comicus, *Ad te patris omne penum congerebam clanculum.* Vox est trium generum, vt specus. *Excepto*, inquit, *vino, omne penum ad eum pertinere*, cui penum legatum est. Vnde obiter nota, eum qui legat penum, omne penum legare, indefinitam orationem accipi pro vniuersali, vt *l. 17. de vsufr.* C *leg.* vbi id tractatur fusius. Addatur etiam *l. 7. inf. h. tit.* quae idem comprobat, indefinitam orationem accipi pro vniuersali, *l. 7.* cuius species haec est in priori parte.

Ad L. VII. Princ.

Quidam heredem damnauerat dare vxori suae vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta. Trebatius aiebat, ex singulis rebus non amplius deberi quam quantum heres mulieri dare voluisset: quoniam non adiectum esset, quantum ex qua que redaretur. O filius, Cascellius, Tubero, omne quantum paterfam. reliquisset, legatum putant. Labeo id probat. Idque verum est.

D Is, qui damnauit heredem vxori dare vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta; non adiecta quantitate, ex hisce rebus omne, quantum reliquit testator, legasse videtur, si voluntas testatoris non aduersatur: nam si non senserit de omni ea re, omni vino praestando, omni aceto, inutile legatum est, quia est incertum, quia incertae rei legatum est, & nota inde frumentum, quamuis sit nomen generis, recte legari, quando testator sensit de omni frumento quod habuit, puta tritico, hordeo, siligine, secali, auena. Nota etiam *salsamenta* ibi non esse, quae glossa scripsit, ex quibus scilicet conficitur intinctus, siue iusculum quoddam conditum. Adfert tamen in eam rem versum quendam, qui est ex libro scholae Salernitanae, de conseruanda valetudine; sed non intelligit, quid sint salsamenta. Sunt igitur *salsamenta*, salsi pisces, vt Thynni E vel Thunni, haleces, lardum, &c.

Ad L. II. §. I.

§. 1. Si centum amphorae, quas velles, tibi legatae sint: ex testamento agendo consequi potes, vt degustare tibi liceat. Aut quanti interfuerit licere tibi degustare, ad exhibendum agere potes.

Additur in *h. l. 2.* Data electione *centum amphorarum vini* legatario competere actionem ex testamento, vt sibi omnia vina quae reliquit testator degustare liceat, & eligere, quod satis superiori tit. demonstratum est. Ac

præterea legatario, si hanc malit, competere actionem ad exhibendum in id, quod interest, licere sibi degustare, actio ad exhibendum conceditur in id, quod interest, *l. Iulianus* §. *vlt. ad exhib.* Qua de causa & incerti actio dicitur, quia incertum est quantum cuiusque intersit. Eius enim rei definitio in facto potius, quam in iure consistit, *l. vlt. de prat. stipul.* & actio incerti, id est, actio ad exhibendum, *l. pen. depos.*

Ad L. III. & L. penult.

L. 3. Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset: vinum heredem empturum: & præstaturum, non acetum, quod vini numero fuit.

1. §. Si vinum legatum sit: videamus, an cum vasis debeatur. Et Celsus inquit, vino legato etiamsi non sit legatum cum vasis, vasa quoque legata videri, non quia pars sunt vini vasa, quemadmodum emblemata argenti, scyphorum forte, vel speculi: sed quia credibile est mentem testantis eam esse, vt voluerit, accessioni esse vino amphoras. Et sic (inquit) loquimur, habere nos amphoras mille ad mensuram vini referentes. In doliis non puto verum, vt vino legato, & dolia debeantur: maxime si depressa in cella vinaria fuerint: aut ea sunt, quæ per magnitudinem difficile mouentur. In cuppis autem siue cuppulis puto admittendum & ea deberi: nisi pari modo immobiles in agro, velut instrumentum agri erant. Vino legato, vtres non debebuntur. Nec culleos quidem, deberi dico.

HVius legis initium iam exposui, quod obstare videbatur, *l. 1.* Sequitur alia quæstio in §. *1. an vino legato, etiamsi non sit adiectum cum vasis, vasa quoque legata videantur.* Quæstio hodie frequens est, non in vino legato tantum, sed & vendito. Et varie dirimitur pro varietate locorum & morum. Definit autem hæc lex in §. *1. vasa vinaria quoque legata videri,* vt amphoras, cados, vrnalia, cuppas, aut cuppulas, sicut penu poculenta legata vasa continentur, *l. 3. §. pen. de penu leg.* Et hoc *non quia vasa sunt pars vini aut penus, vt emblema,* inquit, *est pars argenti.* quod sic interpretatur, est pars argenti, id est, scyphi vel poculi argentei, licet emblema sit aureum, vt ostendit lex 19. §. *plane, de auro & arg. leg.* At non ita vas est pars vini. non igitur vino cedunt vasa, quod sint partes vini, sed quia sunt accessiones vini, *l. 4. de penu leg.* ex mente defuncti, quæ, vt ait, ea videtur esse, vt voluerit vasa vini accessionem esse, quod & probat hæc lex ex vsu loquendi: nam centum vel mille amphoras vini nos habere dicimus, mensuram vini amphorarum nomine significantes. Et vtique in vsu *amphora,* pro mensura potius accipitur, quam pro vase vinario, vt & *Remmius Palemo* ostendit, *libro de ponderibus & mensuris.* Et in Idiotismo, *vn muy,* mensuræ nomen est, *& n'est pas le vaisseau, mais la mesure,* mensura autem semper adhæret vino. Denique mensura est accessio vini, quæ vinum semper comitatur. Verum obserua Vlpianum initio dixisse: *vino legato vasa quoque legata videri.* Et nunc ait: *vasa accessionis loco esse videri:* quæ sunt valde diuersa: Nam si vasa legata sunt, effuso casu quodam & consumpto vino, vasa debentur, si accessiones sint, non debentur, *l. 2. & 4. de penu leg.* Itaque quod supra ait, vasa legata videri, ex eo, quod subiicit sic accipiendum, legata videri, quasi accessiones, non quasi res principales. Neque vero aliud dicendum est vino vendito: nam & vino vendito, dico vasa quasi accessiones emptorem sequi. Accurs. in *l. in testamentis, de regul. iur.* Aliud voluit esse vino vendito: nempe existimauit vino vendito vasa non sequi emptorem, nisi id dictum nominatim sit, quod non possum probare *d. l. in testamentis* id non probat, nec id ducitur recte ex eo, quod ait plenius in testamentis esse accipiendas voluntates testantium: Nam & in contractibus & stipulationibus legimus quandoque plenius interpretandas esse voluntates contrahentium, *l.*

A *111. de verb. obligat.* Sed illo loco *l. in testamentis, plenius, &c.* id est, non restricte nimis, vt ait, & declarat exemplo, *l. plenum, de vsu & habit.* Ergo & vino vendito vasa, quasi accessiones emptorem sequuntur, nisi à venditore excepta sunt. Alia quadam in re videtur esse quædam differentia inter vinum legatum & vinum venditum, quam mox exponam. Si vænierit *vinum doliare,* vinum quod est in doliis, venditor potest vinum effundere, si libido est, vinum perdere, si diem ad metiendum præstiterit emptori, nec intra diem admensum est, quod ait *l. 1. §. licet, de peric. & comm. rei vend.* At heres, etiamsi faciat moram, legatarius in vino admetiendo, & ex doliis diffundendo in amphoras vel cados, mora legatarij non facit, vt legatum ei pereat, *l. 8. hoc tit.* Et ratio videtur esse hæc, quia
B lex ostendit esse etiam legatario post moram, quam fecit in vino admetiendo (cum scilicet esset certa mensura legata) integram petitionem legati, nec repelli eum doli exceptione, modo paratus sit heredi præstare, quanti interfuerit eius inania esse dolia, si quod plena essent, coactus sit forte alia dolia conducere magno. At mora emptoris facit, vt vinum pereat emptori, etiamsi perierit facto venditoris, atque adeo vt emptor vinum petere non possit, quod effudit venditor post diem condictum ad vinum admetiendum, & quod etiam exigitur, post denuntiatum testato emptorem, vt vinum tollat, aut futurum sciat, vt effundatur à venditore, quod ei doliis opus sit. Hoc ita in venditione, quia id videtur inter eos conuenisse vino doliari vendito ad mensuram, & die condicto vino admetiendo doliis euacuandis. Verum & in venditione eadem
C lex 1. §. *licet,* ostendit, id ægre concedendum esse, vt vinum pereat emptori facto venditoris in illis verbis: *commodius tamen est.* Vbi concludit commodius esse, vt quam minima iactura fieri poterit, detrimentove ea res peragatur, ne temere vinum effundatur. At hæc notandum est, vino legato aut vendito, etiam vino doliari, nihil refert dolia, licet ipsa sint vasa vinaria, non contineri legato. Contineri, vt dixi amphoras, cados, vrnas, cuppas: Dolia autem non contineri: nam dolia ad perpetuum vsum defossa erant, vel vt ait *h. l.* depressa, κατώγαια. In cella vinaria, picata bene & diligenter, ne vinum effunderetur, illita pice, & plerumque erant amplissima vasa figulina, vt nec inde facile possent moueri, atque adeo res immobiles esse existimarentur, vt emptorem domus aut villæ se-
D querentur. ex iis doliis solebant vina diffundi in amphoras & cados, *l. pen. inf. hoc tit.* Ipsa autem dolia defundi dicebantur, ex doliis vinum diffundi in amphoras, & ipsa dolia defundi, vinum in amphoras infundi. *Diffundere,* est vas vino implere, replere est infundere vinum, in vas immergere: *deffundere,* est vas deplere, viduare, vnde *vuider.* Optima igitur ratione legato vino, dolia, quæ ad perpetuum vsum prædij habentur, quæ quasi sunt instrumenta prædij, non debentur. *Amphorarum* & *cadorum* alia est ratio, quia ideo habentur, vt alibi exportentur, non vt in prædio habeantur perpetuo. & sunt igitur inter res mobiles plerumque. Imo etiamsi, quod fieri posset, amphoræ habeantur vt immobiles in agro ad perpetuum vsum, vt instrumenta prædij, eadem ratione, qua dolia, legato vi-
E ni non continebuntur, *l. 14. inf.* culei etiam & vtres, vt hæc lex ostendit, legato vini non continentur, quia non sunt vasa vinaria: neque enim vino fundendo sunt, sed deportando, ac mox defundendo in amphoras. Ad hæc etiam nobis explicanda erit *l. pen. huius tit.* cuius sententia pertinet ad hanc *l.* Sed repetamus prius paucis, quod colligitur præcipue ex *l. 3.* Vinum legatum, etiamsi vasa legata non sint, cum vasis deberi. Veluti cum amphoris & cadis, sine quibus esse & aliò transmitti non potest. Dolia autem non deberi, quæ ingentia sunt vasa vinaria. Dolia, inquam non deberi, maxime ea, quæ humi defossa sunt, vel tota, vel ad portionem situs perpetui, vsusve causa, & inde moueri facile non solent, vel non possunt, propter magnitudinem. amphoras & cados esse mobiles. Dolia & nonnunquam etiam cuppas immobiles esse in agro, vel vt partes, vel vt

instrumenta agri. Et ad hæc quæ eliciuntur ex *d. l. 3.* pertinet etiam *l. 14. huius tit.* quæ ait, vino legato ea demum vasa deberi, quæ ita diffusa sunt, id est, in quibus vina ita diffusa sunt, vel in quæ vasa vina diffusa sunt, vt in *l. seq.* vt non ad perpetuum vsum vasa conseruarentur, cuiusmodi sunt amphoræ & cadi. Nam hæc vasa non sunt ad perpetuum vsum, vt dolia, sed habentur vt exportentur, & loco moueantur, hæc vinum legatum sequuntur, dolia non item. His adiungatur quæstio *l. pen.* Si quis nominatim *vinum omne, quod habuit legauit cum vasis*, quæritur, vtrum duntaxat id vinum debeatur, quod est diffusum in amphoras vel cados, an etiam vinum, quod est in doliis, quod *doliare vinum* dicitur, illud amphorarium vinum? Et Trebatius dicebat doliare vinum non deberi: hac ratione, quod non de eo legando sensisse videatur testator, quod esset in doliis, quia scilicet vulgus, cuius ratione plerumque vti testatores solent, dolia non ponit inter vasa vinaria, sed amphoras tantum & cados, vnde vinum promit vsus sui causa. Igitur, si spectetur sententia testatoris, vinum, quod est in doliis, non deberi, quia vinum tantum legauit, quod esset in vasis vinariis: at si verba spectarentur, & vinum doliare deberi, quia dixit cum vasis, & dolia quoque vasa vinaria censeri, *l. Lucius §. pen. de leg. 3. l. vinaria, de verb. signif.* Itaque Trebatius dicebat: *Alium esse sensum testatoris, alium verborum: caterum*, inquit Trebatius, *dolia in vasis vinariis non essent.* Male vulgo legitur, *non esse.* Recte in Florentin. legitur, *essent. Caterum,* hic significat absurdum, vt in *l. 5. de impens. in res dot. fact.* Et in innumeris aliis locis iuris nostri. *Caterum,* id est, *alioquin*, & contra, *alioquin*, pro *caterum*, *cateroquin.* Recte igitur dixit Trebatius, alium esse sensum verborum; alioqui si idem sensus esset verborum & testatoris, dolia non essent in vasis vinariis, quod est falsum. Et ita hic locus est intelligendus. Verum à Trebatio merito dissentit Proculus in *l. 6. hoc tit.* & in hac *l. pen.* Proculus vino cum vasis legato, etiamsi verum esset, quod tamen non est verum, dolia non esse in vasis vinariis, nec his verbis, *cum vasis,* dolia comprehendi, tamen existimat id quoque vinum legatario deberi, quod est in vasis non vinariis, quod est in doliis, si dolia non sunt vasa vinaria: Sicut seruis omnibus legatis cum liberis, etiamsi serui debentur, qui sunt illiberes, id est, qui non habent liberos, vt ait Paulus in *l. si ancilla cum liberis, de leg. 1.* Itemque *seruis omnibus legatis cum peculio*, etiam hi serui debentur, qui peculium non habent, qui peculiati non sunt, *l. si qui serui, de legat. 1.* Adiectionis natura hæc est, vt augeat, non minuat. at longe alia ratio determinationis, taxationis, προσδιορισμοῦ. Longe alia adiectionis siue ampliationis. Dolia quidem ipsa legatario non debentur, quamuis legauerit omne vinum cum vasis. omne vinum etiam, quod est in doliis debetur, dolia non debentur, vino scilicet omni legato cum vasis, aut vino legato simpliciter, eo non adiecto, cum vasis. Denique vinum quidem debetur, quod est in doliis, dolia non debentur, quamuis dixerit cum vasis. Quid ita? An quia dolia non sint vasa vinaria? Minime. Verius enim est, idque ante probaui, dolia esse vasa vinaria, si in eis vinum conditum sit, non minus quam amphoras aut cados. Sed ideo vasa vinaria non debentur, quia vina mustea è torculari in dolia coniicere solebant, quæ defossa, demersa plerunque erant in terra. vt ex his postea vina diffunderent in amphoras vel cados; sed aliquando etiam, vt Columella docet, exposita stabant supra terram, plerumque infodiebantur in terram, vt ex his postea vina diffunderent in amphoras & cados, nec vnquam moris erat, vina cum doliis vendere, quandoquidem in prædiis dolia perpetui vsus causa posita erant, amphoræ vel cadi ad præsens tempus tantum, & cum his vina væniban t, & inde ex doliis vel ex dolio venditi aut legati vini mentio, scilicet vini, quod diffunderetur in amphoras vel cados in *l. 8. si quis ita, de leg. 2. l. quod legatur, de iudic. l. quod sæpe §. vlt. de contr. empt.* Diffundebatur autem vinum ex doliis in amphoras vel cados, aut vendendi causa, aut vtendi, vel potius abu-

A tendi, & absumendi, *l. cum quæreretur §. lana, de leg. 3. Cum*, inquit, *vinum diffudisset vsionis suæ causa.* Et in *l. pen. in amphoras & cados hac mente vinum diffundi, vt in his sit, donec vsus causa probetur.* vel vt existimo, illo loco legendum *promatur*; Idque sat manifestum. Ouid. 4. *Fast.*

Quaque puer quondam primis diffuderit annis,
Promit fumoso condita vina cado.

Vnde & *vino legato cum vasis*, vel *vino legato* simpliciter, eo non adiecto, cum cadis, amphoræ, & his similia vasa sequuntur tanquam accessiones. dolia non sequuntur, quia nec sequelæ sunt vel accessiones, quia perpetui vsus causa in agro posita sunt, & quasi pars agri vel quasi instrumentum agri, & quamuis vino vendito vel legato non sequan-
B tur, agrum tamen venditum vel legatum sequuntur, si perpetuo ibi posita sint, vt vsui seruiant patrisfam. non etiam vt sint agro vice instrumenti: secundum quam distinctionem est accipienda *l. cum fundus, tit. seq. & l. dolia, de contrah. empt. & l. fundi §. 1.* adhibito *§. Labeo, de act. emp.* Et ad idem etiam facit *l. dolia, tit. seq.* quamuis de doliis vinariis non sit, sed de iis, quibus terra aggesta viridaria imposita sunt, vel horti à dominis, quæ legato aut venditioni ædium cedere ait, si ita sint infixa vel infossa ædibus, vt ibi perpetuo posita sint. Non omittam hoc loco, quod in vasis vinariis iure singulari receptum est, eum, qui ignorans locauit aut vendidit: nec enim est vlla ratio separandæ locationis à venditione, eum, inquam, qui ignorans locauit amphoras aut dolia vitiosa, si vinum effluxerit vitio vasis, teneri emptori vel conductori in id
C quod interest, perinde ac si vitij non esset ignarus in solidum, *l sed addes § 1. loc. l. tenetur §. sed si vas, de action. empt.* Et tamen, si quis ignorans tignum vitiosum vendiderit, non tenetur in id, quod interest, tametsi ædes emptori vitio tigni corruerint. Idemque est, si quis quam aliam rem vitiosam ignorans vendiderit, *l. Iulianus §. 1. de action. emp.* Et hoc ideo in vasis vinariis: quia vt ait *d. l. sed addes §. 1.* ignorantia eius qui vendidit aut locauit dolia vitiosa, non meretur excusationem. Venduntur aut locantur plerumque sub vindemiæ tempus, *l. 1. §. vlt. & l. 2. de peric. & comm. rei vend.* quo tempore diligens paterfamilias & frugi vasa vinaria inspicere & explorare omni ex parte debet, num sint integra vel cassa, & vbi res exigit, ea debet pice illinere, vt solebant ea defricare, la-
D uare, emundare, quod præcipiunt omnes auctores rei rusticæ, nec potest igitur ignorare, aut debet, nec potuit aut debuit, qualia sunt vasa vinaria sine summa, supina, crassa & inexcusabili ignorantia. Ideoque ignarus perinde atque gnarus tenetur in id, quod interest, si vinum effluxerit. Hæc est ratio. Etiam non omittam, quod enarratores aliorum auctorum doctissimi scribunt, *doliare vinum* esse nouum nunc primum è torculari in dolia coniectum: *Vinum* autem *diffusum* esse, quod plerumque in multos annos in cellis seruetur, siue horreis vinariis: id, inquam, non esse per omnia verum: nam & in doliis vinum seruari, ad multam vetustatem vsu compertum est, & huiusmodi sæpe vina in Græcia & Italia etiam nostra ætate in terram defossa reperta sunt. Et Plinius quoque 14. *Imbecilla*, inquit, *vina, demissis in terram doliis, seruari va-*
E *lida, expositis, cælo*, scilicet aut tecto, quod arceat cælum. Falsum etiam quod iidem, *Vinum de cuppa* apud Cicer. vt semper scriptum fuit, *non de culpa*, vinum illud, esse vinum, quod sumitur vase, quo cuppa dicitur, cum sit vinum de caupona. Obiicit enim Pisoni Cicero, quod de penu sua non viueret, vt frugi patremfam. oportet & decet, sed quod panis, vt ait, & vinum sit ei à propola, caupona, cauponatore, & de cupa siue copa, vt Virg. loquitur, id est, de caupona. Iidem etiam suaues sunt, quum inter vasa vinaria, puta amphoras, cados, miscent *testas* figulinas; quod perinde est, ac si ligna quoque vasis vinariis adnumerarent, qui ligneis vasis vina condunt, vt nos solemus, circulisque cingunt ligneis, & alij quidam ferreis. Amphoræ sunt vasa testacea, vel lignea. Materia

autem

autem, ex qua fiunt, vas non est; & ne quidem vasis nomen per se obtinet, etiamsi addita ei sit forma amphoræ vel cadi.

Ad L. IV.

Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quæri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cuius generis oleum istius regionis homines in vsu habeant. Et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis, oleum legatario soluere.

SI oleum legetur, & oleum reliquerit testator, omne oleum, quod reliquit, debetur: oleo scilicet legato simpliciter & indistinctè, *l.7. hoc tit.* Sed si oleum non reliquerit testator, nec oleo legato adiecerit quantitatem puta mensuram, aut pondus, inutile est legatum, quia non apparet quid sit legatum, vel quia legatum ad minimum redigi potest: nam & gutta vna olei, oleum est. magis igitur derisorium est, quam vtile legatum olei, cui non est adiectus modus vllus, aut quantitas: quantitatem omnino adiici oportet, non etiam qualitatem. Nam etsi, vt proponitur in hac *l. 4.* legauit viginti libras, viginti pondo olei, non adiecta qualitate, legatum valet, & liberum est heredi, cuius generis & qualitatis oleum volet, vsque ad præscriptam quantitatem legatario præstare, etiamsi eo vti solitus non fuerit testator vel etiam si eo, quod heres elegerit, in ea regione homines vti soliti non sunt. Non quæritur, quo oleo vti solitus fuerit testator, vel quo in ea regione homines vtantur, sed totum ponitur in arbitrio heredis, vt legatum quantitatem præstet, id est, oleum cuiuscunque voluerit generis, vsque ad eandem quantitatem. Et hoc Paulus videtur hoc loco scripsisse, mea quidem sententia ad differentiam nummorum: nam si certus nummorum numerus legatus sit, non adiecta qualitate nummorum, prius quæri debet, quod genus nummorum in ea regione frequentetur, vel quo paterfamil. genere nummorum vti solitus fuerit, *l. nummis, de leg. 3. l. si seruus plurium §. vlt. de leg. 1.* Et si id forte non apparet, tum ad extremum res relinquetur in arbitrio heredis, qui vtique præstabit nummos exiguiores, pósita re in illius arbitrio. Itaque in dubio, in incerto exiguiores nummi debentur. Et ratio differentiæ inter nummos & oleum, addo etiam vinum & triticum, hæc est; quia nummorum qualitas mirabilis & incerta est, & varietas nummorum ingens & infinita. Nec mirum, cum sit ex instituto hominum flatura nummorum. Itaque non temere statim electio debet heredi permitti in tanta infinitate nummorum & inconstantia, vt quos volet præstet, qui vtique semper præstabit minores siue exiguiores. Olei autem finitio & qualitas à natura est certa, nec sunt qualitates olei adeo diuersæ ac nummorum, vt nec olei certo pondere legato, electio permissa heredi possit legatum exiguius facere. Hæc est ratio differentiæ satis idonea.

Ad L. V.

Cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, & minus natum esset: non amplius deberi placuit: & quasi taxationis vicem obtinere hac verba, Quod natum erit.

TEstator legauit certam mensuram vini, puta *decem amphoras*, adiecta taxatione siue determinatione huiusmodi, *quod in illo fundo, in illa vinea, hoc anno natum erit.* si minus natum sit, ait, non deberi amplius, quam natum sit, si lectæ sint tantum quinque amphoræ, non nisi quinq; deberi. Idque facere taxationem illam, *quod natum erit.* Idemque in contractibus seruari ostenditur in *l. si debitor §. 1. de contr. empt.* quæ est coniungenda cum hac *l. 5.* Vtraque est ex eodem Iuliani libro. Si ex causa venditionis promisero emptori *decem pondo olei, quod in illo fundo hoc anno natum erit,* & collegerim hoc anno ex illo fundo duntaxat quinque pondo olei, non plus debeo, quam quinque: quia hæc verba, *quod natum erit,* taxationis vicem obtinent. Et obseruandum in hac *l.* vinum legari ad mensuram, puta decem amphoras, quomodo etiam venditur vinum ad mensuram, scilicet si non vendatur per auersionem, *en bloc,* si non vendatur, in aggere, vt Valentinianus loquitur in *Nou. de renouat.* puta omne vinum, quod est in doliis, aut in apotheca: nam vinum aut auersione venditur, aut ad mensuram constituto pretio in singulas amphoras. Oleum autem semper vænit aut legatur ad pondus, puta decem libras olei, decem pondo olei, quod idem est, vt *l. 4. sup. cum certum pondus olei, &c.* & in *l. 8. vlt. de legat. 1. & l. si à me, de action. empt.* Verum huic legi videtur obstare lex 13. *inf.* quæ, si quis legarit decem amphoras vini in annos singulos ex eo, quod natum erit in fundo illo, etiamsi minus natum sit primo anno, vel nihil omnino natum sit, ait, nihilominus deberi legatario decem amphoras vini. Idque verissimum esse, si non refragetur voluntas defuncti. Nihil est quod tam facile expediri possit. Non eadem est species *h. l. & l. 13.* In *l. 5.* testator semel duntaxat legatario præstari voluit decem amphoras vini ex eo, quod ex fundo nasceretur. quæ postrema verba planè tunc taxationis vicem obtinent. In *l. 13.* testator non semel decem amphoras, sed singulis annis decem amphoras præstari voluit: quo casu etiamsi vno anno non bene prouenerunt fructus, etiamsi minus tulerit vnus annus, quam decem amphoras, id facile reparari potest ex vbertate alterius anni inferioris vel superioris. Itaque decem amphoræ omnino debentur singulis annis, etiamsi quo anno ager dominum fefellerit: quoniam non ex vno anno voluit inferri legatario illas decem amphoras, sed ex vniuersitate annorum, quamdiu viueret legatarius. Vnde ita concludamus in annuis legatis hæc verba, *quod natum erit*, non habere vicem taxationis. Idque confirmat *l. 17. §. vlt. sup. de ann. legat.*

Ad L. VI.

Cui vinum heres dare damnatus est: quod in amphoris & cadis diffusum est, dari debet: etiamsi vasorum mentio facta non est. Item, quamuis cum vasis, cadis legatum est: tamen id quoque, quod in doliis, legatum esse videtur. Sicuti si seruos omnes, cum peculio cuiusque eorum legasset: etiam eos, quibus peculij nihil esset, legasse videretur.

TEstator vinum legauit per auersionem, omne scilicet vinum, quod habuit simpliciter, vasorum nulla mentione facta. Iam didicimus ex *l. 3. & l. 14. & 15. huius tit.* vasa sequi legatarium, quæ non perpetui vsus causa habentur, vt cados, non etiam quæ perpetui vsus causa habentur, vt dolia. Hoc de vasis, de vino nunc. Vinum autem non id tantum debetur, quod est diffusum in amphoras & cados, sed & id, quod residet in doliis. Idque verum est, siue vinum legauit, nulla vasorum mentione facta, siue nominatim *vinum cum vasis*, vel quia dolia etiam sunt vasa vinaria, quod est verum, quamdiu continent vinum; vel quia etiamsi non sint vasa vinaria, id quoque vinum legato continetur, quod non est in vasis vinariis, quia vinum qui legat sine vasis, vel cum vasis, omne vinum quod habuit, legasse videtur. Ergo & id, quod habuit in vasis non vinariis. Sicut & qui omnes *seruos legat cum peculio*, etiam eos seruos videtur legare. quibus peculij nihil est, *l. si quis serui, de leg. 1.* quod satis exposui in enarratione leg. *pen.* In qua, quod inter cætera notaui, id dicam obiter, dolia non tantum esse vino nouo condendo, sed & vetustissimo, doliaque haberi vt vinum in eis seruetur in multos annos, quod ex vsu comprobaui, & ex Plinio. Idem probare possis ex *l. 8 tit seq.* vbi ostenditur alia instrumenta haberi cogendi fructus, alia quærendi, alia conseruandi causa; & inter ea instrumenta, quæ sunt conseruandorum fructuum causa, numerat dolia, licet non sunt defossa, sed quæ supra terram consistunt & cuppas. Idem confirmari potest ex eo,

quod M.Cato *lib. de re rust.* suadet patrifamilias, *vt habeat multa dolia, vt si ei libuerit, possit exspectare caritatem.* quod est seruare vinum in multos annos, forte id esse rei & virtuti & gloriæ, habere ob eam rem multa dolia, & exspectare caritatem annonæ.

Ad L. VII. §. 1.

§. 1. Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, heres dato. *O filius, nihil legatum esse. Quod & Labeo probat: quoniam eiusmodi triticum in rerum natura non esset. Quod verum puto.*

INitium legis 7. satis exposui in *l. 2. sup.* Sequitur in §. *Lucio.* Nullum esse legatum si quis per damnationem legauerit *tritici modios centum, qui singuli modij* (hoc adiecto) *pendeant pondo* 100. quia cum tam immensi ponderis triticum non sit in rerum natura, neque id dari oportere intendi, neque eius æstimatio præstari potest: qua ratione vtitur *l. liber homo, de verb. oblig.* Et potest in hanc rem vsurpari proprie, quod est in *l. inter stipulantem, §. sacram, eod. tit.* Vnam esse causam obligandi, quod dari possit: & contra vnam esse causam liberandi, quod dari non possit. licet etiam vsurpare quod est in *l. cum seruus §. vlt. de leg. 1.* furiosi esse talia legata testamento adscribere.

Ad L. VIII.

Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, & per legatarium stetit, quo minus accipiat: periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede, doli mali exceptione placuit summoueri, si non præstet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres.

SEntentia l. 8. hæc est: si vinum doliare per damnationem legauerit testator, quod habuit in cella, vel horreo vinario, & per legatarium mora fiat, quo minus vinum tollat, accipiat & diffundat in amphoras suas, aut cados, heredis autem intersit exinaniri dolia, forte ad nouam vindemiam: Quæritur, an possit heres vinum effundere, in quo tollendo nimis moratur legatarius? Et ait, heredem id periculose facturum; non negat districte heredem non posse vinum effundere, sed ait, periculose heredem facturum, si id vinum effuderit; quia scilicet legatario, quamuis moram fecerit in accipiendo vino, integra est actio ex testamento legati nomine in heredem, nec repellitur exceptione doli mali, quod serius agat, & tardius, si modo paratus sit heredi præstare id, quod interest, id est, id quod propter moram eius damnum passus est heres, qui forte, si dolia fuissent vacua, alij & magno locaturus fuisset: vel etiam, quia cum doliis ad excipiendam nouam vindemiam ei opus esset, & illa nondum euacuasset, necesse habuit magno pretio alia dolia conducere. Quod si id legatarius heredi præstare non sit paratus, tum petenti vinum, obstabit exceptio doli. Hæc est sententia huius leg. 8. elegantissima. Aliud plerisque omnibus videtur esse dicendum in vino vendito ex *l. 1. §. licet de peric. & comm. rei vend.* quod attigi aliquantum, *sup.* in *l. 2.* Id nunc mihi plenius tractandum, & diligentius *ille §.* excutiendus est. Si vinum in doliis vænierit ad mensuram certam, non per auersionem, constituto pretio in singulas amphoras; & venditor diem ad metiendum vinum emptori præstiterit, nec intra eum diem vinum ab emptore admensum sit: Lex ait, venditorem, cui forte dolia sunt necessaria, non statim dolia posse euacuare effuso vino, sed prius testato, id est, testibus adhibitis emptori denuntiare debere, vt aut vinum tollat, aut sciat futurum, vt vinum effundatur: dies satis interpellat emptorem ad vinum admetiendum, quæ vino scilicet admetiendo finita est, sed non facit etiam certiorem emptorem de venditoris proposito, qui post diem vinum effundere parat. Itaque in hanc rem

A opus est speciali interpellatione. Post denuntiationem cessante emptore venditor vinum effundet, si velit esse tam rigidus, & dolia exinanire poterit, iuxta legem vini pendentis, quæ est apud M.Catonem, cuius verba hæc sunt: *Locus vinis ad Cal. Octobres primas dabitur; si non ante exportarit emptor, dominus vino quod volet, facito,* id est, effundito. Verum additur in *d. l. §. licet.* laudabilius tamen facturum venditorem, si vinum non effuderit, sed conduxerit alia dolia, ac deinde, vt fieri vino doliari legato hæc lex ostendit, petenti emptori vinũ, non ante id præstiterit, quam ab eo consecutus fuerit, quanti alia dolia conduxerit, id est, quanti interest: aut certe cômmodius erit non conductis aliis doliis emptore in vino admetiendo moram faciente, id vinum venditorem ipsum admetiri, cum scilicet

B omne vinum doliare væniit, certo constituto pretio in singulas amphoras: id, inquam, venditorem ipsum admetiri, vt sciatur, quantæ amphoræ in dolio fuerint, quantumque pretij nomine debeat emptor: vinum, inquam, venditorem debere admetiri, ac deinde alij bona fide vendere, qua in specie fit vt quis eandem rem duobus iure vendat, vt proponitur in *l. quoties, C. de rei vind. aliquis duobus iure eandem rem vendidisse.* Priori enim emptori vendidit omne vinum doliare: idem vinum cessante & frustrante emptore, ei licebit alij vendere bona fide. Ita scilicet vt quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam det vt quam minimo detrimento sit ea res emptori: sic scilicet aget venditor modestius, quam si vinum effunderet, consulitque sibi & rei suæ. Ita emptori venditorem

C dixi vinum admetiri debere, cessante emptore, hoc est, iuxta legem vini in doliis, apud Catonem in hæc verba conceptam: *Vinum accipito ante Cal. Ianuar. primas. Si non ante acceperit, dominus vinum admetiatur, quod admensum erit, pro eo domino resoluito,* id est, emptor pro eo, quod admensum erit, venditori soluito pretium, de quo conuenerit. Sequitur & in eadem lege Catonis, emptore postulante dominum iurare se vere & ex bona fide mensuram fecisse. *Si, inquit, emptor postulabit dominum, iusiurandum dabit, veram fecisse.* Et hoc quidem de mensura vini à venditore facienda per se, cessante & absente emptore, ostenditur in *d. l. 1. §. vlt.* Si vinum doliare emeris, nec dictum sit, qua die id acciperes, hoc videtur actum, vt antequam dolia sint necessaria domino ad nouam vindemiam, id vinum tollat & dolia vacua faciat. quod si non

D fecerit, vt ait *d. l. 1. §. vlt.* venditor vinum admetietur *per corbes,* vt appareat, quantum emptori perierit: nam post admensionem vtique vinum venditor poterit effundere, si velit, sed priusquam effundat, vinum admetiri debet, vt sciatur quantum pereat emptori, quantumque venditori pretij nomine debeat emptor. Lex enim venditionis hæc est, vt dixi: *Quod admensum erit, pro eo domino resolutio.* Admensum autem vinum mox venditor si velit, effundet. Et ex hac sententia illius *§. vlt.* apparet corbes, quamuis plerumque fiant de vimine, liquoris esse capaces, Columel. indicat. *12. c. 26. Mustum, inquit, in corbem diffundi, & aquæ dulcis puteanæ decimam partem adiici, &c.* quod mirum est, *coqui, donec aqua, quæ adiecta est, decocta fuerit.* Subiicit ergo corbem igni. Corbem

E igitur eius esse generis vides, eiusque materiæ, vt ignem ferre possit. Mensuræ etiam genus esse ille §. demonstrat, & mentio, quæ fit apud Pollucem *lib. 4.* Cophini mensuræ vinariæ: nam cophino Latine respondet corbis. Et quod ait ille §. vinum admetiendum esse venditori per corbes, id refert ex veteribus, qui hoc suaserint venditori, vt vinum admetiretur per corbes, deinde effunderet, si vellet: quia veteres solerent etiam vinum admetiri per corbes, vel per culeos, vt apud Caton. in *l. vini dolearis,* & in c. *vinum emptoribus sine molestia admetiendum.* Postea cœpit vinum admetiri per amphoras. Quod autem datur venditori illo loco, vt vinum effundere possit, quum emptor nimis diu moratur in vino tollendo: idem in *h. l.* datur heredi in re eadem, legatario moram faciente. Verum additur in *h. §.* facturum periculose, quia vix

summouebitur legatarius, qui non repudiauit, à petitione legati, si offerat quanti heredis interest, moram non esse factam in doliis exhauriendis. Idem dici potest de venditore, periculose à venditore vinum effundi. Recte igitur statuas & heredem & venditorem id facturum periculose, & illaudabiliter. Periculose, quia apud iudicem forte non audietur heres aut venditor, qui temere vinum effuderit, & satis habet nunc, si petentem vinum repellat exceptione doli, sed forte iudex non admittet exceptionem doli mali, nempe hanc, quod in tollendo vino legatarius vel emptor moram fecerit. Illaudabiliter autem: quia si laudandus est, qui vinum non effuderit, cum id summo iure posset effundere, vt ait *d. l. 1. §. licet.* Ergo vituperandus qui effudit, quod si non legatario vel emptori, alij tamen prodesse potuit. Nec sane hoc permitti debet propter annonæ caritatem, non magis, quam si quis defectu vasorum effundere velit priora vina, vt dulcia adhuc recentia recipiat. Quod tamen sæpe fieri Plin. scribit *lib. 18. c. 31.* Et conqueritur, quod id fiat, non tam nimio prouentu, quam sæuitia insidiantium caritati annonariæ.

Ad L. IX.

Si quis vinum legauerit, omne continetur, quod ex vinea natum vinum permansit. Sed si mulsum sit factum, vini appellatione non continebitur proprie: nisi forte paterfam. etiam de hoc sensit. Certe zythum, quod in quibusdam prouinciis ex tritico, vel ex hordeo, vel ex pane conficitur: non continebitur. Simili modo nec camum, nec cereuisia continebitur, nec hydromeli. Quid conditum? nec hoc puto, nisi alia mens testantis fuit. Oenomeli plane, id est, dulcissimum vinum, continebitur. Et passum nisi contraria sit mens, continebitur. Defrutum non continebitur, quod potius conditura loco fuit. Acinatitium plane vino continebitur. Cydoneum, & si qua alia sunt, quæ non ex vinea fiunt, vini appellatione non continebuntur. Hæc omnia ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero à testatore non sunt habita. Alioquin Sabin. scribit, omnia vini appellatione contineri, quæ vini numero paterfamil. habuit. Igitur & acetum, quod vini numero paterfamil habuit, & zythum, & camum, & cætera, quæ pro hominum affectione atque vsu vini numero habebuntur. Quod si totum vinum, quod paterfamil. habuit, coacuit: non extinguitur legatum.

IN hac *l.* multa Vlpianus more suo de vini generibus. Sicut, si quis oleum legauit, id omne legato continetur, quod ex olea natum, oleum permanserit: ita, si quis vinum legarit, id omne, quod ex vinea natum, vinum permanserit. Id enim proprie est oleum, quod ex olea; vinum, quod ex vinea nascitur. Sed sicut oleum fit etiam ex aliis rebus, sic & vinum, & vtraque appellatio generalis est: quod vel ex eo Græci ostendunt, quod dicunt, οἶνοι ἀμπέλινοι, ad differentiam cæterorum vinorum. Specialiter autem & proprie oleum est, quod ex olea: vinum, quod ex vinea natum vinum permansit. Ait Vlpian. *vinum permansit:* Nam si adiecto melle mulsum factum sit, coctum vel incoctum (mulsum fit ex vino & melle, quod Institutiones docent) id proprie vini nomine non continetur: alia namque est substantia vini, alia mulsi. Denique ei, cui vinum legatum est, non debetur mustum, nisi (quod semper excipiendum est) forte paterfam. de eo sensit: mixtura mellis facit vt desinat esse vinum. Et tamen οἰνόμελι, de quo etiam hic agitur, vini nomine continetur, quod nihil aliud esse videtur, quam mulsum, si rationem appellationis habeamus, sed non est vinum οἰνόμελι. At recte οἰνόμελι nihil aliud est, quam vinum dulcissimum, vt hic Vlpianus interpretatur sine vlla mixtura mellis, vel alterius saporis, dulcis, & sic dicuntur μελίμηλα, poma perdulcia. *Mellita* dicuntur quæcunque sunt valde dulcia, etiam si mellis nihil habeant. Multum itaque distat mulsum ab ea potione, quæ dicitur οἰνόμελι: hæc vinum est: illa quæ mulsum dicitur, non item proprie. *Conditum* autem Vlpianus

A ait, non contineri vini appellatione, nisi aliud voluit defunctus: totum facit voluntas testatoris. Ergo nomen, de quo senserit defunctus, spectandum. In iure agimus de proprietate verborum, cuius laudamur esse studiosissimi & retinentissimi. Non ego, sed IC. *Conditum*, inquit, *vini appellatione non continetur.* Separat ergo etiam conditum à mulso, quod tamen plerique Latini, imo & Græci idem esse putant, quod mulsum. Sicut & multi sunt, qui idem esse putant mulsum & οἰνόμελι: sed magis Vlpiano credimus, qui hæc tria distinguit diligenter, mulsum, οἰνόμελι, & conditum. *Conditum* est species πομάτος, id est, potionis, quæ bibitur ante cibum, appetentiæ cibi lacessendæ causa, ex quo genere προπόματος est etiam *absynthiale*, & *rosatum*, & *violatum*, auctore Palladio *in Februario, cap.*

B *3.* Hæc, & quæ sequuntur, non sunt in promptu omnibus: nec mihi fuissent, nisi ea longo studio multaque lucubratione comparassem. De condito etiam ex Ælio & Athenæo, & Nicolao Myrepsio intelligimus esse conditum vinum Aromaticum, quod & piperatum vocat Plin. *lib. 14. cap. 16.* Et exstat etiam de condito Palladij Epigramma, *lib. 1. Epigr.* quo eam potionem, cum laboraret ex stomacho, sibi confici rogat à medico. Nemo est, qui nesciat conditum illud siue piperatum, stomacho admodum prodesse. Addi Vlpianus vini appellatione, etiam ζῦθον non contineri, quod quid sit, his verbis explicat: *Quod in quibusdam prouinciis ex tritico, hordeo, & ex panico conficitur*, ex solo scilicet tritico, vel hordeo, vel panico expresso in liquorem, & cum aqua decocto. Id significatur his versibus Leonis Monachi cuiusdam, tenentis spicas tritici in manu

C apud Alberum Comitem, *Me piget hoc esse* (id est, edere hordeum vel triticum) *cum sit potare necesse. Vinum de messe, quod nos consueuimus esse.* Lego autem hoc loco, *ex tritico vel ex hordeo, vel ex panico*, quod mel frugum appellat Diocles Medicus apud Plinium. Vulgo male in Florentinis *etiam ex pane.* Quis vnquam ex pane audiuit ζῦθον fieri, confici? Zytho etiam Vlpianus adiungit *camum* & *cereuisiam*, quæ potiones etiam fiunt ex frugibus coctis. Simeon Ianuensis Medicus in Annotationibus ad Ioannis Serapionis librum de simplicibus medicamentis, camum fieri ex hordeo & aliis frugibus ait. De cereuisia hoc constat. Vtraque igitur potio fit ex frugibus, sed non ex solis frugibus, verum mixtis, vel lupulis, vel arbutis, vel sorbis. Seruius illis verbis Virgilij, quæ sunt de Scythis, qui cereuisia vtuntur,

D *Fermento atque acidis imitantur vitea sorbis.*

Cereuisiam nominatim significari ait. Adiungit his Vlp. *hydromeli*, quod aliud nihil est, quam aqua mulsa, *de l'eau de miel*, quæ tamen vetustate vini saporem assequitur, vt Plin. scribit *lib. 14. cap. 16.* & vinum quoque appellatur, vt superiores omnes liquores vina appellantur generali vocabulo, nec tamen proprie vini appellatione continentur, quia nec his quidquam admiscetur vini vitigeni. Qua ratione idem Vlpian. & cydoneum negat contineri vini appellatione, quod fit ex succo cydoniorum. Ergo nec *pyratum*, sic vocat Palladius, & D. Hieronymus quod ex succo pyronum, aut *pomatum*, quod ex succo pomorum; quod in idiotismo, confusa ratione nominum pyratum, siue pomatum, siue cydonium cœpit appellari zythum, siue zy-

E thium. Cum forte vulgus diceret, ex his succis confici melius zythum, quam zythum ipsum. Hi igitur omnes liquores proprie non continentur vini appellatione. At quod comprobandum ita argumentari licet: Si vinum, quod vinum non permansit, vini nomine non continetur, nec vinum igitur quod nunquam fuit vinum, quodve vini in se nunquam quidquam habuit. Et in specie, si mulsum, quod fit ex vino & melle, si *conditum* quod fit ex vino & pipere, vel aliis aromatis vini nomine non continetur, multo minus ζῦθον, vel camum, vel cereuisia, vel cydonium, vel pyratum, vel ὑδρόμελι continebuntur, quibus potionibus vini nihil inest. Et rursus ita argumentari licet: Si hæ potiones, quas modo commemoraui, non continentur vini appellatione, quamuis in vini vicem bi-

bantur alendi causa, & multo minus continebuntur liquores, de quibus postea agit, qui scilicet non bibuntur, sed conditurę loco sunt, id est, eduntur potius, aut esui adiumento sunt, vt *acetum*, quod scilicet ab initio, quodque semper fuit acetum; quia id habetur non bibendi, sed condiendi causa, vt scilicet sit intinctui, vt sit embamma, *pour seruir de saulse*, vt est proditum in *l. 9. §. vlt. de contr. empt.* vt in hac *l. 9. si acetum.* Eademque ratione, vt idem Vlpianus docet, *defrutum*, quamuis mulsum sit dulce, igni multo decoctum, & pinguefactum. Vnde & in *l. 12. § si aliqua, tit. seq.* vas aheneum, in quo defrutum coquitur, & *sapa*, quæ est etiam defruti species: vas, inquam, illud. in quo sapa aut defrutum coquitur, esse dicitur instrumentum fundi, de quo vase Virg. in Georg. *Pomis despumat ahenis*, defrutum, inquam, quod vulgo *resinatum* dicimus, etiam confusa appellatione nominis: Resinatum enim est, quod resina est conditum vinum: sicut picatum, quod pice: *defrutum* igitur vini appellatione non continetur, quamuis nihil aliud sit, quam vinum decoctum multo igne, quia scilicet defrutum illud, quod conditurae loco est, id est, intinctus loco, ἐμβάμματος loco, non continetur vini appellatione, quia edendo potius est quam bibendo. Ceterum *defrutum*, quod potionis loco est, vt *l. vltim. hoc tit.* vinum est, & proprie vini nomine continetur, sicut & οἰνόμελι, *& passum*, vt subiicit, quod fit ex vuis passis sole siccatis, ante vindemiam, certa quadam ratione: quo, inquit Palladius, vtuntur mellis vice in potu. Vino etiam adnumerat Vlpian. *acinatitium*. perquam inepte ante editionem Florentinam legebatur in hac *l. acinatitium plane vino non continebitur*, negatiue, cum tamen nullum sit vinum excellentius acinatitio: Recte igitur Florentini plane vino contineri acinatitium. Id fit longe post vindemiam hyemali tempore ex vuis diu suspensis & seruatis, ita vt rugas contraxerint, & defluit ex illis, non exprimitur vinum purpurei coloris. Quamobrem & qui acinatitium eleganter descripsit *Cassiodorus lib. 12. variarum.* id vocat *hyemale mustum, vuarum frigidum sanguinem, rigore hyemis cruentum liquorem, purpuram potabilem.* Hæ, inquam, potiones sunt proprie vina; sed & illæ, quas diximus vini nomine proprie non contineri, vini nomine continebuntur, si paterfamil. eas vini numero habuerit, vt *l. 1. hoc tit. l. 2. tit. prox.*

Ad §. 1. & 2.

1. §. Si acetum quis legauerit: non continebitur legato acetum, quod vini numero testator habuit: embamma autem continebitur, quia aceti numero fuit.

2. §. Item si quis vinum quod habuit, legauit: deinde hoc coacuit: licet postea in aceti locum translatum sit à patrefam. vino legato continebitur: quia id, quod testamenti facti tempore vinum fuit, demonstratum est. Et est hoc verum, nisi voluntas aduersetur.

SEquitur in hac *l.* quod si vinum ex vinea, quod testator legauerit, totum coacuerit viuo testatore, post testamentum factum, non ideo exstingui legatum, quoniam, vt ait *d. l. 9. §. vlt. de contr. emp.* eadem proprie οὐσία est, eadem essentia, vt & Cicero loquutus est, vini & aceti, quod ex vino scilicet degenerauit in acetum, eadem essentia vini & vini acidi. Itaque immutatio quæ facta est, non exstinguit legatum, quia parua est immutatio. Sed tamen non eadem est essentia vini, & ἐμβάμματι, id est, aceti, quod semper fuit acetum paratum intinctus gratia, condituræ gratia, quod etiam proprie acetum dicitur. Hæc sunt verba Vlpiani: *Si acetum quis legauit, non continebitur legato acetum, quod vini numero testator habuit.* Plerunque habet testator vini numero vinum, quod coacuit; ἐμβάμμα plane cõtinetur aceti appellatione. Vinum autem, quod in acetum mutatum est, post factum testamentum, vsque adeo vino, quod habuit, à testatore legato continetur, vt legatario debeatur, etiamsi à testatore priusquam moreretur, ha-

A bitum fuit aceti, non vini loco, id est, si eo vsus fuit pro ἐμβάμματι siue intinctu, non pro potu; quia scilicet in vino legando, id quod testamenti facti tempore vinum fuit, demonstratur his verbis, *Vinum quod habeo.* sunt verba præsentis temporis, ergo id debetur, licet postea coacuerit, & testator in numero aceti habuerit, vsuque, quia non ideo intelligitur mutasse voluntatem.

Ad §. pen.

Vino autem paterno legato, id demum legatum videtur, quod testator vini numero habuit, non quod pater. Item si peculiare vinum legatum sit, id continebitur, quod serui habuerunt. Cur tam diuerse? quod paternum vinum iam cœpit
B *vsus ipsius testatoris esse: at peculiare in vsu seruorum remansit.*

SI testator legauerit *vinum paternum*, id est, quod habuerit ex hereditate patris, & pater varij generis vina reliquerit, legato contineri, non quod pater vini numero habuerit; etiamsi dixerit paternum vinum, sed quod ipse testator vini numero habuit. Et tamen quod obiicit statim Vlp. si quis legauit *vinum peculiare*, id est, id quod serui in peculio habent, non id continetur, quod ipse vini numero habuit, sed quod serui. Et ratio differentiæ difficultate excellens elegans est, quæ pendet ex vsu & affectione hominum, ex qua vsione vel affectione potiones omnes vini numero habentur, aut non habentur, vt supra definiuit de illis potionibus, quas protulit diligenter Vlpianus me-
C rito ob eam rem dictus ab Athenæo ζητητικὸς & ὀνοματοποιὸς, quod summus esset fictor nominum, vtensilium, & instrumentorum, quod innumeræ leges ostendunt in his libris. Ex vsu igitur testatoris æstimabitur vinum paternum, quod legauit: quoniam ipse solus eo vtitur, nec iam pater, qui vita decessit, eo vtitur. Inspiciendum est quis vtatur, & ex vsu eius æstimandum quid legato contineatur: & consequenter ex vsu seruorum vinum peculiare quod legauit, & quo adhuc serui vtuntur, non testator, vinum peculiare æstimabitur. non potest ex vsu testatoris æstimari, quia ipse non eo vtitur nunc, vinum paternum est in vsu heredis filij testatoris. Ergo vsus filij eius spectatur. *Vinum* quoque *vetus* si legatum sit, ex vsu testatoris æstimabitur, puta bimum, si non nisi bimo vsus fuerit pro veteri. quod si
D vsus testatoris incompertus sit, tunc definitur eleganter in *l. 11. h. tit.* vinum vetus id esse, quod non est nouum, id est, vinum anni superioris, quod & Varro ostendit in lib. *de re rust.* his verbis: *Si vetus bibere velis, cum fuerit anniculum prodit.*

Ad L. vlt.

Qui vinum Surrentinum in vrnalibus habebat diffusum, is tibi vinum legauerat in amphoris. Omne illud quoque vinum legauerat, quod in vrnalibus fuisset, legatum esse, Labeo & Trebatius responderunt.

QVidam vinum Surrentinum apud Neapolim legauit, *omne vinum Surrentinum, quod diffusum habebat in vrnalibus.* sed non ita dixit, *vinum omne, quod diffusum habeo in vrnalibus*, sed *vinum omne quod habeo in amphoris.*
E Et ait, legatario deberi non tantum vinum quod est in amphoris, sed & vinum quod est in vrnalibus, quia dixit *omne*, quod Valentinianus Imperator vocat *peremptorium vocabulum*, huic signo vniuersali, quod subiicitur *quod est in amphoris*, taxationis vicem non habet, & vasa etiam sequuntur legatarium, non amphoræ tantum, sed & vrnalia, vt in *l. 3. §. 1. l. 14. & l. 15. h tit.*

Ad §. Cui dulcia.

1. §. Cui dulcia legata essent, si nihil aliud testamento significetur, omnia hæc esse legata, mulsum, passum, defru-

tum, & similes potiones: item vuas, ficos, palmas, caricas.

1. §. *Quod si ita esset legatum*, Vinum amphorarium, Aminæum, Græcum, & dulcia omnia: *nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, legatum putat Labeo ex collatione vini amphorarij: quod non improbo.*

SI quis legauit *dulcia omnia*, vel *dulciaria omnia*, nihil refert, hoc nomine contineri non tantum potiones dulces, veluti mulsum, passum, defrutum, adde sapam, & οἰνόμελι, quæ omnes sunt potiones dulces, sed & contineri vuas passas, & ficos, & palmas, inquit, id est, palmulas, vt vocant frequentius, siue dactylos, & caricas etiam. Adde contineri *melimela*: dulcia poma: Nam & fici, & vuæ passæ, & palmulæ, & caricæ, pomis adnumerantur, *l. qui fundum, de V. S.* Denique dulcibus legatis, quod & Paulus tradit *3. Sent.* non tantum continentur potiones, sed & poma quæcumque dulcia, vt sunt melimela, vuæ passæ, fici, palmulæ, dactyli, caricæ, & vt solent plerunque falli, ne fallaris in nomine Caricarum & Cariotarum, & Carotarum, sunt tria diuersa nomina. Scio *Caricas* esse ficos siccos, *Cariotas* palmulas siue dactylos, Carotas quod nomen Idiotismus retinet, apud Cælium Apicium esse pastinacas. Ad rem. Dulcibus igitur legatis, non potiones tantum continentur, sed & poma dulcia cuiuscunque generis, quæ esui sunt, non potui. Addit exceptionem: Si quis ita legauit *vinum amphorarium Aminæum*, ita legendum absque ficilli co siue distinctione, vt sit vinum Aminæum, quod est in amphoris. Ita igitur legauit *vinum amphorarium Aminæum, græcum, & dulcia omnia*, hæc sunt verba testatoris, tunc dulcium appellatione veniunt tantum potiones dulces, non dulcia poma. hoc suadet vini amphorarij, inquit, & vini, quod est in amphoris Aminæi, & Græci collatio. Cum post vinum Aminæum, & Græcum, quod est in amphoris, subiecerit & dulcia omnia, de omnibus potionibus similibus sensisse videtur, hoc, inquit, apparet ex collatione vini amphorarij. Et sic in specie *l. 1 de reb. dub.* cum quis multos fundos vno nomine appellaret fundum Mæuianum, cum latifundium quoddam appellaret fundum Mæuianum, & habuit præterea fundum angustiorem, quem appellabat etiam specialiter Mæuianum, si legauerit fundum Seianum aut Mæuianum, & quæratur, de quo Mæuiano intelligat, de speciali illo, an de generali latifundo. Id ait apparere ex collatione fundi Seiani, ex pretio, ex magnitudine siue amplitudine fundi Seiani. *Aminæum* quid sit non dicam, quia notum est omnibus, quod ex vite Aminæa dicitur, quæ reddit, vt ait Virgilius, firmissima vina. *Græcum vinum*, non quod ex Græcia, sed quod in ipso Latio conficitur, ea ratione, qua id confici Marcus Cato docet, id fit ex vuis apiciis. Verum huic sententiæ huius §. Bartolus opponit *l. quæsitum, §. pen. tit. seq.* & dici non potest, quam maxime laboret in explicando illo §. *vlt.* ne pugnet cum hoc nostro. Nullam esse pugnantiam, nullamque rationem huic §. obiiciendæ *l. quæsitum §. pen. tit. seq.* statim apparebit. In *d. §. pen.* legato fundo instructo generaliter, testator subiecit speciem per imperitiam, vt supplet recte, *l. 9. de supel. leg.* non dedita opera subiecit species certas. Instructo itaque fundo generaliter legato, per imperitiam subiecit speciem, puta, *lego fundum instructum cum supellectile*, existimans supellectilem non contineri instructo, qua in re imperitia labitur. vel etiam dixit: *fundum instructum cum mancipiis lego*, existimans mancipia non contineri fundo instructo. Species, inquit, illa, quæ nominata est, non minuit generale legatum. Species quæ subiicitur non derogat generi, cum eidem & genus legatur, & species postea per imperitiam, sed ex abundanti subiicitur species, *d. l. 9.* Hoc, vt dixi, cum vni eidemque legatur genus & species. Et si vni legetur genus, & alteri species, tunc sane species derogat generi, quod & in *d. l. quæsitum* significatur. Hæc est species illius §. *pen.* Excutiamus eam, quæ est in hoc nostro §. hic, legato specialiter vino in amphoris Aminæo, & Græco subiecit genus, ibi generi subiecit speciem, hic speciei, id est, vino amphorario Aminæo, & Græco specialiter legato subiecit genus & dulcia omnia: & videntur species propositæ modum facere subiecto generi, vt legatarius tantum habeat dulcia eiusdem speciei, quæ scilicet potui sunt, non esui.



AD TITVLVM V.

De Rebus dubiis. LIB. XXXIV.

IVlianus scripsit librum singularem de ambiguitatibus, ex quo sumpta est *l. is, qui ducenta, inf. h. tit.* Græci περὶ ἀμφιβολιῶν, res dubia est, si ambigitur de re vel verbo, vt si anceps sit significatio verbi vt in *l. vbi, inf h. tit.* vel si idem sermo duas differentes sententias exprimat, vt in *d. l. si is, qui ducenta.* Item si nesciamus, vtile an inutile sit, quod actum est, *l. quædam, inf. h. tit.* Item si incertus sit ordo nascentium vel morientium, *l. si mulier, l. qui duos §. vlt. & l. si ita fuerit §. vlt. h. t.* Item si non appareat, cui sit legatum, in *l. pen. inf.* Ab ambiguis separantur ea, quæ sunt perperam scripta, *l. cum in testamento, inf.* Perperam non est contra leges. Contra leges scripta pro non scriptis sunt, *d. l. vbi.* Perperam scripta valent: perperam, id est, parum apte. Græci κακῶς. Ita in *l. 8. sup ad leg Aquil.* videamus quid inter ea intersit. Ambigua incertum & obscurum intellectum habent, exemplum ex *d. l. si is, qui ducenta, in princ. & §. 1.* Titio cum ducentis, quæ apud eum deposui, trecenta lego, dubium est, quingenta, an trecenta legata sint. Ambiguitas nascitur ex coniunctione: Nam singulæ summæ separatæ certam demonstrationem habent, coniunctæ incidunt in ambiguitatem. Vel ita: *Fundum heres meus Titio cum Dione seruo Mæuij dato.* Scriptura dubia est, fundus Titio & Dioni legatus sit, an fundus & Dio Titio. Ea ambiguitas fit etiam ex coniunctione. Coniunctionem Accurs. ex Boëtio vocat compositionem, *l. quoties in stipulatione, inf. de verb. obligat.* vbi rectissime explicat tria genera ambiguitatum, ὁμωνυμίαν, ἀμφιβολίαν, σύνθεσιν. At in vtroque exemplo manifestum est, ambiguitatem incertum intellectum facere. Ob id ambiguitas inscitiæ adscribitur, cum dubitamus, vtro modo accipiendum sit: Inde dubitans & ignorans pro eodem accipitur *l. qui testamento, & seq. sup. qui testam. fac. poss. l. vlt. C. de condict. indeb.* Qui dubitat, ignorat, nec potest progredi ad intelligendum, nisi dubitatione sublata. qui dubitat vincto similis est, vt ait philosophus initio tertij Metaphys. & *lib. 7.* ad Nicomachum cap. 2. At perperam scripta, verborum idem quidem vitium habent, incertum intellectum non habent, vt in *l. si seruus legatus §. pen sup. de leg. 1.* Rogo te Cai, vt acceptis viginti Titio restituas decem. hanc patet esse voluntatem testatoris, vt heres det Caio viginti, & Caius Titio decem: parum tamen apte scripsit, quoniam fecit ambiguum, quantum in ipso fuit. Sciendum est, eorum, quæ dubia sunt, quædam solui posse, hæc valent. quædam esse eius generis, vt nulla ratione explicari queant. hæc habentur pro non scriptis, *l. 2. de his, quæ pro non script. l quo tutela, de reg. iur. l. si quis de pluribus, h. tit.* & in *l. 13. de leg. 1.* exposui. Ea re fit, vt incertæ personæ legatum relictum non valeat, nisi sub certa demonstratione relictum sit, vt si ex certis personis incertæ personæ relinquatur, vt puta ex cognatis supremo morienti, §. *incertis, & § sub certa, Institut. de legatis.* Hic titulus est de ambiguitatibus, quæ resolui possunt, vt de incertis personis, quæ certam aliquam demonstrationem habent, vt in *l. quidam, l. si fuerit, l. quoties, 1. l. si cognatis, hoc tit.* Notandum etiam hunc titulum esse non tantum de ambiguitatibus, quæ in vltimis voluntatibus incidunt, sed etiam in contractibus, *l. quædam, l. vbi, l. cum quæritur, hoc tit.* Itemque de his, quæ incidunt in actionibus & exceptionibus, *l. quoties,*

2. hoc tit. Ratio autem soluendi est multiplex. Prior est ambiguitas siue ἀπορία, posterior λύσις, id est, solutio. Solutionem dicimus, quia ambiguitatem vinculis comparamus. Soluuntur subtilitate iudicis, coniectura voluntatis, *l. si fuerit §. vlt. hoc tit.* Item interpretatione heredis vel legatarij, prout cuique electio competit: Aut contrahentium, aut actoris. Item soluuntur fine, comparatione rerum legatarum, vt in *l. 1.* Item comparatione personarum, locorum, æquitatis. Inde tot regulæ iuris, quæ pertinent ad explicandas ambiguitates. *In obscuris quod minimum est sequendum. In obscura voluntate libertati fauendum. In re obscura fauendum repetitioni sua rei potius quam lucro. In re dubia benigniorem interpretationem sequendam. In ambiguis eam sententiam accipiendam, qua rei gerendæ magis conuenit. In ambiguis respondendum pro dotibus. In ambiguis orationibus maxime spectandam sententiam proferentis. Maxime:* nam id in primis spectatur. *In dubiis eam interpretationem esse sequendam, quæ est verisimilior. Obscura ex affectione cuiusque capere interpretationem. In dubiis id accipi, quod est vtilius emptori, conductori, promissori, actori.* Intentio est solutio dubitationis, ἡ λύσις τῆς ἀπορίας. Ergo si ambiguus sit sermo, in primis quærendum, quid senserit, qui eo vsus est Gell. lib. 11. cap. 12. *Non aliud dicere videri debet, quam quod se dicere sentit is qui dicit, &c.* Consule locum. Ergo spectandum quid senserit, *l. nepos, de verbor. signif.* Ambigua significant duo, vel plura. Id solum videtur ex eis dixisse, quod sensit: verum si nullo ex eis significetur, quod sensit, nihil videtur dixisse. Itaque dictum illud pro non dicto habetur, vt si de veste sensit & canem legauit, hoc est pro non scripto. Canis verbum ambiguum est, *l. 4. sup. de legat. 1. & l. 3. h. t.* Accursius in *l. 3.* adfert *l. si alij, sup. de vsuf. leg.* in contrarium. Species: Fundum legauit. fundus significat plenam proprietatem non detracto vsufructu. At qui fundum legauit, sensit de nuda, id est, detracto vsufructu. plus valet dictum quam sensus: ideoque debetur plena proprietas. Proinde testator videtur sensisse quod dixit, licet id non senserit. Quæro ergo, cur etiam non videbitur dixisse quod sensit, licet id non dixerit. Respondendum est. Testator videtur sensisse quod dixit, idque præualet, licet id non senserit, nisi videlicet manifestissimus sit contrarius sensus, *l. & puto §. 1. sup. famil. ercisc.* Similiter testator videtur dixisse, quod sensit, licet id non dixerit, vt si pro Sticho Dauum dixerit, videtur Stichum dixisse. Non tamen ita est, si rerum vocabula immutauerit, quæ videlicet substantiam significant, vt Stichus & Dauus non significant substantiam, sed differentiæ causa imponuntur. hæc mutari possunt. At substantiam significantia qui mutat, nihil dicere videtur, vt si pro homine arborem dixerit, pro veste suppellectilem, *d. l. 4. de leg. 1. l. Labeo, de suppell. leg.* Videantur quæ diximus ad *l. 4.*

A B C D E

Ad L. I.

Fundum Mæuianum aut Seianum Titio legauerat, cum vniuersa possessio plurium prædiorum sub appellatione fundi Mæuiani rationibus demonstraretur: Respondi, non videri cætera prædia legato voluisse defunctum cedere, si fundi Seiani pretium à fundi Mæuiani pretio non magna pecunia distingueretur.

De lectione legis primæ dubitauerunt interpretes circa finem. certa tamen est Florent. scriptura, *si legatur, si fundi Seiani pretium à fundi Mæuiani pretio, &c.* Species est: legaui fundum Mæuianum aut Seianum per vindicationem. legatarij est electio. At ambiguum est legatum: quia Mæuianus fundus duo significat, videlicet certum quendam fundum eius nominis, deinde vniuersitatem quandam prædiorum. in qua est & minor ille Mæuianus, qui vniuersitatis pars est: nam vt lex ponit, rationibus defuncti appellatione fundi Mæuiani vniuersitas prædiorum demonstrabatur. Veteres omnium rerum rationes conficiebant in dies singulos, & negligens censebatur paterfamilias, qui tabulas non conficeret. Eis ex tabulis plerumque colligitur, quid senserit testator, *l. prædiis, §. Titio, de legat. 3.* Lego Seiana prædia, vti comparata sunt. ea vero comparauit vna cum Gabinianis simul vno pretio. an videntur etiam Gabiniana legata? Hoc argumentum non est satis idoneum, sed inspiciendum est, an rationibus defuncti appellatione Seianorum demonstrentur Gabiniana, & an reditus vtriusque possessionis confusi titulo Seianorum censeantur? Quod si ita sit, censebuntur Gabiniana legata. Ergo ex rationibus defuncti sumuntur certissima argumenta voluntatum. Idem in *d. l. §. balneas, & §. vlt. & l. seruis, eod.* Ait *Libellis familiæ*, id est, ex domesticis rationibus. Sic *l. 3. sup. de supellect. leg. in fi.* cum Romæ cœpissent etiam rei condemnari ex suis tabulis, tandem illa consuetudo rationum conficiendarum exoleuit. Cicero in 3. contra Verrem, & ibi Asconius. Ergo in specie legis primæ, quia rationibus defuncti continebatur vniuersitas prædiorum, ambiguitas oritur. Ideo quæritur, vtrum vniuersitas, an particularis fundus legatus videatur? L. ait, hanc ambiguitatem solui ex comparatione rerum legatarum. Testator videtur dedisse legatario optionem iterum parium, aut saltem non valde distantium. Quod si fundi Seiani pretium propius accedit ad pretium minoris fundi Mæuiani, vel etiam si non multo exsuperat, tunc videbitur tantum fundus minor legatus. At contra si fundi Seiani pretium æquat vniuersitatem illam prædiorum & latifundia, illa vniuersa possessio videbitur legata. Denique ex comparatione fundi Seiani cognoscemus, de quo Mæuiano testator intellexerit. Huius rei argumentum est in *l. vlt. §. vlt. sup. de trit. vin. ol. leg.* Dulcia legata sunt. Ambiguum est: Nam dulcium nomine significantur potiones, item esculenta quædam, vuæ passæ, palmæ, ficus. Verum si testator dixerit, vinum amphorarium, Amynæum, Græcum, & dulcia omnia, ex collatione vini amphorarij apparet, non nisi portiones dulces legatas: sic comparatio soluit ambiguitatem. Verum quid si testator legauerit tantum fundum Mæuianum, duo autem sunt, vnus minor, alter amplior, cuius tamen pars minor est, ambiguitas est eadem, sed ratio soluendæ alia. Et nisi alia res dissuadet, si testator vniuersa prædia, inter quæ est ille Mæuianus, possedit sub titulo Mæuiani fundi, & sic omnes reditus titulo Mæuiani fundi illati sunt, videtur vniuersitatem legasse, argumento *l. Gaius §. Titius, sup. de leg. 2. l. Seia. §. Tyranna, sup. de instr. vel instrum. leg.* Alioquin videbitur minorem legasse: Nam in dubiis, quod minimum est sequimur, *l. apud Iulianum §. Seio, sup. de legat. 1.* Vniuersitatem bonorum alio loco appellat σύστημα. *l. alumnæ §. Titia, tit. prox. sup. l. Titia cum test. §. 1. sup. de legat. 2.* Vbi recte legitur σύστημα ἀγωνιστικόν, dicitur possessio agonothetica, *l. pen. C. de diuers. præd. rustic. lib. 11.* Male legunt *synthesin.* Alio loco synthesis vniuersam vestem significat, *l. Titia §. 1. de aur. & arg. leg.*

Ad L. II.

Ciuibus ciuitatis legatum vel fideicommissum datum, ciuitati relictum videtur.

Hic titulus est etiam de incertis personis. incertis personis legatum vel fideicommissum relinqui non potest. Ciuitatibus olim relinqui non poterat, quia est incertum corpus. Vlpian. in Frag. *tit qui hered. inst. poss.* hodie potest, vt senatus comprobauit. Vlpian. in Frag. *tit. de leg.* potest ergo ciuitati vel parti eius legari, *l. si quis à filio, §. vlt. l. si quid, l. ciuitatibus, de legat. 1.* Quid si legetur ciuibus? Ciuitati legatum videtur. hæc sunt coniugata. Et sicut nihil refert cognationi, an cognatis legetur, *l. si cognatis, inf. hoc tit. in fi.* Sic nihil refert ciuitati an ciuibus. Aget autem legati nomine Actor siue Syndicus. Potest ho-

dicetiam legari Eccesiæ & cuilibet collegio licito, *l. cum senatus, hoc tit.* vt collegio pistorum, naucularioruin. Interpretes vt ostendant legatum Ecclesiasticis Ecclesiæ deberi, adferunt *l. annuam* §. *1. sup. de ann legat.* Species: Legauit Sacerdoti & Hierophylaci, & libertis, qui in templo essent, legauit autem sportulas quasdam ex reditibus prædiorum, *l. nihil proponi, sup. de leg. 1.* Lex ait, Templo legatum videri, non personis nominatis.

Ad L. IV. & V.

L. 4. Paulus respondit, cum nomen fideicommissarij testamento adscriptum non sit; nulli personæ neque certa, neque incertæ, datum fideicommissum videri, indubitatum est.

L. 5. Quidam relegatus facto testamento, post heredis institutionem, & post legata quibusdam data ita subiecit: Si quis ex heredibus ceterisve amicis, quorum hoc testamento mentionem habui, siue quis alius restitutionem mihi impetrauerit ab Imperatore, & ante decessero, quam ei gratias agerem; volo dari ei, qui id egerit, à cæteris heredibus aureos tot. *Vnus ex his, quos heredes scripserat, impetrauit ei restitutionem; &, antequam id sciret, decessit. Cum de fideicommisso quæreretur, an deberetur: Consultus Iulianus respondit, deberi, sed etiam si non heres vel legatarius, vel alius ex amicis curauit eum restitui: & ei fideicommissum præstari.*

1. §. Si tibi & postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogauerit.

NOtandum: Nullum esse fideicommissum, si nomen fideicommissarij insertum non sit, vt si rogauit heredem dare, nec dixit cui, nec certæ personæ, nec incertæ relictum videtur: itaque est inutile. Ait, *nec incerta:* quia quandoque incertæ personæ fideicommissum relinqui potest. Ad hanc *l.* pertinet *l. qui plures, de vsufr. leg.* Legauit libertis quos designasset, nullos post designauit, legatum est pro non scripto, cum legatarij nomen testamento vel codicillis comprehensum non sit. Nec dicendum est, omnes libertos hoc casu admitti, hoc pugnaret cum voluntate defuncti. Aliud est, si legauerit vni ex libertis, quem heres eliget: Si enim heres non eligat, omnibus legatum videtur, *l. Labeo* §. *vlt. de statulib. inf l. si Titio* §. *vlt. sup. de legat. 2.* Hæc lex quarta in aliis libris est quinta. Lex quæ quarta est, abest in Florent. Illa lex 4. videtur esse exceptio huius, quam exposuimus, sumpta ex *l. ita fidei, & l. qui pecuniam, inf. de statulib.* Seruus manumissus est, & decem dare iussus est hoc modo: *liber esto, si decem dederis,* nec dictum est, cui daret. hoc non est fideicommissum, sed hæc dicuntur dari conditionis implendæ causa. Data conditionis implendæ causa, separantur à fideicommissis, & dicuntur mortis causa capiones communi nomine. (Nam & legatum & fideicommissum sunt mortis causa capiones) quia proprium nomen non habent, *l. mortis causa capitur, inf. de donat. causa mort.* Similia tamen sunt fideicommissis, & interdum pro fideicommissis accipiuntur, *l. in quartam,* §. *sed quod implendæ, inf. ad leg. Falcid.* Verum hac in re distant fideicom. à datis conditionis implendæ causa: Nam manumiss. hic non fiet liber, nisi decem dederit, quoniam illa verba conditionem faciunt. Dabit autem heredi, debet implere conditionem in persona heredis. Idem in fideicommiss. si sit ei fideicommissum relictum, si decem dederit. Denique incertæ personæ fideicommissum relinqui non potest: dari autem potest conditionis implendæ causa, verum sub certa demonstratione incertæ personæ legari potest, vt ex heredibus meis, vel amicis, vel aliis, qui mihi restitutionem impetrarit à Principe, tot dari volo: erat enim relegatus, qui poterat testamentum facere. Hoc fideicommissum valet, *l. 5. hoc tit.* quia videtur his omnibus legare sub conditione. Quod dicit *Amicis,* intelligit legatarios, *l. Pamphilo,* §. *propositum, sup. de legat. 3.* Et nisi testamento honorentur amici, dicitur testamentum inhumanum. Quod ait, *vel aliis,* videlicet amicis, quibus legatum non est. Ergo certæ personæ demonstrantur, id est, heredes, amici, legatarij vel non legatarij. Item si dixerit, ex cognatis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum veniet, vel qui filiam vxorem duxerit, do, lego, legatum valet. Denique videtur legatum omnibus cognatis sub conditione, §. *sub certa, Institut de legatis.* Item si dicat, ex libertis meis, ei qui nouissimus superuixerit, *l. quoties 1. inf. hoc tit.* & videtur omnibus legari sub conditione. Item si dixerit, Titio aut Caio, vter prior Capitolium ascenderit, quia certæ personæ sunt designatæ, *l. si certæ personæ,* §. *huiusmodi, sup. de legat. 1.* Iustinianus hic aliquid immutauit, verum periit illa constitutio. Est titul. in *C. ad Senatusconsult. Trebell. & de incert. pers.* Erat sub illo titulo illa constitutio.

Ad L. VI. & L. VII.

L. 6. Vel ex parte te, & ex parte postumum heredem instituisset legatumve similiter, vel fideicommissum dedisset.

L. 7. Vtrum ita postumus partem faciat, si natus sit: an & si natus non sit, quæritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto: sin autem natus fuerit, vtrosque accipere, quantum cuique relictum est, vt vno nato, pars tibi dimidia debeatur, duobus natis, tertia tibi debeatur, tribus natis, quia trigemini quoque nascuntur, quarta debeatur. Et nostra quidem ætate Serapias Alexandrina mulier ad D. Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos vno fœtu enixa est. Sed tamen quod vltra tres nascitur, fere portentosum videtur.

1. §. Cum quidam pluribus heredibus institutis, vnius fidei commisisset, vt cum moreretur, vni ex coheredibus cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quæ ad eum peruenisset: verissimum est, vtile esse fideicommissum. Nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat. Plurimum enim interest, vtrum in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an, post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedit.

2. §. Quæsitum est, si coheredes ex disparibus partibus scripti sint, vtrum partem suam in viriles partes restituere singulis debeat, an pro portionibus hereditariis, ex quibus heredes scripti sint: & placuit, si testator ita restitui iussisset partem, si aliquam pecuniam dedissent, si quidem æquas partes iussi fuerint dare, conueniens videri esse, etiam ex fideicommisso æquas partes eis restitui oportere; si vero dispares in ea pecunia distribuenda significauit testator, vt videantur hereditariis portionibus congruere, consentaneum esse, etiam fideicommissum pro hereditariis partibus eis restitui debere.

POstumus est incerta persona: Nam non semper habetur pro nato. Natus iniustum facit testamentum; postumus non item. Ergo non est pro nato. Item nato bona conferuntur, postumo non conferuntur, *l. vlt. de collat. bon.* Item nato defertur hereditas vel bonorum possessio, postumo non item, *l. fin. de vent. in possess. mitt.* Præterea natus institui sub omni conditione, vel exheredari non potest, sed tantum sub potestatiua: postumus sub omni conditione potest, *l. 1.* §. *sed & si, de vent. in possess. mitt.* Ideo postumus non semper est pro nato. Ob id in *l. qui in vtero de statu hom.* additur, *pene,* ob id etiam olim postumo alieno legari non potuit, quia est incerta persona, suo potuit. Nam & postumus suus heres institui potest, si post mortem nasceretur, ex *l. 12. tab.* vel ex l. Vellea, si post testamentum nasceretur. Postumus alienus non potuit institui iure ciuili, id est, institutus non potuit adire. Iure prætorio potuit, & instituto dabatur bonorum possessio secundum tabulas, *l. 3. de bon. poss. secun. tab. l. 1.* §. *si filium in adoptionem, l. extraneo, de vent. in poss. mitt.* Forsitan potuit & fideicommissum relinqui postumo alieno: legatum enim non potuit. Ideo quod sequitur in *l. 6.* de postumo

instituto, & legato ei relicto ad suum tantum referendum erit, secundum ius vetus: nisi dicas, quod est probabilius, Tribonian. addidisse hæc verba, *vel alieno*, *in* §. *vlt.* Quia hodie ex Græca Constitutione Iustiniani. *De incertis personis*, quæ non exstat, postumus alienus institui potest, & in tit. *de bonor. possess. in princ.* Potuit olim postumus alienus ab intestato succedere, si agnatus esset vel legitimus, *l. pen. de legat.* 1. adgnatus vt frater, qui est in vtero matris, & sic fratris postumus, legitimus autem postumus matri est, qui extrahitur exciso ventre: Nam heres est matris legitimus ex Orfitiano, *l. postumus. de inoffic. test.* Postumus suus est is, qui nobis suus heres futurus est, vt qui nascitur ex iusta vxore. Alienus est, qui nobis suus non nascitur, sed adgnatus vel cognatus, vel penitus extraneus, §. *postum. de legat.* Nunc finge: Testator rogauit heredem, vt tibi & postumo suo, vel alieno, hereditatem restitueret, vel legauit, vel te ex parte, & postumum ex parte heredem instituit, quo casu estis verbis tantum coniuncti. Quæro, non nato postumo, an totum ad te pertineat? Inter verbis coniunctos non est ius accrescendi. Verum hoc casu, illa coniunctio verborum accipietur pro duplici, *l. si duobus* §. *vlt. de leg.* 1. Quia ea videtur fuisse mens defuncti, vt si postumus nasceretur, partem sibi relictam acciperet, postumo non nato, totum ab heres. Ergo non natus partem non faciet. Et quouis casu non nato postumo, totum vindicabis, quasi ab initio toto tibi relicto. At quæritur, si nascatur postumus, quot fiant partes? Si vnus nascatur, duæ fient partes: si duo tres, & tertia tibi dabitur, si tres, quatuor fient partes. Opponitur *l. qui filiabus* §. 1. *sup. de leg.* 1. Ibi ostenditur, multum interesse, vtrum legetur postumo, an Titio & postumo: Nam si postumo legentur centum, pluribus natis, tantundem singulis debetur. At si legetur Titio & postumo, pluribus natis, non debentur, nisi vna centum. Verum id comparatio & collatio Titij exigit. Opponitur etiam *l. si quis Attio, sup. de vsufr. accresc. l. interdum, sup. de hered. instit.* de qua in *l.* 33. *sup. de leg.* 1. Dicendum, multum interesse, vtrum legauerit Titio & filiis, an Titio & postumis. Nam si Titio & filiis legauit duæ partes fient, quia videtur omnes filios coegisse in vnam partem: At si legauit Titio & postumis, diuisio fit pro numero personarum, & in capita, quod dixerit postumis: nec enim potuit singulos nominare, ideo tribus natis debetur, Titio quarta tantum, non dimidia. Ponit tres natos, quia tergemini nasci possunt. Accurs. *Tergemini*, id est, sex, male. At possunt etiam nasci quatuorgemini, & quinquegemini, vt refert Caius hac *l.* sua ætate ad Adrianum Imperatorem perductam fuisse mulierem, cum quinque liberis. Ex quo apparet Caium fuisse Adriani temporibus. Augustinus in quæstione de Fato. *l.* 3. *si pars heredit. pet.* Tertullian. in lib. de Anima. Sed ait lex, hoc est portentosum. Ideoque Iurisconsulti nunquam ponunt speciem de quinquegeminis, sed de tergeminis tantum. Et si quis moriatur intestatus relicto filio & vxore prægnante, quia possunt nasci tergemini, nec plures, nisi portentose, Sabiniani interim filio non dant petitionem hereditatis paternæ, nisi pro quarta parte, *l. sed si restituatur* §. *vlt. sup. de iud. d. l.* 3. Dissentit Pomp. in *l. cum quidam* §. *suum de acquir. hered.* Obtinuit Sabinianorum sententia. Alia species: Testator plures heredes scripsit. vnum rogauit vt ex cæteris vni, cui vellet partem suam restitueret post mortem suam. Fideicommissum valet, §. *cum quidam.* Nec potest dici incertæ personæ relictum: non potest etiam dici, ideo fideicommissum non valere, quod sit collatum in arbitrium heredis, *l. senatus*, §. *legatum de leg.* 1. Nam non ponitur, an debeat, sed cui debeat, cui: enim debeat, & quando debeat, in eius arbitrio poni potest. Ideoque si decesserit, nullo electo, omnibus competit petitio fideicommissi, *l. Labeo* §. *vlt. inf. de statulib. l. cum quidam, sup. de leg.* 2. At dubitatur, si coheredes sint scripti ex inæqualibus partibus, & illo non eligente omnes petant, vtrum viriles habeant, an hereditarias? De eo etiam ambigitur, si vnus ex heredibus rogatus sit restituere suam partem cæteris omnibus, si

A sint scripti ex æqualibus partibus. Ambiguitas soluetur ex comparatione pecuniarum, quas inuicem coheredes dare illi iussi sunt: Nam si æquales partes illi dare iussi sint, accipient etiam æquales partes. At si iussi sint dare inæquales, quæ partes pecuniæ congruant inæqualibus partibus hereditariis, tum accipient hereditarias, ex comparatione eius, quod vicissim ipsi dant. At si partes pecuniæ non congruant partibus hereditariis, qui modus fuerit distribuendæ pecuniæ, idem erit præstanstandi fideicommissi. *l. quoties, ad Trebell.* §. *vlt. hac l.* At quid si nullas pecunias dare iussi sunt, ex quarum comparatione solui ambiguitas possit: tum sequemur, quod est verisimilius, *l. in obscuris, de reg. iur.* Id autem est verisimilius, testatorem dedisse easdem partes in fideicommisso, quas in hereditate expressit, *l. Lucius* §. *præter*, & §. *Meuia, ad Trebellian. l.* 1. *C.*
B *de impub. & aliis substit.* Ergo præstabitur pro hereditariis portionibus.

Ad Leg. VIII.

Si inter virum & vxorem donatio facta fuerit: priore defuncto, cui donatum est, ad eum res redit, qui donauerat. Quod si simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donauerit: quæstionis decidendæ gratia, magis placuit, valere donationem, eo maxime, quod donator non superueniat, qui rem condicere possit.

DOnatio inter virum & vxorem confirmatur morte donatoris, si donator prior moriatur. quod si donatarius prior moriatur, tum donator donationem reuocat. *l.*
C *si interim hoc tit.* quæ est ex *tit. de don. inter vir. & vx. in sent.* Videndum ergo vter prior decesserit. At quid si sit incertus ordo morientium, vt sit naufragio, ruina? Sequemur benigniorem sententiam, & dicemus videri donatorem priorem decessisse, atque ita confirmari donationem: Nam cum simul perierunt, saltem verum est donatorem non superuixisse donatario, vt possit ad eum redire, *l. cum hic status* §. *si ambo, de don. int. vir. & vxor. l. si hi inuicem, de don. cau. mort.* Opponitur *l. qui duos* §. *si maritus, hoc tit. & l. si possessor de religios.* §. *si maritus.* accipiunt de stipulatione reddendæ dotis; sed est de stipulatione lucrandæ dotis, id est, vt maritus lucretur eam morte vxoris, vt constat ex *l. si possessor.* Sciendum, dotem profectitiam non remanere apud virum, vxore mortua, nisi aliud cautum sit.
D Ideo cautum est in §. *si maritus*, vt mortua vxore, remaneat. Dos aduentitia ipso iure remanet apud maritum, vt ostendit *l.* 3. *de his, quæ vt indign.* Ergo ita conuentum est, simul interierunt. Quid fiet? Dicemus, priorem videri mulierem decessisse, & ideo maritus dotem lucrabitur. Quod putant aduersarij *l. si inter*, nihil vero minus. Nam in *l. si inter*, videtur prior decessisse qui donauit: similiter in §. *maritus* videtur decessisse, quæ dotem dedit. in *l. inter*, donatio effectum habet, ita etiam in *h.* §. Male opponit Accurs. regulam Catonianam, *quod ab initio non valet*, &c. Dicendum hoc fieri ex Senatusconsulto vt confirmetur, *d. l. cum hic status.*

Ad L. IX. Qui duos.

E *Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus moritur, Titium substituit: duo impuberes simul in naue perierunt. Quæsitum est an substituto, & cuius hereditas deferatur. Dixi, si ordine vitæ decessissent: priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filij habebit hereditatem. In proposita autem quæstione, vbi simul perierunt: quia cum neutri frater superstes fuit, quasi vtrique vltimi decessisse sibi videantur? an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur, sed superior sententia magis admittenda est, vt vtrique heres sit. Nam & qui vnicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse. Et proximus agnatus intelligi-*

tur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit. Et hic vtrique, quia neutri eorum, alter superstes fuit, vltimi primique obierunt.

§. 1. Cum bello pater cum filio periisset, materque filij, quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante periisset, D. Hadrianus credidit, partem prius mortuum.

§. 2. Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima defertur hereditas, si non probatur superuixisse patri filius. Hoc enim reuerentia patronatus suggerente dicimus.

§. 3. Si maritus & vxor simul perierint: stipulatio de doto ex capitulo, si in matrimonio mulier decessisset, *habebit locum, si non, probatur illa superstes viro fuisse.*

§. 4. Si L. Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intelligitur superuixisse filius patri, & ex testamento heres fuisse, & filij hereditas successoribus eius defertur: nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater superuixisse, nisi & hic contrarium approbetur.

QVæritur de pariter mortuis, siue de incerto ordine morientium. Species: Pater duos filios impuberes instituit, & substituit supremo morienti, quod vulgo olim fieri solebat. Ideo dicitur vulgaris substitutio, *l. in vulgar. inf. de verb. signif.* Est tamen pupillaris. Hanc pater tacit, dum vult fratres ab intestato accedere, & post omnium mortem demum substitutum vocari, *l. vel singul. sup. de vulg. & pup.* Itaque hoc casu priore fratre mortuo, alter erit heres ab intestato, posteriori substitutus, & is inueniet in hereditate posterioris hereditatem prioris, *l. qui duos, de vulg.* At quid si fratres simul moriantur, an locus sit substituto ambigitur: propterea, quia dixit supremus. Non est supremus, nisi aliquis fuerit primus, cum ambo simul petent, neuter est primus, neuter supremus. Ergo substitutus supremo, neutri substitutus videtur. At interdum supremus non confertur cum alio, vt in edicto *de bon. poss. secund. tab.* Supremæ tabulæ dicuntur etiam solæ. Et è contrario in 12. tabul. proximus dicitur etiam vnicus, *l. in vulgari, l. illa verba, de verb. sign.* Et hæc interpretatio rei propositæ aptior est, vt videlicet substitutio potius valeat, quam pereat. Ideoque dicemus vtrumque fratrem videri supremum decessisse, & vtriusque hereditatem ab substitutum pertinere. Idem ostenditur in *l. ex duob. in princ. sup. de vulg. & pup. subst. l. pen. in prin. de bon. poss. secund. tab.* Obstat *l. eum qui, inf. ad Trebell.* in Flor. incipit. *si eius.* Species: Ex duobus fratribus rogauit eum, qui supremus moreretur, vt partem suam restitueret Titio, est substitutio precaria. Ergo substituit Titium supremo morienti precario: fratres simul pereunt: an vocatur Titius? Minime. Neutrius pars Titio debetur. Itaque inutilis est substitutio. Dicendum hoc ita fieri, quia Titius fuit substitutus in partem tantum supremi: ea pars incerta est, quia incertum est, quis supremus decesserit, & consequenter in hoc incerto vitiatur fideicommissum. At in specie nostra non substituit tantum in parte supremi, sed substituit supremo morienti ea mente, vt vtriusque fratris hereditas ad eum perueniret. Ideo vtroque simul mortuo, facile ad vtriusque hereditatem admittitur. Ea *l. eum qui*, est Martiani ex lib. 2. Regularum, ex quo libro etiam est *l. si ij, qui inuicem, de donat. causa mort.* quę ad eandem quæstionem pertinet. de ea diximus in *l. 8.* Eam quæstionem Martianus persecutus est etiam 3. lib. vt indicat *l. 17. & 16. inf. hic tit.* & ideo in *l. 19.* ait, quod de pariter mortuis tractamus, Id vero cœpit tractare lib. 2. & in aliis agitatum est.

Ad L. XVI.

Quod de pariter mortuis tractamus, & in aliis agitatum est. Vt ecce: si mater stipulata est, dotem à marito mortua filia in matrimonio, sibi reddi, & simul cum filia perit, an ad heredem matris actio ex stipulatu competeret? Et D. Pius A *rescripsit, non esse commissam stipulationem: quia mater filia non superuixit.*

§. 1. Item quæritur si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit, vel eum ea, propter quam stipulatus esset, an ad heredem suum actionem transmittat.

IN l. 16. proponitur hæc species: Mater pro filia dotem dedit, & stipulata est, eam sibi reddi mortua in matrimonio filia quæ dos dicitur recepticia. Necessario stipulata est, alioquin eo casu remaneret apud virum, quia est aduentitia. Finge: periere simul mater & filia, an dabitur actio ex stipulatu heredibus matris, quasi filia prior decesserit? Minime: quia dos reddenda est matri superstiti. at superstes non est, quæ simul periit. Semper filia videtur B superuixisse matri, quoniam is est ordo naturæ. Eodem modo donatione facta inter virum & vxorem, si vna moriantur, res donata non redditur, quia non est reddenda, nisi donatori superstiti, in *l. 8. & d. l. si ij, qui inuicem.* Item, si conuenerit vt maritus dotem retineret vxore mortua, & simul pereant, dos non reddetur, quia non est reddenda, nisi vxori superstiti. Ergo dotem retinebunt heredes mariti, & vbique melior erit causa possessorum, *§. si maritus hac l.* In *l. 16.* extraneus qui dotem dedit mulieri, & stipulatus est, eam sibi reddi mortuo marito in matrimonio id egit, vt sibi dos redderetur, si prius maritus decederet Finge: perierunt simul extraneus, & maritus. dos non reddetur heredi extranei, quia non est reddenda, nisi extraneus superstes fuerit, *d. l. 16.* vbi Accursius male accipit hæc C verba, *cum marito.* Idem erit, si hic extraneus stipulatus erit in casum mortis mortis mulieris: Nam si pereat simul cum muliere, dos etiam non reddetur heredibus.

Ad L. XVII.

Idem est. si dos vxori prælegata sit, & simul cum marito perierit.

ADditur in *l. 17.* idem esse, si vxori dos prælegata sit, & simul cum marito interierit. Loquitur de dote aduentitia quæ remanet apud virum, mortua vxore: mortuo autem viro, redditur vxori. Quid, si simul moriantur? non reddetur vel heredibus, melior erit causa possessorum, id est, heredum mariti. Idque verum est etiam si dos præ-D legata sit vxori. Male Accursius, quia dicit prælegata, ideo ponit vxorem fuisse heredem scriptam, quasi prælegatum possit solis heredibus relinqui, quod negandum est. Dos prælegatur vxori, etiam non institutæ, tit. *de dot. præleg.* Item, peculium seruo, *l. 10. & l. vlt. de pecul. leg.* Item obligatio debitori prælegatur, *l. non solum §. pen. sup. de liber. leg.* Item domino prælegatur pretium serui sui, in *l. in seruitutem §. dabimus, de bon. libert.* Iis dicitur prælegari, etiam si non sint instituti. Et vt notauit Stephanus ad *l. Babius, de pact. dotal.* Hoc verbo vtimur, quoties cui res quodammodo sua legatur, vt vxori dos, seruo peculium. Dotis prælegatio eodem iure est, quo & dotis actio citra prælegationem, nisi quod prælegatio dotis habet commodum repræsentationis. Actio dotis competit annua, E bima, trima die, *l. 1. de dot. præleg.* Alias vero eodem est iure dotis prælegatio & actio. Itaque etiamsi dos prælegata fuerit, non ideo magis reddetur heredibus vxoris, quæ simul periit cum marito. Opponitur *l. non debet actori, de reg. iur. In re obscura melius est repetitioni fauere, quam aduentitio lucro.* Cur ergo, vbi est obscurum, vter superuixerit, non fauemus potius heredibus mulieris dotem repetentibus, quam heredibus mariti lucrati volentibus? Regula ait, *aduentitio lucro.* Exempla ponit Harmenop. *lib. 1. Epitom. tit. 15.* Dos, quam retinet maritus vel heres eius, quasi vxore præmortua, non est lucrum aduentitium, sed rei iam sibi acquisitæ retentio. Lucrum est veluti donatio quæ extrinsecus accedit. Ideo si quis repetat pecuniam, quasi indebite solutam, & sit dubium, an eam donandi animo numerarit, an per errorem quasi debitam, in

dubio videbitur potius per errorem numerasse, quam donasse. ita repetitionem accipio pro condictione indebiti: Nam & eo libro, ex quo est illa l. Vlpianus, planissime disputauit de condictionibus. Alia species: Pupillo est substitutus frater, si frater superuixerit pupillo, ei erit heres necessarius ex substitutione pupillari, quia quos sibi necessarius pater facit, potest & filio facere. Sed si simul pereant, non videtur superuixisse, nec extitisse heres ex substitutione, sed legitimi vtrinque succedunt, *l.* 18. Item si duo fratres impuberes inuicem directo substitui sunt in secundum casum. Item, si alter alteri, id est, extraneus extraneo substitutus sit in secundum casum, videl. verbis fideicommissi: Nam in secundum casum substitutio directo non fit extraneo, sed precario. Verum si simul decesserint, videtur intercidisse substitutio precaria: quia alter non est superstes. Similiter si dominus & seruus simul moriantur, seruus non videtur superuixisse: Ideo non videtur fuisse in bonis domini mortis tempore. In ponenda Falcidia computatur quantitas patrimonij mortis tempore *l. in quantitate, ad leg. Falcid.* Eum seruum, qui simul periit, non computabimus in bonis, *d. l. 18.* Conclusio. Duobus pariter mortuis, non videtur alter alteri superuixisse. Excipiuntur parentes & liberi. Si pater & filius simul moriantur, videtur filius superuixisse. hoc suggerit ordo naturæ, *l. nam & si parentib. de inoff. test.* Ita fuit scriptum monumento Papiniani: *Papiniano turbato ordine naturæ in senio parentes fecerunt filio mortuo.* quod & alio loco his verbis exprimitur. *filio infelicissimus pater afflictus præpostere rotati naturæ.* Item, mater videbitur heres extitisse, exclusis agnatis filij. Similiter, si mater & filius simul moriantur, filius videtur heres fuisse matri ex Orfitiano. *l. cum pubere, hoc tit.* Et hoc si filius fuerit pubes: Nam si impubes fuit, verisimilius est, eum decessisse ante patrem vel matrem, *l. si mulier, hoc tit. l. inter, de pact. dotal.* Hoc propter infirmitatem ætatis. Aliud si pater qui libertinus est, moriatur cum filio: Nam creditur libertus superuixisse, vt patronus ei succedat. Hoc suggerit reuerentia patroni. *§. si cum pater, h. l.* Aliud est, si quis rogetur restituere hereditatem, si sine liberis decesserit, quo casu susceptis liberis, fideicommissum non intercidit, nisi liberi patri superuixerint, *l. filius fam. §. cum quis, de legat. 1.* Sed si simul perierint, non dicemus, in fraudem fideicommissarij liberos superuixisse. *l. ex facto §. si quis autem, ad Trebell.* quia, ait, verum non est superuixisse liberos, qui simul pereunt: licet cum de successione quæritur in patrem & filium, aliter præsumatur ex ordine naturæ. Verum fideicommissum non aufertur fideicommissario, quasi liberi superuixissent.

Ad L. X.

Si fuerit legatum relictum, ex cognatis meis, qui primus capitolium ascenderit: si simul duo venisse dicantur: nec apparet, quis prior venerit: an impedietur legatum? Vel ei, qui monumentum fecerit, & plures fecerint. Vel ei, qui maximus natu est, & duo pares ætate sint. Sed & si legatum Sempronio amico fuerit relictum, & duo sint æqua caritate coniuncti. Sed & si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronij, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat, cui ademptum sit: vtrum datio in vtriusque persona infringitur, an ademptio nulla est, quæri potest. Item si ex pluribus seruis eiusdem nominis vni, vel quibusdam relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata & libertates impediri, ademptionem autem in vtrumque valere.

§. 1. *Plane si ita libertatem acceperit ancilla,* si primum marem pepererit, libera esto, *& hæc vno vtero marem & fœminam peperisset: si quidem certum est, quid prius edidisset, non debet de ipsius statu ambigi: vtrum libera esset, nec ne. Sed nec si filia. Nam si postea edita est, erit ingenua. Sin autem hoc incertum est, nec potest, nec per subtilitatem iudicialem manifestari: in ambiguis rebus humaniorem sen-*

A *tentiam sequi oportet: vt tam ipsa libertatem consequatur, quam filia eius ingenuitatem: quasi per præsumptionem priore masculo edito.*

LEgauit testator ex cognatis eis, qui prior *Capitolium ascenderet.* legatum valet: nam legat incertæ personæ sub certa demõstratione. Quod si legauit ei, *qui prior ascenderit?* non valet. At finge, duo pariter ascenderunt, cui debetur legatum? Lex ait, neutri, quia incertum est, quis prior ascenderit, & alter alteri impedimento est: Quia ergo res obscura est, nec distingui potest, inutile redditur legatum: vtrique enim non debetur, quia testator vni voluit deberi. Apud Liuium: promissa est corona ei, qui prior murum ascenderit, duo ascenderunt simul, vterque virtutis causa
B præmium tulit: Id vero fecit princeps pro sua liberalitate: Nos de obligatione quærimus. Obscura, quæ solui non possunt, pro non scriptis habentur. Alciat. de hoc scripsit. *9. Parerg. cap. 10.* Finge: testator legauit ex cognatis ei, *qui monumentum faceret.* duo fecerunt, neutri debetur legatum, quia inuicem sibi obstant, nec potest heres vni satisfacere, quin expostulet alter: vel etiam legauit maiori natu cognato: duo sunt pares ætate, nulli debetur legatum, nisi aliqua ratione res possit explicari. Item si legetur Sempronio *amico*, & duo sint Sempronij amici. Item si libertas legetur *Sticho*, & duo sint eiusdem nominis, vt legatum, ita etiam libertas vitiatur propter incertum, *l. si quis de plurib. inf. hoc tit.* Obscura ergo pro non scriptis habebuntur, nisi solutio aliqua inueniatur. Verum si duob. Semproniis legatum sit, postea ademptum sit Sempronio,
C lex ait, in vtriusque persona consistere ademptionem. Obstat. *l. 3. §. si quis duob. sup. de adim. leg.* de eo in *l. 13. sup. de leg. 1.* Alia species in §. *vlt.* Legauit libertatem ancillæ, *si primum masculum pepererit.* peperit masculum & feminam. incertum est, vter prior natus sit. non pono pariter vtrumque natum, quoniam id fieri non potest, quid fiet? Hoc dirimet subtilitas iudicis, causa cognita, auditis obstetricibus. Verum si res adeo sit incerta, vt distingui non possit, sequemur humaniorem sententiam, i. quæ pro libertate facit, i. masculum priorem esse editum, ac sic mater & filia erunt liberæ. Hæc species non est similis superiori, si duo sint Stichi, & Sticho legetur libertas, respondetur contra libertatem, quia duo sunt, qui certant de libertate, & inuicem sibi obstant. Huc pertinet *l. qui soluendo 42. l. inuicem, de hered. inst.* At in hac specie vnus
D est, qui libertatem petit, cui facilius subuenitur. Hæc lex est Vlp. ex sexto disput. quo lib. Vlp. tractauerat etiam de libertate, si tres pepererit, *l. idem erit, sup. de stat. hom.* De ea libertate ambiguitates facti pleræque possunt incidere, quas eodem modo oportet dissoluere.

Ad L. XII. Quotiens.

Quotiens in actionibus, aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.

NOtandum, in ambiguis quoad fieri potest, id agendum, vt res valeat potius, quam pereat, *l. quoties in*
E *stipulat. de verb. oblig. Res qua de agitur.* Hæc sunt verba propria IC. Cicer. in Bruto: *qua de re agitur, quod multis Iurisconsultorum includitur formis* & in *2. de finib. in prin.* vbi legendum, *quæ res agatur.* Finge: petitus est *Stichus*, duo sunt, actor de vno sentit, reus de altero, vt actio sit salua, sequemur mentem actoris, *l. si quis intentione. 66. de iudic. l. in contrah. de reg. iuris.* Vel stipulatus sum Stichum, promisisti, duo sint Stichi: Ego vnum peto, tu alterum vis tradere; vel stipulatus sum hominem generaliter, cum de certo sentirem, *l. vbi inf. hoc tit.* vel stipulatus sum dare Carthagini, altera in Africa, altera in Hispania. lex *vbi* ait, id maxime sequendum, quod actum est, & quoad eius fieri potuit, id accipiendum est vt ne stipulatio pereat. Verum si non possit inueniri, quod actum est, quid

ſenſerint, interpretatio fiet contra ſtipulatorem, accipie- mus eam Carthaginem, de qua promiſſor ſenſit, *l. cum quæritur, hoc tit. l. ſtipulatio iſta 38. §. in ſtipulat. inf. de verb. oblig.* Sic etiam in dubio ſequimur, quod placet emptori aut conductori: Interpretamur contra emptorem aut locatorem, qui legem contractus dixit ambigue, *l. Labeo. 1. l. cum in lege. ſup. de contrah. empt. l. in emptione, eod. l. veteribus, de pact.* In *d. l. ſi emptione* legendum, *eum Stichum deberi, de quo emptor ſenſerit,* alias *venditor.* Eſt alius locus in *l. 5. C. qui manumitt. non poſſ.* vbi pro *emptori* legendum eſt, *venditori.* Libertas data ſeruo à debitore fiſci, in fraudem fiſci non valet. Species: Pater tuus pro te dedit pretium emptori, qui erat debitor fiſci, & te redemit ac manumiſit. nihil videtur factum in fraudem fiſci. Nam ſeruus quidem debitoris fiſci manumiſſus eſt, ſed debitor fiſci pro eo pretium accepit. Itaque nihil videtur periiſſe fiſco. Hæc ſpecies non conuenit: Nam dico, patrem dediſſe emptori pretium, legendum, *venditori.* Verum §. noſter ait, per præſumptionem priorem maſculum natum videri fauore libertatis. Græci dicunt κατὰ περίληψιν id eſt per præſumptionem. Sic per præſumptionem lucra nuptialia pertinent ad filios, licet heredes non exſtiterint. *Nou. 22.* Item per præſumptionem ex generali hypotheca aut fideicommiſſo quædam excipi *Nou. 39.* Item κατὰ περίληψιν hypothecam induci, *l. vlt. C. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* iuſta interpretatione, id eſt, κατὰ περίληψιν. Item mobilibus legatis quædam excipiuntur κατὰ περίληψιν, Harmenop. 5. *Epitom. tit. de legat.* Idem fideiuſſorem acceptum ſine ſcripto, de quo *l. 1. C. ad Turpillian.* rei exhibendi cauſa, is non obligatur vltra duos vel tres menſes κατὰ περίληψιν: nam non præſumitur, ſe in longius tempus obligaſſe, *l. pen. C. de fideiuſſor. l. neque §. pen. de fideicom. libert.* Eum, quem defendit procurator, videri abeſſe ex iuſta cauſa, addunt κατὰ περίληψιν lib. 48. βασιλικῶν. Sic ad *l. 8. C. de donat.* ait, patrem videri donaſſe prædium filio, ſi nomine filij in cenſum tulerit. Iſidorus notat id fieri κατὰ περίληψιν. Item in *l. defenſionis, C. de iur. fiſc.* ſi apparitor poſſideat rem fiſcalem, videtur eam mala fide poſſidere ſemper. Id notant etiam fieri κατὰ περίληψιν 56. βασιλικῶν: quoniam plerunque ſunt peſſimi. Sic in Nouella Leonis & Conſtantini de teſtibus ait, κατὰ περίληψιν eos qui ſunt in dignitate poſiti, videri teſtes eſſe idoneos, & omni exceptione maiores.

Ad Leg. XIII. Si is, qui ducenta.

Si is, qui ducenta depoſuit, ita leget: Seio cum ducentis, quæ apud eum depoſui, trecenta lego: *ſingula ſumma ſeparata quidem, certam habent demonſtrationem; coniunctione vero tali incidunt in ambiguitatem. Sed dicendum eſt, non trecenta, ſed quingenta deberi, quia duæ ſummæ iunguntur.*

§. 1. *Si quis leget:* Fundum Seianum heres meus Attio Dioni Mæuij ſeruo dato: *dubitatur quidem, Dioni quoque fundus legatus ſit, an Dio cum fundo legatus ſit. Sed magis dicendum eſt, non ſolum fundum, ſed etiam ſeruum Dionem eſſe legatum: maxime ſi nullas iuſtas cauſas habuit Dioni legandi.*

§. 2. *Cum ita ſtipulationem concipimus:* Si hominem aut fundum non dederis, centum dari ſpondes? *Vtrumque eſt faciendum, ne ſtipulatio committatur,* id eſt, *ſine alterum, ſiue neutrum factum ſit, tenebit ſtipulatio. Idemque eſt euidenter, cum propoſitis ſpecialiter pluribus rebus, quas fieri volumus, ita ſtipulamur:* ſi quid eorum factum non erit? *veluti,* Stichum & Damam & Herodem ſiſti? *Si quis eorum non ſtiterit,* decem dari? *Neceſſe eſt enim omnes eſſe ſiſtendos, vt ſtipulationi ſatis fiat. Vel (vt propius accedamus) fingamus ita ſtipulationem factam,* ſi Stichum & Damam & Herodem non ſtiteris, decem dari? *Neque enim dubitabimus quin æque omnes ſiſti porteat.*

§. 3. *Vtrum ita concipias ſtipulationem,* ſi illud aut illud factum non erit, *an hoc modo,* ſi quid eorum factum non erit, quæ vt fierent, comprehenſa ſunt: *hoc intereſt, quod*

A *quamuis altero facto verum ſit, hoc aut illud vere factum eſſe, non ideo tamen verum erit, hoc aut illud factum non eſſe. Nam ſimul ea poſſunt eſſe vera, quamuis inter ſe contraria ſunt. Quia cum ſignificatio non ex vniuerſo, ſed ex aliquo ſumitur, ſi veri aliquid inde ſit, verum efficit totam orationem, ſicut è contrario duæ orationes pugnantia continentes, ſimul falſæ ſunt. Veluti ſi qui liberorum partim puberes, partim impuberes deceſſerint. Nam & hoc falſum erit, omnes impuberes deceſſiſſe, & illud, omnes puberes deceſſiſſe. Id accidit, quia ſignificatio ſumitur ex vniuerſo: in quo ſi aliquid falſum eſt, totam orationem falſam efficit. Animaduertendum igitur eſt, quid ſit: de quo quæritur, nam cum ita concipio:* ſi illud aut illud non fuerit, *quæri debet, an aliquid factum non ſit. Illius effectus hic eſt vt neutrum fiat. Huius*

B *autem vt vtrumque fiat. Nec in illo prodeſt, aliquid non feciſſe, ſi aliquid factum ſit.*

§. 4. *Proinde ſi quis ita interroget.* Eorum quid, quæ obiiciuntur tibi, feciſti, *ille neget; hoc exprimat,* Eorum quid, *quæ obiiciuntur, non, feci,* id eſt, *nihil horum feci.*

§. 5. *Si quis autem plura in ſtipulatum deducat, quorum vnum fieri velit, ita comprehendere debet:* Illud aut illud fieri ſpondes? Si nihil eorum factum erit, tantum dabis.

§. 6. *Item ſi paterfamil. in teſtamento ita ſcripſerit:* ſi quis mihi filius aut filia genitur, heres mihi eſto: ſi mihi filius aut filia heres non erit, Seius heres eſto: *non ſatis voluntatem ſuam declarauit, ſi non aliter extraneum heredem eſſe volet, quam ſi neque filius, neque filia heres ſit. Hoc enim modo concipi oportet:* ſi mihi neque filius, neque filia heres erit. *Poteſt autem interdum ſuperior ſcriptura eſſe neceſſaria, ſi quis cum*

C *filium & filiam habeat, vtrumque heredem inſtituere velit: ſed, ſiue alter heres futurus ſit, extraneum miſcere; ſiue neuter, extraneum ſubſtituere. Sed procliuior eſt ſententia teſtatoris, ſic eſſe interpretanda, vt, ſiue filius, ſiue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, niſi ſpecialiter hoc teſtator expreſſerit.*

INitio legis duę ſunt ambiguitates, earum ſolutionem lex indicat in §. *cum ita.* Proponitur ſtipulatio talis: *Si hominem aut fundum non dederis, centum dabis,* nulla alia præcedente ſtipulatione de homine, aut fundo dando: quidam habent, *hominem ac fundum,* male: Retinenda Florent. lectio. Hæc ſtipulatio ambigua eſt, vel hoc ſignificat, ſi nihil dederis, i. e. nec hominem, nec fundum. Et ſi

D ita accipiatur, alterum dando, ſtipulationi ſatisfiet. Vel hoc ſignificat, ſi aliquid non dederis. Et ita accipitur plerumque. Ergo ſiue neutrum dederis, ſiue hominem tantum, ſtipulatio committetur, i. e. ex ſtipulatu agi poterit: Nam id agitur, vt vel vno non præſtito ſtipulatio committatur. Sufficit ergo vel vnum præſtitum non eſſe: nec aliter ſatisfiet, quam vtroque præſtito, *l. ſi quis ita ſtipulatus fuerit 10. aur. in fi. de verb. obligat.* Additur, idem eſſe dicendum euidenter, id eſt, ſine vlla ambiguitate, ſi præcedente alia ſtipulatione, qua plura quædam fieri ſtipulatus ſum, videlicet, *Stichum, Pamphilum, Damam, indicio ſiſti.* Deinde ita; *ſi quid factum non erit, vel ſi quis eorum non ſtiterit, centum dabis:* Nam ſi vel vnus non ſtiterit, ſtipulatio committetur, non aliter, quam ſi ita ſtipulatus fuiſſem, ſi Stichum & Pamphilum & Damam non ſtiteris,

E centum dabis. quo caſu ſiſtendi ſunt omnes. Sic etiam priore caſu perinde eſt, ac ſi ita ſtipulatus fuiſſem, *ſi hominem & fundum non dederis, centum dabis.* Concluſio ſit: Eundem eſſe effectum huius ſtipulationis, *ſi illud, aut illud, factum non erit,* & illius, *ſi quid eorum factum non erit,* quæ vt fierent ſuperius comprehenſum eſt. Obſtat valde §. *vtrum,* qui ſequitur, in quo ait, diuerſum eſſe effectum. Alij dicunt, §. *vtrum,* corrigere præcedentem §. *cum ita.* Verum ſciendum eſt, orationum contrariarum tria eſſe genera. Orationes Iul. vocat, ſicut, Ariſtot. λόγους ἀποφαντικούς. Aliæ *aduerſæ,* ſiue ἐναντίαι, pugnantia continentes, quarum vna de vniuerſo negat, quod adfirmat altera. Iulian. ait, *vniuerſa.* Hoc Ariſt. ἐπὶ τὸ καθόλου. Ait, quarum ſignificatio ex vniuerſo ſumitur, *ſignificationem vocat,* κατηγόρημα.

Hæ orationes quæ aduersæ sunt, simul veræ esse non possunt, vt omnis heres debet defendere mortem defuncti: Nullus heres debet defendere, &c. *l. portiones, de his, quæ vt indig.* Prior est vera, posterior non. Interdum tamen simul falsæ esse possunt, vt omnis actio est in factum, nulla actio est in factum, vtraque est falsa. Vel si omnes liberi decesserint, non tamen eadem ætate, sed alij puberes, alij impuberes. Sic si statuas, omnes liberos impuberes decessisse, falsum erit. Ex aduerso item, si omnes puberes decessisse, falsum erit. Itaque duæ propositiones aduersæ simul falsæ sunt. Oratio vniuersalis tota est falsa, si quid in ea falsi. Notandum in hoc §. hæc verba, *l. si qui liberorum,* pessime Florent. scripta esse grandioribus literis, quasi sint testatoris. Illa potius grandioribus literis scribenda fuere, *omnes puberes decessisse, &c.* Aliæ sunt orationes aduersis contrariæ. In hoc §. dicuntur contrariæ generali vocabulo, à recentioribus appellantur ὑπεναντίαι, id est, *subcontrariæ.* Horum hæc est definito, vna negat ex parte, quod altera affirmat ex parte. harum significatio non sumitur ex vniuerso, sed ex parte. Iulianus ait, *ex aliquo.* Aristotel. κατὰ μέρος. Hæ orationes possunt simul esse veræ, vt quidam tutor à tutela excusatur: quidam tutor à tutela non excusatur: vel si ex duob. quæ fieri debent, alterum sit factum, alterum non sit factum, vt si hominem aut fundum dari oporteat, homo detur, fundus non. Hoc casu si statuas ita, illud factum esse aut datum, verum erit: contra si statuas, illud aut illud factum non esse, id etiam verum erit. Oratio particularis tota est vera, si quid in ea insit veri. Ergo sicut aduersæ orationes simul possunt esse falsæ: ita hæ, quæ aduersis subiectæ sunt, simul possunt esse veræ. At hæ simul falsæ esse non possunt, vt quidam curatores testamento dari possunt, quidam curatores testamento dati non possunt. Prior falsa est: constat enim curatorem testamento nunquam iure dari, posterior non item. Tertium genus est earum, quæ dicuntur *contradicentes siue disparata.* Ex eis orationibus aliæ sunt vniuersales, quarum vna affirmat de vniuerso, altera negat ex parte, hæ simul veræ esse non possunt, aut simul falsæ. vt, omnis actio vtilis est in factum: Non omnis actio vtilis est in factum, prior vera est, posterior non. Vel, nullus heres existit sine aditione: quidam heres existit sine aditione, prior falsa est. Vel si ex pluribus, qui iudicio sisti debuerunt, quidam stati sunt, sic statuas: omnes statos fuisse, falsum erit: At si statuas, non omnes statos fuisse, verum erit, *l. si seruus §. 1. sup. si quis caut.* vbi omnes statos non esse, id est, non omnes statos esse. Sic Alciatus *lib. 5. paterg. cap. 7.* Ex hoc genere sunt quædam, quarum vna de re certa affirmat, altera negat, vt, fundus Tusculanus meus est, fundus Tuscul. non est meus. hæ etiam non possunt simul veræ aut falsæ esse. Aliæ sunt de re incerta. vt: Actio famosa est: Actio famosa non est. vtraque est vera, in alia atque alia actione. Hæ simul falsæ non esse possunt. vt, peculij vindicatio est, peculij vindicatio non est. Prior est falsa, *l. vindicat. de rei vindic.* Hæc sunt tria genera. Addit Bartolus subalternas, quod sumpsit ex Boëtio. *Subalternæ* sunt, ὑπάλληλαι, quarum vna confirmat aliam. vt, omnis donatio causa mortis comparatur legato: quædam donatio causa mortis comparatur legato. prior continet posteriorem. de iis nihil Aristoteles: quia hæ nunquam possunt esse contrariæ, sed error est recentiorum: Nam consentiunt semper in veritate & falsitate. His cognitis videamus, quid dicendum sit de stipulationibus quæ hic proponuntur. duæ proponuntur stipulationum formæ prima est, *si illud, aut illud factum non erit, centum non dabis,* vel, *si hominem aut fundum non tradideris, centum dabis.* quæritur altero facto, vel homine dato, non fundo, an stipulationi satisfactum est. Quod videtur dicendum: Nam illud aut illud factum est. Et si hoc senserint contrahentes, & alterutrum fecerit, satisfactum est. Verum ea plerunque mens est contrahentium, & ita accipimus vt vtrumque fiat, & si vnum non fiat, committatur, nec prosit aliquid fecisse, si aliquid factum non sit. Ergo altero tantum facto, ex stipulatu agi potest.

A Denique altero tantum facto. vtrumque verum est, illud aut illud factum esse, & illud aut illud factum non esse. Nam duæ particulares possunt esse veræ: sicut duæ vniuersales possunt esse falsæ. Secunda stipulatio: *si quid eorum actum non erit, dabis centum,* vt *hominem & fundum trades, si quid eorum factum non sit, dabis centum?* Huius & superioris idem est effectus, videlicet, vt vtrumque tradatur. Itaque siue neutrum fiat, siue alterum tantum, erit actio ex stipulatu. At contrarium traditur in *versf. illius.* Initio §. proponitur differentiam esse. Ea explicatur in *verf. alius.* Ait, propositis his stipulationibus *huius,* id est, si illud, aut illud factum non erit, hunc esse effectum, vt vtrumque fiat: Idque est certissimum, At *illius,* id est, *si quid eorum factum non erit,* ait, hunc esse effectum,
B vt neutrum fiat, & vt nihil prosit aliquid non fecisse, si aliquid factum sit. Hoc dicit quasi hæc stipulatio hoc exigat, ne fiat, cum tamen aperte exigat vt fiat, ne pœna committatur. Itaque quod dicit, stipulationi huic euenire non potest. Et vero nihil hæc à superiore distat. Vtriusque autem idem sensus, videlicet, si aliquid eorum non feceris, dabis centum, si vtrumque feceris, tum nihil dabis. Itaque constat initio §. *vlt.* negationem esse transpositam, atque ita legendum: *si quid eorum factum erit, quæ vt non fierent comprehensa sunt.* nempe seruum & fundum non tradi cauerunt, si quid eorum factum erit dabis centum? huius stipulationis hic est effectus, vt neutrum fiat: Ideo si seruus quidem non tradatur, fundus tradatur, erit actio ex stipulatu: nec proderit aliquid non tradidisse, si aliquid traditum sit. Ergo hæc stipulatio multum ab illa distat, *si illud aut illud factum non erit:* Illi satisfit vtro-
C que facto, huic neutro. Item illa committitur, si aliquid factum non sit: hæc si aliquid factum sit. Vtroque tamen casu inueniuntur duæ particulares simul veræ: vt in priore altero non facto vtrumque verum est, aliquid factum esse, aliquid factum non esse. Itidem in posteriore, altero facto vtrumque etiam verum est, aliquid factum esse, aliquid factum non esse. Ceterum effectus non est idem. Huius stipulationis, *si illud aut illud factum non erit,* sensus est, si aliquid factum non erit. Idem est istius sensus, *si quid eorum factum non erit.* At huius, *si quid eorum factum erit,* sensus est, si aliquid promissor fecerit. Nec mouere nos debet *versic. proinde, &c.* Is qui interrogatur, *an aliquid eorum quæ obiiciuntur, fecerit,* si respondeat, non feci, hoc respondet, nihil eorum feci. Itaque, si aliquid
D eorum fecerit, aliquid non, in mendacio est. Hoc non discrepat ab his quæ diximus: immo conuenit cum his quæ de secunda stipulatione diximus: Nam si quis promiserit centum, si aliquid faceret eorum quæ comprehensa sunt superius, nec faceret, committit in stipulationem, si aliquid fecerit, aliquid non: Nam hoc promisit, se nihil eorum facturum. At qui ita promisit, si illud aut illud non fecero, promittit se totum facturum, illi stipulatori non satisfit, altero tantum non facto; huic autem non satisfit, altero tantum facto, quia vtrumque fieri oportet. Ex illa autem stipulatione neutrum fieri oportet. Rogerius vetus interpres, vt notat Accurs. mendum subesse vidit, sed sedem eius non vidit. Male etiam accipit articulum, *illius, huius.* Nam *huius* referri debet ad pri-
E mam stipulationem: *illius,* ad secundam. Alij nihil mutant, sed inuitis verbis faciunt, vt videatur tamen Iurconsultus proposuisse differentiam, non inter illas stipulationes, ex §. *cum ita,* sed inter eas, quas proposuit extremo loco. Interpretantur enim non facere pro facere. Verum hæc missa facienda. Notandum: si ex duobus in stipulationem deductis stipulator sit vno contentus, sic debet stipulari: *Illud aut illud promittis, si nihil horum feceris, dabis centum?* tum altero facto promissor liberabitur. Species: *Filius aut filia heres esto, si filius aut filia heres non erit, Seius heres esto.* vno tantum herede non existente, substitutus admittendus videtur, & vt ait, commiscendus alteri, qui heres exstitit, si scripto voluntas congruat: Nam verum est, hoc casu filium aut filiam non exstitisse.

extitisse. Accurs. legit male, *immiscere*, legendum, *miscere*, i. commiscere, & coheredem heredi adiicere. Si vero testator voluit admitti substitutum, si vnus heres existeret, perperam scripsit. Sequemur tamen quod voluit. *l. in test. h. t.* Nam ita debuit scribere, si nec filius, nec filia extiterit heres, Seius heres esto: Nam sic constaret, vno existente, substitutum excludendum. Sed ita scripsit, *si filius aut filia heres non erit: Seius heres esto*, parum quidem apte. Sed in dubio videtur hoc voluisse testator, vt vel vno existente herede, substitutus non concurreret, & vt neutro demum existente veniat. Notandum nihil interesse siue dicat: *Filius aut filia heres esto, siue filius & filia*. Nam etsi dixerit, *aut*, vterque heres esto, ex *l. pen. C. de verb. sign.* est παράλληλος. Sic appellatur disiunctio, quæ pro coniunctione est. Sic in *l. generaliter, in princ. C. de instit. & substit. Rogo te, vt restituas hereditatem, si intestatus decesserit, vel celebs, vel orbus*. Finge: decessit celebs, non tamen orbus, non intestatus, an debetur fideicommissum? Minime, non debebitur, nisi omnia hæc deficiant: Itaque disiunctio illa pro coniunctione accipitur.

Ad L. XIV.

Si quis ita scripserit, illis qui testamentum meum signauerint, heres meus 10. dato. *Trebatius, vtile legatum esse existimat. Quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis. Quod verum existimo.*

Legatum ita relictum est; *illis, qui testamentum signauerint, lego*. an est vtile? videtur relictum incertæ personæ: At contra est demonstratio personarum, ideo valet. Posset dubitari: an vtile, si legetur signatoribus testib. testamenti? Potest autem: quia testamentum testibus confirmatur, huius officij remunerandi causa non inutiliter ei legabitur, alioquin inimicis potius signatoribus vteremur. Huc pertinet *l. 5. C. Theod. de test.*

Ad L. XV.

Leg. 15. Quædam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retro ducitur, & apparet, quid actum est. Vt ecce: si res legata fuerit, & deliberante legatario, eam rem heres alij tradiderit. Nam si quidem voluerit legatarius habere legatũ, traditio nulla est. Si vero repudiauerit, valet. Tantundem est, & si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres. Nam si quidem non repudiauerit legatarius, alienam pecuniam credidit. si vero repudiauerit, suam p[ecu]niam credidisse videtur. Quid ergo si consumpta fuerit pecunia, vtique idem erit ex euentu dicendum.

Ea, quæ sunt ab initio dubia, sæpe ex post facto manifesta fiunt. Res est dubia, si nesciatur vtrum quod agitur sit vtile, necne. Finge heres rem legatam sub conditione vendit. pendente conditione dubium est, an valeat venditio. Id soluet euentus: Nam valebit venditio, si conditio deficiat, aut si repudiauerit legatum, *l. si tibi homo §. cum seruo, sup. de leg. 1.* Item, si heres pecuniam legatam crediderit, dubium est an valeat creditum, & an heredi condictio competat? Duplex est condictio, ex numeratione, & ex consumptione, vt si alienam pecuniam credidi, non beo condictionem ex numeratione, quoniam non feci accipientis, sed ex consumptione, *l. rogasti §. si fugitiuus, de reb. cred.* Quæritur ergo, an mutuum valeat. Id euentus declarabit. si legatarius repudiauerit, heredi dabitur condictio. si agnouerit, non dabitur. Sed condictio ex constitutione quæsita heredi, cedenda erit legatario, si legatarius repudiauerit pecuniam, quam heres credidit heredi, dabitur condictio, siue extet, siue consumpta sit, sed si non repudiauerit, tunc heredi non dabitur condictio, nisi ex consumptione.

Ad L. XIX. Si cognatis.

Leg. 19. Si cognatis legatum sit, & hi cognati quidem esse desierunt, in ciuitate autem maneant: dicendum, deberi legatum. Cognati enim testamenti facti tempore fuerunt. Certe si quis testamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem, facilius legatum consequitur.

§. 1. Si quis cognationi leget: idem est, atque si cognatis legasset.

Cognatis legatum est, legatũ valet, quia videbatur incertis relictum: ideo hic tractatur de eo: Quidam qui erant cognati testamẽti tempore, post cognati esse desierũt ante mortem testatoris. Quæritur, an admittendi sint ad legatum. 3. Ita, si modo in ciuitate manserint. Nam deportati non admittũtur, *l. si deportati, sup. de leg. 3. l. eum qui post, inf. de condit. & demonstrat.* At quid si cognati nõ fuerint testamenti tempore, sed mortis tantum, facti videlicet per arrogationem, non quod possit quis arrogari in locum cognati, quia semper in liberorũ locum arrogamus, sed quod arrogatus sit cognatus agnatis arrogatoris. Rursus desinunt esse cognati arrogatione soluta per emancipationem. Quid ergo si testamenti tempore non fuerint cognati, sed post facti sunt, mortis videlicet tempore: Hi admittentur, quia die legati cedente, inueniuntur cognati. Nec obstat regula Catoniana: Ea enim loquitur de legato ab initio inutili, hoc autem ab initio vtile est. Ad legatum admittentur etiam ij, qui, si testator statim decessisset, non admitterentur, vt qui post facti sunt cognati: sicut grege legato, ea debentur, quæ non deberentur, si testator statim decessisset: vt si auctus sit grex vel peculium, *l. peculium, de legat. 2. l. 8. §. vlt. sup. de pecul. leg.* Ergo legatum relictum cognatis generaliter, debetur etiam iis, quasi vel mortis, vel testamẽti tantum tempore cognati fuerunt. Aliud seruatur in edicto de legatis præstandis. Ex illo petita bonor. possess. cont. tabul. omnia rescinduntur, quia non datur pro parte. Excipiuntur quædam personæ, quibus prætor conseruat legata, videlicet liberis & parentibus, vxori, nurui. sed necesse est vt fuerint parentes, & liberi mortis tempore, *l. sed etsi pro dote, in princip. l. interuenit. inf. de legat. præst.* Ergo si fuerint liberi testamenti tempore, nec mortis tempore, vt quia arrogatio soluta est emancipatione: non capiunt legata. Hoc est ex sententia illius edicti. Aliud etiam dicendum, si legatum relinquatur nomini familiæ: hi enim tantum inuitantur, qui fuerint ex nomine mortis tempore: Nam qui legat nomini familiæ, omnino spectat nomen. Ergo hi tantum inuitantur, qui mortis tempore fuerint ex eo nomine, quoniam nominatim relinquitur nomini, nec vult ex nomine rem alienari, *l. cum ita §. vlt. sup. de leg. 2.* Itaque arrogati emancipati ante mortem testatoris non inuitantur, quia desierunt esse in nomine. At naturales post emancipati inuitantur, quia nomen retinent, agnatio quidem amittitur, *l. peto, in fi. de legat. 2. l. filiusfamilias §. cum pater, de leg. 1.* Aliud dicendum, si legetur incapaci tempore testamenti, & capaci tempore mortis, legatum non valet, quia ab initio fuit plane inutile. Item, e contrario, si legetur capaci testamenti tempore, incapaci mortis tempore, quia dies huius legati inutiliter cedit, *l. vlt. in fi. sup. commun prad.* Ergo vtroque tempore capacitatem exigimus, licet non cognationem. Errant qui tradunt differentiam esse inter heredem & legatarium. In herede capacitatem exigi vtroque tempore, in legatario non item. Hoc falsum est: Nam aperta est regula Catoniana de legatariis. Nec obstat lex *non oportet de leg. 2. Non oportet quærere de capacitate, &c.* Sed ex eadem *l.* idem dicendum videtur contra illos: Nam ait, *vel legatum*. Verum ea lex tantum ad fiscum referenda est. Est enim ex libris ad L. Iuliam & Papiam. Fiscus exitum spectat vt si tacitum fideicommissum relinquatur incapaci. Fiscus de conditione non quærit, nisi mortis tempore. At

eo tempore inuenitur capax. Ergo repellitur Fiscus, *l. 3. §. quando, de iur. fisc.* Nec obstat lex *in mortis, de mort. cause. donat. in mortis, causa donationibus non esse inspiciendum tempus donationis, sed mortis, an notarius sit capax.* Id autem merito dicitur in donationibus causa mortis, nec vero trahemus ad legata. Ea enim nominatim conferuntur in tempus mortis. In tempus & in conditionem incapaci legari & donari recte potest, cum id solum tempus spectatur, *l. in tempus. sup. de hered. instit.* Hic occasione huius legis quæritur de hac specie: *Omnes serui mei liberi sunto*, post testamentum alios seruos acquisiuit, an hi videntur manumissi? Tractant hoc Græci ad *l. quoties dubia, de regul. iur.* In re dubia secundum libertatem respondendum est. Exemplum ex *l. qui habet inf. de manum. test.* Quidam habet seruum Cratinum, & hunc solum: relinquit libertatem Cratisto, quem non habebat, an Cratino dabitur libertas? Ita. error nominis non nocebit. Aliud, seruos testamento manumissos, & post testamentum alios comparatos pone, in re dubia ait, omnes videri manumissos tam qui testamenti, quam qui mortis tempore fuerunt. Id non est admittendum, si directo data sit libertas: Necesse est enim, vt hi sint vtroque tempore serui testatoris, *l. seruus, de manumiss. testam.* Testamenti & mortis tempus spectatur, *l. nomen, eod.* ibi dicitur testamenti & aditionis tempus spectari, quæ pugnant. Dicendum, libertatem alias cedere à morte, alias ab hereditate adita. A morte, si idem heres scribatur & liber, *l. si alterum, de hered. instit.* Vel si scribatur heres suus vel necessarius, qui statim existit, *l. quæsitum §. necessarios, sup. de legat. 1.* Alias cedit ab aditione: sic fit, vt liberos esse iussos, alias oporteat, vt testamenti & mortis fuerint, serui, alias testamenti & aditionis tempore. Cur autem vtrumque tempus spectamus in libertate? An propter regulam Catonianam? Sic dici potest in libertate, quæ cedit à morte: Nam regula Catoniana pertinet ad omnia, quæ cedunt à morte. Idem dici non potest, si cedat ab aditione: nam in his cessat Catoniana, *l. 3. de reg. Cat.* Verum tum ideo fit, quia libertas relinquitur vindicationis genere, *vt liber esto.* vt autem res aliena non potest legari per vindicationem, quoniam non vtroque tempore testatoris est, imo neutro. Vlpianus in *Frag. tit. de legat.* Ita nec libertas dari alieno seruo directo, sed necesse est vt fuerit testatoris seruus vtroque tempore. Huc pertinet *l. Stichus, de manumiss. testam.* Quod autem ad propositam speciem attinet, puto locum habere in fideicommissaria libertate, hæc debebitur etiam post acquisitis, *l. generaliter § si homini, inf. de fideicommiss. libert.*

Ad Leg. XXV.

Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto. Cui, vt dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus dare damnas esto. *Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixi, adimplenda est.*

QVem heredi dixero liber esto, vel, quem heredi dixero ei dato, videtur legatum inutile quasi incertum. Et certe, si testatoris voluntas nullis argumentis manifesta fiat, nullum erit, *l. 4. sup.* Sed si appareat, eam sequemur. Videtur autem hoc modo legari tacite. Id vero impune fit, si capaci fiat, *l. 1. C. de delatoribus lib. 10.*

Ad Leg. XXVIII. penult.

L. 28. Quid habebat Flaccum fullonem, & Philonicum pistorem: vxori Flaccum pistorem legauerat: qui eorum, & num vterque deberetur? placuit primo eum legatum esse, quem testator legare sensisset. Quod si non appareret: primum, inspiciendum esse, an nomina seruorum dominus nota habuisset: quod si habuisset, eum deberi, qui nominatus esset: tametsi in artificio erratum esset. Sin autem ignota nomina seruorum essent, pistorem legatum videri, perinde ac si nomen ei adiectum non esset.

HAbebat quis duos seruos, Flaccum fullonem, & Philonicum pistorem, legauit Flaccum pistorem. Res est dubia. Nam vel errauit in nomine serui, & tunc Philonicus debetur, vel in appellatione artificij, & tum debetur Flaccus, licet non sit pistor. Hæc ambiguitas soluitur præsumptionibus. Si testator nota habuerit nomina seruorum, is debebitur, quem nominauit, & videbitur errasse in artificio: Sed si seruorum nomina non bene nota habuit, tum debebitur Philonicus. Hi errores nominis vel artificij non vitiant legatum. Bartolus id traducit ad hanc quæstionem. Acta quædam gesta sunt in Titium iudicem Aurelianensem, qui nominatur non Titius, sed Sempronius. Acta nihilominus valent, satis eum demonstrat appellatio iudicis.

Ad L. vltim.

L. 29. Plures testamento manumiserat: in quibus Sabinam, & Cyprogeniam, cum quisque eorum ad trigesimum annum ætatis peruenissent: &, cum liber quisque eorum esset, certam summam dari voluerit, & coniuncta scriptura ita cauerat: Sabinæ, & Cyprogeniæ dari volo, cum ad statutam ætatem peruenerint, singulis 10. Et hoc amplius alimentorum nomine in annos singulos, quoad viuent, singulis 10. *Quæsitum est, vtrum omnibus manumissis alimenta debeantur, an vero Sabinæ, & Cyprogeniæ solis. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur videri omnibus alimenta legata.*

PLures seruos manumisit, cum erunt annorum triginta. Non frustra hoc adiicitur. Sic in *l. Arist. de manumiss. testam. l. ex parte §. Stich. famil. ercisc. l. si quis ita §. vlt. de statulib.* Hoc adiiciebatur, vt peruenirent ad ciuitatem Romanam. Nam minor triginta annis ex l. Ælia Sentia fiebat Latinus: At maior triginta annis fiebat ciuis Romanus, vel is, cui libertas in id tempus relinquebatur. Vlpian. in *Frag. tit. 1.* Theoph. *de libert. l. 2. C. commun. de manumiss.* Deinde eisdem seruis legauit certam summam, *cum liberi essent.* inter eos seruos est Sabina, & Cyprogenia his duobus coniuncta scriptura, separatim sic legauit, singulis decem. Adiicit, *hoc amplius singulis alimenta dari volo.* L. ait, coniuncta scriptura hæc omnia fuisse scripta. Sic in *l. non ad ea, sup. de cond. & demonstr.* Res ambigua, videlicet, quod ad alimenta, an legauerit his tantum duobus, an omnibus. Vero similius est, omnibus relicta alimenta. Itaque omnibus debebuntur. Huius rei argumentum est, coniunctio illa scripturæ, quæ si non esset, illis duobus viderentur tantum relicta. Hic etiam est fauor alimentorum, qui pene in simili re idem extorquet; *l. à filio, §. vlt. sup. de alim. leg. Omnibus libertis cibaria, quæ viuus præstabam, dari volo*: Præstabat tribus tantum, vt constat ex rationibus domesticis. An ergo eis solis cibaria debebuntur? Minime, imo omnibus, hoc colore, quia dixit omnibus. Sic etiam in specie, *l. vlt.* fauor alimentorum hoc facit.

AD TITVLVM IX.

De his quibus vt indignis. &c.

TOtus titulus fere est de iure fiscali: Nam ea, quæ vt indignis auferuntur, plerunque transeunt in Fiscum, non tamen semper, *l. 1. §. quæ autem, C. de caduc. tollend.* Quæ ait, veteribus legibus sunt cauta, siue ad fiscum, siue ad alias persona perueniant, seruamus. Igitur non semper ad fiscum pertinent. Primum enim legatum, quod tutori excusanti se aufertur, remanet apud heredem, *l. 5. §. amittere.* Item legatum, quod aufert legatario, qui celauit tabulas testamenti in fraudem heredum, aufertur etiam quasi indigno,

remanet tamen apud heredem, *l. pen. C. de leg.* Similiter heres rogatus restituere hereditatem, si coacte adierit postulante fideicommissario, indignus est, vt Falcidiam detrahat, & generaliter aliquid ex testamento consequatur, *l. si patronus §. qui fideicommiss. ad Trebell.* & tamen, quod ei aufertur, transit in fideicommissarium, non in fiscum. Igitur ea, quæ vt indignis auferuntur, non semper vindicantur fisco, plerunque tamen: & id est proprie, quod Vlpian. in *Frag. tit. 19. ereptitium* appellat. Ereptitium est, quod est in causa caduci, vel quod aufertur quasi indignis: dicitur enim illud eripi, *l. pen. de iure fisci.* Quid distant ereptitia à caducis? Fisco vtraque vindicantur. Verum caduca fiunt, quæ nondum sunt delata, vt si legatarius vel heres moriatur ante apertas tabulas ex l. Papia. Eripiuntur, quæ iam delata sunt & acquisita, *l. 2. hoc tit.* Ait, *Quod acquisitum est.* Indignus igitur est, qui cepit quidem, sed retinere non potest. Alius longe est incapax. Præterea caduca hodie sunt sublata ex constitutione Iustiniani. Ereptitia, id est, quæ vt indignis auferuntur, non sunt sublata. Et ex ordine edicti perpetui, ita erant dispositi tituli. Primum, de caducis. Secundo, de his, quæ pro non scriptis habentur. Tertio, de his, quæ vt indignis. Pro titulo de caducis, reposuit titulum, de Regula Catoniana, quæ pugnat cum caducis, in *l. vlt. de regul. Caton.* Non pertinet ad nouas leges, id est, ad leges caducarias, Iuliam & Papiam. Sciendum tamen, generali appellatione interdum ea etiam, quæ indignis auferuntur, appellari caduca, *l. cum fisco, ad Syllan. l. 2. si quis aliquem test. prohib. de his quæ vt indign.* id est, de hereditatibus, legatis, fideicommissis in 60. Basilicon, περὶ τῶν ἐξ ὧν τὰ καταλειφθέντα ληγάτα ὡς ἀναξίων ἀφαιροῦνται, tamen extra has causas, dos etiam interdum quasi indigno aufertur, *l. ei qui mortem hoc tit.* Idem donatio inter viuos in *l. cum hic status §. vlt. de don. inter vir. & uxor.*

Ad Leg. I.

Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, quasi indignum carere legato seu fideicommissum libertum, quæ ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem eius, quasi illicitæ mercis negotiatorem detulerat, quamuis & præmium meruit.

AGitur de patrono, qui erat negotiator illicitarum mercium. Illicitæ merces sunt, veluti arma, cotes, ferrum, vinum, frumentum, oleum, si exportentur hostibus, *l. cotem, in prin. inf. de publican. l. 1. & 2. C. quæ res export. non poss. l. 1. C. de lit. & itin. custod. lib. 11.* Additur à Græcis, pix si exportetur. Item Eunuchi, *l. 1. & 2. C de Eunuch.* Item Purpuræ & serica, *tit. quæ res venire poss. l. pen. & vlt. C. de vestibus holoueris*, id est, holosericis. Zonaras in 12. Can. Concilij Gangrensis βήρους interpretatur serica, Gal. *velours.* Interdicitur autem commercium olosericarum, quæ sunt integræ ex serico: nam vt in Nou. Leonis permittuntur purpuræ segmenta, sic etiam permittuntur serici segmenta. Illicitæ merces ipso iure fisco vindicantur, *l. 3. C. de naut. fœn. & d. l. cotem §. dominus.* Earum mercium persecutio in heredem transit, *d. l. cotem §. illicitarum.* Denique crimen hoc, ratione mercium in heredem transmittitur. Sic etiam crimen repetundarum in heredem transmittitur. Item crimen peculatus, de residuis adulterij, suppositi partus, ratione bonorum in heredem transmittuntur. Sic etiam crimen illicitæ negotiationis. Cecidisse autem merces in commissum nuntiatur fisco. Delatori datur præmium. Quæritur quantum? Male Accursius, ait, ei dari dimidiam mercium delatarum: Nam dimidia datur tantum eis, qui seipsos deferunt, vt si quis confiteatur tacite sibi relictum legatum, quod non potest capere, *l. edicto, inf. de iure fisci.* Male etiam Accursius præmium id esse tertiam partem bonorum, quæ nuntiata sunt. Nam hæc tertia datur, tantum ei, qui professus est, se tacitam fidem testatori accommodasse, *l. 1. C. de his, qui se* Digest.

A *defer. lib. 10.* Tacito fideicommissario datur dimidia, heredi autem tertia. At qui alios deferunt, minus ferunt præmij nomine: Nam quo quisque difficilius seipsum defert, eo maiori præmio inuitandus fuit, & maiori dignus est, quam qui alium defert. Vulgare præmium dicitur in *l. edicto. §. exstat, de iure fisci*, sed non dicitur quantum fuerit. Crediderim olim fuisse quartam. Ob id appellati sunt quadruplatores. Et Suetonius scribit, præmia ingentia delatorum caducorum, eum reduxisse ad quartas. At ex *l. vlt. C de delator.* datur ei octaua pars. Ea *l. vlt.* non exstat, eius sententia est in *lib. 56.* Basilicon, & ex ea *l. vlt.* est quod Harmenopul. scribit *lib. 1. tit. 5. Epitom.* Species: Patronus liberto quædam legata reliquit. post mortem patroni, libertus nuntiauit fisco illicitas merces commissas, & patronum

B negotiatorem earum fuisse. Præmium vulgare tulit quartam vel octauam. An & legata ex testamento patroni accipiet? Accipiet quidem, sed non retinebit, quia indignus est, qui patronum post mortem accusauit. Igitur legata fisco addicentur. Obstat *l. 5. §. vlt. hoc tit. & l. edicto. §. pen. inf. de iure fisci.* Traditur, eum, qui indignus est legato ei relicto, indignum quoque esse præmio delationis. At in hac *l. 1.* repellitur quidem à legato, reliquum tamen tulit præmium. Breuiter dicendum, illas leges loqui de eo, cui tacite in fraudem legum legatum est. Hic si se deferat vltro ex edicto Traiani consequitur pro præmio dimidiam partem. verum si quadam alia causa sit indignus, vt quia falsum testimonium dixit, repellitur etiam ab illa dimidia parte, quoniam præmium delationis est pars legati, quod

C ob suam indignitatem dicitur amittere. At in specie legis 1. præmium delationis non est pars legati, sed pars mercium. Ideoque licet ex ea delatione legato indignus iudicetur, non tamen est indignus præmio, quod sumitur aliunde. Nec etiam obstat, si dicas absurdum videri, vt fiscus, cuius facti præmium dedit, eiusdem pœnam reposcat; præmium dedit liberto, ab eodem legatum quasi indigno auferr. Itaque videtur eundem & pœna & præmio ex eodem facto afficere. Dico, fiscum pœnam non exigere, sed eripere legatum, quod ei relictum est, legato est indignus, ideo eripitur, præmio non item: Nam ipsa nuntiatio per se vtilis Reipublicæ est, nec est dicendum, libertum pœnam mereri ex *l. 2. §. vlt. de iure fisci.* Nam sic dicendum est, pœna quidem dignum esse, si patronum capitis accusauerit. At in hac specie principaliter crimen non intendit in

D patronum, heredem potius persequitur, quoniam non proprie criminis mouet quæstionem, quod morte patroni, id est, rei extinctum est, sed mercium commissarum. Ob hanc delationem non pœnam, sed præmium feret à fisco, indignus tamen est retinere, quod habuit ex iudicio patroni.

Ad Leg. II.

Aufertur hereditas ex asse, & ad fiscum pertinet, si emancipatus filius contra tabulas bonorum possessionem patris, vt præteritus petierit, & ex substitutione impuberis adierit hereditatem.

§. 1. Item, si quis contra mandata duxerit vxorem ex ea prouincia, in qua officium aliquod gerit: quod ei ex testamento vxoris adquisitum est, D. Seuerus & Antoninus rescripserunt,

E *retinere eum non posse: tanquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in domum suam duxisset. Vtroque ergo casu, etsi ex asse heres institutus adierit hereditatem, fisco locus fit. Nam quasi indigno ei aufertur hereditas.*

§. 2. Per contrarium autem deducta tam ab eo, qui officium in prouincia gerebat, quam à tutore illicite: magis est, vt dicatur capere illam ex testamento: nec quasi indignam, esse repellendam.

§. 3. Idem erit, si quis viui ignorantis bona, vel partem bonorum alicuius cognati donauerit. Nam quasi indigno aufertur.

QVatuor proponuntur causæ, ex quibus hereditas quasi indigno aufertur. Prima, si filius emancipa-

tas præteritus impugnauerit testamentum patris, petita bonorum possessione contra tabulas. nam si hic filius à patre sit substitutus fratri impuberi, auferetur ei hereditas fraterna. Repellitur etiam eadem ratione à legato, fideicommisso, mortis causa donatione, *l. filium. §. non omnibus. §. non solum, de leg. præstand. l. is qui, sup. de vul. l. sub. conditione, in fin. de bon. possess. contra tab. l. in seruitutem. §. si quis bonorum. inf. de bon. libert.* Et generaliter, qui oppugnauit testamentum defuncti, ex eius iudicio nihil consequi potest, *l. 5. inf.* Secunda causa est: Si quis contra mandata vxorem duxit ex ea prouincia, in qua officium aliquod publicum gerit, officium Græci ἐνέργειαν interpretantur. Officium gerit præses, proconsul, procurator Cæsaris, tribunus, præfectus equitum, commentariensis numerarius. Mandata autem sunt ea, quæ dat princeps euntibus in prouinciam, vt in ea aliquod officium gerant. Inter cætera mandat, *ne vxorem ducant in ea prouincia.* Si quis contra mandata duxerit, quod ei relictum fuerit testamento vxoris, fiscus ei eripiet quasi indigno. Igitur quod ceperit ex eiusmodi testamento, non retinebit. Non idem est è contrario: Si mulieri eius testamento aliquid relictum sit, id non aufertur mulieri, *leg. præfectus. de ritu nupt.* Obstat *l. vxori 27. de vsufr. leg.* Legatum vxori vsumfructum, & alia, & dotem, si illicitum sit matrimonium, vxori, ait, non deberi vsumfructum, non dicit, eum auferri à fisco. Verum hoc ideo fit, quoniam non solet in fiscum, vnquam redigi, nisi proprietas rerum, nunquam vsusfructus, *l. 9. de vsuf. leg.* At alia, quæ legauit fiscus auferet, dotem etiam: nam ea fit caduca propter matrimonium illicitum. *l. dote, de rit. nupt.* Quod rursum pugnat cum *d. l. præfectus.* quę ait, dotem reddi mulieri prouinciali, vel heredi eius. Dicendum: Variis ex causis contrahi illicita matrimonia, & plerunque dotem mulieri auferri, & fieri caducam. Statuo etiam deberi mulieri, auferri à fisco, quod alter alteri donauit. Et ex hac etiam causa, quam tractamus: Si mulier prouincialis nupserit ei, qui in prouincia officium gerebat, dos fit caduca, *l. si quis officium §. veterem: de rit. nupt.* quod est ex Constitutione Seueri. Consequenter ex hac causa non retinebitur, quod alter alteri legauerit, sed id transibit in fiscum. Item non retinebitur, quod alter alteri donauerit, *l. 3. §. 1. de don. int. vir. & vxor.* Ait, donationem quidem valere, sed fas non esse vt sit rata, ne scilicet is, qui deliquit, fit melioris conditionis, quam qui legibus paruit. Et hoc ita, si mulier sciens prudensque sua sponte viro se adiunxerit, non si decepta, errans. Virgo enim excusabitur, si secuta sit nuptias illicitas. Ita est accipienda *l. 2.* Et ita loquitur *l. præfectus.* Ait, si virgo nupserit, quo ætas tenera & infirma significatur, hæc dotem non amittit, hæc rerum donatarum condictionem habet contra virum, huic etiam fiscus non aufert, quod vir ille, quamuis illegitimus, ei testamento reliquit. Eadem ratione vtimur, si is, qui in prouincia officium gerit, aliquid in ea emerit, non potest emere, ne eripiat potius, quam emat, nisi forte fiscus bona paterna eius vendat, hæc poterit emere, *l. qui officij, sup. de contrah. empt. leg. milites. 1. de re milit.* Harmenopul. *lib. 2. Epitom. tit. 5.* Male legitur εἰ μὴ παρὰ δημοσίου πατρῴαν, id est, *nisi a fisco patrimo.* Legendum, εἰ μὴ παρὰ τοῦ δημοσίου. id est, nisi a fisco paternam possessionem emerit. Sic etiam *Cod. de his. quæ admin. &c.* dicitur. *solas res paternas eos mercari posse præcepimus.* At, quid si quis emerit contra mandata, tunc res empta fisco vindicatur, & emptor tenetur in quadruplum pretij, repetito pretio à venditore, vel venditor fisco reddit pretium, & hoc amplius emptor triplum. Sic est accipienda *l. non licet. sup. de contrah. empt. l. auferetur. § quod a præside. de iure fisci.* Verum excusabimus venditorem, si potestatis terrore adhibito, vel alias deceptus vendiderit. Nam tunc venditor rem venditam non amittit, & pretium ab eo non repetetur, *l. pen. C. de his, quæ vi met. caus. gest. sunt.* Tertia causa est, si tutor eam, cuius tutelam gessit, vxorem duxerit, nondum maiorem annis viginti nouem; intra quæ tempora potest peti restitutio in integrum: nam post vicesimum quintum an-

A num datur quadriennium ex Constitutione Iustiniani: & nondum rationibus redditis, *l. libertum, §. 1. & l. Senatusconsulto, sup. de ritu nupt. l. amplissimus, C. de excusat. tutor.* Et in antiquo testamento Sempronij Tucidani scriptum est: *Si duxerit contra Senatusconsultum*: quod ei ea mulier testamento reliquerit, fiscus aufert quasi indigno, quia deliquit, qui illicitas nuptias contraxit. Idem non dicemus è contrario: nam si quid testamento tutoris ei relictum sit, id non aufertur ei mulieri, *d. l. præfectus, & l. vlt. sup. de legat. 1.* Obstat *l. cum hic status. §. vlt. sup. de donat. inter vir. & vxor.* Sciendum, donationem inter virum & vxorem in nuptiis factam non valere: in sponsalibus facta valet. Improbatis nuptiis, plerumque etiam videri improbata sponsalia, *l. oratio, sup. de sponsal. l. si quis tutor. §. pen. de ritu nupt.* Species: Senator non potest ducere B libertinam. Senator tamen libertinam despondit, vel tutor pupillam, vel alius quilibet, cuius nuptiis ei interdictum est. Deinde ei quædam donauit, vel mulier illi, donatio videtur valere, quasi facta in sponsalibus: sed quia sponsalia inhibentur, ideo donata quasi indignis auferentur. Si igitur donauerit vir mulieri, mulieri auferetur, quod confirmat *l. qui contra C. de incest. nupt.* Si auferuntur donata, auferentur & legata. Eadem ratione & dos auferetur. Dicendum, eum §. loqui generaliter de illicitis nuptiis, & nominatim de senatore, qui duxit libertinam, & tutore, qui pupillam. Sed tamen quod ait, donata vindicari fisco, id quidem in aliis personis omnibus procedit, in tutore & pupilla vix admittendum est. Si tutor pupillę donauerit ipsa non est indigna, quia non deliquit quæ decepta est à tutore. Idque *l. vlt. de legat. 1.* tradit. Non est etiam indigna C legato, nec etiam dotem amittit, *l. si tutor. C. de interd. matrim.* At contra, si pupilla donauit tutori, tutor quidem indignus est, sed ablata reddentur pupillæ, non fisco, *l. si ex voluntate C. de donat. inter vir. & vxor.* Et hic est alius casus, quo ablata indigno non cadunt in fiscum. Sed si hæc pupilla tutori legauerit, legatum auferet fiscus. Igitur hac demonstratione ostenditur quod traditur in § *vlt. d. leg. cum hic status*, vix admitti in hoc casu. Igitur dum ait, donata fisco vindicari, quia generaliter proposuit de illicitis nuptiis, id referendum est ad ea, quæ plerumque fiunt, ad speciem tutoris non facile. Quarta causa est, si is, qui successit cognato ab intestato, eo viuo & ignorante eius bona donauerit, vel partem præmature quasi suam. Hic est indignissimus, qui retineat cognati successionem, quia conD tra bonos mores festinauit, & in re cognati eo viuo se gessit pro domino, *l. quædam §. vlt. & l. prox. inf. de donat. & in fin. huius legis.* Opponitur *l. iurisgentium § pen. alia l. & sumus, de pact.* Species: Filius viuo patre pactus est cum creditoribus paternis, ne peterent. id vero nimis festinanter, quod etiam accusandum videtur. Verum lex ait, ex hoc pacto filio dari exceptionem doli. Igitur recte pactus est. Verum alia hic subest ratio: Nam in specie nostra cognatus largitur de bonis viuentis. In *l. iurisgentium* exonerat bona patris, ideo prodest pactum ad doli exceptionem. Obstat magis *l. pen. §. pater, inf. de castr. pecul.* filiofamilias intestato mortuo, pater in peculio castrensi succedit iure peculij, non iure hereditario: nam nó est heres filij, nec bonorum possessor, sed occupat peculium antiquo E iure, quasi suum, & filio tantum concessum. Quæritur, an valeat manumissio, si pater viuo filio, seruum castrensem manumiserit? Distinguendum. Aut testamento manumisit, aut vindicta: Si testamento, & filius moriatur prior intestatus, manumissio valet. Regula Catoniana non pertinet ad libertates. At si vindicta manumiserit, non videtur valere manumissio. Lex ait: *Non tamen, si vt heres viuo filio vindictam seruo imposuit. Vt heres,* id est, quasi futurus heres filij in castrensi peculio. Male: nam nunquam futurus est heres filij in peculio. Prętcrea etiamsi heres futurus esset, tamen fas non esset eam manumissionem ratam seruari, quia præmatura. Itaque puto legendum, *vt herus.* heri est vindictam imponere. Hac voce vtuntur nostri auctores in *l. item Mela, ad leg. Aquil.* Opponitur etiam *l. nec vos.*

C. de postliminio. Respondet recte Accursius. Opponitur etiam *l. si quis seruum, sup. de actionib. empt.* In ea lege prima Accursij solutio vera est.

Ad Leg. III. XVI. & XX.

L. 3. Indignum esse. Diuus Pius illum decreuit (vt & Marcellus lib. 12. ff. refert) qui manifestissime comprobatus est, id egisse, vt per negligentiam & culpam suam mulier, à qua heres institutus erat, moreretur.

L. 16. Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimant; nec probe desideraturum, actionem confusam restitui. Deceptum autem ignoratione facti, bonæ fidei possessoris defensionem habiturum, ante motam scilicet controuersiam, si ratio fructuum subducatur: nec imprebe confusam actionem reddi postulaturum.

L. 20. Ei, qui mortem vxoris non defendit, vt indigno dos aufertur.

Ostendit *l. 3.* hereditatem auferri quasi indigno, ei, cuius negligentia testator interiit, vel culpa. Iustissima est indignationis statuendæ ratio. Negligentia est, si infirmo testatori non adhibuit Medicum. Culpa, si malum Medicum adhibuit. Negligentia cum culpa coniungitur in *§. vlt. de societat.* Alia igitur est culpa in faciendo, alia in non faciendo, *l. si seruum stipulatus fuero, de verbor. oblig.* Idem multo magis, si dolo eius interierit, vel si mortis causam præbuerit. Item si interierit testator forte medici dolo, inscientia vel incuria, & heres non vlciscatur mortem testatoris: Nam heres, qui non vindicat necem defuncti, indignus est, *l. necessarios §. vlt. sup. ad Syllan. l. 1. cum fratrem, C. hoc tit. & l. 1. C. vbi caus. fisc. agi deb.* Is etiam, qui mortem vxoris non vindicat, indignus est, qui dotem retineat. *l. cum mortem, de iur. fisci. l. 20. h. t.* Dos ea non redditur vxoris heredibus, sed vindicatur fisco. Aliud tamen dicendum, si maritus vxorem occiderit, aut eius dolo vxor interierit, tum dos non fiet caduca, sed reddetur vxoris heredibus, *l. si ab hostibus §. pen. sol. matr.* Notandum, hos locos esse accipiendos de dote aduentitia: Nam iure communi dos aduentitia, mortua in matrimonio vxore, remanet apud virum, *l. mulier, de cond. instit. l. 5. de bon. dam. l. 1. C. si aduersus dotem l. 15. de fun. dot. l. Cels. sup. de relig. l. 23. de euict.* Igitur mortua ea vxore dos remanet apud maritum, non tamen si mortem mulieris non vlciscatur: nam vindicatur fisco, vel etiam si ipse vxorem occiderit, auferetur hoc casu quasi indigno, sed tamen fisco non vindicabitur, sed remanebit apud heres mulieris, qui est quintus casus, quo tanquam indignis ablata in fiscum non cadunt, in *princ. huius tit.* Igitur marito occidente dos non fit caduca. Alio occidente, fit caduca. Ratio differentiæ, quod marito occidente, statim heredibus mulieris repetitio dotis adquiritur. Alio autem occidente, ipse maritus statim dotem lucratur, & si post mortem vxoris inultam relinquat, non potest adquiri heredibus mulieris repetitio, quæ non fuit quæsita à mortis tempore. Indignus tamen est maritus, vt retineat, id eo fisco vindicatur. Heres, qui non vindicat necem defuncti, amittit hereditatem, res ei auferetur tantum, nomen heredis non aufertur, id quod omnibus casibus contingit, quibus fiscus hereditatem aufert, heredes manent sine re, *l. ex facto §. Iulius, de vulg. & pupill. subst.* Verum, an huic etiam heredi, qui non vindicauit necem defuncti, fructus interim percepti auferantur, quæritur? Item an actiones aditione confusæ, hereditate ablata ei restituantur? Hac in re ita distinguendum ex *l. 17. inf.* Aut sciebat, interfectum esse testatorem, aut nesciebat: sciebat quidem mortuum, sed forte nesciebat interfectum. Si sciebat interfectum, nec vltus est, fructus omnes auferentur, nec restituentur actiones, *l. eius qui §. vlt. de iure fisci.* Id est, ex rescripto Seueri & Antonini, cuius pars quædam restat in *l. 1. C. hoc tit.* Idem ostendit hæc lex 17. *in princ.* in qua initio legendum est, vt Florent. *he-*

A *redem qui sciens defuncti vindictam insuper habuerit,* id est, omiserit, neglexerit, vt in *l. sunt personæ, su. de relig.* Ait, *propter vtilitatem publicam strictum ius insuperhabemus.* Alius locus est in *l. 2. C. si omissi. sit caus. test.* Species: Heres scriptus cum posset adire, noluit adire ex testamento, sed adiit ab intestato. Iure prætorio tenetur legatariis, perinde ac si ex testamento adiisset. Verum quid si, nec si voluisset, potuisset adire? Lex ait, quod si, cum non possit adiri, iudicium defuncti non vsurpabitur, sed ad irritum iure vocatur. Legendum, *non insuperhabetur.* Eo casu heres non tenebitur legatariis, Gell. *lib. 1. cap. 19. & lib. 4. cap. 1.* Apuleius 4. *de asino aureo.* Igitur heres si sciens insuperhabeat eius vltionem, omne commodum ei auferetur. At si nesciat, fructus ei auferuntur, quos percepit ante quæstio-
B nem motam, sed obligationes etiam huic heredi restituuntur, *l. propter §. 1. inf. ad Syllan.* Alia est causa, ex qua indignus quis fit, vt si falsum testamentum dicat, nec obtineat: repellitur enim à legato quasi indignus. Quid, si partem aliquam testamenti falsam dicat, vt si vnum ex heredibus falso adscriptum dicat? Repelletur, si legatum sit relictum ei ab herede, quem inquietauit, si ab alio ei relictum sit, nihil ei auferetur, *l. 4. hoc tit.* Hoc mirum videtur: Nam si tutor se excusauerit à tutela pro parte, repellitur à toto legato, *l. etiam sup. de leg. 1.* Similiter qui testamentum dixit inofficiosum pro parte, à toto legato repellitur. *l. si ita. & l. mater. sup. de inoff. l. nam etsi §. vlt. eod. t.* Cur igitur etiam non repellitur à legato, qui vnum heredem falso adscriptum dixit, à legato scilicet ab alio herede relicto. Statuenda est differentia inter eum qui falsum dixit, & qui
C inofficiosum dixit, & tutorem, qui se excusauit. Nam alia etiam re distant inter se. Qui legatum accepit ignorans tementum falsum, potest postea testamentū falsum dicere, *l. 3. ad l. Cor. de fals. l. 5. h. t.* Non tamen, si sciens legatum ce-perit, argumento *l. licet. C. ad leg. Cornel. de fals.* At qui legatum accepit, non potest se à excusare tutela, *l. 5. §. amittere.* Nam non potest postea inofficiosum testamentum dicere, *l. si pars §. vlt. sup. de inoffic.* Ratio differentiæ, quia is, qui inofficiosum testamentum dicit, accusat defunctum quasi furiosum & dementem, *l. mater, & l. vlt. de inoffic. test. l. nec fideicommissa, inf. de lega. 3. (* alias incipit *l. patronus. §. vlt.)* Ideoque, qui ita defunctum accusauit, indignus est eius liberalitate, etsi pro parte tantum inofficiosum dixerit: nam & qui pro parte tantum agit, defunctum
D quasi furiosum accusat. Eadem est ratio tutoris. Tutor, qui se excusat à tutela, non præstat fidem, cuius remunerandæ gratia testator ei legauit. Igitur indignus est ea remuneratione, etiamsi pro parte tantum se excuset, quia nihilominus fidem frangit. Itaque remuneratio ei tota adimitur; Similiter, si filius præteritus vel tutor acceperit legatum, atque ita agnouerit iudicium defuncti, non poterit post ille agere de inofficioso, nec tutor post se excusare. Idem dicemus in eo, qui petit bonorum possessionem contra tabulas, quasi præteritus: Nam hic, si prius accepit legatum, repellitur à bonorum possessione. In hoc etiam non potes ponere impugnasse eum testamentum pro parte: Nam bonorum possessio contra tabulas, semper datur in assem. Verum ea petita constat præteritum repelli à legato. Bonorum possessionem esse contra lignum dicunt, *l. quod vulgo,*
E *inf. de bon. possess. cont. tab.* id est, bonorum possessio datur, etiamsi nemo adierit. At in eo, qui falsum dixit, alia est ratio: is enim non accusat defunctum, non impugnat eius iudicium, sed insequitur heredem, qui ex eo testamento lucrum captat. Ideoque, si non obtinuerit ab eo herede repelletur, quem inquietauerit, ab alio non repelletur, quia alij negotium non exhibuit. Itaque legatum capiet ab alio. Consequenter legato accepto hic etiam poterit post falsum testamentum dicere.

Ad Leg. V. & §. 1.

Ille, qui non iure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur, ab eo, quod meruit. Ergo qui legatū secutus, postea falsum dixit, amittere debebit, quod consecutus est. De eo vero, qu

legatum accepit, si neget iure factum esse testamentum. Diuus Pius ita rescripsit. Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata: tamen si is eius conditionis fuerit visus, vt obtinere hereditatem non possit, & iure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hereditatem ipso iure potuerunt. Prohibendi autem sint, an non, ex cuiusque persona, conditione, ætate, cognita causa à iudice constituendum erit.

TOta hæc *l. 5.* fere est de eo, qui accusat tastamentum quasi falsum, vel inofficiosum, hic remouetur vt indignus, si vsque ad finem litis perseuerauerit oppugnare, nec obtinuerit, *l. edicto §. pen. de iure fisci, l. aliam, C. de his, quib. vt indig. l. Papinianus §. meminisse, de inoffic. test.* Hic repetenda est duplex differentia inter eum, qui falsum, & eum qui inofficiosum dixit. Is, qui vnum heredem falso scriptum dicit, nec obtinuit, non repellitur à legato, quod ab alio herede relictum est: nam alium heredem non inquietauit. At is, qui cum vno herede egit de inofficioso, nec obtinuit, repellitur à toto legato, quia defunctum accusauit vt dementem. De inofficioso & de falso agi potest pro parte, sicut etiam bonorum possessio contra tabulas non repetitur pro parte. Alia differentia: Is, qui legatum accepit ex testamento, si postea inofficiosum velit dicere, non audietur. Ratio est, quia sciens testamentum illud esse inofficiosum, legatum accepit: nec enim potuit hoc ignorare, scilicet se esse exheredatum, aut præteritum, qui cernebat alium heredis partes exequentem, & sibi legatum præstantem. quia igitur sciens accepit legatum, probauit iudicium defuncti: ideo ab eius accusatione repellitur. Nec potest dici querelam inofficiosi ipsi competere ipso iure, sed repelli exceptione: nullus enim locus est querelæ. Quid enim queri potest, qui probauit iudicium defuncti, & testamentum, quod per se est iustum, vt cum filius exheredatus, aut præteritus est, à matre scilicet? At is, qui legatum accepit, non repellitur ab accusatione falsi, si ignotans accepit: Nam si sciens, repellitur, *l. 5. C. ad leg. Cornel. de falsis, l. 3. ff. eod. tit.* Potuit, cum accipiebat legatum ignorare, testamentum esse falsum, idque postea rescire: At inofficiosum esse non potuit ignorare: ideoque indistincte repellitur ab accusatione inofficiosi, post acceptum legatum. Græci lib. 60. Basilicon tit. 22. Nunc de eo, qui iniustum dixit. Iniustum, id est, non solemne, *l. 1. de ini. rupt.* Is, qui iniustum testamentum dixit, non repellitur à legato, si non obtinuit: quia iustum testamentum non impugnauit, sed de iure disputauit, *l. antepen. inf. hoc tit.* quod exposui in *l. 89. de leg. 1.* Is etiam, qui legatum accepit, post etiam non prohibetur testamentum iniustum dicere, & hereditatem petere ab intestato. Idque siue sciens, siue ignorans iniustum esse legatum, acceperit, quia ipso iure petitio hereditatis ei quasi proximiori competit, licet legatum acceperit, vel alias comprobauerit: nam eius comprobatione non fit iustum testamentum, sustinetur tamen, *l. filio præterito, de ini. rup. irr. testam.* Sed repelletur ab ea causa cognita, vt puta, si sciens factum, vel si iuris solemnia ignorans legatum acceperit. nam ignorantia iuris non excusat, *l. posteaquam, sup. de petit. hered.* In illa lege rescriptum Antonini, idem est, quod dicitur hic Diui Pij. Igitur causa cognita repelletur à petitione hereditatis. Id vero æstimabitur ex cuiusque persona, conditione, ætate. *Ex persona,* quoniam mulierem ignorantia iuris excusabit. *ex conditione* quoniam militem iuris ignorantia excusabit, aut rusticanum. *Ex ætate,* quoniam minorem vigintique annis, ignorantia excusabit. At factum cuilibet ignoranti, sine distinctione dabitur petitio hereditatis, licet ante legatum acceperit. *Versic. prohibendi.* ait, *prohibendi,* scilicet à petitione hereditatis, quasi testamento iniusto, quam scilicet intendunt post acceptum legatum. nec sic exponas, *prohibendi,* scilicet à legatis, quoniam, qui iniustum testamentum dicunt, nunquam prohibentur à legatis. Ait, *ex cuiusque persona, conditione, ætate,* quod iam exposuimus. Ita vulgo legitur. Accursius notat alias legi: *ex cuiusque persona conditione & ætate.* In Basilicis ita legitur:

A ἐκ τῆς αἱρέσεως ϗ τῆς ἡλικίας τοῦ προσώπου. Igitur post legatum acceptum, & falsum, & iniustum testamentum dici potest. Sed in hoc est differentia, quod is qui dixit falsum, si non obtineat, legatum acceptum non retinebit, sed auferetur quasi indigno. At is, qui legatum accepit, & post testamentum iniustum dixit, si non obtineat, retinebit legatum, nec reddet fisco, quia etiamsi id non accepisset, nihilominus eius petitionem haberet, *l. pen. inf. hoc tit.* Ita accipiendum est, quod ait *in §. 1.* Ille, qui non iure factum contendit, non repellitur, id est, à legato sibi relicto, subaudiendum. At repellitur à legato, qui falsum dixit. Subiicit recte: Igitur, qui legatum consecutus postea falsum dixit, quod scilicet potest, amittere debebit quod consecutus est, quasi indignus. Notandum id, quod dictum est
B de eo qui iniustum testamentum dixit, locum etiam habere in eo, qui de dolo heredis agit, quo factum est ne testamentum mutaretur. Id intelligitur ex specie *l. Lucius §. Sempronia, sup. de legat. 2.* Instituto Sempronia est substituta vulgariter, & si substitutio deficeret, legatum est ei relictum ab instituto. Institutus adiit, exspirauit substitutio, deinde Sempronia egit de dolo aduersus institutum, dicens, dolo eius factum, ne defunctus testamentum mutaret, & se primo loco scriberet; non obtinuit, an poterit post petere legatum? Maxime: quia testamentum non impugnauit, sed dolum tantum petiit heredis. Eadem ratione, qui iniustum dixit, non repellitur, quia non impugnat testamentum, sed de iure quærit.

C Ad §. Amittere.

§. 2. *Amittere id, quod testamento meruit, & eum placuit, qui tutor datus excusauit se à tutela. Sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem. Diuersum puto in eo, qui legatum tantum meruit, & à matre pupilli tutor petitus, excusare se maluit. Hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit; sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cuius vtilitates deserta sunt.*

§. 3. *Si pater accusauerit testamentum, vel dominus, denegabitur ei actio, etiam eius, quod filio eius, vel seruo legatum est, si ad ipsos emolumentum rei peruenturum est. Quod si personam illorum spectet, diuersum dicendum est.*

D EXplicaui §. *Amittere* in *l. etiam, de leg. 1.* Addatur tantum, eum, qui accusauit testamentum, quasi falsum vel inofficiosum, non tantum repelli à legato, quod ei relictum est; sed etiam ab eo quod filio eius relictum est, vel seruo, si modo id sit acquisiturus: quod si non sit, retinebitur à filio vel seruo, nec factum domini vel patris ei nocebit. Non est acquisiturus, vt si legetur filio, post mortem patris, aut postquam emancipatus erit, vel si legetur militia, hæc non acquiretur patri. Item, si legetur filiofamilias à commilitone ex causa castrensi. Idem in bonorum possessione contra tabulas seruatur: qui enim eam petit, repellitur à legato sibi aut filio relicto, *l. sub conditione, in fi. de bonor. possess. cont. tabul.* Idem in tutore, qui se excusauit, *l. qui tutelam, sup. de testam. tut.* E contrario, si filiusfamilias accusauerit testamentum, eius factum non noce-
E bit patri, si ipsi patri legatum relictum est, *§. si famil. h. l.* Similiter, si legatum sit domino, & sit rogatus seruum suum manumittere, & accusauerit testamentum, eius factum non nocebit seruo, cui relicta est fideicommissaria libertas. Regula est: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.* Ideoque fiscus accipiet hoc legatum domino relictum, cum onere scilicet, vt seruum manumittat, *l. cum fisco, sup. ad Syllanian. §. si seruum, h. l.* Item, si non sit domino, sed seruo, & dominus sit rogatus eum seruum manumittere.

Ad §. Si seruum.

§. *Si seruum suum rogatus sit manumittere, qui legatum*

meruit, vel etiam, ipsi seruo vtrumque datum sit: dicendum A *est non debere obesse seruo factum domini: sed à fisco redimendum, vt manumittatur: si tamen velit seruum vendere: quia non potest cogi, qui iudicium spreuit defuncti.*

§. 5. Si filiusfamilias falsum accusauerit testamentum: videndum, an denegari debeat actio patri. Et puto, si inuito patre accusauit, non esse denegandum patri actionem.

§. 6. Si is, cui rogatus sum legatum restituere, falsum dixerit, restituere id fisco debebo.

NOtandum, à serui legatarij domino eidem seruo fideicommissariam libertatem relinqui posse. in §. *si seruus*, in verbis, *ipsi seruo vtrumque datum sit*, *l. quidam §. si seruo, ad Trebell. l. quæsitum §. si seruus, de leg. 1.* Igitur seruo legauit, & dominum, vt manumitteret, rogauit. dominus testamentum accusauit. emolumentum legati seruo relicti domino auferetur: sed fiscus seruum redimet, si possit, ne factum domini seruo obsit. Obstat *l. 1. sup. si quis aliquem testari prohib. §. 1. & l. 1. quib. bonor. possess. non comp.* Species: Is, qui prohibet aliquem testari, repellitur ab omni commodo quasi indignus. At quid si in eo testamento sit scriptus eius seruus, vel filius, deinde filius ille emancipatus est, vel seruus manumissus est, tempore adeundæ hereditatis, an repelletur eius seruus ab hereditate? Ait, repelli. Igitur dolus domini nocet seruo. Dicendum ideo seruum repelli, quod non habeat defuncti voluntatem: Nam erat mutaturus testamentum, nisi dolo prohibuisset dominus. At in hac specie seruo, cui est relicta libertas fideicommissaria, habet apertissimam voluntatem defuncti, repellitur etiam à fideicommisso qui accusauit: veluti, legaui tibi: rogaui, vt restitueres Titio. hic Titius accusauit: restituitur fisco, non Titio. B C

Ad §. Qui accusauit.

§. 7. Qui accusauit falsum, heres legatario exstitit, vel heredi scripto. Nihil nocere dicendum est.

§. 8. Similis est ei, & qui inofficiosum dicit.

NOtandum, eum qui accusauit testamentum, nec obtinuit, non repelli à legato ei relicto, cui ipse heres exstitit. Ideoque, si suo nomine egerit de falso vel inofficioso, non prohibetur nomine defuncti, cui successit, hereditatem vel legatum petere, *l. qui Titij, h. tit.* E contra, si nomine defuncti egerit de inofficioso, non prohibetur suo nomine legatum petere, *l. filius 22. sup. de inoffic.* Quid, si defuncti nomine legatum petierit, & accepit, an postea poterit suo nomine agere de inofficioso? Minime, quia probauit iudicium defuncti. Et eodem modo aduocatus, qui petenti legatum adfuit, quia videtur probasse iudicium defuncti, repellitur à querela: neque eum excusabit ignorantia, qui non potuit ignorare se esse exheredatum, vel præteritum, qui cernebat alium heredem in *l. vlt. sup. de inoffic.* Ideo ibi Accursius verissime respondet ad *l. inter, sup. de rei vind.* quæ ait, aduocatum, qui rem vindicanti adfuit, cum ignoraret eam suam esse, non amittere suam actionem. Ait Accursius in *l. inter*, ignorasse rem suam esse. At in *l. vlt.* aduocatum non ignorasse inofficiosum testamentum esse. Notandum, hac in re aliud esse dicendum, si is, qui de inofficioso potest agere, hereditate amdierit eius, qui eo testamento institutus est, vt puta Titij, hic non repellitur à querela inofficiosi testamenti suo nomine, quasi probauerit iudicium defuncti, quia adeundo hereditatem Titij, inuitus acquisiuit etiam bona eo testamento Titio delata, nec potuit scindere hereditatem. at legatum inuitus non acquisiuit. Itaque hac in re constituenda est differentia inter legatum & hereditatem. Et hoc indicat Marcianus in *l. pen. §. vlt. sup. de inoffic.* At quid, si suo nomine legatum petierit, an poterit postea agere de inofficioso defuncti nomine? Sic videtur: nec repellitur vt indignus, quia alterius iure agit, non suo, *d. l. filius.* huius distinctionis quatuor fecimus partes. D E

Digest.

Ad §. Ætati.

§. 9. Ætati eius, qui accusauit, ignoscitur. Et maxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velit. Et ita Imperatores Seuerus, & Antoninus rescripserunt.

§. 10. His vero, qui testimonio suo intentionem accusatoris adiuuauerunt, deneganda est actio. Idque Diuus Seuerus decreuit.

§. 11. Sunt, qui putant, & recte, & ei denegandam, qui accusatori adfuit, vel fideiussor pro eo exstiterit.

ll. 12. Quidam & præsidem indignum putant, qui testamentum falsum pronuntiauit, si appellatione intercedente heres scriptus obtinuit.

§. 13. Aduocatum fisci, qui intentionem delatoris exsequitur, in omnibus officij necessitas satis excusat.

SI minor accusauit testamentum, nec obtinuit, ipso iure repellitur à legato, sed habet actionem aduersus tutorem vel curatorem, si eius consilio accusauit, *l. 2. C. de his quib. vt indig.* vel Princeps, si eum adeat, ei seruabit legatum beneficio ætatis, præsertim si tutoris vel curatoris consilio accusatio instituta sit, *l. tutorem, in fine, inf.* Paulus in 5. *Sent. de iure fisci.* Nunc de tutore. Tutor vel curator, qui testamentum accusauit pupilli nomine, an repellitur à legato sibi relicto? Minime, si officij necessitate accusauit, & instantibus forte parentibus vel agnatis pupilli: Necessitas officij eum excusat, *d. l. tutorem, & l. aduersus §. vlt. sup. de inoffic. §. pen. Instit. eod.* Necessitas eum excusat in hac specie, quæ ponitur in *l. tutorem.* Ex edicto prætoris filius patroni, qui accusauit libertum paternum capitis, perdit bonorum possessionem contra tabulas liberti. Finge: Tutor libertum patris sui accusauit capitis, pupilli nomine, non repelletur à bonorum possessione contra tabulas, quia officij necessitas & tutoris fides excusata esse debet. Florent. ita legitur: *Si libertum patris pupilli suo nomine.* Male, legendum, *pupilli sui nomine.* Et ob id etiam hic tutor excusatur à calumnia, *l. 2. C. de his qui accus. non poss.* vbi est similis error. Legitur *proprio nomine.* legendum: *pupilli nomine.* Ob id etiam tutor hic excusatur à pœna Senatusconsulti Turpilliani, si finito officio tutelæ destiterit ab accusatione. eo Senatusconsulto non punietur tutor, *l. Dinus, inf. ad Turpill.* Eadem vero est causa aduocati fisci, qui coactus exsequitur intentionem donatoris, & agit de falso testamento fisci nomine, qui necessitas officij eum excusat, §. *aduocatum, h. l.* Adrianus primus instituit aduocatum fisci, Spartianus in Adriano. Est tit. in *C. de aduocat. fisci.* Tutores & aduocati fisci sunt defensores & patroni necessarij, alij sunt voluntarij aduocati. Hi si adfuerint accusatori testamenti, repelluntur à legato, in §. *sunt qui putant, h. l.* Obstat *l. qui cum maior natu §. pen. inf. de bon. lib.* Quod nunquam hactenus explicatum est.

Ad §. 14.

§. 14. Qui principale testamentum arguit: & à secundis tabulis repellendus est: item à codicillis ad testamentum factis, licet non confirmatis. Non idem sequendum est, si secundas tabulas, vel codicillos coarguit: quia non vtrumque hoc casu improbasse videtur.

§. 15. An libertas ei seruo data, qui testimonio suo infringere voluerit testamentum, auferri debeat, videndum est. Fideicommissum vtique non est dignus consequi: & de libertate Diuus Pius iudicauit esse ea priuandum.

§. 16. Ei, qui tutor datus est, non prodest ad executionem, quod falsum dixit, sed à legato remouetur.

§. 17. Qui mortis causa donationem accepit à testatore, non est similis in hac causa legatario.

§. 18. Alia causa eius, qui propter testamentum à legatario vel à statu libero accipere iussus est, hic enim vt indignus repelletur.

§. 19. Falcidiæ beneficium heredi scripto auferri debere, Diuus Pius & D. Marcus putauerunt.

§. 20. Omnes, qui vt indigni repellentur, summouendi sunt à præmio, quod secundum edictum Diui Traiani datur his, qui se deferunt.

QVi capitis accusat libertum paternum, perdit bonorum possessionem contra tabulas liberti. An etiam is, qui aduocatus adfuit ei, qui accusabat libertum patris sui? Minime; quia aduocatus non est accusator: Ideo etiam proprie non præuaricatur, *l. 1. de præuaricat.* Summa est ratio differentiæ inter has species. Aduocatus repellitur à testamento, quod sua aduocatione improbauit, vt si adfuerit dicenti falsum aut inofficiosum: At non repellitur à successione eius, cuius accusatori adfuit, isque accusator etiam non accusat testamentum, sed accusat ipsum libertum capitis: Nam non ideo videtur eius successionem improbasse, aut remisisse. Igitur euidens est ratio differentiæ. At testis vtroque casu repellitur: nam firmamentum totius accusationis est positum in testibus. Hoc loco opponitur lex *Aithales, 24. ad legem Cornel. de falsi.* Dicendum, in eius legis specie, seruum non fuisse testem, sed professus est tantum iudicium, nec peregit: ideo non repellitur à fideicommisso ei relicto. Addendum, eum repelli à legato, qui fideiussit pro accusatore testamenti, vt ostendit *§. sunt qui putant.* Imo etiam præses, qui pronuntiauit testamentum falsum, repellitur à legato, videlicet si pronuntiatio fuerit rescissa appellatione, quia debuit iudicio abstinere quasi suæ rei. Postremo notandum, eum, qui accusat testamentum, repelli ab hereditate, legato, fideicommisso. Addatur, eum etiam repelli à substitutione pupillari, & à codicillis, quia pars sunt testamenti principalis: Græci vocant testamentum Authenticum, & quantum in ipso fuit, hæc omnia fecit irrita. Non idem è contrario, videlicet si substitutionem pupillarem accusauerit, vel codicillos, nec obtinuerit: Nam à principali testamento non repelletur, quia id non videtur improbasse. Addendum, eum qui accusauit, repelli etiam à Falcidia, *l. Papinianus, §. vnde non male, de inoff.* Repellitur etiam à mortis causa capione, si quid illi sit relictum ab alio, conditionis implendæ causa. Verum non repelletur à tutela, ne pœna illi vacationem adferat, sed geret tutelam ei impositam, nec tamen retinebit legatum remuneratorium: *§. ei qui tutor.* Non repelletur etiam à donatione causa mortis. Atque hac in re donatio causa mortis non comparatur legato, *§. qui mortis,* ideo dicitur *fere* comparari. Obstat lex *sub conditione, in fin. inf. de bon. possess. cont. tab.* quæ ait, cum quis impugnauit testamentum petita contra tabulas bonorum possessione, repelli à mortis causa donatione. Cur non etiam repellitur, qui falsum vel inofficiosum dixit? Ratio differentiæ summa est. Nam is, qui petit contra tabulas, obtinet successionem hac via, ideo priuari debet etiam mortis causa donatione, quæ est instar legati, qua euertit tabulas. At, qui accusat quasi falsum vel inofficiosum, nihil obtinet: Nam ponimus non obtinuisse semper, alioqui quæstio tollitur. Ideo hoc saltem ei indulgetur, vt retineat donationem causa mortis, hoc colore, quia donatio non pendet ex testamento, quod accusauit.

§. 1. Expositus in *l. 1. sup. eod.*

Ad L. VI.

Rescriptum est à principe, heredem rei, quam amouisset quartam non retinere. Et ideo si is, qui quadringenta habebat, vniuersa quadringenta legauit, & heres centum subtraxisset, trecentorum quartam retinebit. Septuaginta quinque scilicet, & ducenta viginti quinque dabit legatariis. Ex centum, quæ subripuit, legatariis quidem dabit septuaginta quinque: reliqua, id est, viginti quinque ad fiscum venient.

HEredi quasi indigno auferuntur res ab eo amotæ in fraudem legatariorum, vel ex eis Falcid. eius aufer- A tur & fisco vindicatur. Testator qui habebat quadringenta in bonis, quadringenta legauit, heres subripuit centum. Ex trecentis detrahit Falcidiam, id est, septuaginta quinque. Ex centum autem non detrahet viginti quinque, sed fiscus ea habebit; nam Falcidia 100. heres est indignus, *l. computationi, §. hered. ad leg. Falcid. & l. Falcid. sup. eod.* Ait, *perinde ac si res in hereditate non fuisset,* id est, vt scilicet fiscus Falcidiam deducat, non heres. Ei legi est coniungenda lex *Paulus respondit, inf. ad Trebell.* in qua dicitur, ei auferri res subtractas quasi indigno, cui portio hereditatis est relicta, id est, legatum, *l. mulier §. vlt. ad Treb.* Idem videtur dicendum in quolibet legatario, *l. non est, C. de leg.* Obstat tit. *quod legator.* Ex quo intelligitur, legatarium non amittere legatum, si id occupauit sine voluntate here- B dis. Tenebiutr quidem interdicto quod legatorum, possessionis adipiscendæ causa. verum legatum non amittit. Verum lex non est accipienda de eo, cui res certa legata est: Nam hanc si auferat, non punitur, sed de eo, cui portio hereditatis legata est: Nam ait pro portione compententi. hic, cui legata est portio hereditatis, si aliquid surripuerit ex hereditate, in eo actionem legati non habebit, lucrum quod captauit ei auferetur. Hodie ex *Nou. 1.* heres, qui non fecit inuentarium, vel qui mala fide fecit, non vtitur Falcidia. Hoc amplius legatariis tenetur vltra vires hereditatis. De fisco nihil dicitur, fiscus non vocatur in Falcidiam: Itaque non facto inuentario augentur legata.

L. 7. Exposita est in *l. 5. qui accusauit, sup. eod.*

C

Ad L. VIII.

Indigno herede pronuntiato, adempta hereditate, confusas actiones restitui non oportet.

HEredi, cui aufertur hereditas vt indigno, non restituuntur obligationes per aditionem confusæ, vt si testator heredi aliquid debuit, *l. heredem, inf. h. t. l. eum qui, §. bonis, h. t.* Igitur siue mortem testatoris non defenderit, siue alio modo indignus factus sit, confundentur actiones, *l. 3. sup.* Male hic citatur lex *si maritus, C. de inoff. testam.* Illa lex non loquitur de eo, cui aufertur vt indigno, sed loquitur de herede scripto, quem exheredatus vincit petitione de inofficioso: huic heredi actiones confusæ restituentur: Item confusæ seruitutes, quia non est indignus. D

Ad Leg. IX.

Si inimicitiæ capitales interuenerunt inter legatarium & testatorem, & verisimile esse cœperit, testatorem noluisse legatum siue fideicommissum præstari ei, cui adscriptum relictum est: magis est vt legatum ab eo peti non possit.

§. 1. Sed et si palam & aperte testatori maledixerit, & infaustas voces aduersus eum iactauerit: idem erit dicendum.

§. 2. Si autem status eius controuersiam monit: denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio. Ex qua specie fisco defertur.

E NOtandum, ortis capitalibus inimicitiis inter testatorem & legatarium, tacite videri ademptum legatum vel fideicommissum. Itaque remanebit apud heredem: nam quæ adempta dicuntur, non vindicantur fisco. Debetur quidem legatum legatario ipso iure, sed repelletur exceptione doli ob capitales inimicitias, *l. 3. §. vlt. sup. de adim. leg.* Capitales inimicitiæ sunt, quæ ortæ sunt ob capitalem accusatione, *Nou. de test. & l. 6. §. pen. sup. de excus. tut.* Igitur si testator legatarium capitis accusauit, ademptum videtur legatum. Quid si econtrario legatarius testatorem capitis accusauerit? Ex hac etiam specie non vocabimus fiscum, sed dicemus legatum remanere apud heredem, *l. pen. §. Seia, sup. de adim. leg.* Fiscus non vocatur, quia tunc fiscus vocatur, cum legatario delatum fuit lega-

tum & adquisitum. At hoc legatum, quia ademptum intelligitur, non defertur cum effectu. Igitur ex hac causa fiscus non vocabitur. Item si legatarius conuicium aliquod grande iactauerit in testatorem, vt versus obscœnos, legatum videtur tacite ademptum, non tamen locus est fisco. Aliud dicemus, si legatarius testatori status controuersiam fecit: nam legatum non aufertur proprie, quia nec defertur legatario cum effectu: Nam etsi fiscus non vocaretur, satis esset ademptum. Erit igitur potius caducum quam ereptitium: non aufertur enim, sed statim fisco vindicatur. Et hoc casu solus fiscus vocatur, superioribus non item. Nam lex ait, *ex qua specie*, id est, ex postrema. Item ait: *Si autem status*, quæ est aduersatiua. Græci male ita dicunt: Si legatarius capitalibus inimicitiis prosecutus sit testatorem, vel si atroci iniuria eum affecerit, vel si status controuersiam ei mouerit, confiscatur. Cur autem fiscus vocatur, si legatarius status controuersiam mouerit? Et tamen fiscus non vocatur, si eum capitis accusauerit, cum tamen hæc duo soleant esse paria, *l. qui cum natu. de bon. libert.* §. *inimicitiæ, de excusat. tut.* Ratio mihi esse videtur, quia is, qui in seruitutem petit, maiori odio dignus videtur, quia & testamentum impugnat, cum conditionem testatoris in dubium vocat. At qui capitis accusat, testamentum non impugnat. Vtrique quidem adimitur legatum, sed in vnius locum fiscus vocatur, in alterius locum heres.

De l. 10. & l. 11. dictum est in *l. 103. d. leg. 1.*

Ad L. XII.

Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat: quamuis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset: heredibus tamen vt indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iampridem senatus hereditatem. Quod D. Marcus in eius persona iudicauit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat. Causam enim ad præfectos ærarij misit. Verum ab eo legata relicta salua manserunt. De præceptionibus eidem datis voluntatis erit quæstio, & legatum ei non denegabitur: nisi hoc euidenter testatorem voluisse appareat.

NOtandæ duæ causæ ex quibus heredi aufertur hereditas. Prima, testator secundo testamento fecit heredem incapacem, non valet secundum, quia institutio est vitiosa. primum igitur non est ruptum: Nam secundo primum non rumpitur, nisi secundum valeat. Verum primis heredibus auferetur hereditas vt indignis ex SC. Cuius est ratio, quia non habent supremam voluntatem, quia voluit eos esse heredes, postquam mutauit voluntatem, *l. 1.* §. *1. sup. si quis aliq. test. prohib.* de quo in *l. 5. sup.* Obstat §. *pen. quib. mod. test. infirm.* Testator cœpit facere secundum testamentum: nec perfecit, primum ratum est, & fiscus non vocatur. Primi heredes cum re hereditatem adibunt. Dicendum, diuersam esse speciem: Nam in ea non perficit testamentum, in hac perficit: Hic constat eum mutasse voluntatem, licet postrema non habeat affectum. Altera causa est: Si consummato testamento testator nomen heredis induxerit, ob eam causam heres remouetur vt indignus ex decreto D. Marci. Pono: solius heredis nomen deleuisse. Igitur fiscus venit in heredis locum. Verum an præstabit cætera, quæ testator non induxit? Id etiam decreto definitum est, scilicet vt cum onere in fiscum transeant, *l. cum tabul.* §. *vlt. hoc tit. l. 2. & 3. de his quæ in testam. del.* præstabit præceptiones heredi. Nam præsumitur voluisse testatorem ea, quæ non deleuit, præstari etiam ipsi heredi. Quod ait de præceptionibus notandum est. Hoc enim non fit semper in *l. si seq.* §. *1. sup. ad Syllan.* In hac specie conseruabuntur. Opponitur lex *1. inf. si tabul. testam. null. exst. l. vlt. sup. de his, quæ in testam. del.* Ponitur eadem species, deletum fuisse testamentum, & tamen dicitur legitimos heredes vocari, nihil de fisco. Dicendum id ita procedere, si ea mente induxerit, vt heredes ab intestato vocarentur, tunc fiscus excludetur, & omnia, quæ

A scripta in testamento, irrita fient. Videtur ea mente fuisse, si totum testamentum induxerit, disciderit: aliud si nomen tantum heredis induxerit, videtur induxisse illius tantum odio. Ideoque ipse solus repelletur, fiscus vocabitur, atque ita præstabit omnia onera, quæ non præstarent legitimi, si vocarentur. Sciendum id locum tantum habere in hereditate: Nam si sint legata quædam inducta, fiscus non veniet, ea enim apud heredem remanebunt, *l. 1.* §. *sed consulto, de his quæ in test. delent.* Quid tamen si capitales inimicitiæ ortæ sint inter testatorem & heredem? Minime, quia nunquam hereditas adimitur tacita voluntate, *l. ex parte, de adim. leg. l. milites* §. *Veteranis, sup. de test. mil.* Fiscus etiam non vocabitur: nam & ortis inimicitiis inter legatarium & testatorem non vocabitur, multo minus hoc

B casu, *l. pen.* §. *vlt. sup. de condit. instit.* Aliud dicemus si testator heredem male de se meritum dixerit. hoc non sufficit, vt adimatur hereditas. sufficit autem ad inuitandum fiscum, *l. hereditas, C. hoc tit.*

Ad Leg. XIII. & Leg. XIV.

L. 13. Claudius Seleucus Papiniano suo salutem: *Mæuius in adulterio Semproniæ damnatus, eandem Semproniam non damnatam duxit vxorem: qui moriens heredem eam reliquit. quæro, an iustum matrimonium fuerit, & an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi, neque tale matrimonium stare, neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere. sed quod relictum est ad fiscum peruenire; sed etsi*

C *talis mulier virum heredem instituerit, & ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus.*

L. 14. Mulierem, quæ stupro cognita in conturbernio militis fuit, & si sacramento miles solutus iuxta annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiæ factum: & id quod relictum est, ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi.

SI iniustæ sint nuptiæ, & vir heres instituatur, aut mulier, hereditas adiri cum effectu, aut bonorum possessio peti non potest cum re, *l. 1. inf. vnde vir & vx.* fiscus enim admittitur, vt si damnatus adulterij etiam non damnatam vxorem duxerit, eam scilicet cum qua adulterium commisit. Damnatam enim non posse vxorem duci constat ex l. Iulia, quod satis Canonibus traditur, & in hac *l. 13*, qua

D nulla apertior est in iure. Idem traditur lib. 28. titul. 5. Basil. Nec obstat, *l. quæsitum 49. inf. ad leg. Iul. de adult.* Sed ea lex non loquitur de damnato, sed de eo, quem maritus suspectum habuit. huic non interdicuntur nuptiæ dimissæ à marito vxoris. Sic est, *l. miles*, §. *licet, eod. & l. commissum, C. eod. & l. 14. hoc tit.* Miles, quam stupro cognouerat, in contubernio habuit. Contubernium dicit, quia non est matrimonium, atque ita liberi ex ea suscepti fient legitimi: at cum stuprata non est, concubinatus vitium non est. Igitur vtroque casu, siue adulterio, siue stupro sit cognita, hereditas ei auferetur quasi indignæ. Vxor iusta est incapax ex lege Papia. Vxor iniusta, sane capax est, sed indigna, huic fiscus aufert. Huc *l. 103 de legat. 1.* pertinet.

E

Ad Leg. XV.

Heredi, qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hereditas non aufertur. Si tamen aliquid à coherede codicillis acceperit, eius actio denegabitur. Itaque si bonorum inter heredes diuisionem defunctus codicillis fecerit, partes quidem hereditarias, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit. Sed Falcidiæ beneficio non vtetur, si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam æquitate compensationis recusaret.

HEres codicillos falsos dixit, nec obtinuit, non ideo repelletur à principali testamento, *l. 5.* §. *principale, sup.* repelletur tamen à codicillis, vt si heredi aliquid codicillis prælegatum sit. Verum id duplici iure capit, partem à

ſemetipſo iure hereditario; partem à coherede iure legati. Partem, quam iure hereditario capit, retinet quaſi ex teſtamento principali: alteram, quam capit iure legati, non retinet, ſed à fiſco vindicatur. Item ſi quid viciſſim ab eo coheredi ſit prælegatum, id coheredi præſtat detracta Falcidia. Sed in Falcidia illi coheres compenſabit, quod ab eo vice mutua accepit iure legati, licet id ſua culpa amiſerit, quia codicillos accuſauit. Nam ea, quæ capiuntur iure prælegati, coheres coheredi compenſat in Falcidiam, *l. Neſennius, & l. filius 94. ad leg. Falcid. l. filium, C. famil. erciſc. l. qui non militauit, in pr. de hered. inſtit.* Verum extranei legatarij, quod heres accepit à coherede iure prælegati, id illi non imputant in Falcidiam, quinimo id habet ſupra Falcidiam. ſed ſi ſit ei res cum coherede, id eſt, ſi velit ex prælegato coheredi à ſe relicto Falcidiam detrahere, quod ab eo vice mutua accepit, compenſabit, *l. in quartam, ad leg. Falcid.* Sciendum, vice mutua videri heredibus prælegatum relictum, cum eis inſtitutis teſtator bona diuidit teſtamento vel codicillis, *l. cum pater §. euictis, ſup. de legat. 2. l. ex facto, de hered. inſtit.* Atque ita in hac lege, dum teſtator fecit diuiſionem codicillis, eos mutuis prælegatis, obligauit. Huc referenda eſt *l. cum qui §. vlt. hoc tit.* quam expoſuimus in *l. 17. §. vlt. de leg. 1.*

Ad Leg. XVI.

Cum tabulis ſecundis pater impuberi filio fratris filios, coheredibus datis, ſubſtituiſſet ac ſubſtituti fratris filij poſt mortem pueri, matrem eius partus ſubiecti ream poſtulaſſent, vt hereditatem patrui legitimam obtinerent, victis auferendam eſſe partem hereditatis ex cauſa ſubſtitutionis, reſpondi: quia ex teſtamento ſententiam ſecundum ſe dictam non haberent.

INitio hoc proponitur: Pater impuberi filio ſubſtituit fratris filios, qui ſunt impuberi patrueles. poſt mortem patris filius mortuus eſt impubes, atque ita extitit caſus ſubſtitutionis pupillaris. at ſubſtituti matrem impuberis ſuppoſiti partus accuſarunt, atque ita eum, cui ſubſtituti ſunt, ſuppoſitium dixerunt, volentes ſcilicet patruo ab inteſtato ſuccedere, vt totum obtinerent, quoniam non niſi ex parte ſubſtituto traditur. Non obtinuerunt. Itaque indigni ſunt ſubſtitutione pupillari, quia de ſtatu defuncti impuberis diſputarunt, atque teſtamentum impugnarunt: Ideo fiſco locus fit, *l. 9. ſup. hoc tit.*

Ad §. 1.

Quoniam ſtuprum in ea contrahi non placuit, quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur: eius, qui concubinam habuit, quod teſtamento relictum eſt, actio non denegabitur. Idque in teſtamento Coccei Caſſiani, clariſſimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique Principes noſtri iudicauerunt. Cuius filiam, quam alumnam teſtamento Caſſianus nepti coheredem datam appellauerat, vulgo quæſitam apparuit.

HIc §. eſt de concubinis. Differentia inter *nothos*, id eſt, filios naturales, & *ſpurios*, ſiue vulgo quæſitos. Nothi ſunt ex concubina domi retenta ſine nuptiis vxoris loco. eam vocant παλλακὴν, id eſt, concubinam. Concubina legibus probata eſt, non eſt vitium, ea vxorem legitimam imitatur. Iulianus in *Nou.* 18. Spurij ſunt, qui naſcuntur ex ſcortatione, ſtupro, adulterio, quæ vitia non cadunt in concubinam. Dicuntur ab Homero σκότιοι. Euſtat. 18. Iliad. Liberorum alij ſunt γνήσιοι, id eſt, ſui & legitimi, alij νόθοι ex concubinis, alij σκότιοι, id eſt, ex ſtupro, *l. vulgo. de ſtat. hom.* Alij παρθένιοι, qui ex nubili, quæ virgo eſſe putabatur, nati ſunt. *Spurij ſunt patre incerto geniti, quaſi* σποράδην *concepti.* ſic legendum apud Valerium Max. lib. 10. eſt in eodem lib. alius locus. Varro lib. 2. de analogia ſcribit, Ma-

A uiam non dici & Numeriam, inuenitur tamen, in *l. vlt. ff. de reſcind. vend.* In illo lib. ita legitur. *Iſta prænomina mulierum à viris tracta ſunt, Mania atque Numeria, Gaia ſuper omnia celebrata eſt.* vulgo male, *Mania:* Cæterum notanda eſt differentia inter nothos & ſpurios: certum enim eſt, nothos ex Conſtitutionibus aliquid capere poſſe ex teſtamento, & ab inteſtato, in *Nou.* περὶ νόθων. At ſpurij penitus incapaces ſunt. Rurſus nothis alimenta debentur, ſpurij ne alimentis quidem digni ſunt. Nothi nuſquam appellantur ſpurij, niſi in hoc §. quod ſcio. Concubinatus pugnat cum ſtrupo. Stuprum lege Iulia vindicatur. Concubinatus lege nulla vindicatur. Cum concubina eſt matrimonium; cum ſtupro cognita non item. Cum ingenua ſtuprum committitur, nec poteſt cum ea conſtitui concubinatus, ni-

B ſi teſtato id fiat, vel ſine teſtatione, ſi ſit obſcuro & humili loco nata. Item ſi vulgo quæſtum fecerit, etiam cum ingenua, ſine teſtatione eſt concubinatus, *l. 3. ſup. de concub.* Concubina capere poteſt ex teſtamento concubini: ſtupro cognita indigna eſt capere, *l. mulierem, ſup.* Nunc finge: Caſſianus vir clariſſimus, id eſt, ſenator, Rufinam ingenuam pleno honore dilexit, id eſt, vxorem habuit, non concubinam, vt ait Accurſius. Hic eſt honor maritalis, quo ſeparatur vxor à concubina, *l. item legato §. pen. de leg. 3. l. donationis, inf. de donat.* Concubina non retinet honeſtatem matriſfamilias, niſi ſit concubina patroni, *l. probrum, de rit. nupt.* Sed in ſpecie huius §. fuit concubina non patroni indefinite, ſed alterius cuiuſdam. Idem Caſſianus poſt mortem Rufinæ vxoris, filiam eius, id eſt, priuignam ſuam in concubinatum aſſumit. Cum priuigna

C non eſt connubium, eſt tamen concubinatus. Nec hoc nouum eſt, vt ſit concubinatus cum ea, cum qua non eſt connubium, vt cum adulterij damnata, cum ancilla, cum quinquagenaria, cum muliere eius Prouinciæ, in qua quis officium gerit, non eſt connubium, eſt tamen concubinatus. Caſſianus igitur priuignam ſuam habuit in concubinatu, & quidem iure: quamuis enim ex ingenua nata ſit, tamen quia vulgo quæſtum fecit, iure hoc fit. Sic legendum eſt in fine huius §. deeſt enim verbum *feciſſe.* Proinde quod Caſſianus ei reliquit teſtamento ſub appellatione alumnæ, quaſi fuiſſet educata vna cum matre, id iure relictum videtur, nec quaſi commiſſo cum ea ſtupro ei auferetur. Ita optimi maximi Principes iudicauerunt, id eſt, Seuerus & Antoninus, ſic ſæpius vocantur. Hodie concubinatus non deputatur legitimæ coniunctioni, ſed ſcorta-

D tioni, & extat Conſtitutio Conſtantini Porphyrog. apud Harmenopulum lib. 4. *tit. de nupt.* Igitur hodie, quod datur conſtitutionibus nothis, vt ſcilicet capiant ex teſtamento, vel ab inteſtato, nullis tribuitur: ex eo neceſſario ſequitur, filios ex concubina natos eſſe ſpurios, non nothos, & concubinas eſſe ſcorta. Iuſtin. in *Nou.* 18. de duabus concubinis, quas quis habet eodem tempore, ſcorta eſſe ait, quia non licet niſi vnam habere. Hodie igitur ſequitur nullos eſſe nothos. (vide Cui. lib. obſ. v. 6.) Accurſius adfert *l. 1. de concub. ſup.* Sciendum libertam vxorem patroni, ſi ab eo inuito diſceſſerit, non poſſe alij nubere. Item non poſſe alij ſe in concubinatum dare. Idque ex l. Iulia & Papia, *l. vlt. ſup. de diuort. l. in eo, de rit. nupt.* Quid dicendum eſt de liberta, quæ non eſt vxor, ſed concubina

E patroni. An hæc poterit ab eo diſcedere & alij nubere? Videtur poſſe ex ſententia legis Iuliæ: quia ea lex loquitur tantum de vxore. Igitur concubinæ videtur diſceſſionem permittere. Id proponitur initio, *l. 1.* quaſi videatur eſſe ſententia legis Iuliæ. Sed Vlpian. ita interpretatur, & negat id eſſe ex ſententia legis Iuliæ colligendum. At, quod concubina etiam patroni, ſi ab eo inuito diſcedat, non poterit alij nubere, quia honeſtius eſt vt patronus libertam habeat concubinam potius quam matremfamilias, id eſt, vxorem. Non igitur eſt ei permittenda libera diſceſſio, eo inuito.

§. *vlt.* Expoſitus eſt in *l. 12. ſup.*

Lex 17. Explicata eſt in *l. 5. & l. 8. ſup.*

Ad Leg. XVIII.

Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem leges suscepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit, restituere cogendum, respondi, quod bonæ fidei possessor fuisse non videtur: exemplo bonorum fisco vindicatorum. Post motam de tacito fideicommisso controuersiam, ante pretia fructuum percepta cum vsuris esse restituenda. Respondi. Sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant. Quod si fructus in vsu habuit: eorum pretia tantum restitui, satis erit. Sed Diuus Seuerus bonorum tacite relictorum, citra distinctionem temporis, fructus duntaxat deberi, non etiam vsuras eorum, benigne decreuit, quo iure vtimur.

QVæritur de tacito fideicommisso. Ostenditur, heredi, qui tacitam fidem accommodauit, non tantum auferri bona, sed etiam fructus ante litem motam perceptos, id est, ante illatam petitionem hereditatis, quia mala fide eos percepit, *l. prædonis, sup. de petit. hereditat.* Et sic etiam heredi, qui sciens non defendit necem defuncti, fiscus aufert fructus omnes, *l. heredem, sup.* Idque fit exemplo bonorum caducorum aut vacantium, quæ malæ fidei possessor restituit fisco cum fructibus etiam ante litem motam perceptis, *d. l. heredem.* Bonæ fidei possessor fructus ante litem perceptos suos facit, *l. 1. C. de petit. hereditat. d. l. heredem.* Male fidei possessor fructuum ante litem perceptorum & venditorum pretia & vsuras præstat post litem, quia fructus ij sunt hereditarij, & ideo petiti intelliguntur cum hereditate, vel pecuniæ ex eis redactæ, *l. illud §. prædo, sup de pet. hered.* Pecuniæ autem hereditariæ vsuræ veniunt in petitionem hereditatis officio iudicis. Igitur & fructuum siue pretij eorum vsuræ veniunt. At post litem motam fructuum perceptorum, vel venditorum vsuræ non debentur. Ratio est, quia qui post litem percipiuntur, non videntur petiti, & veniunt tantum officio iudicis, alia accessio nulla esse potest; officium officio seruire non potest, id est, eius quod venit officio iudicis, alia accessio non est. Hi autem fructus post litem percepti veniunt officio iudicis ergo vsuræ eorum non præstantur. hæc est sententia *l. heres §. vlt. de petit. hered.* qui est totus accipiendus de malæ fidei possessore. Huc *l. 1. C. de his quib. vt indig.* etiam referenda. vulgo male distincta est. Ait, *accepta pecunia*, hic sit virgula. sequitur: *post litem motam bonorum vsuras auferat*, non est addendus scilicus. Obiicitur *l. neque, sup. de vsur.* Initium conuenit cum his quæ diximus. Ait enim fructuum post litem contestatam perceptorum vsuras non præstari. At finis obstat: Nam fructum perceptorum ante litem ait vsuras non præstari à malæ fidei possessore, cum quo agitur condictione. Recte, condictione, nos autem loquimur de petitione hereditatis. In ea veniunt vsuræ officio iudicis, quia est bonæ fidei actio. Condictio est stricta, in ea vsuræ non veniunt, nisi sint in obligatione. Vsuræ alias sunt in obligatione, alis in officio iudicis, *l. 24. sup. depos. l. deducta, ad Treb.* In obligatione necesse est vt sint in strictis iudiciis; in officio iudicis sunt in actione bonæ fidei. Igitur fructuum ante litem perceptorum vsuras malæ fidei possessor præstat. Excipitur tantum casus decreto Seueri: idque benigne ita decreuit. Casus est. si fiscus petat hereditatem à malæ fidei possessore ex causa taciti fideicommissi, hoc casu heres fructuum vsuras non præstat, etiamsi eos percepit ante litem motam; pretia tantum prestat; de perceptis post litem, non est dubium. Sed cum decreto Seueri videtur pugnare *l. cum quidam, §. in tacito, sup. de vsur.* Ait, Diuum Pium rescripsisse, ex causa taciti fideicommissi, heredi auferendum omne emolumentum. Igitur vsurarum emolumentum, id est, vsuræ ipsæ auferendæ sunt. Quidam putant referri diuersa rescripta. In § *in tacito* rescriptum Diui Pij: In hac autem *l.* Seueri. Mihi sic videtur dicendum, vt hoc casu vsuræ fructuum perceptorum ante litem non præstentur. At vsuræ

A perceptæ à debitoribus hereditariis auferentur, sicut & fructus auferuntur. Sic est in §. *in tacito.*

Ad §. 1.

Bonis vniuersis ex causa tacita fideicommissi fisco restitutis, heredem onus æris alieni non spectare conuenit. Nec aliud seruatur, morte non defensa. Si quid tamen ob aditam hereditatem actionibus aut seruitutibus confusis, amiserit: auxilio restitutionis non merebitur.

NOotandum, bonis ablatis heredibus vt indignis, eos non desinere esse heredes. Nomine sunt heredes, non re, *l. ex facto, §. Iulianus, de vulg.* Heres est etiam sine onere, sicut is, qui restituit hereditatem, ex Trebell. heres B est etiam nomine tenus, sine re, sine onere: Nam si cum eo agatur, vtetur exceptione restitutæ hereditatis. Sic etiam heres indignus, est heres sine onere. Onera fiscum sequuntur.

§. *vlt.* expositus est in *l. 17. §. vlt. sup. de leg. 1.*

Ad Leg. XIX.

Si scriptis heredibus ideo hereditas ablata est, quod testator aliud testamentum mutata voluntate facere voluit, & impeditus ab ipsis est, ab vniuerso iudicio priore recessisse eum videri.

HEreditas aufertur ei vt indigno, qui testatorem co- C egit, vt se institueret, aut qui prohibuerit, ne testamentum faceret, vel mutaret, *tot. tit. si quis aliq. test. prohib.* Paul. in 5. *Sentent. tit. 12.* Aufertur autem ei soli qui prohibuit; Nam factum eius coheredibus non nocet, *l. 2. §. 1. sup. si quis aliq. test. prohib.* Et hoc quidem ita, si nesciatur, quorum causa testator voluerit mutare testamentum: Nam in dubio is tantum, qui prohibuit, repellitur. At, si sciatur, quos heredes voluerit mutare, nec mutauit, quod ille fuit impedimento, repellentur illi etiam, licet nullum impedimentum attulerint, quia non habent supremam voluntatem, *l. 1. §. 1. sup. si quis aliq. testar. prohib. l. cum quidam, sup. hoc tit.* Sic etiam dubium non est, quin mihi auferatur hereditas, si tu testatorem coegeris, vt me institueret. quia etiam non habeo integram defuncti D voluntatem, Accurs. in *l. 2. C. si quis aliq. test. prohib.*

Lex 20. explicata est in *l. 3. sup. eod.*

Ad Leg. XXI.

Portionesque eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt. Omnes enim heredes, vel eos, qui loco heredis sunt, officiose agere circa defuncti vindictam, conuenit.

NOtandum, patrono auferri etiam partem debitam reuerentiæ patronali, id est, semissem ex l. Papia, hodie trientem, si non vindicauit mortem liberti, qui suspecto decessit, id est, quem suspicio est fuisse interfectum, *l. si sequens, §. vlt. ad Syllanian.* Et generaliter, omnes he- E redes se debent officiose gerere in vindicando defuncto. Expositæ sunt omnes causæ, ex quibus hereditas vt indignis aufertur, nulla fuit alia. Vna fuit olim alia causa, ex qua vt indigno hereditas auferebatur; cuius nulla hic fit mentio. Ea est, si qua in re non obtemperasset voluntati defuncti. Paul. 3. *Sent. tit. ad Senatus. Syllan.* Hoc indicat etiam *l. vlt. §. vlt. C. de fideicommiss.* Excepta erat vna causa, scil. sepulturæ, si neglexisset heres ineptam forte voluntatem defuncti circa funus ducendum, non ei auferebatur hereditas, in *l. 5. C. de his quib. vt indig.* & in *l. 5. C. de religios.* Ea causa frustra excipitur, nisi alias hereditas auferatur ob neglectam voluntatem defuncti. Hæc causa non est relata in his libris, quoniam in desuetudinem abierat, sed cogebantur obtemperare, *arg. l. si quis in suo, C. de inoff.* Hodie

iùs vetus propemodum restitutum est *Nou. 1.* Ex qua heres, qui non paret voluntati defuncti, repellitur ab hereditate, sed non vt indignus: Nam fiscus non vocatur, sed substitutus, etiam post aditionem, quod est contra regulas iuris, sed tamen ob contumaciam heredis hoc fit. Admittentur & alij, de quibus in illa Nou. agitur.

Lex 22. exposita est in *l. 5. §. ætati, sup. eod.*

Lex 23. explicata est in *l. 103. sup. de leg. 1.*

Lex pen. exposita est in *l. 5. §. 1. sup. eod.*

Lex vlt. explicata est in *l. 103. sup. de leg. 1.*



IACOBI CVIACII, IVRISCONSVLTI, Recitationes solemnes.

AD TITVLVM I. LIB. XXXVI. DIG. *Ad Senatusconsultum Trebellianum.*

Ad §. Vtrum Legis XI.

Vtrum autem præsenti, an etiam absenti restitui possit, procuratore adeunte prætorem videndum est, ego puto, absenti, quoque fideicommissario cogi posse heredem institutum adire & restituere. Nec vereri heredem oportere, ne forte in damno moretur. Potest enim ei per prætorem succurri: siue cautum ei fiat, siue non, & ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hereditas. Est enim huius rei exemplum capere ex rescripto D. Pij in specie huiusmodi. Antistia decedens Titium heredem instituit: & libertatem dedit Albinæ directam, eique filiam per fideicommissum reliquit, rogauitque vt filium manumitteret, sed & Titium rogauit, vt manumissæ Albinæ filiæ restitueret hereditatem. Cum igitur Titius suspectam diceret hereditatem: rescriptum est, à D. Pio compellendum eum adire hereditatem, quo adeunti, Albinæ competituram libertatem, eique filiam tradendam. Et ab ea manumittendam tutoremque filiæ manumissæ dandum, quo auctore restituatur hereditas filiæ statim, quamuis sic fuisset ei rogatus restituere, cum nubilem ætatem complesset. Cum autem possit (inquit) euenire, vt ante decedat ea, cui fideicommissaria libertas & hereditas relicta est, nec oporteat damno affici eum qui rogatus adit hereditatem: remedium dedit, vt, si quid horum contigerit, perinde permittatur venundari bona Antistiæ, ac si heres ei non extitisset. Cum igitur demonstrauerit Diuus Pius, succurri heredi instituto, qui compulsus adiit: dici potest, etiam in cæteris causis exemplum hoc sequendum, sicubi venerit, restituatur fideicommissaria hereditas ei, qui compulit adire, & restituere sibi hereditatem.

QVæritur, an quis possit alterius successionem adquirere per procuratorem? De hereditate constat, non posse adiri per procuratorem. Bonorum possessio potest. Maior est solemnitas iuris ciuilis, quam prætorij, *l. per procuratorem, & l. si quis alicui, de adquir. hered.* Restitutio fideicommissariæ hereditatis est successio quædam, vt hereditas, & bonorum possessio quædam, vt hereditas, & bonorum possessio, *l. non enim, hoc tit.* Et ideo quæritur etiam, an absenti per procuratorem restitui possit hereditas? An absens fideicommissarius possit per procuratorem postulare decretum, vt videlicet cogatur heres adire & restituere? Constat, hoc posse postulari aduersus heredem absentem, *l. recusare, h. tit.* Sed in *h. §.* ostenditur, etiam, posse postulare absenti fidei commissario per procuratorem. Ergo adito prætore, procurator fideicommissarij potest compellere heredem, vt adeat. denique restitutio hereditatis potest fieri procuratori fideicommissarii. Hic opponitur *l. si mulier 59. §. ex asse, sup. de iur. dot.* Dicendum est, in eo §. tractari de obligatione fideicommissi. Obligatio fideicommissi non potest per delegationem in alium transferri, ita vt heres se alij obliget, quam fideicommissario. Hoc ait *§. ex asse.* Nos autem non loquimur de obligatione fideicommissi, sed de facto ipso, id est, de restituenda hereditate. Hereditas ea nomine procuratoris restitui potest. Vel alium fideicommissarius delegare non potest, cui se heres obliget, *§. ex asse.* Alij fideicommissarius mandare potest, vt hereditatem ab herede petat & recipiat *hoc §.* Male Accursius, eum, cui heres delegatur, vocat procuratorem in rem suam, quod non fit recte, vt dixi. Nam procurator fit ex mandato, delegatio non est mandatum. Ergo delegatio procuratorem non facit. Qui delegat, se actione quam habet, exuit: qui mandat, se actione propria non exuit: Ergo sunt hæc diuersa. Item opponitur quo dicitur, pupillo relictam fideicommissariam hereditatem, tutori eius restitui non posse, *l. sed nec ipsi, hoc tit.* Quomodo ergo restituetur procuratori? Hoc vero nihil obstat. Hic §. loquitur de procuratore absentis: tutori autem absentis vel infantis, etiam restitui potest, non tamen præsentis, vel eius qui fari potest, *l. pen. C. ad Trebell.* Item opponitur dubitatio ex *l. qui ita 66. §. etiam, hoc tit.* & quæ proponuntur initio huius §. ex eo sumuntur, quod si desiderante procuratore heres cogitur adire & restituere, ita fiet sæpenumero, vt heres versetur in damno, quod iniquum est, vt qui coactus adiit, adeat suo periculo. Sciendum est, aditione heredem obstringi oneribus hereditariis, quoniam adeundo subit vicem defuncti. Verum restitutio hereditatis facta fideicommissario, heredem exonerat: nam onera in fideicommissarium transferuntur. At restitutio facta procuratori non statim exonerat heredem, antequam videlicet fideicommissarius omnia receperit, & rata habuerit. Ergo fieri potest, si admittatur his rebus procurator, vt heres adeat postulante procuratore, deinde fideicommissarius moriatur, antequam ratum habuerit, vel ei restitutum fuerit, atque ita onera remanebunt apud heredem, qui compulsus adiit. Hoc ne eueniat, melius est dicere, præsenti restituere hereditatem, non procuratori. Dices: Hoc ne contingat heredi, procurator caueat de rato habendo, sicut in mandato: Nam cum dubitatur de mandato, quilibet cauet de rato. Verum dicam, hoc solum heredem non satis munire aduersus periculum: Nam fragilis est quælibet cautio, *§. etiam,* quoniam fideicommissarius labi potest facultatibus. Ergo, ne oblata quidem cautione de rato à procuratore heres cogi poterit, vt committat se periculo aditionis. Et omnino ita esset concludendum, nisi Vlp. in *h. §.* ostenderet, in hac specie heredem ipso iure satis munitum esse, etiamsi nulla vel fragilis cautio detur, & ei subueniri exemplo Constitutionis D. Pij, quoties incidit in captionem ob aditionem coactam. Hic Pius dicitur Titius Anton. in *l. 12.* sic & in *l. si cui pure §. 1. hoc tit. & l. si patroni §. 1. inf.* Eius Constit. sententia hæc est, & species: Testator Albinam ancillam suam testamento directo manumisit, & filiam Albinæ eidem Albinæ matri per fideicommissum reliquit, & rogauit, vt filiam manumitteret Titium heredem instituit ex asse, & eum rogauit, vt hereditatem restitueret filiæ manumissæ. adiicit conditionem, *cum nubilis erit ætatis.* Ergo filia Albinæ accipiet libertatem à matre fideicommissaria, hereditatem autem ab herede. Lex ait, hoc casu filiam Albinæ posse Titium heredem prætoris interuentu compellere, vt restituat, licet nondum sit manumissa. Nam ex hac causa patet seruo aditus ad prætorem, propter spem libertatis, *l. mulier §. non est, inf. hoc tit.* Opponitur. Is, cui data est libertas in diem, hereditas autem pure, vel in diem, non potest heredem cogere ante diem vt adeat *d. l. si cui pure §. 1.* At Albinæ filiæ hic non proponitur relicta libertas in diem, sed pure. Ergo hoc nihil obstat. Rursus opponitur. Seruus heredis.

cui relicta est libertas & hereditas per fideicommissum, non potest heredem, id est, suum cogere, vt adeat, *l. cogi 16. §. sed si seruo, inf. hoc tit.* At filia Albinæ fuit ancilla hereditaria, non heredis propria, itaque hoc etiam non obstat. Magis obstat is cui à fideicommissario vel legatario relicta est libertas, non ab herede: hereditas autem ab herede, non potest cogere heredem, si vtrumque ab herede relictum sit, poterit cogere, *l. non est 53. inf. hoc tit.* Hic autem relicta est libertas à fideicomm. Albinæ matre, hereditas autem ab herede. Ergo, &c. Dicendum est, sententiam eius legis ita maxime procedere, si heres sit institutus ex parte, & ab eo relicta hereditas per fideicommissum. hic non potest cogi adire, quia etiamsi non adeat, fideicommissarius damni nihil facit, quoniam repudiantis portio B accrescit cæteris coheredibus cum onere fideicommissi *l. 11.* quæ est coniungenda cum *l. non est*, quę accipienda est, de herede instituto ex parte. At in specie huius §. Titius proponitur heres institutus ex asse, Is qui ex asse institutus est, cogi potest, vt adeat ab eo, qui à legatario libertatem accepit, cogi, inquam, potest etiamsi nondum extiterit conditio fideicommissi. Idem ostenditur in *l. 13. in princ.* in *l. cogi, §. pen. inf.* & in *l. si cum pure, in princ.* Nec quicquam obstat *l. ita tamen §. à patre, h. t.* Ex eo colligunt, heredem non cogi adire ante conditionem fideicommissi, ex his verbis: *quia fideicomm sub condicione datum proponitur.* Dicendum est, in eo §. duas proponi rationes, quæ sunt coniungendæ, vt momentum aliquod habeant: prima C illa per se infirma est, nec nisi coaceruata momentum habet. itaque nihil obstat. Ergo in specie constitutionis, filia Albinæ heredem coget adire, vt diximus, nec ei obstabunt ea, quæ posuimus. Adita hereditate Albinæ matri competet statim libertas directa, eique tradetur filia ex causa fideicommissi, tum filia manumittetur, manumissæ dabitur tutor, quo auctore fiet restitutio hereditatis, etiam non existente conditione, id est, etiamsi nondum sit nubilis. Non tamen transferentur actiones antequam conditio extiterit, *l. sed et si ante, sup.* Quid si condicio deficiat. i. si moriatur nondum nubilis? Interdicit fideicomm. & bona pertine- D bunt ad heredem scriptum, qui adiit coactus. Ad eundem pertinebunt onera, atq; ita damno afficietur heres, qui coactus adiit. Hoc vero ne fiat, videtur rursus dicendum, melius esse, vt non cogatur adire. Sed in hunc casum subuenit Constit. D. Pij, ne heres damnum patiatur: & constituit, vt heres hoc casu non obstringatur oneribus, sed bona vendantur à creditorib. nomine defuncti, non heredis. hoc est nouum beneficium vt videlicet hereditas adita habeatur pro non adita. Ergo heres scriptus ex asse, pendente condicione, cogi potest adire, quoniam ipso iure satis munitus est, quia nullũ damnum futurum est, vt ait *l. 13.* At heres scriptus ex parte, quia non potest cogi, ad eum nihil pertinet hæc Constit. nihil indiget hoc remedio, *l.* E *12.* Huius Constitutionis exemplum sequemur in specie proposita: Si heres adierit cogente procuratore, & post fideicomm. moriatur, fideicommissum intercidit, si nullum heredem reliquerit, *l. postulante §. 1 inf.* Alioquin in heredem transit. Et de hac re frustra dubitat Accursius propter *l. cum filio, in fi. de legat. 1.* In ea enim lege fideicomm. fuit condicionale. i. post mortem patris relictum: ideo non transmittitur, purum autem transmittitur. Pone autem intercidisse, quia decessit fideicomm. sine herede, vel antequam decederet, declarauit, se ratã non habere procuratoris adquisitionem. Hoc casu heres versetur in damno, sed ei subuenietur exemplo Constit. D. Pij. Dicemus ergo hoc casu heredem non obligari, sed perinde bono distrahi, atque si heres non adiisset. Itaq; non est, quod vereamur periculum aditionis, si heres restituat pro- A curatori: heredi enim subuenitur. Vnde in *l. 13.* ait: *Iam ergo non desideratur heredis præsentia.* Dicere debuit, fideicommissarij præsentia. *Iam.* i. post constitutionem D. Pij Heredis. i. fideicommissarij. Hæc sæpe confunduntur, *l. quamuis, sup. de iudic. Nou. 108.* circa fin. In eodem §. vbi dicitur, *qui rogatus adiit*, manifeste legendum, *qui coactus*, ait paulo post, compulsus.

Ad L. XII.

Sed cum ab herede pro parte instituto fideicommissa hereditas sub conditione relicta esset, Imperator Titus Antoninus rescripsit, non esse locum constitutioni suæ, neque pupillum extra ordinem iuuandum, præsertim si nouum beneficium cum alterius iniuria postularetur.

INitio huius legis ostenditur, heredem institutum ex parte, & sub condicione rogatum restituere, non compelli adire, sed repudiare posse, ideo ad eum non pertinere remedium D. Pij. Additur, *neque pupillum extra ordinem iuuandum, præsertim, &c.* Accursius tres adfert interpretationes. Prima negat pupillo instituto heredi ex asse dari restitutionẽ in integrum, ne videlicet cogatur adire ante cõdicionem fideicommissi: quasi videlicet alias dari possit restitutio in integrum, ne quis inuitus adeat, quod falsum est. Nam restitutio in integrum datur tantum in eis, quæ gesta sunt, nihil autem gessit, qui nondum adiit. Eadem ratione refutatur secunda expositio, quæ negat pupillo fideicommissario dari restitutionem in integrum in hoc, vt heres, qui sua sponte adiit, ante conditionem fideicommissi restituat: Nam ad ea obtinenda non est comparata restitutio, sed tantum ad gesta rescindenda. Hæc tamen pupillo negantur. quasi alias impetrari possint per restitutionem, quod falsum est: Nam verbum, *extra ordinem*, est accipiendum per restitutionem in integrum, Tertia expositio negat pupillo, qui sponte adiit, dari remedium constitutionis D. Pij, vt non hæreat oneribus. Hoc nihil est: Nam etiamsi ei non detur remedium D. Pij, dabitur restitutio in integrum aduersus aditionem *l. in integrum. sup. de minor.* Et ei data, verum erit, pupillum extra ordinem iuuari, quod lex tamen negat. Ego puto hęc verba ex *l. nã quod. § 1. inf. hoc tit.* explicanda. Hæc verba sunt ex rescripto Diui Pij, quod etiam citatur in *l. nam quod.* Dico autem eodẽ rescripto Imperatorem respondisse duabus quæstionib. Prima fuit de herede instituto ex parte, an cogatur adire. Respondit eum non cogi, ideo ad eum non pertinere remedium constitutionis suæ. Ex hac nata est secunda quæstio. Constat pupillum, qui repudiauit, posse restitui in integrum, vt hereditatem adeat, quam repudiauit. Hinc quæritur, si pupillus institutus & rogatus restituere, repudiauerit. deinde creditores bona distraxerint, an possit cogi à fideicommissario, vt adeat per restitutionem in integrum, & restituat? Imperator ait, non posse cogi, quoniam res non est integra, & iniuria fieret creditoribus, qui vendiderunt bona, vel aliis, qui vendidissent, vt substituti. Hoc lex *quod si minor §. Scæuola, sup. de minor.* Et hoc est, quod ait *lex nam quod.* Ait, *plane si bona venierint, &c.* in eo §. malè legitur, *præceptorem in* Florentin. cum sit legendum, *per prætorem, & restituere*, non in integrum restituere, sed restituere fideicommissariam hereditatem ex edicto prætoris. Ergo pupillo non datur restitutio in integrum, vt postulante fideicommissario adeat hereditatem, quam repudiauit, si id sit facturus cum iniuria alterius, id est, si res non sit integra, si bona fuerint vendita, si negotia hereditaria explicita. Ergo huc non pertinebit remedium D. Pij eo enim tantum vtitur, qui coactus adit.

Ad L. Heredes. LVII. §. Cum ita.

§. 1. *Cum ita fuerat scriptum*: Fidei filiorum meorum committo, vt, si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat. Quod si vterque sine liberis diem suum obierit: omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo: *defuncto altero superstite filio, nouissimo autem sine liberis, neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conueniat: absurdum esse respondi, cessante prima substitutione, partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit auus, si nouissimus fratris quoque portionem suscepisset.*

HÆc vna res hunc §. difficilem reddit quod cum eo pugnet *l. pen. C. de impub. & al. subst.* Species huius §. hæc est: pater habet duos filios, & neptem Claudiam ex filio iam mortuo: filios heredes instituit ex æquo, & fidei eorum mandat, vt qui prior decesserit sine liberis, restituat partem suam fratri superstiti; Hæc est prima substitutio: quæ mutua & reciproca est. Nam alter alteri frater substitutus est in eum casum quo prior decesserit, teste Iustiniano in Nou. 108. quanquam repugnet hic Alciatus. Substitutionem vocat fideicommissum hereditatis recte. Est enim substitutio præcaria non directa, Græce ὑποκατάστασις. Postea testator fecit alteram substit. si vterque filiorum sine liberis decesserit, omnem hereditatem ad Claudiam neptem meam peruenire volo. Nunc si vnus ex filiis moriatur sine liberis, proculdubio superstes ei succedet ex prima substitutione, & si post superstes moriatur sine liberis, ei succedet Claudia neptis ex secunda substitutione. Hoc caret dubitatione. Verum finge: frater, qui prior decessit, reliquit filium Caium, ideo conditio substitutionis defecit, filius exclusit substitutum, postea alter frater mortuus est sine liberis, de eius successione certant Claudia filia fratris viuo patre defuncti, & Caius filius fratris coheredis. Caius vindicat hereditatem patrui sui qui nouissimus decessit ab intestato, vel solus ex lege Voconia, quasi præferatur consobrinæ, vel eam vindicat in partem non exclusa consobrina, §. *ceterum, de legit. adgnat. success.* Eam non vindicat substitutionis iure, quasi videlicet pater, qui mortuo fuerat substitutus, ius substitutionis in eum transmiserit: nam spes substitutionis heredem non sequitur, *l. si ex plurib. inf. de suis & legit.* Ergo recte vindicat ab intestato. Contra vero Claudia dicit, se esse potiorem, & se vocari ex substitutione, *si vterque sine liberis decesserit, hereditatem, &c.* Hic decessit sine liberis. Ergo hereditas ad me pertinet. Caius negat, locum substitutioni esse, profert verba, *si vterque sine liberis decesserit.* Negat, nisi vterque sine liberis decesserit, Claudiam succedere posse. Atqui, verum est, vtrumque non decessisse sine liberis. Ergo substitutionis conditio deficit, & locus erit legitimæ successioni. Præterea testator dixit, *omnem hereditatem*, id est, vtriusque filij. Iam vero omnis non potest peruenire ad Claudiam, quia qui nouissimus decessit non est nactus partem fratris ex prima substitutione, pars tantum nouissimi peruenire potest ad Claudiam. His Claudia ita respondet: in fideicommissis voluntatem spectari, non verba. hac autem mente fuisse testatorem auum vt etsi non vterque, sed nouissimus tantum decederet sine liberis, ipsa in partem ipsius veniret: Nam qui voluit neptem totum habere, vtraque substitutione locum habente, cessante etiam prima substitutione, videtur eam voluisse ex secunda substitutione in partem admitti: qui in totum vocat, & in partem vocat. Atque ita Papin. respondet pro Claudia contra Caium. Hoc plerisque durum videtur. Pugnat vt diximus, *d. l. pen.* Sed species ponenda est: Testator scripsit, *Primus & Secundus filij mei heredes sunto.* erant autem impuberes: & ideo addit, *si vterque decesserit impubes, Tertius heres esto.* Hæc est substitutio directa. Sed hac in re nullam differentiam inducit, quod in altera est precaria substitutio. Nunc si vterque filius decesserit impubes, vel simul, vel diuerso tempore, Tertius succedet. Verum quid si alter tantum decesserit impubes, vtrum ei frater succedet ab intestato, an Tertius ex substitutione pupillari? Imperator probat sententiam Sabini existimantis fratrem ei succedere ab intestato, & substitutum non aliter admitti, quam si vterque decesserit impubes. Et merito: quoniam testator videtur voluisse confirmare ius legitimarum hereditatum, *l. qui duos, sup. de vulg.* Ergo in hac specie substitutus non admittitur, nisi vterque filius decesserit impubes. At secundum §. *cum ita*, admitteretur. Dicendum est longe diuersam esse speciem: Nam in specie huius §. substitutus admittitur contra verba substitutionis, ex mente tamen testatoris, quia qui dedit totum, non videtur partem denegasse. At in *l. pen.* substitutus non admittitur contra verba: quia non potest admitti contra ea, quin admitteretur etiam contra mentem. Itaque repellitur substitutus in hac *l. pen.* non tam quod velit admitti contra verba, quam quod contra mentem defuncti. In hoc §. non repellitur, quod veniat contra verba, quia habet voluntatem defuncti.

Ad L. XVIII. In fideicommissaria.

In fideicommissaria hereditatis restitutione constat, non venire fructus, nisi cum moræ facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus, & fructus restituere.

§. 1. *Plane fructus in quartam imputantur, vt est rescriptum.*

§. 2. *Quotiens quis rogatur hereditatem restituere: id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis. Fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur.*

§. 3. *Si legatum sit heredi relictum, & rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit. Ceterum: quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit. Et id D. Marcus decreuit.*

IS, qui rogatus est restituere hereditatem non cogitur fructus restituere. Item non debet restituere pensiones, vsuras, & quæ sint similia. Denique fructus, vel quæ pro fructibus habentur, in restitutionem non veniunt. Hoc ita, non tantum si heres sua sponte, sed & si coactus adierit. Qui coactus adit, caret Falcidia, non tamen fructibus, *l. ita tamen 27. §. 1 h. t.* Fructus ergo retinet pro cultura & cura, quos suo impendio, suaque opera colligit. Huic regulæ locus est etiamsi testator ita dixerit: *Rogo te, vt quicquid ex hereditate mea ad te peruenerit, restituas*: Nam etsi dixit, *quicquid*, fructus non venient, *l. deducta. 58. §. pen. l. scribit. l. heredes, in princ. h. t. l. quod his verbis 83. sup. de leg. 3.* Nec obstat *l. 3. §. nonnumquam, de vsur.* Nec etiam *l. Ballista, inf. h. t.* Ratio huius regulæ proponitur in *vers. quoties.* Qui ita rogatur, hereditatem restituere rogatur, fructus autem percepti post aditionem non sunt hereditarij. Ergo non sunt restituendi Fructus non sunt in hereditate: quia aditione desinit esse hereditas. Male quidam hæc verba separant ab initio: sunt enim accipienda pro ratione, ideoque Græci recte τὸ γάρ, &c. vt sit ratio Harm. *lib. 8. tit. 8. l. 3. βασιλ. t. 1. ait, quoties n.* Hæc ratio indicat, a regula excipiendos fructus inuentos in hereditate & perceptos ante aditionem: Nam hi sunt hereditarij & ideo in restit. veniunt, *l. ita tamen inf. hoc tit. l. centurio,*

15. in fi. sup. de vulg. In ea *l.* miles substituit directo in secundum casum. substitutio post pubertatem non valet, nisi iure fideicommissi fauore militiæ, *l. precib. C. de impub.* quam male putant pugnare cum *l. centurio.* idem enim significat lex *centurio.* Ideo dicit substitutum post pubertatem non habiturum nisi bona patris, non alia à pupillo postea acquisita, quæ tamen caperet, si veniret recto iure: Habebit tamen etiam fructus inuentos in hereditate paterna. Sunt etiam excipiendi fructus percepti post moram, in *l. postulante §. ult. & pen. hoc tit.* Mora intelligitur fieri, si heres petẽti non restituat. Paulus in *fi. 3. lib. Sentent.* Non petenti non fit mora, etiamsi purum sit fideicommissum. Itaque post multum tempus fideicommissum purum restitui potest absque mora, vt si tamdiu distulerit fideicommissarius petitionem, *l. mulier 22. § si heres, hoc tit.* Excipiendi sunt fructus omnes, si testator specialiter iusserit hereditatem restitui cum fructibus, vel cũ incremento. Idem ostenditur in *l. facta, § si heres, h. t. l. si ita reliquerit § Pegasus, de leg. 2.* Ait, *specialiter.* Ergo tacita voluntas non sufficit, etiamsi de ea constet, nisi vno casu, si testator dixerit: *Quicquid ex meis bonis ad te peruenerit.* licet non adiecit, *cum fructibus*, tamen patrocinante voluntate fructus veniunt. Hoc in *d. l. 3. nonunquam sup. de vsur.* proponitur. Subiicitur exemplum in *§. nam Pollidius.* Finge: Quædam mulier instituit propinquum suum heredem, rogauitq; vt hereditatem restitueret filiæ suę, si adoleuisset, & iussit heredem fundum sibi retinere, vsusq; est his verbis, *quicquid, &c.* Adiecit mulier, se hoc ita cauere, ne res tutoribus filiæ cõmitterentur, & vt potius propinquitati committerentur. Ex eo apparet, voluisse testatricem, vt heres etiam fructus filiæ redderet, quoniam ita fideicommisit, ob lubricum tutelæ: quoniam plerunq; tutores multa intercipiunt. Itaque non ita fideicommisit, vt heres interim lucraretur fructus, quoniam etiam heredem voluit tantum retinere fundum, itaq; restituet omnia cum fructibus. Eadem est ratio *l. Ballista*: Nam ibi dixit, *quicquid ex hereditate, vel quanta ex hereditate pecunia*, quod idẽ est, & voluit etiam fructus reddi. Id ex eo apparet, quod noluit hereditatẽ restitui ex fideicommisso, sed ex cautione conuentionali præstita ab herede, quæ cautio recipit semper incrementum fructuum, *l. pecunia §. 1. de verb. sig.* Ergo cum cautionem præstari iussit, fructus etiam voluit accedere. Itaque veniunt fructus ex tacita voluntate. Excipitur etiam obligatio vsurarum vel pensionum: Nam hæc venit in restitutionẽ. Vsurę quidem & pensiones sunt pro fructibus, & perceptæ non restituuntur. Verum si heres nihil dum percepit ante restitutionem hereditatis, obligatio fideicommissarium sequitur, *l. postulante § sed & in huiusmodi, h. t. l. deducta, §. qui post, h. t.* Et hoc casu si post ea fideicommiss. vsuras illas exegit, heres non potest petere, vt sibi restituantur, quasi medij temporis fructus, *d. § si post.* nec indebiti repetitio erit, i. heredi non dabitur in fideicommissarium, qui exegit vsuras, repetitio, quasi plus debito restituerit, *l. pen. h. t.* Nã restituit hereditaria, quæ debuit. Notandum etiam in *§. sed & huiusmodi*, quædam esse proposita, vbi ita lego: *Desidero verbo tenus restitui hereditatem ex SCto, vt agam ex eo, &c.* Excipiuntur etiam fructus, qui restituentur supplendi fideicõmissi causa. Finge: à testatore relicta in bonis sunt quadraginta. heres rogatus est restituere hereditatem sub conditione. Ea pendente percepit fructus vsque ad quantitatem quadringentorum. Itaque in fructibus etiam sunt quadraginta. tum exstitit conditio. Quæritur, an restituere debeat octingenta deductis ducentis Falcidiæ nomine? Minime. restituet tantum quadringenta, quæ testator reliquit, ex eo nihil deducet: Nam fructus percepti aliunde in Falcidiam computantur.

A Denique illa quadringenta retinet integra, sed tamen non detrahet quicquam Falcidiæ nomine. Verum si interim ex hereditate aliquid decesserit, pendente videlicet conditione, ponamus periisse centum ex hereditate, vtrum heres restituet sola trecenta, quę restãt? an vero ex fructib. interim perceptis supplebit centum, quæ desunt fideicomm. Hoc est verius. Itaq; hoc casu ex fructib. perceptis non retinebit nisi trecenta, si fideicommiss. habebit quadringenta, *l. scribit, l. sed tamen §. heres ex asse, hoc tit.* Item finge: in hereditate sunt quadringenta, in fructibus quadringenta: perierunt ex hereditate ducenta & quingenta. heres debet habere quartam, & etiam quartæ fructus pro rata tẽ-

B poris, *d. §. heres ex asse, & l. mulier §. si heres, hoc tit. l. quo bonis, § fructus, & l. Falc. sup. ad leg. Falcid.* Ergo heres fideicommissario restituet centum quinquaginta, quæ restant ex hereditate. Nam perierunt ducenta quinquaginta: Ex fructibus autem ille retinebit centum quartæ nomine, & si quartæ fructus sint quinquaginta, fructuum quartæ nomine ea retinebit. Ergo heres pro quantitate & fructibus habebit centum quinquaginta, relicta fructuum, id est, ducenta quinquaginta restituet fideicommissario supplendi fideicommissi causa. Atque ita hoc casu heres, quod est supra quartam & quartæ fructus, id totum fideicommissario restituet. Ergo hi fructus veniunt in restitu-

C tionem supplendi fideicommissi causa. Verum si centum tantum perierint, tunc supra quartam & fructus eius, id est, centum quinquaginta, heres sibi retinebit alia centum quinquaginta, & restituet tantum ex fructibus centum. Ergo semper restituendi sunt fructus supplendi fideicommissi causa.

Altera quæstio, an fructus qui non veniunt in restitutionem imputentur in Falcidiam? Dicendum: Aut negligentia petentis fideicommiss. percipiuntur: Aut testatoris iudicio. Negligentia fideicommissarii ex puro fideicommisso, cuius petitionem differt, hi non imputantur in Falcidiam. Si quadringenta sint in bonis, & in illis fructibus centum, ea centum heres lucrabitur, & nihilominus Falcidiam detrahet, nec eos fru-

D ctus imputabit, *l. mulier § si heres, hoc tit.* Iudicio testatoris percipiuntur ex fideicommisso in diem, vel sub conditione: Nam testator videtur hoc voluisse, vt heres interim fructus suos faceret. Omnia quę capiũtur iudicio testatoris in hanc quartam imputantur, *l. in quartam, ad leg. Falcid.* Ergo illi fructus etiam imputantur. Hoc est, quod ait *l. plane, &c.* Idẽ in *l. deducta §. ante diem, hoc tit. l. filiusfamil. in fi sup. ad leg. Falc.* Excipiũtur filij constit. Zenonis, hi fructus perceptos iudicio testatoris non imputant, etiamsi hoc testator nominatim dixerit, *l. iubemus, C. ad Trebell.* Soli autem filij excipiuntur, *d. l. iubemus § vlt.* Itaque illa constitutio non abrogat, sed derogat legi *Papinianus §. vnde si quis, sup. de inoff.* Vbi traditur generaliter: eos qui queri possunt de inofficioso testamento, institutos,

E & post certum tempus rogatos restituere, fructus in Falcidiam imputare. Ab ea sententia excipiemus filios. Iam accipimus Falcidiam pro quarta Trebellianica. Idem autem in quarta Falcidiæ dicendum est, in eam heredes imputãt fructus perceptos pendente die vel conditione, *l. quod bonis 15. § fructus, sup. ad leg. Falcid.* vbi legitur, *relictos*, legendum *relictorum.* Idem in *l. qui quadringenta § qui ducenta, eod.* Vulgo male ponitur species. Est autẽ sic ponenda. Ducenta sunt in bonis: primo pure legat cẽtum: secundo, sub conditione alia centum: absumit hereditatem legatis, & locus est Falcidiæ. Heres pendente conditione legati secundo dati ex fructibus percipit viginti quinque, hæc in quartam imputat. Sed hoc nõ est satis. Nam debet habere quinquaginta. ergo necesse est, vt Primus & Secundus legatarij heredi conferant alia vigintiquinq;

Digest. X x x ij

Debent etiam conferre fructus quartæ: Pone eos esse quinque, debent ergo conferre triginta. Quæritur qua ratione ea triginta conferant? An singuli quindecim? Minime: Nam Primus plus confert, qui purum & præsens legatum accepit: Nam Secundus non videtur accepisse centum, quæ ei sunt legata. Sed tantum 75. quia heres ex fructib. 25. percepit, eo minus videtur ad Secundum peruenisse. Itaque non videbitur Secundus percepisse nisi 75. *l. circa*, *l. in quantitate*, §. *in diem*, *eod.* Primus autem centum percepit, Secundus 75. est proportio sesquitertia: Ergo necesse est; vt pro ratione sesquitertia heredi impleat quadrantem. Itaque illorum 30. faciendæ sunt septem partes, & quatuor præstabit Primus: tres Secundus, vel sic: Primus præstabit septemdecim aureos & vnius septimam. Secundus duodecim & sex septimas; hæc est species illius §. Ratio cur fructus imputentur in Falc. est, quia iure hereditario & iudicio defuncti capiuntur: Hæc ratio cessat in re propria heredis legata: ideo fructus ex ea re percepti ante diem, vel post diem, ante moram non imputantur in Falc. quia eos interim non capit hereditario iure, sed proprio dominij iure, *l. Falc.* §. *vlt. ad leg. Falc.* Cessat etiam ratio in fructib. puri fideicommissi ante moram perceptis, vel puri legati perceptis ante aditionem, si sit legatum vindicationis, vel perceptis ante moram, si sit legatum damnationis, hi fructus ad heredem pertinent, quia ex puro legato non capiuntur iudicio testatoris, *l. in ratione 2. ad leg. Falcid.* At legati relicti in diem vel sub condicione fructus percepti heredib. imputantur in Falc. Excipiuntur etiam filij in *d. l. iubemus.* Idque in illo loco, ait: *Idemque in retinenda portione legis Falc. obtinere iubemus.* Hic est punctum. Incipit alia sententia *Etsi pater &c.* Accursius male accipit illa verba de quarta Trebell. Sunt enim de Falcidia. Animaduertendum initio eius legis tria proponi. Primo, vt filij rogati restituere hereditatem fratribus, fructus non imputent in Falcidiam, quæ detrahitur ex auctoritate S C. Trebell. Zeno scripserat Pegasiani Nam illud quartam induxit, *Instit. eod.* Sed Tribon. vtrumque reposuit Trebellianum pro Pegasianum, quia Iustin. Pegasianum transfudit in Trebell. Vnus restat locus, in quo aperte designatur Senatusconsult. Pegasianum, in *l. si heres ab eo, inf. h. t.* Ait *Non est dubium, quin hodie coactus ex Senatusconsul. Trebell. possit restituere.* Heres cogebatur adire ex Pegasiano tantum, §. *sed si recusabat*, *Inst. eod* Vlpian. in *Fragm. tit. de fideicommiss.* & ex eo SC. Pegas. qui coactus adierat: transferebat actiones perinde ac si sua sponte ex S C. Treb. adiisset. Hoc est, quod ait *hodie*, id est, ex Pegas. Sciendum autem est in quarta legis. Falcidiæ idem esse dicendum. videlicet si hereditas filiis relicta exhausta sit legatis in diem relictis, & interim filii fructus perceperint: hos enim non imputabunt. Tertium est, fructus etiam non imputari in Trebell. si sint rogati filij nepotibus restituere, vel ceteris liberis, qui eos deinceps sequuntur. His enim etiam si rogati sint restituere, non imputabunt fructus in quartam. Ait, *etsi pater vel mater.* Ex his verbis hoc tertium colligitur. Conclusio. exceptis filiis, heredes in vtramque Falcid. fructus imputant, pendente die vel conditione perceptos. Imputantur etiam in dotem. Sciendum est, filiam oneratam fideicommisso hereditatis, posse deducere ex fideicommisso dotem. Deducit imo Falcidiam, & si Falcidia non sufficiat doti constituendæ, amplius deducit, quam deest. At si fructus interim percepti sufficiant doti, nihil deducet. Ergo fructus imputantur in dotem, quam filia deducet, in *l. mulier, 22.* §. *pen. h. t.* Sed per consequentiam hoc etiam videtur sublatum Constit. Ze-

A nonis: Nam si filij fructus non imputant, nec filiæ debent in dotem imputare. Sed sicut Falcidia sumitur ex hereditate ipsa, non ex fructibus; ita etiam quod doti deest, sumendum videtur ex patrimonio, *Inst. in Nou.* 39. Addendum, eos etiam fructus imputari in id quod defunctus heredi debuit. Obligatio illa extinguitur aditione, sed si heres rogatus sit restituere hereditatem, deducet debitum: verum si fructus satisfaciant debito, eos imputabit. Denique fructus imputantur in id, quod defunctus heredi debuit, quod si fructus non sufficerent, deduceret, *l. cum pater, 77.* §. *Titio de leg. 2. l. quod de bonis*, 15. § *quod autem sup. ad leg. Falcid.* In hæc fructus imputantur, id est, Falcidiam, dotem, debitū. Hæc autem si fructus supB petant? quod superat, cedit lucro heredis, id est, fructibus imputatis, quod superest non venit in restitutionem. Quærunt de quarta naturæ, an in eam fructus imputentur. Primum stulta est quæstio, deinde male loquuntur: nam nulla est quarta, ea quarta debetur liberis, parentibus, interdum etiam fratribus Natura eis non taxauit certam partem, sed eis dat hereditatem, seu successionem, *l. vlt. de bon. dam.* Ideoque semper appellatur *νόμιμον μέρος*, id est, legitima pars lib. 45. *βασιλικ. tit.* 4. est quidam locus ab interpretibus non animaduersus, & eo loco legendum, *μετὰ τὸ νόμιμον μέρος*, id est, *post partem legitimam.* Si ergo liberi sint instituti, quartam capiunt iure testamenti ex *l. Falcid.* vel S. C. Trebell.
C & in eam quartam imputant fructus aliunde perceptos. Nam fructus quartæ in quartam non imputantur, sed quartæ accedunt. Aliunde autem perceptos vt ex legatis aut fideicommissis, nisi sint filij. Item si sint exheredati, quartam capiunt iure legati vel fideicommissi, alioquin est inofficiosum testamentum, & rescindetur testamentum & alia consequentur. Sed si exheredatis legetur minus quarta, vel si sint instituti ex minori parte, quarta supplebitur, supplebiturque ex substantia patris, *d. l. scimus, l. si modo, l. scimus, C. de inoff. test.* Stultum ergo quærere, an quarta suppleatur ex fructibus partis relictæ. Con-
D stat enim, fructus eius, quod mihi relictum est, mihi accedere. Ideoque nulla etiam lex exstat, quæ dicat eos fructus quartam non supplere. Citatur tamen hic, *l. scimus* § *repletionem*, quæ nihil loquitur de fructibus, de vsufr. quidem: Ideoque ille §. *repletionem* nihil derogat *d. l. Papin.* Illud tamen quæritur in illo §. an pars illa minima, quæ relicta est filio suppleatur aduentitio lucro, vt puta ex substitutione, vel iure accrescendi, vel consolidatione vsusfr. Et negatur suppleri. Dicitur, supplendam quartam ex ipso patrimonio. Non hoc quæritur an legatum suppleatur ex fructib. legati. Ergo de illa quarta separatim institui quæstio non debuit, sufficiebant priora. Certum est, vnam quartam tantum dari.

E

In L. LIX. Debitor.

L. 59. Debitor sub pignore, creditorem heredem instituit eundemque rogauit restituere hereditatem filiæ suæ, id est, testatoris. Cum nollet adire, vt suspectam, coactus iussu prætoris adijt & restituit. Cum emptorem pignoris non inueniret: desiderabat permitti sibi iure dominij id possidere. Respondi aditione quidē hereditatis confusa obligatio est: videamus autem ne & pignus liberatū sit sublata naturali obligatione: Atquin siue possidet creditor actor ideōq; heres rem, siue non possidet, nulla actione à fideicōmissario conueniri potest. Neq; pignoratitia, quoniā hereditaria est actio: neque fideicōmissum, quasi minus restituerit recte petetur. Quod veniret, si nullum pignus intercessisset. Possidet enim eam rem, quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, & hic Seruiana actio tenebit. Verum est. n. non esse solutam pecuniam. Quemadmodum dicimus, cum amis-

sa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, & solutū non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autē integra non putarē cōpellendū, adire nisi prius de indemnitate esset ei cautum, vel soluta pecunia esset. Nam & cum de lucro heres scriptus adit, quod forte legatum accepit, si heres non extitisset. responsum est, non esse cogendum adire, nisi legato præstito, vbi quidem potuit dici, nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adiisset in ipsius voluntate posuit aditionem. Sed cum testator alterutrum dederit, nos vtrumque ei præstamus.

QVæritur de confusione obligationis. Toties fit confusio, quoties in eandem personam ius debitoris & creditoris concurrit, vt si creditor debitoris hereditatem adeat, *l. Stichum*, §. *adit*, *inf. de solut. l. Granius*, *Vranius*, *de fideius.* Species huius legis est: Creditor pigneratitius, à debitore heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem filiæ, coactus adiit: Aditione etiam coacta principalis obligatio confunditur: ideo ne creditor per aditionem creditum amittat, non ante cogetur adire quam soluta sit pecunia, vel præstita cautio. Nec hoc mirum: Nam etiam cum heres agit de lucro, ei prospicitur; vt si legatum homini sit relictum à coherede sub condicione, si heres non esset. Hoc casu hic heres non cogitur adire, nisi lucro illo, id est, legato illi à fideicommissario præstito. Ita ait responsum esse à Iuliano, videlic. *l. ita tamen 27.* §. *si præceptis, sup.* in hanc rem citatur lex, *apud Iulianum, in princ. sup. eod.* Adiicit Paulus, posse dici, heredem hoc casu non esse cōgendum adire, ne quid fiat contra voluntatem defuncti, qui in eius voluntate aditionem posuisset. Sed respondet Paulus, nihil fieri contra voluntatem, cum & alieno periculo adeat, & nihilominus legatum consequatur. Nunc ita colligendum. Si heredi, contra quem fideicommissarius decretum postulat, lucrum seruatur, prospiciendum id etiam est multo magis, ne in damno versetur. Ideo si quid heredi defunctus debuit, non ante cogitur adire, quam ei eo nomine satisfactum fuerit numeratione vel cautione. Verum quid si eius, quod ei defunctus debuit nulla habita ratione, coactus adierit, nulla cautione præstita? Sane obligatio principalis confunditur & tollitur, neque hoc præcaueri vlla ratione potest. Quæritur an tollatur etiam pignoris obligatio? Paulus ostendit, non tolli. Id ita demonstrat: aut creditor idemque heres pignus possidet, aut non: si possidet, non potest conueniri à fideicommissario actione pigneratitia: ea est, quæ, soluta pecunia, vel si satisfactum sit alio modo debitori datur aduersus creditorem. In hac specie satisfactum videtur creditori per confusionem, quæ solutionē imitatur, *l. si ei cui* §. *vlt. de euict. l. si quod, de liber. leg.* Ergo fideicommissario videtur danda pigneratitia. Hoc nō est admittendum: Nam in fideicommissarium hereditariæ tantum actiones transeunt, id est, quę competierunt defuncto, *l. deducta* §. *qui post, sup.* Hæc autem non fuit hereditaria, defuncto non cōpetiit, ergo, &c. Ita legendum, *quoniam hereditaria non est actio.* Addendum etiam: heredem non posse etiam à fideicommissario conueniri actione fideicommissi, quasi minus restituerit. Nam qui minus restituit, rursus potest conueniri, *l. etiam, inf. de solut.* Sed minus nō præstitit, qui rem defuncti sibi pignori obligatam non restituerit, quia eam possidet quasi heres. Denique fideicommissarius pignus nulla actione auocare potest à creditore, eodemque herede, & creditor pignoris retentionem habet. Quid si creditor pignus possideat, sed fideicommissarius? Hoc casu creditori etiam datur hypothecaria siue Seruiana: Ergo non tantum retentionem habet, & pignoris persecutionem. Id ideo, quia

A reuera ei satisfactum non est. Ciuili quadam ratione videtur sublata obligatio. At naturale debitum manet. quod est satis, vt pignus maneat. *l. quæsitum*, §. *vlt. de pign. l. cum quis* §. *vlt. de solution.*

Naturale debitum manere ex eo apparet, quod si fideicommissarius vltro heredi soluerit quod defunctus debuit, non habet condictionem indebiti, quia natura debitum soluit. Sic alias, licet obligatio sit sublata ciuili ratione, vt puta per exceptionem SC. Maced. vel exceptione rei iudicatæ, vel pręscriptione 30. annor. manet naturalis, *l. quia naturalis. ad Maced. l. iudex. l. Iulianus de cond. ind.* Item pignus perseuerat.

B nisi ex causa iudicati, quoniam si iudicatum sit non deberi, hoc etiam iudicatum videtur pignus non tenere: Ideo iudicato pignus soluitur, non tamen naturalis obligatio, *l. si deferente, quib. mod. pign. solu.* Ergo confusione etiam soluta obligatione ciuili, naturalis non tollitur, sed remanet naturalis propter pignus, id est, vt pignus retinere & persequi liceat. Atque ita confusio non non semper habetur pro solutione: Nā creditor potest pignus persequi, item distrahere, itēque ius dominij impetrare, si emptorem non inueniat, quod impetrabatur à solo principe, *l. eleganter, in prin. de pigner. action. l. si is qui in alt* §. *pen. de adquir. dom. l. vlt. C. si in causa iudic. pig. captum sit.* His quæ diximus obstant quędam. Accurs. obiicit initium legis, cum ait: *Videndum est, &c.* Ergo ponit sublatam. Minime.

C His verbis hoc tantum quæritur, an sublata sit: tandem concludit non esse sublatam. Obiic. *l. Granius de fideiuss.* Ea ostendit, confusione sublata obligatione principali, fideiussoriam tolli. Cur ergo non & pigneratitia tolletur? Vtraque est accessoria. Dicendum, fideiussoriam obligationem personalem esse. confusis personis debitoris & creditoris, nec fideiussoria consistere potest: pigneratitia est realis, confusio personarum rei causam non mutat, nec obstat regula iuris, ex *l. cum principalis. de reg. iur.* In ea regula addit, *plerumque*, quod addi omnibus regulis oportet: Nam nullæ sunt necessarię, sed omnes plerunque veræ sunt. Ideo ius est ars, non scientia. Scientia ex necessariis necessaria constituit: ars non item, sed plerunque euenientia. Ita alio etiam casu hypothecaria non tollitur, in *l. 2. C. de luition. pig.* Ait, vincula quidem pignoris dura-

D re personali obligatione summota, id non est accipiendum generaliter, regula latior est. Illa *l. 2.* obtinet tantum in certis casibus. Vnus est in *h. l.* Sed est & alius sumendus ex *l. 1. eius tit.* Species est: Debitoris sub pignore duo sunt heredes. singuli tenentur actione personali, non in solidum, sed pro portionibus hereditariis ex l. duodecim tab. At hypothecaria tenentur in solidum: Nam pignoris causa est indiuidua, *l. rem, de euict.* Pone vnum ex illis soluisse pro sua parte, liberatur actione personali, hypothecaria nullo modo, atque ita in eius persona perempta est personalis actio, cum maneat realis. Non obstat *l. eos, C. de vsur.* item *l. si quis emptionis* §. *vlt. C. de præscr. triginta annor.*

E *l. plures, C. de fid. instrum.* in quibus locis ostenditur, sublata obligatione principali præscriptiōne triginta annorum, tolli etiam vsurarum obligationem: Nec dicendum, id fieri odio vsurarum: idem enim de obligatione fructuū dicitur. Hoc ideo, quia personalis est actio: realis actio diuturnior est: Nam ea non tollitur nisi præscriptione quadraginta annorum, si agatur aduersus debitorem, vel heredes, etiam aduersus creditores posteriores, *l. cum notissimi, C. de præscript. trig. ann.* Male adfertur heic lex *pen* §. *Latinus, de excep. rei iudic.* Ea lex nihil pertinet ad quæstionem propositam. Nos quærimus, an sublata hac personali, maneat hypothecaria. In specie §. *Latinus*, non est sublata personalis. At videbatur sublata hypothecaria adquisitione dominij.

Ad §. 1.

§. 1. Ea quæ dotem dabat, pacta erat cum marito, vt, mortua se in matrimonio, dotis pars matri eius redderetur: nec eo nomine stipulatio à matre interposita est, moriens deinde matrem & maritum suum heredem fecerat, & à matre petierat, vt hereditatem Titio restitueret. Iudex adiectus de hereditate diuidenda, partem dotis, quasi ex vtili pacto, pro parte matri adiudicauerat. Quærebatur, an & ea portio ex causa fideicommissi præstanda sit, quam non esse restituendam puto. Quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit. Nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habuit.

MVlier in dote danda in initio pacta est, *partem dotis matri reddi, si moreretur in matrimonio.* Ex hoc pacto solo non potest matri actio adquiri: quia alteri paciscimur inutiliter. Actio quidem nasci ex pacto potest, quod incontinenti appositum est, sed alia ratione pactũ inutile est, quia alteri inutiliter paciscimur. Nec obstat *l. Caius, sol. matr. & l. pater, C. de pact. conuen.* Dicendum illas leges loqui de parentibus, qui paciscuntur liberis: hic §. loquitur de filia, quæ paciscitur matri, quod fit inutiliter, *l. inter §. cum pro se, de pact. dot.* Plus datur affectioni parentum, vt ex suis pactis vtiles actiones liberis parent. Denique summis tantum affectionibus hoc datur, quales sunt parentum, vt aliis ex pacto vtiles actiones adquirant. Pone mulierem illam decessisse in matrimonio, & instituisse matrem & maritum, matremque rogasse, vt portionem Titio restitueret. sumptum deinde arbitrum Sempronium inter matrem & maritum, vel iudicem additum esse de hereditate diuidenda, id est, datum, vt in *l. si qua, & l. filij, C. fam. ercisc.* Macrob. *lib. 1. c. 16.* Is iudex partem dotis matri adiudicauit ex pacto perperam: Nam pactum fuit inutile, verum exadiudicatione iudicis partem dotis obtinuit mater. Quæritur, an id veniat in restitutionem fideicommissi? Respondet, non venire, quia ea pars non est accepto ferenda hereditati, sed pacto & errori iudicis. Id tantum venit in restitutionem, quod est ex hereditate: Fructus ideo non veniunt, vt diximus. Eadem ratione non veniet hæc pars dotis.

Ad leg. 54. Titius.

L. 54. Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Mæuio restituere. Quod medio tẽpore alienatum, vel deminutum est: ita quandoque peti non poterit, si non interuertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur. Verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Diuus autem Marcus, cum de fideicommissaria hereditate cognosceret, his verbis: Quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas, *& viri boni arbitrium inesse credidit. Iudicauit enim erogationes, quæ hereditate factæ dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere: sed pro rata patrimonij, quod heres proprium habuit, distribui oportere. Quod mihi videtur non tantum æquitatis ratione, verum exemplo quoque motus fecisse. Cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quæreretur: præcipuum autem, quod in castris fuerat, adquisitum militi, relinqui placeret, consultus Imperator, sumptus, quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio, quod minus collationis pati debuit: sed pro rata etiam castrensis pecuniæ, decedere oportere constituit. Propter huiusmodi tractatus Mæuius fideicommissi nomine cautionem exigere debet. Quod eo pertinet: non vt ex stipulatione petatur: quod ex fideicommisso peti non poterit: sed vt habeat fideiussores eius quantitatis, quam ex fideicommisso petere potuit.*

A QVæritur, an heres, qui rogatus est restituere hereditatem, ex ea possit aliquid deminuere? Distinguendum est. aut simpliciter rogatus est restituere hereditatem, aut quod ex hereditate superfuerit. Hæc est veterum distinctio, Iustin. *Nou. 39.* Ea ipse vtitur *Nou. 108.* In qua citat Iustin. hanc legem *Titius.* Si rogatus sit simpliciter, nihil potest alienare. alienatio non valet, ea que diminuta sunt, veniunt in persecutionem fideicommissi, *l. si heres institutus, §. 1. h. t.* Non tantum dabitur hæc persecutio in heredem, sed in quemlibet possessorem, *l. si quando §. heres, de leg. 1. l. qui solidum §. vlt. de leg. 2. l. pater 38. §. 1. sup. de leg. 3.* Et hoc verum, siue sit purum fideicommissum, siue conditionale, & conditio exstiterit, siue in diem, *l. vlt. §. sed quia, Comm. de leg.* Libertas tamen valet data seruo pendente conditione fideicommissi, pretium tamen serui præstatur fideicommissario, *l. quidam §. pen. h. t.* Quod non obtinet in legato, in *l. 69. §. 1. de leg. 1.* Notandum, valere etiam alienationem ad finem quartæ, pro modo quartæ, quam heres deducere potest, *l. 3. §. res, h. t.* Ideo res alienatæ ab herede imputantur in Falcidiam, & eatenus valet alienatio, quatenus Falcidiæ modus patitur. Quod enim est supra Falcidiam, reuocatur à fideicommissario. valet etiam alienatio ex causa dotis vel donationis propter nuptias. Et hoc dicimus, si liberi sint instituti heredes, & Falcidia non sufficiat doti vel donationi propter nuptias constituendæ pro dignitate natalium, tũc heredes ex fideicommissaria hereditate supplebunt, *Nou. 39. l. mulier, §. pen. hoc t.* Alterum membrum si heres rogatus sit restituere hereditatis superfluum, hoc casu heres potest alienare, deminuere, obligare: Nam videtur fuisse voluntas defuncti, qui superfluum duntaxat restitui voluit, *l. deducta §. pen. & vlt. hoc t.* Verum quis erit huius deminutionis modus, quis finis? Hæc est quæstio huius legis: Nam in totum deminuere non potest, alioquin inane esset fideicommissum. Lex ait, heredem posse deminuere bona fide & ex iusta causa, vt dotis causa, vel victus quotidiani causa, non tamen interuertendi fideicommissi causa, D id est, mala fide minuendi fideicommissi studio, *l. sed etsi, l. 25. §. quod autem quis, de petit. hered.* Non poterit deminuere in euersionem fideicommissi, *l. Imperator, l. mulier §. vlt. h. t.* Iustinianus ait, εἰς ἐπιϐολήν. His ergo verbis inest bona fides, vt si quid deminuat, bona fide faciat. Item ex decreto D. Marci inest arbitrium boni viri. Itaque non satis est bona fide deminuere, sed etiam oportet boni viri arbitratu deminuere. Idem Papin. vtrumque hoc complexus est in *l. 3. nonnunquam, de vsur.* ait, bona fide, pro modo cæterorum bonorum, id est, pro rata sui patrimonij: Nam quod heres deminuit, id non tantum debet fideicommisso acceptum ferre, sed etiam proprio patrimonio pro rata. vt si in patrimonio heredis sunt ducenta, in E fideicommisso centum, & heres consumat duodecim, ex proprio patrimonio heredis decedent octo, ex fideicommisso quatuor. Nam quæ est ratio est inter ducenta & centum, eadem est inter octo & quatuor, ea est dupla. Atque ita pro rata fit deminutio, id est, ἀναλόγως. Idem hoc Imperator constituit, eadem ratione seruata in alio casu. Filius emancipatus suis confert peculium paganum, videlicet si simul veniat ex parte vnde liberi cum eis, vel si petat contra tabul. Castrense non confert, sed id habet præcipuum, *l. 1. §. nec castrense, de collat. bon.* Finge: filius emancipatus multos sumptus in malitia fecit, an eos omnes imputabit peculio pagano, vt eo minus conferat, & vt integrum peculium retineat? Minime. ex vtroque pe-

culio pro rata decedere o, ortet, vt si sint in pagano 40. in castrensi 20. in militia consum; sit 24. ex pagano decedunt 16. ex castrensi 8. Eadem ratio seruatur in specie *l. sed etsi leg. §. adeo, de pet. her.*

Ad l. 80. pen.

L. 80. Matrem & auunculum, eosdemque creditores suos heredes scripsit L. Titius: & eorum fideicommisit, vt post mortem restiuerent, quod ex re familiari testatoris superfuerit, Septitio heredes non modicam partem bonorum testatoris consumpserunt, & multos heredes reliquerunt. Quibus scientibus. multa corpora, quæ remanserant ex bonis L. Titij, Septitius possedit. Quæsitum est: an id, quod L. Titius debuit matri & auunculo, heredes eorum à Septitio petere possint. Respondit, non posse. Claudius: *Aditione enim hereditatis confusa obligatio interciderat. Sed fideicommissi repetitio erat. Cuius æquitas defecit his, qui multa ex hereditate consumpsisse proponuntur.*

QVod ad propositum notanda est *l. pen. hui. t.* Debitor creditorem heredem instituit, & rogauit restituere quod superesset ex hereditate: hic heres non cogitur adire, nisi recepta pecunia debita, vel cautione, *l. debitor, hoc tit.* vel si sponte adeat, deducet pecuniam debitam. *l. in fideicommissariam.* Verum si adeat & restituat, nulla habita ratione eius, quod defunctus debuit, dicemus ei dari condictionem incerti, quasi plus debito restituerit, quia non deduxit quod potuit deducere. Hic creditor itemque heres rogatus est restituere quod superesset, interim multa deminuit, idque supra modum & arbitrium boni viri, reliquum restituit, non deducto debito: Quæritur, An possit à fideicommissario petere debitum? Minime, quia confusum est aditione. Verum aut poterit agere condictione indebiti? Non: quia interim nimis multa consumpsit, æquum est, vt ea imputentur in debitum, sicut & fructus imputat, *l. quod bonis §. quod auus, ad leg. Falc.* Ergo heres rogatus restituere quod ex hereditate superfuit, non potest deminuere nisi bona fide. Additur in hac *l* fideicommissario ab herede præstandam esse satisdationem huius fideicommissi nomine, quoniam metus est, ne interim nimium consumat. Satisdat de restituendo fideicommisso, & de dolo malo est vulgaris satisdatio, de qua tit. *vt legat. nom. cau.* Huic rei à Iustiniano alius modus præscriptus est. Quis esset modus deminutionis statuendus, ostendimus ex hac lege. Videamus Nouel. modum. Constituit primum, vt heres qui rogatus est restituere superfluum hereditatis, possit deminuere pro dodrante, quadrante fideicommissario conseruato. Deinde constituit, vt si dodrans non sufficiat heredi, & heres alia bona non habeat, possit etiam ex quadrante sumere iusta ex causa, ergo dodrantem omnino alienare potest, ex quadrante iusta ex causa sumet, vt dotis, alimentorum, redimendorum captiuorum causa. Tum constituit, vt heres caueat fideicommissario de quadrante illo illi seruando & restituendo. Hæc constituit posita specie de liberis, qui rogati erãt

A hereditatis superfluum fratribus suis restituere Idem porrigit etiam ad cognatos & extraneos quoscunque. Ideo Iulianus Antecessor, qui Nouellas in compendium redegit, recte putat, extraneum heredem posse hoc etiam casu de quadrante sumere, si alia bona non habeat dotis vel donationis constituendæ causa. Accursius in *Nou* 130. quia deminutio illi permittitur. Aliud enim dicendum, si heres extraneus simpliciter rogetur hereditatem restituere: non enim poterit deminuere ne dotis quidem causa, quoniam hoc voto testatoris non congruit. Aliud est, si filius: id enim
B voto conuenit testatoris. extraneis non solemus dotes constituere. Notandum ex *Nou.* 108. liberos etiam rogatos restituere cauere de fideicommisso: Nam Iustin. exigit, vt caueat fideicommissario, de quadrante seruando. Obiicitur *l. iubemus §. 1. C. ad Trebell.* Ea lex liberis rogatis restituere remittit onus cautionis, si rogati sint restituere nepotibus, id est, suis filiis: Nam filius à patre non exigit satisdationem fideicommissi, nisi duobus casibus. Vnus, si auus caueri ita iusserit nepoti: Alter, si pater vel mater qui sunt onerati fideicommisso secundas nuptias contraxerint: His duobus casibus filius satisdationem exigit, non aliter. Verum hoc videtur stare non posse, vt his casibus exigant satisdationem. Satisdatio est, cum fideiussores dantur, non nuda promissio: Nam aut filius
C est in potestate, aut sui iuris: si est in potestate, non exiget satisdationem à patre, sed si pater auertat fideicommissum & dissipet bona, quid fiet? Repræsentabitur filio fideicommissum: Nam satisdatio non repræsentatur. Hoc est ex decreto Adriani, & filius dũ viuet, in eo erit pro patrefamilias. Non tamen, vt possit de eis testari, *l. Imperator, hoc tit.* Hoc si sit in potestate. Quod si sit sui iuris, non exiget etiam satisdationem à patre, sed conuentus esse debet nuda cautione, *l. filio, inf vt legat. nom. cau.* At lex *iubemus* exigit satisdationem. Manifestum ergo est, satisdationem ibi accipiendam pro cautione nuda. Ideo Iustinianus in *Nouell.* 22. *§. placet,* refert constitut. *l. iubemus,* & pro satisdatione, vertit ἀσφαλίζειν, quo verbo significatur nuda cautio, *l. 3. C de verb. sign.* Ergo illis duobus casibus, filius sui iuris exiget à patre nudam cautionem. Imo videtur omnibus casibus exigenda ex *Nou.*
D 108. Ait enim, liberos rogatos restituere, debere cauere. Dicendum est, Nouellam loqui de liberis rogatis restituere suis fratribus. eis cauent de quadrante. *l. iubemus,* loquitur de liberis testatoris rogatis restituere suis filiis. eis non cauent, nisi duobus casibus. Quærit hic Bartolus, an is, cui restituitur superfluũ hereditatis, sit Trebellianus fideicommissarius, id est, an actiones in eum transeant pro rata superflui? videntur non transire ex *l. cogi §. inde quæritur, hoc tit.* nam res ei restituitur, & quantitas potius, quam hereditas: ideo cessabit Trebellianum. Verius tamen est, Trebellianum esse fideicommissarium, & actiones transire pro rata. alioquin hęc lex *Titius* non pertinet ad hunc titulum. & lex *cogi* non obstat: loquitur enim de eo qui rogatus est restituere superfluum deductis oneribus: ideo non habetur pro fideicommissario.

FINIS.



INDEX
RERVM ET VERBORVM
IN IACOBI CVIACII RECITATIONES AD DIVERSOS DIGESTORVM TITVLOS, SEV ad tertium Postumorum Tomum, locupletissimus.

PARS PRIOR.

D.

vtriusque

I.

&

P

S

T

Digest.

FINIS.

